



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



1/2026

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Beatrice Fragasso

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Carlo Bray, Jorge Hernan Fernandez Mejias, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera

EDITORIAL ADVISORY BOARD

María Acale Sánchez, Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Fabio Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Benedetta Galgani, Alessandra Galluccio, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Paola Maggio, Vincenzo Maiello, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Adán Nieto Martín, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Paola Spagnolo, Tommaso Trinchera, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2026 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons – Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Committee on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

QUESTIONI DI PARTE GENERALE E DI TEORIA DEL DIRITTO PENALE	I limiti del punire come fondamento. Oltre il costituzionalismo penale	1
	<i>Los límites del castigo como fundamento. Más allá del constitucionalismo penal</i>	
	<i>The Limits of Punishment as a Foundation: Beyond Criminal Constitutionalism</i>	
	Massimo Donini	
CUESTIONES DE PARTE GENERAL Y DE TEORÍA DEL DERECHO PENAL	Dal dolo alternativo all'<i>aberratio ictus</i>: critica dell'indifferenza come contenuto del dolo	15
	<i>La indiferencia como contenido del dolo: una crítica desde el dolo alternativo al aberratio ictus</i>	
	<i>From Alternative Intent to Error in Execution: Re-examining Indifference within the Structure of Mens Rea</i>	
	Gian Paolo Demuro	
SISTEMA SANZIONATORIO	L'erta via della ridefinizione giurisdizionale delle pene sproporzionate. Il caso della diffamazione militare	39
SISTEMA SANCIONADOR	<i>El difícil camino hacia la redefinición jurisdiccional De las sanciones desproporcionadas. El caso de difamación militar</i>	
SYSTEM OF SANCTIONS	<i>The Difficult Path towards the Jurisdictional Redefinition of Disproportionate Sanctions. The Military Defamation Case</i>	
	Domenico Notaro	
	Dinamiche evolutive e involutive del fu sistema sanzionatorio: uno schizzo a partire da <i>La recente legislazione penale</i>	62
	<i>Dinámicas evolutivas e involutivas del ya extinto sistema sancionatorio: un esbozo a partir de La recente legislazione penale</i>	
	<i>Evolutionary and Involutionary Dynamics of the Former Sanctioning System: Reflections Starting from La recente legislazione penale</i>	
	Davide Bianchi	

VIOLENZA DI GENERE <i>VIOLENCIA DE GÉNERO</i> <i>GENDER VIOLENCE</i>	El delito de violación desde una perspectiva comparada: entre el modelo coercitivo y el modelo consensual <i>Il reato di violenza sessuale in prospettiva comparata: tra modello coercitivo e modello consensuale</i> <i>The Offence of Rape from a Comparative Perspective: Between the Coercive Model and the Consent-Based Mode</i> María Acale Sánchez	95
	Osservazioni sulla fattispecie di 'femminicidio' (art. 577-bis c.p.) nel contesto della violenza contro la donna: tra aggiramenti dei principi costituzionali, irrazionalità politico-criminale e derive populistiche <i>Reflexiones sobre el delito de 'feminicidio' (art. 577-bis del Código Penal) en el contexto de la violencia contra la mujer</i> <i>Observations on the Case of 'Femicide' (Art. 577-bis of the Penal Code) in the Context of Violence against Women</i> Mariangela Telesca	116
QUESTIONI DI DIRITTO PENALE PROCESSUALE <i>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL</i> <i>CRIMINAL PROCEDURE ISSUES</i>	Divieti probatori: dove trovarli? Gli screenshots dei messaggi di testo tra corrispondenza e documenti <i>Prohibiciones probatorias: ¿dónde encontrarlas? Las capturas de pantalla de los mensajes de texto entre correspondencia y documentos</i> <i>Exclusionary Rules: Where to Find them? Screenshots of Text Messages between Correspondence and Documents</i> Riccardo Santostefano	154

QUESTIONI DI PARTE GENERALE E DI TEORIA DEL DIRITTO PENALE

CUESTIONES DE PARTE GENERAL Y DE TEORÍA DEL DERECHO PENAL

CRIMINAL LAW THEORY ISSUES

- 1 **I limiti del punire come fondamento. Oltre il costituzionalismo penale**
Los límites del castigo como fundamento. Más allá del constitucionalismo penal
The Limits of Punishment as a Foundation: Beyond Criminal Constitutionalism
Massimo Donini
- 15 **Dal dolo alternativo all'*aberratio ictus*: critica dell'indifferenza
come contenuto del dolo**
*La indiferencia como contenido del dolo: una crítica desde el dolo alternativo
al aberratio ictus*
*From Alternative Intent to Error in Execution: Re-examining Indifference
within the Structure of Mens Rea*
Gian Paolo Demuro

I limiti del punire come fondamento. Oltre il costituzionalismo penale*

*Los límites del castigo como fundamento.
Más allá del constitucionalismo penal*

*The Limits of Punishment as a Foundation:
Beyond Criminal Constitutionalism*

MASSIMO DONINI

*Prof. Ordinario di Diritto penale, Università "La Sapienza" – Roma
massimo.donini@uniroma1.it*

COSTITUZIONALISMO PENALE,
LEGISLAZIONE IN MATERIA PENALE

CONSTITUCIONALISMO PENAL,
LEGISLACIÓN EN MATERIA PENAL

CONSTITUTIONALISM AND THE
LIMITS OF THE CRIMINAL LAW,
LEGISLATION ON CRIMINAL MATTERS

ABSTRACTS

Lo scritto intende presentare un manifesto sulla situazione spirituale del sapere accademico, di fronte al dominio di una legislazione penale come strumento di governo, da un lato, e al diritto prodotto attraverso la applicazione giudiziale e processuale, dall'altro. Si evidenzia che la epistème penale di matrice accademica ha sempre rappresentato, nelle sue migliori espressioni, un limite alla legge come strumento di governo, e si è sempre occupata dei limiti, tanto che essi rappresentano il fondamento politico-scientifico della sua vocazione. Ciò ben prima dell'affermarsi del costituzionalismo penale, che costituisce una tappa fondamentale, ma non esclusiva, della elaborazione di quei limiti. Si pongono quindi le premesse culturali per un superamento del puro giuspositivismo "senza fondamenti", o declinato aristocraticamente dalle alte Corti, sia esso basato sulla legge ordinaria, sia su quella superiore.

Este trabajo propone un manifesto sobre la situación intelectual del saber penal académico en un contexto marcado, por un lado, por el predominio de la legislación penal como instrumento de gobierno y, por otro, por la producción del derecho a través de la práctica judicial y procesal. Se sostiene que el pensamiento penal académico, en sus mejores expresiones, siempre ha funcionado como límite frente al uso de la ley como instrumento de gobierno. Asimismo, siempre se ha ocupado de los límites, hasta el punto de que estos constituyen el fundamento político-científico de su vocación. Ello era así ya antes de la consolidación del constitucionalismo penal, que representa una etapa decisiva, aunque no exclusiva, en la elaboración de dichos límites. Sobre esta base, el trabajo sienta las premisas culturales para superar un iuspositivismo puramente "sin fundamentos", incluida su versión más aristocrática, configurada por las altas Cortes, ya se apoye en la ley ordinaria o en una ley superior.

* È il testo, leggermente rivisto, della relazione svolta a Roma, l'11 giugno 2025, al Convegno di Studi e XI Premio Internazionale Silvia Sandano, in onore di Thomas Vormbaum, su *La costruzione del diritto penale come scienza dei limiti. Tra dimensione storica e circolazione dei saperi*.

This article proposes a manifesto on the intellectual condition of criminal law scholarship at a time when criminal legislation is increasingly used as a tool of government, while law is also being shaped through judicial and procedural practice. It argues that academic criminal law thought, at its best, has always served as a limit to the use of legislation as an instrument of government. It has also always dealt with limits themselves, to the point that they constitute the political and scholarly foundation of its vocation. This was already true before the emergence of criminal constitutionalism, which remains a crucial, though not exclusive, stage in the development of those limits. On this basis, the article seeks to lay the cultural groundwork for moving beyond a purely “foundationless” legal positivism, including its more aristocratic version shaped by the higher courts, whether grounded in ordinary legislation or in higher law.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La legge penale come strumento di governo. – 3. In che senso la legge costituzionale è limite e anche fondamento “non originario” del diritto penale. Crisi e risurrezione di un modello. – 4. Necessità di rivedere la subalternità istituzionale della scienza penale a esercizi giudiziari. – 5. In che senso la scienza penale è scienza dei limiti della legislazione. Costruzione vs. interpretazione. – 6. La dimensione più politica della resistenza civile all’abuso della legislazione penale. Una scienza della sussidiarietà. – 7. Il significato storico di una scienza dei limiti.

1.

Premessa.

C’è una linea del pensiero penalistico tedesco, che attraverso Radbruch, Hassemer e la scuola di Francoforte arriva fino a Thomas Vormbaum. Il cuore mi ha portato lì, perché ci sono incontri che danno un senso al tutto e non una logica soltanto. C’è la sistematica, c’è il sistema – una passione mai spenta –, ma alla fine si comprende che solo nella sua critica e nella sua ricostruzione a partire dai limiti è possibile trovare le radici. L’incontro con Vormbaum, in questa dimensione della parte non meramente ordinatrice, ma decostruttiva e critica, è stato per me fondamentale. Al di là del debito personale per le numerosissime traduzioni che ha pensato di regalare a me, ma in realtà a decine di studiosi italiani. Dovrebbero riempire questa aula.

È di questa anima che parliamo oggi, dei limiti come fondamento. Non è solo un concetto, ma una vocazione, una chiamata, un compito.

2.

La legge penale come strumento di governo.

In un convegno dei romanisti dedicato al diritto penale romano con aperture anche contemporanee, una studiosa asiatica, Mariko Igimi¹, ha ricordato qual è stata, tradizionalmente, la concezione della legge penale nell’Asia orientale.

La legge penale è espressione del potere dello Stato, è *uno strumento di governo*. È *lex*, pertanto, e non elaborazione razionale del diritto. Il suo fine è il mantenimento dell’ordine. Si può dire che è una *lex* senza *ius*.

La contrapposizione tra *lex* e *ius*, che è costitutiva della nostra esperienza giuridica occidentale e nazionale post-illuministica in materia penale, emerge qui platealmente nel titolo stesso della descrizione della situazione asiatica.

Se osserviamo per es. i recenti (plurimi) decreti-sicurezza del governo italiano, dobbiamo prendere atto che questa normativa si colloca in una simile tradizione di pensiero e di azione². Governare attraverso provvedimenti di sicurezza è una invariante politica.

Non si tratta, infatti, di una contingenza dell’attuale politica governativa, è una costante della legislazione penale. Certo, l’attuale esperienza degli ultimi due anni esprime una legislazione penale illiberale spesso contraria allo spirito della Costituzione. Potremmo dire costituzionalmente disorientata. Ma le leggi penali sono sempre state le più autoritarie e illiberali. È vero pure che sullo spirito della legge si può ricordare che Beccaria ammoniva come foriero delle più incontrollabili incertezze il richiamarsi, nell’interpretazione, allo spirito delle leggi.

Si vedrà che cosa c’è di costituzionalmente illegittimo e invece solo di costituzionalmente compatibile³.

Nella nostra identità collettiva il diritto costituzionale penale è oggi una base epistemica e non solo politica. Questo diritto, declinato sempre più su basi giurisprudenziali e giusrazionali, più che testuali, sul terreno dei principi è molto più *ius* che *lex*, è il deposito ermeneutico del diritto penale costituzionale. Esso esprime un insieme di principi destinati a limitare la legge ordinaria. *Nel diritto costituzionale è già contenuta una scienza dei limiti della legislazione* penale. Non è stata scritta da nessun legislatore, e in realtà neppure dai costituenti, se non nelle poche parole dei principi *espressi*.

¹IGIMI (2025).

² Lontani da motivi mazziniani o risorgimentali, dove “pensiero e azione” avevano altri orizzonti, protagonisti, e ideali in un contesto europeo, gli interpreti contemporanei ci offrono con la loro azione politica un pensiero del tutto privo di corale spirito unificante attraverso le leggi. Tanto che la stessa contrapposizione tra *lex* e *ius* è espressione (tra le altre cose) di un frequente distacco valoriale tra legge e diritto.

³ Una panoramica recente in FERRAJOLI *et al.* (2026).

Questa scienza, a base legale, ha contenuti giusrazionali, è espressione di un neocostituzionalismo razionalista, ma oggi è a formazione sempre più giudiziaria, direi elitaria, da quando lo *statu nascenti* del movimento costituzionalista penale ha passato la staffetta alla Corte costituzionale e alle Corti europee.

È in atto così una nuova edizione dell'*aristocrazia penale*⁴, dove la dottrina commenta e insegue, mentre prima ha costruito i contenuti di quel diritto. Si tratta comunque di una oligarchia a impulso processuale ampio quanto ai soggetti, dove le parti, e gli avvocati in particolare, svolgono una funzione determinante.

Noi invece siamo alla ricerca di radici più profonde di una scienza penale dei limiti al punire.

Vogliamo parlare più precisamente dei limiti come fondamento. Non è solo un concetto, ma una vocazione, una chiamata, un compito⁵.

3. In che senso la legge costituzionale è limite e anche fondamento “non originario” del diritto penale. Crisi e risurrezione di un modello.

Questa idea, del diritto costituzionale come scienza dei limiti riflette un indirizzo di pensiero circoscritto, molto più ridotto di quello che è tradizionalmente definibile come orientamento o approccio costituzionalistico al diritto penale in Italia. Perché per l'indirizzo italiano la Costituzione è *fondamento e non solo limite* del diritto penale.

Lo è magari in una *accezione almeno debole*, non forte, ma comunque nei suoi principi è tracciato un volto del diritto penale e dunque della stessa politica criminale⁶.

Si disegnano alcuni tratti positivi e alcuni vincoli. Ciò *appare fondante, ma non è ancora pienamente identitario* per la scienza giuridica penalistica come scienza dei limiti al punire.

Non solo non c'è *lex senza ius*, ma il *ius* precede la *lex*.

Dovremmo dire che i limiti sono fondamento solo dagli anni 70 del secolo passato?

In realtà non è corretto pensarlo. *Ben da prima la scienza penale era scienza dei limiti: ben prima che si pensasse di “costituzionalizzare” tutto, o troppo, il diritto penale.*

E col tempo abbiamo assistito in Europa alla internazionalizzazione del paradigma come modello europeo: è infatti cresciuto un orientamento sovralegislativo delle Corti Edu e della CGUE il quale per molti versi si aggiunge a quello delle costituzioni nazionali.

La risposta internazionale è andata verso modelli di controllo critico sovralegislativo, verso una *giuridicizzazione dei diritti fondamentali* e di una serie di principi costituzionali in materia penale.

E dunque non è vero affatto che nella nostra tradizione la legislazione penale sia una *lex senza ius*. Essa è sempre più controllata da molti *iura*.

L'insieme di questi *iura* consente di descrivere un disegno complessivo dei caratteri essenziali dell'illecito penale e della sanzione penale *in chiave deontologica, prescrittiva*. Si tratta dunque della descrizione di regole superiori, di un dover essere che si impone al potere politico.

Tutto il diritto costituzionale, non solo penale, ha questa funzione.

L'indirizzo tradizionale, che ora non sto di nuovo a raccontare e descrivere, è peraltro *fortemente contestato* nelle sue *pretese definitorie generali* da voci importanti che provengono dalle tradizioni penalistiche a noi più vicine, quelle con le quali siamo in dialogo più stretto da decenni⁷.

È in atto da tempo (ma poco commentata e forse misconosciuta) una *certa limitazione del costituzionalismo penale*.

⁴ Il *quivis de populo* può tuttavia seguire, se vuole, i commenti giornalieri che diversi quotidiani e riviste *on-line* di libero accesso dedicano ai temi della giustizia. L'IA accresce, per chi sappia utilizzarla, il livello di informazione personale e collettiva in queste materie. Ciò non rende meno “aristocratica” la decisione vera su leggi e sentenze, ma l'elaborazione del *ius legale* e *giudiziale*, perché attinga ai percorsi anche della dottrina giuridica e a dimensioni più discorsive, necessita che il livello spesso autoreferenziale delle decisioni delle Corti e dei Tribunali si apra a un maggiore dibattito, e che ciò avvenga non “in camera di consiglio”, ma pubblicamente, e dunque nelle motivazioni. In questo caso la dimensione sempre oligarchica del sapere giuridico acquisterebbe una ampiezza più discorsiva, vicina a una “democrazia penale” più ampia.

⁵ Cfr. JHERING (1857)

⁶ Sintesi recente in DONINI (2024) pp. 461-565. V. pure MANES (2023).

⁷ V. le citazioni da DONINI (2024), p. 489 ss.

Se per Naucke⁸ «la Costituzione non contiene la verità sul diritto penale e non ci protegge da gravi errori nella costruzione e nell'utilizzo del diritto penale»⁹, la frequente osservazione di una (tradizionale) scarsa capacità “selettiva” della Costituzione in materia penale conduce spesso a scetticismo o tiepidezza. È così che nel più influente manuale di diritto penale tedesco¹⁰ si afferma che la Costituzione fissa limiti, in negativo, mentre è la prospettiva del penalista a cercare la soluzione migliore¹¹, e che se la Costituzione non opera al livello dei dettagli della dogmatica penale, soprattutto «occorre evitare il pericolo di una costituzionalizzazione illimitata della legge ordinaria»¹². Si afferma quindi da altri studiosi che il diritto penale costituzionale non appartiene al canone dei concetti tecnici stabiliti della scienza giuridica, utilizzando senza una riflessione contenutistica approfondita¹³.

In Spagna, penalisti come Quintero Olivares da tempo ritengono che non sia possibile desumere dalla Costituzione ciò che deve essere punito e quanto debba esserlo¹⁴; secondo Silva Sánchez nella Costituzione non è dato trovare un ordine gerarchico davvero stringente dei beni tutelabili penalmente¹⁵, perché fino a oggi non esiste un concetto costituzionale di reato¹⁶. Afferma Díez Ripollés che la Costituzione non contiene nessun modello penale, né un catalogo di beni giuridici, né una struttura appena iniziale e tanto meno una teoria giuridica del reato¹⁷.

Ovviamente, se nessuno ha “la Costituzione più bella del mondo”, come amano dire i costituzionalisti italiani della Carta del 1948, che pretesa potremo avere di esportare un *modus operandi* costruito su un testo unico? Su un modello “nazionale”? Il paradigma positivista dell'approccio costituzionale italiano lo rende (dai tempi della Teoria generale di Bricola) in scarsa misura esportabile e solo nella misura in cui è stato introdotto *ab extra* nel testo costituzionale quello che non c'era, sovrainterpretandolo e aggiornandolo sistematicamente, sì da sconfiggere il giuspositivismo dichiarato.

In conclusione, a fronte di importanti studi monografici, rapporti internazionali, consuetudini di relazioni accademiche dove si esaltano vicinanze culturali ancorate a temi quali principi costituzionali, bene giuridico, politica criminale orientata in senso costituzionale e garantista, rimane il fatto che *i principali manuali di parte generale in lingua tedesca, spagnola*, ma anche più tradizionalmente *francese e inglese*, dove viene rappresentata l'identità scientifica (o se vogliamo disciplinare) del diritto penale, sono costruiti su un orientamento costituzionalistico appena abbozzato, neanche lontanamente comparabile con quello italiano.

Si consideri questo dato: il fatto che il 90% delle leggi sia forse costituzionalmente conforme, non significa che sia una legislazione espressiva di una società giusta. Riporre tutte le nostre speranze e visioni di giustizia in un testo costituzionale è dunque limitante, espressione della pochezza argomentativa e culturale dei giuristi tecnici. È una forma di tecnicismo giuridico che non appena assume connotati critici si risolve del resto nel suo contrario, cioè in espressioni di giusnaturalismo critico. E non è un bene che il “pensiero critico” si sviluppi soltanto inseguendo le argomentazioni delle Corti.

Pertanto, le ragioni dei penalisti tedeschi e spagnoli appena ricordate non sono peregrine. Le Costituzioni sono compatibili con applicazioni politiche illiberali.

Ed esattamente per questo che il compito del ius, distinto dalla lex, è di sapere andare oltre lo stesso diritto costituzionale.

Il limite principale della nostra evoluzione è che è di tipo aristocratico-giudiziario: nasce dai processi, e dunque da una dialettica non accademica, ben più aperta delle politiche interpretative ispirate dalla sola dottrina. Tuttavia, resta un modello *istituzionale*, di una istituzione che non è veramente aperta, o il prodotto di un collettivo di pensiero, perché tende a tenere

⁸ Studioso liberale e certo garantista per formazione e indirizzo politico-criminale. In traduzione italiana si veda il suo straordinario DONINI e PAVARINI (2011), p. 79 ss. V. pure NAUCKE (2000b); NAUCKE (1999); NAUCKE (1982), p. 525 ss.; e altresì NAUCKE (1985); NAUCKE (1995), p. 483 ss.; NAUCKE (1998), p. 95 ss.; NAUCKE (2000a), p. 393 ss.

⁹ NAUCKE (2002), § 2/99. Lo ricorda anche JAHN (2016), p. 85.

¹⁰ ROXIN e GRECO (2020) § 7/85k-p.

¹¹ ROXIN e GRECO (2020) § 7/85l.

¹² ROXIN e GRECO (2020) citando KUHLEN (2006), p. 74 ss. In particolare, sull'utilizzo del principio di proporzionalità, si sostiene che sia da impiegare con cautela, essendo capace di fungere da grande livellatore di ogni pensiero teorico, perché esso contiene la «tendenza a dissolvere la parte generale in un complesso di singoli prodotti che sono specifici dell'orientamento equitativo a determinate fattispecie»: ROXIN e GRECO (2020) § 7/85n, con altri richiami conformi.

¹³ JAHN (2016), p. 65.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES (2004), p. 145.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ (2010), pp. 113, 273 ss.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 46.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS (2003), p. 181 ss.

sotto tutela giudiziaria i destinatari della legge: c'è una Corte che alla fine decide per tutti e chiude spesso il dibattito, nato da un contesto che "attende" decisioni ermeneutiche, invece di restare sempre aperto alla elaborazione di nuovi paradigmi.

4.

Necessità di rivedere la subalternità istituzionale della scienza penale a esercizi giudiziari.

Ma noi non ci possiamo qui limitare a descrivere un tratto di tipo istituzionale, delegato alle opzioni di qualche giudice supremo nominato o eletto quasi per caso. Il controllo di costituzionalità affidato a giurisdizioni superiori tanto selezionate resta espressione di un diritto penale aristocratico, o se si preferisce organizzato da caste di giuristi.

Il giudizio non deve sorprendere, perché il discorso deve oggi essere collocato in un quadro istituzionale diverso e nuovo. C'è una accentuata organizzazione verticistica delle Corti superiori. Verso il basso, invece, una sorta di burocratizzazione esasperata di una giurisprudenza che deve essere rapida ed efficiente. Questo dato accentua una spinta verso un decisionismo di vertice che depotenzia lo sviluppo dei contrasti sincronici positivi. *Il modello della prevedibilità del diritto*¹⁸ ha sicuramente vantaggi per il consociato, ma potrebbe favorire un appiattimento giurisprudenziale acritico: un affidamento "sicuro" alla IA che ha già inventariato la maggior parte delle soluzioni pre-date.

Tutto lo sforzo dei giuristi di affidare alle Corti superiori il verbo finale, la definizione dei limiti, rimane nel quadro di una aristocrazia che in Italia non sa neppure esprimere il pluralismo di una *dissenting opinion*. I dissenzienti sono solo le parti, masse di avvocati ciarlieri in udienza, ma tacitati per sempre da una sentenza definitiva.

Senonché *compito della scienza* non è, e *non è mai stato*, di circoscrivere il proprio ruolo a sostenere questioni giudiziali.

Questa è *solo una parte* ermeneutica dell'orizzonte.

Se la scienza è conoscenza falsificabile di una intera materia o suoi istituti, non può limitarsi a collaborazioni interpretative.

Né il suo compito è di elaborare a forza contenuti nuovi di principi costituzionali che alterino progressivamente il diritto costituzionale, affidando alla magistratura tutto il potere definitorio finale di quei limiti. Vediamo del resto ogni giorno quali freni di equilibrio politico condizionino (inevitabilmente) la Consulta.

Compito della scienza penale è elaborare nuove interpretazioni, certo, ma anche costruire idee, principi, valori, paradigmi che non si possono ridurre al perimetro concettuale di un testo e che spaziano nella cultura politica, in quella generale, nelle discipline extragiuridiche, per attingere a *progressi di conoscenze non predefinite da regole*.

Neppure possiamo passare la vita professionale e soprattutto di ricerca a pensare di diventare *influencer* o a occuparci solo di interpretazione di sentenze. Questo profilo, quello dell'efficacia del nostro impegno, è del resto solo un momento, un aspetto della vita dello studioso che abbia anche vocazione di impegno civile e non riduca la sua attività a una sorta di pandettistica penale.

Il momento della critica e dell'impegno civile, e anche quello dell'ermeneutica, resta dunque un aspetto importante, ma *non certo l'unico dell'attività di una disciplina che si colloca comunque nel segno della costruzione dei limiti punitivi*.

Oggi occorre che parliamo dell'apporto del sapere accademico alla costruzione dei limiti. Non tratto dunque dell'apporto del diritto giurisprudenziale costituzionale o ordinario a formazione istituzionale, ma di quello della scienza accademica.

Per molto tempo sembrava passato di moda, e i penalisti hanno cominciato a studiare e commentare solo l'attività dei giudici: commentatori di sentenze. Realisti americani. Il diritto è ciò che decidono o decideranno i giudici.

Credo che sia venuto il tempo di riappropriarci di un ruolo diverso, ma che è sempre stato nostro.

¹⁸ Sul principio di "riconoscibilità" della legge penale, oltre a C. cost., n. 364/1988, § 17, v. DE FRANCESCO (1996), pp. 32 ss., 48 ss.; ROTOLO (2018), p. 55 ss.; DONINI (2020). In seguito, v. in particolare i principali lavori monografici degli autori che hanno poi contribuito anche al recente quaderno DONINI *et al.* (2025); PERRONE (2019); A. GALANTE (2021); SANTANGELO (2022), *passim*; De BLASIS (2023), *passim*; DAMOSSO (2022), *passim*; RECCIA (2020), *passim*; MASSARO (2021), *passim*.

5.

In che senso la scienza penale è scienza dei limiti della legislazione. Costruzione vs. interpretazione.

Lex vs. ius.

Se osserviamo l'evoluzione delle *parti generali* del diritto penale, vediamo chiaramente che l'apporto della scienza penale è stato non sempre, ma molto spesso, e a mio avviso in misura prevalente, di costruzione di limiti al potere punitivo: capire il dolo e i motivi a delinquere va benissimo, ma per delimitare e contrastare l'incidenza di spinte espansionistiche settoriali o generali. Si è costruito sempre anche per limitare il potere legislativo, fosse questo lo scopo consapevole o meno, almeno dai tempi che fanno seguito alla stagione illuministica e ancor più nel Novecento.

Occorre osservare il quadro, non le singole ricerche, non le singole teorie che ci possono dividere.

Teorie dell'azione, anche se solo negative (= ciò che azione non è), bene giuridico, delimitazione garantista dell'imputazione causale, il nesso di rischio, concezioni volontaristiche del dolo e non oggettivistiche della colpa, le formule di Frank, critica all'uso ermeneutico-manipolatorio delle fattispecie in funzione di lotta ai fenomeni generali, estensione delle ipotesi di non punibilità e di inesigibilità. E poi: le concezioni restrittive d'autore, la delimitazione delle posizioni di garanzia, l'invenzione dell'esigenza della motivazione della legge, la ricerca di nuove forme di *drafting* legislativo, cioè di scrivere le leggi (si pensi al modello dello Statuto di Roma e degli *elements of crimes*), la trasformazione dei principi costituzionali da criteri di indirizzo politico a parametri dimostrativi (è successo per l'offensività, deve accedere per l'*ultima ratio*, distinguendo fra *ultima ratio* e sussidiarietà), la spinta verso l'ingresso di più saperi empirici nel controllo dell'*output* delle leggi, l'elaborazione del grande universo della società dei diritti che si esprime nelle scriminanti (un capitolo dove si respira libertà come in nessuna trattazione giuridica extrapenale), l'idea che le cause di giustificazione non sono un momento giudiziale di verifica a tavolino, *ex post*, di una sorta di qualificazione del fatto come antigiusuridico, non sono regole filo-istituzionali, giudiziarie, ma sono regole di condotta operanti *ex ante*, al tempo della condotta, sono regole (di condotta) per il cittadino, non per il giudice. L'elaborazione delle categorie del rischio consentito e del punto di vista *ex ante*, i criteri del *ne bis in idem* sostanziale, la costruzione della *abolitio criminis* parziale, etc.

E poi sul terreno delle sanzioni, la progressiva presa di coscienza che il sistema sanzionatorio, il meno scientifico dei territori legislativi, ha costante bisogno di attenzione critica: la elaborazione dei finalismi della pena in funzione di umanizzazione, risocializzazione, decarcerizzazione. Criteri finalistici di riduzione delle pene carcerarie, *extrema ratio in executivis* (qui sì che è dimostrativa!), analisi comparata dei criteri di deflazione, via via fino alle ipotesi riparatorie in senso lato, la riparazione quale nuova base commisurativa diversa dal raddoppio del male passatista e rimproverante, la pena naturale etc.

Ancora: tutta l'elaborazione di principi oltre le norme costituzionali scritte, la politica dell'interpretazione che, a base ora ermeneutica, ora giusrazionalistica, ha allargato l'intero territorio dei vincoli (non solo dei limiti) costituzionali; la lotta contro alla responsabilità oggettiva in funzione di una responsabilità colpevole, la elaborazione delle scusanti. l'attenzione costante ai pericoli di strumentalizzare le persone mediante pene o fattispecie orientate in senso antiumanistico. I rischi dell'esclusione. L'umanesimo penale.

È questo un deposito e un'eredità culturale che precede e accompagna una scienza dei limiti a contenuto costituzionale. È identitario, riguarda l'essenza dell'attività dei penalisti sulla parte generale.

Non solo. Compito della scienza è fare vedere, ma ad un tempo orientare le evoluzioni del sistema, la cui presa d'atto necessariamente influirà sull'attività legislativa. Certo è tutt'altro tipo di influenza rispetto a quella massmediatica quotidiana. Se si sviluppano istituti legati alla *non punibilità e al non punire*, a interi settori dove lo scopo dell'intervento non è di castigare i colpevoli, ma neutralizzare i rischi e risolvere questioni di post-fatto, queste *scoperte* possono davvero avere conseguenze sulla consapevolezza di nuove forme di limiti all'intervento penale.

Se si costruiscono, tra *scoperte e invenzioni, nuove categorie* in funzione restrittiva della punibilità, capaci di veicolare nuove ermeneutiche, anche questo è compito strettamente scientifico, non meramente applicativo. Che siano (in passato) le posizioni di garanzia, il reato impossibile e l'esiguità, o la misura soggettiva della colpa, e (più di recente) il rapporto di rischio,

la causalità della colpa, il *ne bis in idem* sostanziale, sono tutti risultati costruttivi interni a una scienza dei limiti del punire.

E poi lo stile narrativo, l'apertura alla cultura generale non giuridica, la libertà nel genere letterario: ma scherziamo a prendere come paradigmi argomentativi le sentenze? Quelle sono solo una parte del diritto come *interpretatio*. La loro lettura è spesso una sofferenza, perché il tecnicismo ha soffocato ogni piacere stilistico.

Ciò detto, va ricordato che *l'interpretazione non è la parte più scientifica della nostra attività*¹⁹, che è fatta di storia, comparazione, analisi statistiche, criminologiche, valutazioni dell'*output* e cultura generale. L'interpretazione è ciò che fanno avvocati e magistrati in relazione ai casi, che svolgono compiti di applicazione del ius e non di sua ricostruzione generale. Anzi. Quanto più la magistratura diventa dottrina e compie ricostruzioni generali, tanto più si avvicina ai *limiti della divisione dei poteri*: perché le sue elaborazioni hanno valore prescrittivo e non conoscitivo, ma se è generalizzante deve persuadere come la dottrina, non può comandare.

Dunque, c'è un deposito di elaborazione scientifica che è tutto concentrato sui limiti del punire senza che si possa pensare che sia una "deduzione ermeneutica" da regole sovralegislative, per lo più, del resto, non espresse o non scritte.

La nostra valutazione cambia se passiamo dalla parte generale alle singole incriminazioni, *la c.d. parte speciale e ancor più la legislazione complementare*.

Perché è questo, innanzitutto, il terreno dell'interpretazione.

Orbene, l'interpretazione delle singole fattispecie non è, come detto, una attività eminentemente scientifica.

È un atto di collaborazione o di resistenza critica a programmi di governo, a programmi di tutela, e all'uso di armi (le singole sanzioni minacciate) – la parte speciale come un'armeria – per prevenire anche fenomeni e non solo per applicare una pena proporzionata a comportamenti lesivi.

Qui si nascondono le insidie più rilevanti e risulta spesso difficile l'attività di contenimento.

Il commento al delitto di peculato non potrà non evidenziare anche la sua massima estensione regolativa, non solo quella minima. Come fa a svolgere solo compiti di limitazione di una legge che deve essere applicata? Perché il diritto penale è garantista, ma non è fesso. È in primo luogo minaccia e applicazione di sanzioni. Che sono armi politiche contro il delitto, come scriveva Beccaria. Chi fa ermeneutica, se non tradisce il paradigma deduttivo del sillogismo, e quindi un programma di governo, ne è coinvolto pienamente. Siamo nel territorio della *lex* e la sua ricollocazione nel ius, salvo il momento storico-comparato e sistematico ricostruttivo, esige un diverso impegno critico, assai più circoscritto.

Ed è qui che il raccordo con la parte generale attende impegno quotidiano. La dimensione scientifica ritorna tuttavia a dominare l'attenzione, se le singole fattispecie sono collocate in un complesso sistematico di disciplina, la cui conoscenza e organizzazione culturale appartiene alla costruzione di un sistema che è struttura di pensiero politico-giuridico e non solo tecnica: la individuazione dei limiti ritorna così a dominare il campo almeno sul fronte di una razionalità di sistemi e sottosistemi che sono isole e arcipelaghi della frammentarietà²⁰, non derivate punitive in libera espansione politica.

Perché *parte speciale e leggi complementari* sono territori insidiosi e diversi: la prima sembra tradizionalmente oggetto di studio accademico, mentre le leggi speciali sono state più spesso, nel recente passato, affidate alla magistratura o a competenze specialistiche lontane dall'impegno accademico. E qui le espansioni verso un diritto penale di lotta sono state prevalenti.

Se poi l'interprete ha responsabilità di gestione processuale, come magistrato o avvocato, necessariamente resta avvinto in logiche applicative che devono sempre affrontare i conflitti fra autori, vittime, società. Per questi motivi, *l'interpretazione e l'applicazione sono momenti distinti*.

La prima è più spesso anche solo dottrinale, la seconda è avvincente nella evoluzione ermeneutica delle fattispecie e dei casi, che è irriducibile al modello illuministico della *applicatio sine interpretatione*.

La ricerca della *interpretatio stricta*, della riduzione ermeneutica dei testi, è operazione che vede necessariamente una dialettica permanente con le esigenze della prassi, con la politica dei media, dei governi. Solo gli innesti continui di riflessioni di parte generale anche relative

¹⁹ Lo diceva già JHERING (1989), p. 7.

²⁰ Per queste immagini della frammentarietà v. ancora VORMBAUM (2011b), p. 51 ss.

al sistema sanzionatorio, possono assicurare all'interprete di conservare la sua *mission* di costruttore dei limiti.

6.

La dimensione più politica della resistenza civile all'abuso della legislazione penale. Una scienza della sussidiarietà.

Veniamo adesso all'aspetto più politico e critico della scienza penale come scienza dei limiti. Qui il discorso si sposta dal diritto come disciplina di conoscenze alla *jurisprudence* come ruolo sociologico dei suoi componenti accademici e non. Dalla scienza-disciplina alla scienza-soggetto. Chi fa parte di associazioni di studiosi o della AIPDP, oppure dell'organizzazione di riviste impegnate (non semplicemente nella selezione "scientifica" dei prodotti, ma) nelle questioni della giustizia, è direttamente coinvolto in questo discorso.

Ci sono vincoli superiori per un impegno ermeneutico a trasformare le incriminazioni da armi contro gli autori a programmi di tutela coordinata e dialogica, non guerra contro il malvagio.

Perché la scienza, senza boicottare l'impegno della legislazione per la protezione di diritti e vittime, è sempre stata un grande movimento di riduzione delle passioni punitive? Perché la *lex* è strumento di governo (§ 1 *supra*). Non solo di questo governo, ma di tutti i governi. In questa presa d'atto risiede un *carveat* che riguarda ogni prodotto accademico di ricerca dei giovani in formazione o che fanno carriera. Ricerche che devono sempre collaudare l'ipotesi che le leggi che commentano esprimano strumenti di governo anziché prodotti del pensiero, della cultura e dei saperi, siano molto politica e poco razionalità dell'umanesimo e della civiltà del diritto. La "scientifizzazione" delle leggi è dunque un'operazione ambigua perché a distanza di anni uno sguardo realistico potrebbe illuminare di una luce diversa il significato storico e metodologico delle ricerche.

C'è un assunto di Thomas Vormbaum, scritto qualche anno fa, che nella sua lapidarietà descrive una realtà internazionale: "so viel Strafrecht war nie"²¹. Non c'è mai stato così tanto diritto penale.

È illustrato meglio in alcune sue pagine che ho riassunto in uno studio recente²², senza dimenticare che di espansione del diritto penale e di inflazione penale si parla dai primi del Novecento²³.

È qui importante ricordare che, da prospettive differenti, parimenti liberali, ma una retribuzionista, e l'altra a orientamento costituzionale, Wolfgang Naucke e Thomas Vormbaum rispettivamente, hanno già da tempo immaginato la scienza penale come scienza dei limiti del punire, una "Strafbegrenzungswissenschaft".

Naucke critica l'uso politico della legalità in chiave preventiva ed espansiva, espressione di una cultura illuministica non kantiana, ma appunto affidata alle istanze della pura prevenzione e quindi alla strumentalizzazione della persona per finalità estranee a giudizi di merito, distanti da una aderenza retrospettiva al puro fatto illecito commesso²⁴. La sua *pars destruens* è peraltro di grande efficacia corrosiva²⁵.

In questa lettura, un vero limite all'espansione dei confini del penale è rappresentato dalla *depoliticizzazione dei fini della pena*. Anche in Naucke, come per molti altri esponenti della dottrina tedesca, questa valutazione politico-criminale *non ha una base costituzionale*.

Invece, l'esigenza di assegnare al diritto penale uno strumento efficace di delimitazione della sua inusitata espansione *su basi anche costituzionali* è presente nell'opera di Thomas Vormbaum²⁶.

Vormbaum assume da Naucke l'idea che occorra una disciplina finalizzata a occuparsi dei limiti del diritto penale²⁷, ma sviluppa autonomamente l'idea di una *scienza dei limiti del*

²¹ VORMBAUM (2003), 703.

²² DONINI (2024), p. 498 ss.

²³ DONINI (2024), p. 13 ss. con i richiami opportuni.

²⁴ Cfr. i lavori di Naucke citati a nota 8.

²⁵ Cfr. NAUCKE (2011) p. 79 ss.

²⁶ I lavori di traduzione dall'italiano al tedesco condotti da T. Vormbaum in quell'arco di tempo, e fino ad oggi, sono straordinari, sia per qualità e sia per quantità. Tutta la penalistica italiana deve essergli riconoscente. Basti vedere le pubblicazioni curate nelle collane *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen* (compresa quella dei *Kleine Schriften*) del LIT Verlag.

²⁷ NAUCKE (1993), p. 137 ss.; NAUCKE (1998), pp. 263 ss., 271; NAUCKE (2010), pp. 415 ss., 442 s.

punire (“*Strafbegrenzungswissenschaft*”)²⁸: una scienza dei limiti della pena, o del potere punitivo, una scienza che si occupi soprattutto, se non esclusivamente, dei principi e dei criteri per circoscrivere la potestà punitiva, nel segno della sussidiarietà dei beni e dell’*extrema ratio*, che dovrebbero essere da sempre al centro di una scienza della legislazione limitativa, proprio in quanto sussidiaria. Ma come sappiamo l’*extrema ratio* è abbandonata allo statuto di “principio informatore”, di politica criminale, ad uso argomentativo, non giustiziabile, ed è diventato una sorta di racconto natalizio nella narrazione dei penalisti.

Un vero manifesto è il suo “*politisches Strafrecht*” pubblicato nel 1995 nella *ZStW*.

Il c.d. diritto penale moderno, secondo Vormbaum, ha una sua continuità plurisecolare nel segno di *cinque caratteri fondamentali*: materializzazione (interventi energetici, colmare le lacune, i c.d. vuoti di tutela), flessibilizzazione (prevalere lo scopo sul diritto: l’utile sulla giustizia, tutto si può piegare verso il risultato perseguito), moralizzazione, soggettivizzazione, e infine funzionalizzazione (leggi di lotta).

In questa direzione il ruolo del *bene giuridico*, dalla sua fondazione²⁹ in poi, è da leggere in chiave espansionistica, non limitatrice. In Germania la legislazione repubblicana è in continuità con quella nazionalsocialista (per es. la costruzione soggettivistica del tentativo, il doppio binario). Sul piano legislativo, dagli anni ’70 ci sono state solo leggi di lotta o ispirate a bisogni di tutela. Oltre 200 riforme dal codice penale del 1871, di cui oltre 180 negli anni della Repubblica federale³⁰.

La critica alla prevenzione generale è decisiva nel programma di Vormbaum: la giustificazione del diritto penale orientata allo scopo ha aiutato l’idea dell’*ultima ratio* solo in una certa misura, in chiave di umanizzazione e differenziazione del sistema sanzionatorio. È invece proprio la tendenza al risultato che ha portato a una notevole espansione della responsabilità penale e non ha creato la limitazione desiderata. Questo sviluppo è visibile sin dalla fine del XIX secolo — spesso dimenticato — e non solo negli ultimi 20-30 anni³¹.

Il fatto che la maggior parte dei reati siano di pericolo dimostra che la prevenzione contribuisce a determinare la struttura della maggior parte degli illeciti nel diritto penale odierno³².

7.

Il significato storico di una scienza dei limiti.

Il carattere eminentemente politico della legge penale, non solo quanto alle sanzioni, ma anche nella costruzione dei precetti in organizzazioni normative di linee di intervento (preventive, amministrative, processuali, penali) per contrastare fenomeni generali, destina lo studioso al controllo critico di tutti gli abusi immanenti ad eccessi di prevenzione generale. Questo controllo è parte della vita di studio perché nello statuto epistemico del sapere penalistico ci sono fonti sovralegislative e conoscenze storico-comparate, oltre al collaudo di saperi empirici, che fanno per vocazione del penalista l’esponente di un contropotere critico, e non semplicemente un interprete³³. È questo un destino giusnaturalistico? Il lettore risponda come preferisce a questo interrogativo. Il diritto naturale ha rappresentato nella storia un antidoto a ogni eccesso giuspositivo, ma è dubbio che sia stato così efficace, sul piano politico, quanto invece lo sono oggi i diritti fondamentali, che ne ereditano la funzione secondo un giusrazionalismo storicizzato. C’è quindi una chiara dimensione storicistica e non sovratemporale, di questi stessi limiti.

Sul versante della episteme, e non del ius naturale, l’obiettività descrittiva e avalutativa

²⁸ VORMBAUM (1995), pp. 734 ss., 744 ss.; VORMBAUM (2003), p. 703 ss.; VORMBAUM (2011b), p. 51 ss., poi anche in VORMBAUM (2018b), p. 145 ss.; i saggi in VORMBAUM (1999) (e nella 2. Aufl. del 2018). Cfr. anche DONINI (2014), pp. 48-62.

²⁹ BIRNBAUM (1834).

³⁰ VORMBAUM (2013), p. 388; VORMBAUM (2018b), p. 23 ss.

³¹ FRANK (1898), p. 733 ss., p. 737; BELING (1908, 1978), p. 152: «Il numero di reati la cui realizzazione è punibile è aumentato enormemente. Le vere e proprie “leggi penali” — che richiedono un atto colpevole e un’espiazione proporzionale — oggi non si contano più; c’è un vero e proprio diluvio di leggi penali e ogni anno ne arrivano di nuove, tanto che la denuncia di un eccesso di potere penale dello Stato è sorta non senza ragione». Cfr. le 800 pagine delle “Leggi complementari al codice penale del Regno d’Italia”, Vallardi, Milano, 1889. Nei saggi di Vormbaum sulla *Storia del diritto penale moderno* è ben evidente il trend: VORMBAUM (2018a), p. 9 ss.

³² Non approfondisco qui l’ulteriore sviluppo della ricerca di Vormbaum nel segno di una rilettura delle leggi penali come leggi costituzionali: VORMBAUM (2018c), p. 53 ss. Per un ampio commento v. FERNASARI (2018), p. 9 ss.; e DONINI (2018), spec. p. 14 ss., e la letteratura richiamata in DONINI (2024), p. 501 ss.

³³ Cfr. già quanto detto in *Democrazia penale e ruolo della scienza*, relazione al Convegno dell’Ass. Bricola, Bologna, 5-6 febbraio 2004, su “Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale”, pubblicato in INSOLERA (2005), pp. 27-40.

del modello naturalistico di scienza appartiene agli ideali del primo Novecento. Essi entrano anche oggi nell'attività scientifica come una sua componente, senza dubbio. Ma non possono certo contribuire in misura sufficiente a quel duplice compito di legittimazione e di delegittimazione che le fonti superiori assegnano al giurista. La scienza giuridica non è solo descrittiva e avalutativa³⁴.

Noi, infatti, non siamo destinati alla mera legittimazione del sistema, ma anche alla sua possibile delegittimazione.

Sono due poli dialettici della nostra cattiva coscienza: non collaborare mai a produrre un esito detentivo che diventi una sorta di Zyklon B, non collaborare a perdite di diritti ingiustificabili.

Oggi siamo meno liberi dall'universo normativo non perché ci sia troppo penale (fatto vero, del resto), ma perché tutto è più normato. Gli spazi liberi dal diritto sono sempre più esigui. Inevitabile che il momento punitivo ne risulti a sua volta esaltato o accresciuto.

È vero, allora, che il discorso non appare solo circoscritto alla penalità. I limiti devono essere ricostruiti sull'intero ordinamento: ciò che del resto è evidente a ogni iniziativa di depenalizzazione, che se non riesce è perché la sussidiarietà è una risposta che non può essere data solo dal penalista.

L'idea di una scienza della sussidiarietà quale compito collettivo, di cui in un libro di vent'anni fa³⁵ ho immaginato alcune declinazioni attraverso i percorsi della *motivazione della legge* e di *verifiche anche empiriche di legittimità sui programmi legislativi*, appare oggi meno distante dalla realtà: *lo stesso giudizio di proporzione* (che è però soprattutto un giudizio di "sproporzione", un limite, più che un fondamento positivo) si accresce di saperi empirici e verifiche, che oggi la Corte costituzionale tiene presenti nel sindacato ordinario di legittimità, sì che un modello pensato per la scienza può diventare momento di verifica costituzionale³⁶.

Ma prima è venuta quasi sempre la riflessione scientifica, non orientata, in quanto tale, a una politica di governo, ma a delimitare le diverse politiche co-esistenti nella legislazione.

L'idea che i limiti siano fondamento non coincide con la visione tradizionale della Costituzione come fondamento del diritto penale. Questa è solo una parte del discorso, come abbiamo spiegato.

Il vero nucleo concettuale è che l'attività scientifica si è sempre occupata di costruire un ius come limite della lex. È un destino epistemico, ma politico ad un tempo, che precede lo stesso orientamento costituzionale, anche senza volere risalire all'Antigone di Sofocle. Ad esso si è aggiunto il diritto costituzionale penale come ulteriore e distinto prodotto di una scienza dei limiti. Ma infine il ruolo della scienza quale limite investe anche la dimensione sociologica dei suoi esponenti di fronte a continue espressioni di una legislazione come strumento di governo.

Ci ritroviamo così a *comprendere forse per la prima volta che l'elaborazione dei limiti è fondamento epistemico di una intera disciplina*. Chi intende occuparsi del commento del codice della città farà soprattutto interpretazione, o sistematica, e anche l'interpretazione costituzionale diventa neotecnicismo se non attinge linfa nuova dagli studi accademici liberi. Bisogna tuttavia che il loro sviluppo sia incrementato, superando facili ripetizioni di vecchi stili, dogmi, e principi di autorità che sono il contrario del metodo scientifico. Ecco che la falsificazione possibile anche di schemi di analisi pensati ai primi del Novecento, e poi ripetuti fino ai nostri giorni, è segno della vitalità della disciplina, non di irricorrenza verso i Maestri.

In questo bellissimo destino di anticipazioni e scoperte, invenzioni, organizzazione di cultura, noi non siamo la Corte di Cassazione, non siamo le Camere penali. Non siamo neppure i commentatori della Corte costituzionale. Noi siamo l'Accademia. Riappropriamoci del nostro ruolo, che è grande e luminoso³⁷.

³⁴ Sul suo statuto epistemico v. il cap. 15 di DONINI (2026), pp. 131-148. Il carattere necessariamente anche (ma non solo!) "politico" in senso alto della scienza giuridica si contrappone spesso alle politiche della legislazione. Non le interpreta semplicemente. In questo non ci devono essere ambiguità e falsi neutralismi. Però ciò non elimina i numerosi aspetti descrittivi, informativi, di organizzazione di costanti di pensiero, pur storicamente collocati, propri del sapere di matrice accademica. Per un dialogo e confronto sul tema di una scienza giuridica non solo descrittiva, ma anche prescrittiva, cfr. DONINI (2020), pp. 395 ss., 397 ss.; e le diverse posizioni di PULITANO (2015), p. 4282 e FIANDACA (2022), p. 77 ss.

³⁵ DONINI (2004), 85 ss.

³⁶ Una innovazione molto importante, introdotta di fatto, senza troppe declamazioni e in realtà distaccandosi dai percorsi tradizionali della proporzione, che erano più vincolati all'idea dello scopo (teleologia) che non all'attenzione a verifiche empiriche (orientamento alle conseguenze). Ampi richiami in DONINI (2003a), pp. 141-183, anche in DONINI (2003b), pp. 115-161.

³⁷ Certo ciò richiede che ci prefiggiamo di costruire percorsi, anche concreti, programmi di riforma, diversi dalle razionalizzazioni interne a un universo di sole norme, inferiori o superiori che siano, oltre dunque il normativismo integrale del giurista tradizionale, anche se educato al costituzionalismo. La norma giuridica, infatti, non si fonda su se stessa.

Bibliografia

BELING, Ernst (1978): *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (Leipzig, 1908), (Aalen, Scientia Verlag)

BIRNBAUM, Johann Michael Franz (1834): “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens“, *Archiv des Criminalrechts*, pp. 149-194

DAMOSO, Francesco Maria (2022): *Il vincolo del precedente tra sentenza di legittimità e massimazione* (Torino, Giappichelli)

DE BLASIS, Silvia (2023): *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale* (Napoli, Jovene)

DE FRANCESCO, Giovannangelo (1996): “Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione”, *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1, pp. 21-74

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003): *La racionalidad de las leyes penales* (Madrid, Trotta)

DONINI, Massimo e PAVARINI, Massimo (eds.): *Sicurezza e diritto penale* (Bologna, BUP), pp. 79-89

DONINI, Massimo (2014): “Garantiestrafrecht und Generalprävention. Ein unausweichlicher Gegensatz des zeitgenössischen Strafrechts? Annäherung an die “Strafbegrenzungswissenschaft” von Thomas Vormbaum” in ASHOLT, Martin, EISENHARDT Ulrich, PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, Karl August, ZWIEHOFF, Gabriele Hrsg.: *Strafrecht und juristische Zeitgeschichte. Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Thomas Vormbaum*, (Baden-Baden, Nomos), pp. 48-62

DONINI, Massimo (2003a): “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 141-183.

DONINI, Massimo (2003b): *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia* (Padova, Cedam), pp. 115-161

DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale* (Milano, Giuffrè)

DONINI, Massimo (2005): “Democrazia penale e ruolo della scienza” in INSOLERA, Gaetano: *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (Bologna, Monduzzi), pp. 27-40

DONINI, Massimo (2018): “La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito”, *Legislazione penale*, pp. 1-28

DONINI, Massimo (2019): “Garantismo penale oggi”, *Criminalia*, 2020, pp. 393-421

DONINI, Massimo (2020): “Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale”, *Archivio Penale*, 2, pp. 523-545

DONINI, Massimo (2024): *Diritto penale*, PG, vol. 1, (Milano, Giuffrè Lefebvre)

DONINI, Massimo, KOSTORIS, Roberto, ORLANDI, Renzo (2025): *Conoscibilità del diritto e costruzione del precedente. diritto e processo penale tra massimario, dottrina e prassi* (Napoli, Jovene)

DONINI, Massimo (2026): *Diritto penale*, PG, vol. II (Milano, Giuffrè Lefebvre)

FERRAJOLI, Carlo Ferruccio, GENTILINI, Alessandro, MARCENÒ, Valeria, RESCIGNO, Giuseppe Ugo (2026): *La Costituzione inattuata. Un commentario articolo per articolo*, (Milano, Giuffrè)

FIANDACA, Giovanni (2022): “Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza, e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò” in DODARO, Giandomenico, DOVA, Massimiliano, PECORELLA, Claudia, RUGA RIVA, Carlo (eds.): *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò* (Torino, Giappichelli), pp. 77-93

FORNASARI, Gabriele (2018): “Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 162-715

FRANK, Reinhard (1898): “Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XVIII, pp. 733-750

GALANTE, Andrea (2021): *Legalità e mutamenti giurisprudenziali* (Firenze, Firenze University Press)

IGIMI, Mariko (2025): *Lex senza ius. Pensiero giuridico tradizionale in Asia orientale*, relazione al convegno nazionale dei romanisti *Pena privata e pubblica. Genesi, itinerari e prospettive. In ricordo di Cosimo Cascione*, Napoli, 5-6 giugno 2025

JAHN, Matthias (2016): “Strafverfassungsrecht: die Verfassung als Herausforderung” in TIEDEMANN, Klaus, SIEBER, Ulrich, SATZGER, Helmut, BURCHARD, Christoph, BRODOWSKI, Dominik (eds.): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Hrsg (Baden-Baden, Nomos), pp. 63-85

v. JHERING, Rudolf (1857): *Unsere Aufgabe* (tr. *Il nostro compito*, in *La lotta per il diritto*, Milano, Giuffrè), pp.1-48

KUHLEN, Lothar (2006): *Die verfassungskoforme Auslegung von Strafgesetzen* (Heidelberg, Müller)

MANES, Vittorio (2023): *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, (Torino, Giappichelli)

MASSARO, Antonella (2021): *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica* (Napoli, Ed. Scientifica)

NAUCKE, Wolfgang (1982): “Die Kriminalpolitik des Marburgers Programms 1882”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 94, pp. 525-564

NAUCKE, Wolfgang (1985): *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff* (Stuttgart, Franz Steiner Verlag)

NAUCKE, Wolfgang (1993): “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, pp.135-162

NAUCKE, Wolfgang (1995): “Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus” in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M (eds.): *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Hrsg. (Peter Lang, Frankfurt a.M), pp. 483-497

NAUCKE, Wolfgang (1998): “I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi” in BORRÈ, Giuseppe, PALOMBARINI, Giovanni (eds.): *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela* (Milano, Franco Angeli), pp. 95-104

NAUCKE, Wolfgang, “Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, 263-275

NAUCKE, Wolfgang (1999): *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik* (Klostermann, Frankfurt a.M.)

NAUCKE, Wolfgang (2000a): “Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland” in NAUCKE, Wolfgang: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts* (Baden-Baden, Nomos Verlag), pp. 393-409

NAUCKE, Wolfgang (2000b): *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts* (Nomos, Baden-Baden)

NAUCKE, Wolfgang (2002): *Strafrecht. Eine Einführung* (München, Luchterhand)

NAUCKE, Wolfgang (2010): “Autobiographie” in HILGENDORF, Eric: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hrsg., (Berlin, De Gruyter), pp. 415-446

NAUCKE, Wolfgang (2011a): “La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico”, in DONINI, Massimo e PAVARINI, Massimo (eds.): *Sicurezza e diritto penale* (Bologna, BUP), pp. 79-89

PERRONE, Daria (2019): *Nullum crimen sine iure* (Torino, Giappichelli)

PULITANÒ, Domenico (2015): “‘Dommatica’ e giurisprudenza”, *Cassazione penale*, pp. 4277-4292

QUINTERO OLIVARES, Gonzalez (2004): *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles* (Madrid, Civitas)

RECCIA, Eliana (2020): *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle decisioni delle Sezioni Unite* (Torino, Giappichelli)

ROTOLO, Giuseppe (2018): *‘Riconoscibilità’ del precetto e modelli innovativi di tutela* (Torino, Giappichelli)

ROXIN, Claus e GRECO, Luis (2020): *Strafrecht*, AT, Bd. I (München, C.H.Beck)

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (2010): *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Montevideo, Buenos Aires, BdeF)

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal* (Barcelona, Atelier)

SANTANGELO, Alessandra (2022): *Precedente e prevedibilità* (Torino, Giappichelli)

VORMBAUM, Thomas (1995): “Politisches Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 107, pp. 734-776

VORMBAUM, Thomas (2003): “Aktuelles zur Lage des Strafrechts” in HÄBERLE Peter, MORLOK Marin, SCHNEIDER, Hans Peter (eds.): *Fest. Tsatsos* (Baden-Baden, Nomos), pp. 703-721, anche in VORMBAUM, Thomas: *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik* (Berlin, Lit Verlag) 2018, pp. 57-77

VORMBAUM, Thomas (2011b): “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 660 – 690 (tr. it. “Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica”, *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2015, pp. 51-72)

VORMBAUM, Thomas (2013): *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, 2ª ed. (Padova, Cedam)

VORMBAUM, Thomas (2018a): *Saggi di storia del diritto penale moderno* (Napoli, ESI)

VORMBAUM, Thomas (2018b): “Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione” in VORMBAUM, Thomas: *Saggi di storia del diritto penale moderno* (Napoli, ESI), pp. 9-26

VORMBAUM, Thomas (2018c): “Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung”, *JuristenZeitung*, pp. 53-63

Dal dolo alternativo all'*aberratio ictus*: critica dell'indifferenza come contenuto del dolo.

Nota a Cass. pen., sez. I, ud. 3 febbraio 2026 (dep. 23 febbraio 2026), n. 7189, CED 289503, Scarallo

*La indiferencia como contenido del dolo:
una crítica desde el dolo alternativo al aberratio ictus.*

*From alternative intent to error in execution: re-examining
indifference within the structure of mens rea.*

GIAN PAOLO DEMURO

Ordinario di Diritto penale nell'Università di Sassari
gpdemuro@uniss.it

DOLO, DOLO ALTERNATIVO,
INDIFFERENZA

DOLO, DOLO ALTERNATIVO,
INDIFERENCIA

INTENT, MENS REA,
INDIFFERENCE

ABSTRACTS

L'indifferenza nei confronti del bene giuridico contraddistingue il dolo alternativo e l'*aberratio ictus*, figure oggetto della sentenza in commento, e caratterizza anche il dolo generale e il dolo indiretto. Il saggio indaga l'effettiva consistenza di tale concetto, ne pone in evidenza la debolezza semantica e contenutistica, ne osserva la funzione strumentale in ambiti specifici e afferma dunque la sua incapacità a esprimere il contenuto del dolo. L'utilizzo strumentale dell'indifferenza, e delle figure di dolo in cui si insinua, si accompagna alla finalità di semplificazione probatoria, che agisce non solo sulla struttura ma anche e insieme sull'oggetto del dolo: impoverendo l'oggetto si impoverisce a sua volta il momento rappresentativo e di conseguenza la base del momento volitivo. Nemmeno l'omogeneità del bene giuridico tutelato è in grado di assegnare spessore alla indifferenza, potendosi concedere al più che tale insensibilità sia un semplice passaggio emotivo in vista della scelta consapevole che rappresenta la vera essenza del dolo.

La indiferencia hacia el bien jurídico caracteriza el dolo alternativo y la *aberratio ictus*, figuras objeto de la sentencia comentada, y es asimismo propia del dolo general y del dolo indirecto. El ensayo indaga en la consistencia efectiva de dicho concepto, pone de relieve su debilidad semántica y de contenido, constata su función instrumental en ámbitos específicos y afirma su incapacidad para expresar el contenido del dolo. El uso instrumental de la indiferencia, y de las figuras de dolo en las que se insinúa, va acompañado de un propósito simplificador en el plano probatorio que actúa no solo sobre la estructura, sino también – y al mismo tiempo – sobre el objeto del dolo: al empobrecer el objeto se empobrece a su vez el momento representativo y, por consiguiente, la base del momento volitivo. Tampoco la homogeneidad del bien jurídico protegido es capaz de otorgar consistencia a la indiferencia, pudiéndose conceder a lo sumo que esa insensibilidad sea un simple tránsito emocional de cara a la elección consciente que representa la auténtica esencia del dolo.

Indifference towards the legal interest is a defining feature of alternative intent and error in execution – the concepts at the heart of the judgment in question – and is also characteristic of general intent and indirect intent. This essay examines the actual substance of this concept, highlights its semantic and substantive weaknesses, observes its instrumental function in specific contexts, and thus affirms its inability to express the content of intent. The instrumental use of indifference, and of the forms of intent into which it creeps, is accompanied by the aim of simplifying the burden of proof, which affects not only the structure but also, and at the same time, the object of intent: by impoverishing the object, the representational aspect is in turn impoverished and, consequently, the basis of the volitional aspect. Not even the homogeneity of the protected legal interest is capable of lending substance to indifference, since one can at best concede that such insensitivity is a mere emotional phase in the run-up to the conscious choice that represents the true essence of *mens rea*.

SOMMARIO

1. Il fatto e la questione. – 2. Il dolo alternativo nella giurisprudenza: la posizione di indifferenza di fronte agli eventi. – 3. La mancanza di autonomia del dolo alternativo e la manipolabilità della figura. – 4. I rischi di semplificazione (indifferenza) probatoria. Il ruolo degli indicatori. – 5. L'indifferenza come dolo. – 6. Indifferenza normativa dell'identità della vittima: il dolo per equivalente dell'*aberratio ictus*. – 7. Concorso morale e *aberratio ictus*: l'indifferenza dell'esito aberrante. – 8. Conclusioni.

1.

Il fatto e la questione.

La vicenda trattata dalla Suprema Corte riguarda uno scontro armato tra gruppi contrapposti (c.d. Sanità e Mercato, due quartieri di Napoli) nel quale uno dei partecipanti viene ucciso e un altro ferito. All'esito delle indagini, le risultanze scientifiche, i documenti, le intercettazioni telefoniche e le sommarie informazioni portano a ritenere – allo stato degli atti confluì nel fascicolo cautelare – che la morte e il ferimento dei due appartenenti al gruppo Sanità sarebbero stati effetto di c.d. fuoco amico (almeno cinque le armi da sparo utilizzate). Sulla base degli elementi raccolti il Tribunale del Riesame conferma l'ordinanza del GIP applicativa della misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di un soggetto gravemente indiziato: la qualificazione giuridica assegnata muove dal dolo (diretto) alternativo e fa ricorso alla disciplina dell'*aberratio ictus* (art. 82 c.p.), ritenendo che dall'analisi degli elementi acquisiti l'obiettivo avuto di mira dal gruppo Sanità fosse il gruppo avverso del Mercato che si era posto al loro inseguimento; di qui la traslazione del dolo dalle vittime designate a quelle effettive, *sub specie* di dolo (diretto) alternativo. Avverso l'ordinanza così (tra l'altro) motivata propone ricorso per Cassazione il difensore dell'indiziato, deducendo quanto alla qualificazione giuridica la contraddittorietà della motivazione, ritenendo improprio il ricorso alla figura dell'*aberratio*, il cui presupposto – si afferma – sarebbe che l'offesa (qui lesione o morte) a persona diversa non sia voluta, nemmeno nella forma di dolo più lieve, il dolo eventuale; anzi, nel caso in esame, le circostanze dell'azione dovevano piuttosto portare a ritenere che il “fuoco amico”, da un punto di vista soggettivo, era stato sorretto da scopi difensivi, non potendoci essere stata alcuna rappresentazione dell'evento. La Cassazione riconosce invece il corretto inquadramento giuridico dei fatti (da parte del Tribunale del Riesame) attraverso il ricorso congiunto agli istituti penalistici – tra loro ritenuti pienamente compatibili – del dolo (diretto) alternativo, dell'*aberratio ictus* (monoffensiva) e del concorso morale (nell'omicidio di soggetto diverso dalla vittima designata).

2.

Il dolo alternativo nella giurisprudenza: la posizione di indifferenza di fronte agli eventi.

La Cassazione assume nella pronuncia in commento una nozione di dolo alternativo come forma di dolo diretto. Dopo aver affermato che per il “dolo diretto di omicidio” «non è necessario che l'evento-morte sia previsto e voluto come unica e certa conseguenza ma è sufficiente che detto evento sia previsto e voluto come conseguenza altamente probabile nell'ambito di una dinamica lesiva che includa anche, in via cumulativa e alternativa, l'evento di lesioni»¹, per il dolo alternativo la motivazione si basa su una giurisprudenza per la quale il dolo alternativo è dolo diretto perché «espressione di un atteggiamento volitivo che include, accanto a un primo evento preso di mira, un secondo evento altamente probabile che è quindi previsto anch'esso come scopo della condotta e non è per tale ragione meramente accettato come conseguenza accessoria o ulteriore»². In questa logica, al dolo alternativo pertiene dunque una vera e propria previsione, ben superiore alla intensità della mera accettazione propria del dolo eventuale.

Lo stimolo al ricorso alla (pretesa) categoria del dolo alternativo è venuto da esigenze

¹ La pronuncia che fa da immediato riferimento per questa impostazione è Cass. pen., sez. I, 23 dicembre 2024, Tavoletta, CED 287335, anche in Cass. pen., 2025, 5, 1579. Medesime espressioni in Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2024, n. 32381, in Guida dir., 2024, 39.

² Cass. pen., sez. I, 31 luglio 2023, n. 33435, Abbate, in SentenzeWeb; Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2012, Maraviglia, CED 252046; da ultima Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2026, n. 9826, in SentenzeWeb. Secondo questa impostazione – ci sembra fin d'ora da osservare – l'elevata probabilità del secondo evento lo rende in definitiva intenzionale anch'esso.

pratiche, tecnico-giuridiche e politico-criminali³. Dopo sporadiche apparizioni⁴, la figura del dolo alternativo ha trovato espresso riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità in una serie di sentenze dei primi anni '90, in particolare per rimediare, come tipo di dolo diretto, alla (ritenuta) incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo⁵.

La Cassazione, a Sezioni unite, ha distinto così dal dolo eventuale il dolo alternativo, figura nella quale non vi è una semplice accettazione del rischio rispetto all'uno o all'altro di diversi possibili eventi, ma al contrario questi sono, in forma assolutamente paritetica, entrambi previsti e voluti dal reo, nel senso che nella sua prefigurazione è del tutto indifferente quale di questi eventi venga poi effettivamente a realizzarsi⁶. Un primo gruppo di casi riguarda gli inseguimenti, spesso da parte delle forze dell'ordine: ancora in una recente pronuncia si afferma la compatibilità con il tentativo del dolo alternativo, che ricorre quando il soggetto agente prevede e vuole indifferentemente, come conseguenza della sua condotta, accanto a un primo evento preso di mira, anche un secondo evento ritenuto altamente probabile⁷. Un secondo gruppo di ipotesi riguarda aggressioni violente contro l'integrità fisica: anche qui la compatibilità con il tentativo è affermata sulla base del principio che il dolo diretto, nella sua forma di dolo alternativo, ricorre quando il soggetto agente prevede e vuole indifferentemente due eventi alternativi tra loro come conseguenza della sua condotta⁸. Un caso poi emblematico di ricorso a tale figura è quello del lancio dei sassi dal cavalcavia. Un tale aveva lanciato, in corrispondenza della corsia di scorrimento delle auto, un sasso di rilevanti dimensioni da un punto del cavalcavia dal quale non era possibile vedere le auto che transitavano in basso, in quel momento numerose essendo notoriamente a quell'ora l'autostrada estremamente trafficata, addirittura sforzandosi per superare con il lancio la rete metallica che era stata collocata proprio per evitare simili gesti. Una siffatta condotta è stata ritenuta significativa del dolo alternativo, essendosi l'agente posto quanto meno in una posizione di "indifferenza" rispetto alle possibili conseguenze del suo gesto, così accettando una altissima probabilità che la massa del sasso scagliato colpisse una vettura in transito provocando la morte degli occupanti, nonostante la residua possibilità di un evento diverso⁹. In questa e in consimili ipotesi la Cassazione riconosce la presenza di un dolo alternativo, riconducibile al dolo diretto, «stante la sostanziale

³ Sulla capacità "polifunzionale" del dolo alternativo, MEZZETTI (2011), pp. 1155 ss.

⁴ Le prime "avvisaglie" paiono risalire al 1967: Cass. pen., sez. I, 15 marzo 1967, Mancusi, CED 103735, e Cass. pen., sez. I, 3 aprile 1967, Coccato, CED 103953.

⁵ Sulla strumentalità a questo fine della figura, tra i tanti, IACOVIELLO (2010), p. 465.

⁶ Cass. pen., sez. un., 25 marzo 1992, Casu, CED 189405 e tra le tante più recenti Cass. pen., sez. I, 1° ottobre 2018, Alfieri, CED 274402 e Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2023, n. 23543, D&G 31 maggio 2023. In dottrina, VENTUROLI (2009), pp. 617 ss.

⁷ Sempre Cass. pen., sez. I, 23 dicembre 2024, Tavoletta, cit.: qui una persona aveva esploso un colpo di fucile che aveva colpito la vittima a una spalla, e successivamente ancora l'aveva inseguita alla guida di un veicolo cercando di investirla; la Corte ha ritenuto che l'azione fosse stata tenuta, indifferentemente, per provocare una grave offesa all'integrità fisica del soggetto passivo o per determinarne la morte. Un riferimento al dolo alternativo in un'altra delle importanti sentenze a sezioni unite sul dolo dei primi anni '90, Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1994, Cassata, CED 195804, la quale richiama altri casi di utilizzo del dolo diretto alternativo a proposito di conflitti a fuoco con le forze di polizia. Anche Cass. pen., sez. I, 24 maggio 2007, n. 27620, in CED 237022. Sono numerose le massime conformi.

⁸ Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2014, Nardelli, CED 259465: il caso è quello di un'aggressione condotta attingendo con ripetuti colpi di coltello una zona vitale del corpo della vittima, la cui morte sarebbe sopravvenuta se non fosse intervenuto immediato soccorso delle persone vicine. Ma vedi già Cass. pen., sez. V, 3 marzo 1994, Cutruzzola, CED 197281. Così anche, in relazione a un tentativo di accoltellamento al petto, Cass. pen., sez. V, 17 febbraio 2005, n. 6168, in Cass. pen., 2006, p. 2848. Ancora Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2010, Vismara, CED 247707. Per recenti applicazione nella giurisprudenza di merito, Trib. Udine, 23 giugno 2025, n. 707, e Corte app. Lecce, 1° settembre 2020, n. 471, in *DeJure*. In generale ritiene semplicemente impropria la definizione di dolo alternativo per il classico caso di chi spara per ferire o uccidere un suo nemico, PAGLIARO (2020), p. 313, nt. 28: qui, infatti, i due eventi non si escludono, piuttosto l'uno è lo sviluppo dell'altro. Perciò – secondo l'Autore – se avviene la morte della vittima, si avrà omicidio doloso; mentre nel caso di ferimento, si avrà omicidio tentato.

⁹ Così la Corte d'appello di Torino, poi confermata da Cass. pen., sez. I, 25 gennaio 2005, n. 5436, in Cass. pen., 2006, pp. 3254-3255. Ancora recentemente, Cass. pen. sez. I, 26 settembre 2024, n. 1710, in *Resp. civ. prev.*, 2025, 2, p. 367, per la quale integra il reato di tentato omicidio con dolo diretto il lancio di sassi da un cavalcavia anche quando tale azione non è diretta a colpire gli autoveicoli, ma è idonea – per la non facile avvistabilità degli oggetti che cadono o già caduti mentre i conducenti sono impegnati nella guida e transitano a velocità elevata – a creare il concreto pericolo di incidenti stradali anche mortali, al cui verificarsi deve intendersi diretta la volontà dell'agente. La soluzione del dolo alternativo diretto non è condivisa da R. BLAIOTTA, che in un intervento al convegno "*Dolo intenzionale, dolo diretto, dolo eventuale*", tenutosi all'Università "La Sapienza" il 5 novembre 2008 (i cui atti sono inediti), ritiene tale figura solo strumentale alla risoluzione del problema dell'asserita incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo, ma senza fondamento concettuale, dato che l'alternatività può anche accompagnarsi al dolo intenzionale e soprattutto al dolo eventuale (accettazione di due eventualità alternative). Dunque sarà lecito parlare al più di dolo eventuale, salva la necessità di indagare talora se l'autore sia affetto da deficit psichico. Si tratta comunque di forzature – prosegue Blaiotta – che potrebbero ben essere evitate mediante una modifica dell'art 432 c.p. (*Attentati alla sicurezza dei trasporti*) che comporti il riferimento piuttosto alla "sicurezza della circolazione", introduca tra le condotte tipiche il lancio di oggetti, e preveda quale aggravante di un così modificato reato di pericolo il verificarsi di eventi lesivi. Vedi anche MEZZETTI (2011), p. 1157, il quale ritiene che il dolo alternativo celi la presunzione dello stato di *indifferenza* del soggetto agente nei confronti dei diversi eventi voluti (uccisione/ferimento degli automobilisti o danneggiamento delle auto in transito). Appare qui evidente – sottolinea Mezzetti – la preoccupazione di rafforzare la risposta punitiva rispetto ad azioni estremamente pericolose, con l'allontanamento però dai principi garantistici sostanziali e processuali.

equivalenza dell'uno o dell'altro degli eventi ricollegabili alla condotta cosciente e volontaria dell'agente¹⁰. E tra i casi risolti dalla giurisprudenza ricorrendo al dolo alternativo si può ricordare anche la recente condanna per tentato omicidio realizzato lanciando dall'alto una bicicletta (elettrica) per colpire una (qualsiasi) persona, così da produrne alternativamente la morte o le lesioni¹¹.

Nei casi fin qui descritti, dunque, si fa ricorso, come detto, alla figura del dolo alternativo per sfuggire alla (ritenuta) incompatibilità di tentativo e dolo eventuale¹²: in sostanza, mentre nel dolo eventuale il soggetto si rappresenta una sorta di gerarchia tra i possibili eventi, nel senso che ne persegue uno come effetto principale e voluto in senso stretto e accetta il rischio della verifica dell'evento collaterale, nel dolo alternativo i due eventi *sono sullo stesso piano* e dunque il dolo è diretto e non eventuale, e pertanto compatibile con il tentativo. Guidata in sostanza dal fine di contestare l'omicidio tentato anziché le lesioni consumate (o tentate), la giurisprudenza ritiene così di superare la (asserita) selezione delle forme del dolo rappresentata dalla "direzione univoca" di cui parla l'art. 56 c.p.

Ma al dolo alternativo si fa ricorso anche con riguardo ai delitti consumati, al fine di contestare direttamente l'omicidio doloso anziché (o assorbendo) l'omicidio colposo o preterintenzionale. Quanto al rapporto con l'omicidio colposo (in concorso con tentato omicidio) si può ricordare il ricorso al dolo alternativo in ipotesi di c.d. dolo *generale*, figura espressione anch'essa di "*indifferenza*" (alle modalità con le quali l'evento intenzionalmente perseguito si verifichi) e talora utilizzata in giurisprudenza per punire a titolo di omicidio doloso il fatto di chi, ritenendo di aver già realizzato il fatto con una certa condotta, compie una seconda condotta con la quale invero effettivamente lo realizza: l'intenzione dell'agente è rivolta all'evento morte, comunque questa si verifichi il comportamento dell'agente è ugualmente contrassegnato da dolo (generale)¹³. Può fare ancora da riferimento qui il seguente caso: tre soggetti, per futili motivi, dopo aver sequestrato un uomo e averlo percosso selvaggiamente, interrompevano il pestaggio della vittima già malridotta e decidevano poi di causarne la morte stringendole al collo un filo elettrico; la quale morte però non fu causata dalle percosse e dalla stretta al collo ma dalla successiva azione di combustione del corpo. Gli imputati si erano difesi affermando che gli atti di carbonizzazione furono compiuti nella convinzione di aver già ucciso il soggetto passivo e per l'esclusiva finalità di occultarne il cadavere. Qui la Cassazione aveva sì riconosciuto in astratto la correttezza tecnico-giuridica della soluzione a cui aspiravano i ricorrenti: cioè che nel caso in cui la condotta del soggetto attivo sia dolosamente diretta a cagionare la morte di un uomo e questa si verifichi solo a causa di una successiva condotta posta in essere nell'erroneo convincimento di avere già realizzato l'evento morte con la precedente condotta, l'omicidio non può essere imputato a titolo di dolo, ma a titolo di colpa, mentre la precedente condotta integra la fattispecie del tentato omicidio. Ma nel caso sottoposto al suo esame, il giudice di merito aveva accertato l'inesistenza di errore sullo stato vitale del soggetto passivo da parte degli imputati, i quali avevano agito semplicemente nel *dubbio* circa la già avvenuta produzione dell'evento: dunque la morte – secondo la Cassazione – deve essere attribuita a titolo di dolo diretto, nella forma del dolo alternativo, giacché la condotta era volta tanto allo scopo di distruggere e occultare il cadavere, quanto, *in via alternativa*, a cagionare la morte

¹⁰ Cass. pen., sez. I, 10 aprile 2003, Iovino, CED 224154. Vedi anche Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2003, Lenzi, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 33, 98; e in dottrina, le note a Cass. pen., sez. I, 25 gennaio 2005, n. 5436, di NATALINI (2005), pp. 66 ss., e di CERQUETTI (2005), pp. 1003 ss.

¹¹ Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2025, n. 8400, in *Sist. pen.*

¹² Rigo (1997), pp. 964 ss. (nota a sentenza Cass. pen., sez. un., 14 febbraio 1996, Mele). L'Autore si chiede se il dolo alternativo sia ipotizzabile solo nel caso in cui la relazione tra gli interessi offesi sia una progressione di offesa omogenea del tipo di quella tra integrità fisica e vita, o se possa ammettersi anche a prescindere da un tale rapporto, ed opta per questa seconda alternativa; con l'avvertimento però che l'incompatibilità tra gli eventi – requisito tipico del dolo alternativo – esige che si tratti quantomeno di interessi tali che la lesione di uno sia incompatibile con l'offesa dell'altro, oppure che si tratti di eventi che, pur offendendo il medesimo bene, siano strutturalmente alternativi. Un modo diverso di affrontare il problema potrebbe venire dalla considerazione – DONINI (2026), p. 1200 – che l'accertamento del fatto nel delitto tentato non è pienamente separabile da quello del dolo: lo è infatti quanto all'idoneità degli atti, ma non quanto alla univocità.

¹³ La genericità del concetto – come detto nel testo una sorta di "*indifferenza*" (anche qui, come già nel dolo eventuale e nel dolo alternativo) alle modalità con le quali l'evento intenzionalmente perseguito si verifichi – contrassegnava le stesse origini del *dolus generalis*, o *dolus in genere* secondo l'espressione iniziale del canonista Giovanni d'Andrea. La sua origine – e ciò va sottolineato – si ritrova nel principio del diritto canonico *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (che ricomprendeva anche ipotesi di responsabilità oggettiva). Il termine *dolus generalis* non aveva, nella dottrina italiana dei commentatori medievali, un contenuto uniforme e molto spesso si usava l'espressione "*sufficit dolus in genere*" senza ulteriori specificazioni sul fondamento della responsabilità: non veniva precisato cioè se tale figura rappresentasse una forma particolare di manifestazione del dolo del fatto-base, o se implicasse il riferimento del dolo a un oggetto generalizzato, o a una fattispecie delittuosa ampliata. Nella prassi, costituiva una delle varie forme di semplificazione processuale nell'accertamento della responsabilità. Si rinvia qui, volendo, per le fonti richiamate, a DEMURO (2007), pp. 110 ss. e soprattutto, per i contenuti, a SCHAFFSTEIN (1930), specie p. 110.

del soggetto passivo nel caso in cui la stessa non fosse già avvenuta¹⁴. L'utilità del ricorso al dolo alternativo emerge non in fase concettuale, ma come sempre probatoria¹⁵. La pari attitudine causale della condotta, o all'occultamento del cadavere o comunque alla realizzazione dell'evento mortale, fa presumere quell'atteggiamento psichico di indifferenza che caratterizza – nell'uso che ne fa la giurisprudenza – il dolo alternativo. L'esito non è dissimile dal ricorso al dolo generale, cambia solo il punto di partenza del ragionamento presuntivo: nel dolo generale si ricava il dolo dall'idoneità causale della condotta iniziale che ammantava soggettivamente il successivo *iter*, mentre nel dolo alternativo (ma qui meglio sarebbe parlare di dolo cumulativo) a far inferire il dolo è l'idoneità della condotta successiva a realizzare comunque, ed eventualmente insieme, i due eventi (morte e occultamento). Insomma una sorta di complementarità probatoria tra dolo generale e dolo alternativo.

E sempre a questa figura di dolo ha fatto ricorso la Suprema Corte ritenendo corretta la configurabilità dell'omicidio volontario nella forma del dolo alternativo, anziché dell'omicidio preterintenzionale, con riferimento a un omicidio realizzato con violenti calci alla schiena e al torace e il pestaggio di parti vitali del corpo della vittima, inerte a terra perché ubriaco¹⁶. Quando si tratta di riconoscere la sussistenza dell'omicidio volontario anziché di quello preterintenzionale diventa addirittura indifferente, forse perché in concreto difficile da tracciare, la stessa distinzione tra dolo alternativo (diretto) e dolo eventuale. Così in una sentenza le sezioni unite della Cassazione hanno affermato che la reiterazione e la direzione dei colpi, esplosi a distanza ravvicinata, dal basso verso l'alto e contro organi vitali quali il torace e l'addome, denotavano la diretta e univoca volontà di colpire la vittima con esito mortale, «configurandosi dunque l'omicidio come “doloso”, sotto la forma del dolo alternativo o almeno eventuale, per essersi l'esecutore indifferentemente rappresentato o per aver accettato il rischio che l'utilizzo dell'arma da fuoco potesse determinare la morte, anziché il ferimento». Questi “parametri sintomatici” valutati in base a “regole d'esperienza” sono stati nel caso specifico idonei a fare inferire come “certo o altamente probabile” il verificarsi dell'evento “mortale o lesivo”, «e comunque evidente, nella situazione concreta al momento di esecuzione della condotta, l'accettazione del correlativo rischio»¹⁷.

Il dolo alternativo assume significato nella giurisprudenza anche in una accezione che la dottrina vuole invece come correttiva del dolo eventuale. In giurisprudenza il contenuto del *dolo eventuale* viene espresso comunemente con la formula “accettazione del rischio”, formula che in realtà condensa i due momenti rappresentativo e volitivo e in cui la volizione perde autonomia dato che indicatore dell'accettazione è in realtà proprio il rischio stesso. La formula viene ritenuta in dottrina, presa alla lettera, addirittura *contra legem*: «ponendo ad oggetto dell'accettazione non già l'evento (la morte di un uomo), bensì il pericolo del verificarsi dell'evento (il pericolo della morte), trasforma i reati di evento in reati di pericolo del verificarsi dell'evento»¹⁸. Nella formula (facilmente manipolabile) dell'accettazione del rischio si cela a nostro avviso un intento di semplificazione probatoria: ben diversa e impegnativa, infatti, dovrebbe essere la ricerca (e la valutazione) degli indicatori se la giurisprudenza assumesse come oggetto dell'accettazione l'evento e non il rischio. Ebbene in diverse pronunce il dolo alternativo viene ritenuto sussistere nel caso in cui l'agente ritenga altamente probabile o certo l'evento, non limitandosi a prevederne e ad accettarne il rischio, ma prevedendo ed accettando l'evento stesso, lasciando (e confermando) al dolo eventuale l'essenza di accettazione di tale rischio, che potrà

¹⁴ Cass. pen., sez. I, 18 marzo 2003, rel. Canzio, in *Giur. it.*, 2004, II, pp. 1922 ss. e poi Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2006, Cieslinsky, CED 234835. L'orientamento verso la negazione della cesura spazio-temporale e dunque a favore di una unica figura di dolo alternativo ha trovato poi ulteriori conferme anche in recenti sentenze della suprema Corte: sul punto ORLANDI (2024), p. 12, con ampi richiami della giurisprudenza della prima sezione (Cass. pen., sez. I, 16 giugno 2023, Musli, CED 284931; Cass. pen., sez. I, 15 settembre 2022, Rullo, CED 283574; Cass. pen. sez. I, 10 giugno 2021, n. 38907, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2019, n. 12300, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2018 n. 22807, in *DeJure*).

¹⁵ MEZZETTI (2009), pp. 5003-5004, sull'utilizzo del dolo generale e del dolo alternativo quali strumenti presuntivi di accertamento della responsabilità penale. Secondo l'Autore le due figure si incaricano, in buona sostanza, di svolgere il ruolo di “grimaldelli” per scardinare consolidati meccanismi di accertamento “garantito” dell'elemento psicologico del reato. Contro questa “confusione e mescolanza di stati soggettivi” DONINI (2026), p. 1203.

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2007, n. 28175, CED 237177. In questa sentenza si è affermato che, in mancanza di circostanze che evidenzino *ictu oculi l'animum necandi*, la prova del dolo può essere raggiunta attraverso un procedimento logico di induzione da altri fatti certi, quali i mezzi usati, la direzione e l'intensità dei colpi, la distanza del bersaglio, la parte del colpo attinta, le situazioni di tempo e di luogo che favoriscano l'azione cruenta.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 9 gennaio 2009, Antonucci, CED 241574.

¹⁸ Esprimendo un diffuso orientamento dottrinale, MARINUCCI – DOLCINI – GATTA (2025), p. 407. Così in giurisprudenza Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2011, Braidic, CED 251484.

essere graduata a seconda di quanto maggiore o minore l'agente consideri la probabilità di verificazione dell'evento¹⁹. Ne deriva conseguentemente un indebolimento del piano psicologico del dolo eventuale: infatti solo attraverso l'accettazione dell'evento e non del mero rischio, per mezzo di una concreta e nitida rappresentazione di esso, è possibile salvaguardare l'essenza del momento volitivo – quale emerge anche dalle sezioni unite nel caso Thyssen – non come mera accettazione ma come presa di posizione, come scelta: come è stato recentemente sostenuto «Ciò che è veramente essenziale intendere è che nel dolo eventuale la visione nitida della categoria di evento accettato è una esigenza logica ed empirica: chiarezza e specificità»²⁰.

Al dolo alternativo si fa ricorso anche quale limite negativo per la configurabilità del concorso anomalo ex art. 116 c.p., comprendendo nella volizione dell'evento utile per l'applicazione del concorso ordinario ex art. 110 anche la sua alternatività, e accomunando in questa prospettiva limitativa (spesso sotto il *genus* del dolo c.d. indiretto, comprensivo delle forme di dolo diverse da quello intenzionale) anche il dolo eventuale e il dolo indeterminato²¹.

Arriviamo infine alle ipotesi di più immediato riferimento per la sentenza in commento, quelle cioè che si riferiscono all'*aberratio delicti*. In più sentenze su questo istituto si afferma che l'evento non voluto è addebitabile all'agente solo a titolo di colpa quando sia assolutamente diverso, cioè di altra natura rispetto a quello voluto, ma non quando di questo costituisca una sorta di progressione naturale e prevedibile, dovendo in tal caso l'agente rispondere, anche in relazione al secondo evento, a titolo di dolo, sia pure alternativo o eventuale²².

Su tutte queste applicazioni pesa comunque il chiarimento, definitorio e concettuale, delle sezioni unite della Cassazione che, in occasione della pronuncia sul caso Thyssen, ha avuto modo di chiarire il possibile fraintendimento che aleggia sulle figure del dolo alternativo e del dolo indeterminato, affermando in particolare la compatibilità del dolo eventuale con il dolo alternativo. Si parte infatti dalla definizione delle due figure: il dolo indeterminato si configura quando il soggetto agisce volendo alternativamente o cumulativamente due o più risultati che non sono tra loro incompatibili; il dolo alternativo si caratterizza invece perché i diversi fatti previsti sono tra loro incompatibili, nel senso che la realizzazione dell'uno esclude la realizzazione dell'altro, come nel caso di chi spara per indifferentemente ferire o uccidere. «In ambedue le figure in questione il dolo potrà configurarsi come intenzionale, diretto o eventuale»²³. Nella prospettiva delle sezioni unite lo stesso dolo diretto alternativo di cui parla la giurisprudenza assunta come riferimento nella pronuncia in commento è in realtà un caso di dolo intenzionale alternativo, perché i due possibili sbocchi della condotta sono assunti entrambi come "scopo" di essa²⁴. Conformemente alla sua origine storica, si ha infatti dolo intenzionale quando la realizzazione del fatto di reato costituisce la finalità immediata dell'agente: in questa forma di dolo il grado del momento volitivo si trova invariabilmente al livello più alto, cosicché il dolo sussiste anche se nel momento rappresentativo il livello è minimo (la mera possibilità di successo); ed è comunque indifferente, almeno per la sussistenza del dolo intenzionale, ma forse non per la sua intensità, il grado del momento rappresentativo. Si ha dolo diretto quando la volontà non si dirige verso l'evento tipico e tuttavia l'agente si rappresenta come conseguenza certa o altamente probabile della propria condotta un risultato che però non persegue intenzionalmente. L'evento lesivo è cioè una conseguenza accessoria necessariamente o assai probabilmente connessa alla realizzazione volontaria del fatto principale. Si tratta di una figura di dolo caratterizzata dal ruolo dominante della rappresentazione. Va osservato che il grado di rappresentazione viene descritto variamente: dalla certezza alla probabilità prossima alla certezza, alla alta probabilità, alla probabilità; e ciò comporta una complementare crescita o riduzione rispetto alla possibilità propria del dolo eventuale, anch'esso caratterizzato dalla collateralità o accessorietà rispetto alla realizzazione volontaria del fatto principale. Quando però la rappresentazione è in termini di certezza o alta probabilità accade in giurisprudenza, recente

¹⁹ Cass. pen., sez. I, 30 aprile 2021, PG C/Romano Eric, CED 281385; anche Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2012, Maraviglia, CED 252046.

²⁰ BLAIOTTA (2026). Nella pronuncia sul caso Thyssen – Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn e altri, est. Blaiotta, CED 261104 – viene infatti ribadito (p. 189) che «Il legame previsto dall'art. 43 cod. pen. riguarda non una semplice condizione di rischio bensì un evento specifico, quello che presenta i tratti significanti dell'accidente concretamente verificatosi».

²¹ Cass. pen., sez. II, 8 luglio 2019, Rhimi, CED 276734; Cass. pen., sez. I, 5 ottobre 2018, B, CED 273977; Cass. pen., sez. II, 7 dicembre 2015, Lia, CED 265479; Cass. pen., sez. V, 3 novembre 2015, Sisti, CED 265728; Cass. pen., sez. II, 27 novembre 2014, Cancelli, CED 261003; Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 2012, Mazzearella, CED 252405.

²² Cass. pen., sez. IV, 3 dicembre 2018, Contu, CED 274750; Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2015, Bedogni, CED 263519; Cass. pen., sez. I, 9 giugno 2010, Agosta, CED 247401.

²³ Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn e altri, cit., p. 154.

²⁴ Retro nota 2.

e non, che l'accessorietà o la collateralità poco conti e l'evento venga ritenuto dunque "di fatto" voluto e non semplicemente accettato, così aumentandone ancora il grado di intensità²⁵.

3. La mancanza di autonomia del dolo alternativo e la manipolabilità della figura.

Il dolo alternativo non è certo una recente creazione giurisprudenziale, ma al solito per le figure di dolo ha una storia assai risalente, dato che una sua idea risale addirittura a Feuerbach²⁶ ed è stato enucleato – nei termini di oggi – dalla dottrina italiana già da lungo tempo²⁷. Il "dolo alternativo" – secondo una definizione di Cesare Pedrazzi – «si risolve nella prospettazione plurima di varie eventualità autoescludentisi, che il volere assume a suo contenuto nel suo complesso, astenendosi da una specifica presa di posizione»²⁸. Esso non è mai stato ritenuto dalla dottrina una autonoma forma di dolo. Già Marcello Gallo aveva posto in luce come la categoria del dolo alternativo potesse essere accolta a condizione che fosse chiaro come essa non designasse un'altra forma di dolo accanto a quelle "classiche": il dolo alternativo deve dunque specificarsi in *dolo alternativo intenzionale* (quando il soggetto abbia compiuto una data azione allo scopo di realizzare uno qualunque fra più fatti di reato previsti), *dolo alternativo semplice* (se si sia rappresentato come sicuro il verificarsi di uno di questi) e *dolo alternativo indiretto* (se abbia agito rappresentandosi la probabilità, o la possibilità, del prodursi di uno qualunque di essi). In definitiva, sarebbe decisivo il ruolo giocato dalla rappresentazione o dal suo grado di intensità sul processo volitivo²⁹. In termini equivalenti, oggi in dottrina il dolo alternativo viene ritenuto sussistere quando l'agente prevede, come conseguenza certa (dolo diretto) o possibile (dolo eventuale) della sua azione, il verificarsi di due eventi, ma non sa quale si realizzerà in concreto, e si porta l'esempio di chi aggredisce la vittima con diversi colpi di pugnale, volendone *indifferentemente* il ferimento grave o la morte. Si conferma dunque la mancanza di autonomia della figura del dolo alternativo, che riflette situazioni in cui il soggetto si rappresenta come conseguenza della propria condotta due eventi tra loro incompatibili, come certo o altamente probabile l'uno o l'altro, oppure come concretamente possibile l'uno o l'altro, accettando il rischio dell'uno o dell'altro³⁰. Alla luce di ciò, e tenuto conto della

²⁵ Così Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2025, n. 8400, cit., riferendosi ai principi posti da Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1994, Cassata, cit.

²⁶ Accanto al *dolus determinatus*, che si avrebbe quando l'evento effettivamente verificatosi sia l'esclusiva e immediata finalità dell'agente, Feuerbach crea il *dolus indeterminatus* (che chiamerà anche *dolus generalis* e *dolus alternativus*), il quale sussisterebbe quando l'autore sia orientato alternativamente a più violazioni del diritto di un determinato genere; quando all'autore sia indifferente quale di queste violazioni debba realizzarsi, vi sarebbe dolo (*pur sempre intenzionale*) con riferimento a quella effettivamente realizzatasi. In tal modo non vi sarebbero forme di dolo non contrassegnate dall'intenzione e sarebbe così rispettata l'idea romanistica del dolo. Per un approfondimento, DEMURO (2007), p. 158.

²⁷ FROSALI (1933), p. 366; MAGGIORE (1951), p. 444; PECORARO ALBANI (1955), pp. 399 ss.

²⁸ PEDRAZZI (2000), p. 1268.

²⁹ GALLO (1964), p. 793. Nello stesso senso ANTOLISEI (2003), p. 354, nt. 42.

³⁰ Sulla mancanza di autonomia, una dottrina anche oggi consolidata. Così M. DONINI, *Diritto Penale. Parte generale*, vol. II, Milano 2026, 1199, per il quale il dolo alternativo non riguarda il contenuto del dolo, non è una "forma" autonoma di dolo, ma attiene all'oggetto (in concreto "alternativo") del dolo stesso. Vedi FIANDACA-MUSCO (2026), pp. 388-389. PALAZZO-BARTOLI (2023), p. 300, definiscono il dolo alternativo, così come il dolo generale, non vere e proprie forme di dolo, ma tipologie di casi in cui problemi attinenti alla individuazione dell'elemento soggettivo si intrecciano con problemi relativi alla tipicità del comportamento tenuto. Vedi anche ROMANO (2004), p. 445, e MANTOVANI (2020), p. 351 nt. 39. PAGLIARO (2020), p. 313, propone come esempio di dolo alternativo (che si avrebbe quando i diversi eventi sono voluti dall'agente in modo alternativo perché la realizzazione dell'uno esclude la realizzazione dell'altro) il seguente: Tizio distribuisce alcuni confetti, uno dei quali è avvelenato; egli risponde di omicidio nei confronti della persona effettivamente uccisa, mentre non risponde di alcunché nei confronti degli altri. E ciò perché (nt. 26) in questo caso si applicano le regole della consumazione, per cui il pericolo originariamente creato viene assorbito nell'unica lesione realizzata. PADOVANI (2019), p. 256, definisce il dolo alternativo come rappresentazione e volizione indifferentemente dell'uno o dell'altro degli eventi suscettibili di essere realizzati con la propria condotta, e porta il consueto esempio di Tizio che spara a Caio per ucciderlo o ferirlo gravemente. Secondo l'Autore però in questo caso il dolo si prospetta in realtà nella sola forma del dolo intenzionale, o quanto meno in quella del dolo diretto. Anche DE FRANCESCO (2022), p. 442, comprende il dolo alternativo tra le ipotesi di dolo prive di autonomia sistematica, e afferma che esso si avrebbe allorché quando il soggetto intenda ad esempio arrecare offesa a uno o all'altro tra due possibili soggetti passivi, essendogli indifferente quale dei due rimarrà colpito: un simile dolo non presenta – secondo l'Autore – differenza alcuna rispetto a una normale ipotesi di dolo intenzionale, e dunque, sempre seguendo l'esempio, della morte della persona colpita l'autore risponderà in effetti come se avesse sparato direttamente soltanto a quest'ultima. In questo senso anche PIERGALLINI (2024), p. 268. Nella dottrina tedesca, sul dolo alternativo, JOERDEN (1983), pp. 565 ss., e FISCHER (1993); anche SCHMITZ (2000), pp. 301 ss. che descrive una estrema frammentazione delle possibili ipotesi riconducibili alla vasta idea di *dolus alternativus*, e JESSBERGER-SANDER (2006), pp. 1065 ss. Per una sintesi, ROXIN-GRECO (2020), pp. 589-591. Anche nel sistema tedesco risulta evidente la mancanza di autonomia della figura del *dolus alternativus*, il quale non rappresenta una forma di dolo ma una modalità di manifestazione delle forme (tradizionali) di dolo dipendente dalla complicazione dell'oggetto. Per una recente ricostruzione comunque del dibattito nella dottrina tedesca, CAROLI (2021), pp. 1023 ss. L'Autore analizza criticamente una sentenza del gennaio 2021, che costituisce la prima presa di posizione del Bundesgerichtshof tedesco

pronuncia a sezioni unite nel caso Thyssen appena richiamata, quello che la Cassazione qui chiama, nell'attribuirlo agli appartenenti al gruppo Sanità, dolo (alternativo) diretto è in realtà – ripetiamo – un dolo (alternativo) intenzionale, con i termini dell'alternativa costituiti dalla finalità o di uccidere o di ferire: ed è questo dolo intenzionale che si trasferisce, sempre nella logica della sentenza, dalle vittime designate alle vittime effettivamente attinte, nel percorso segnato dall'*aberratio ictus*.

In dottrina si sostiene che in caso di dolo alternativo l'agente dovrebbe rispondere a titolo di dolo diretto o di dolo eventuale per l'evento effettivamente realizzato, sempre che, s'intende, questo rientri nella cerchia degli eventi "alternativamente" rappresentati e accettati³¹. Non sembra però, osservando la giurisprudenza, che ciò possa valere quando tra i due eventi vi sia squilibrio nella gravità³². Nel solito caso di chi vuole "indifferentemente" ferire o uccidere, data l'incompatibilità tra gli eventi, l'agente risponderà di uno solo di essi quando si realizzi l'evento più grave, la morte. Ma se si realizza l'evento meno grave, cioè si ferisce solamente, la giurisprudenza è incline a riconoscere il tentativo di omicidio e non il delitto di lesioni. Non si risponde cioè del delitto consumato ma di quello tentato più grave, e tutto ciò – è da ritenere – perché pesa nel giudizio l'atteggiamento di indifferenza del soggetto attivo nei confronti dell'evento morte. Che è quanto avviene anche nel caso in esame, dove all'indiziato viene contestato il tentato omicidio nei confronti dell'appartenente al gruppo amico rimasto solo ferito. Non solo però: analogo atteggiamento segue la giurisprudenza anche qualora non si sia verificato l'evento meno grave di lesione, almeno quando risulti accertato che la condotta era idonea a cagionare la morte della persona offesa³³.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto già da tempo che quando l'alternativa accusatoria si pone tra due delitti dolosi contro la vita e l'incolumità individuale che differiscono tra loro solo per la gravità dell'evento, come le lesioni personali e l'omicidio, si può prospettare un dolo eventuale solo quando si accerti, si provi veramente, che l'evento meno grave è quello perseguito come scopo finale (è oggetto cioè di dolo intenzionale) e di quello più grave viene invece solo accettato (secondariamente) il rischio della sua verifica. Un problema di dolo eventuale non può invece porsi quando la condotta sia stata di intensità tale da non potersi

al riguardo. In tale caso, relativo a una condotta indirizzata alternativamente nei confronti di due persone, è stato riconosciuto un concorso formale fra la lesione consumata nei confronti dell'una e quella tentata nei confronti dell'altra, ravvisando la presenza di due doli — relativi alle due potenziali persone offese alternative — non vicendevolmente escludentisi. Per le ragioni che rendono non auspicabile questa soluzione nel nostro sistema, pp. 1040-1042.

³¹ PULITANÒ (2021), p. 265, il quale fa rientrare nel dolo alternativo «i casi in cui l'agente si rappresenta il possibile verificarsi di eventi diversi, tutti coperti, per così dire, dalla sua volontà, che non ne esclude nessuno», e porta come esempio di scuola quello di chi, aggredendo altri, vuole offendere l'integrità fisica dell'aggredito, restando per lui indifferente il tipo di lesione che in concreto sia realizzata. ROMANO (2004), p. 445, secondo il quale analoga soluzione si avrebbe quando il dolo alternativo si riferisca a due reati in danno di persone diverse, o di reati anche molto diversi tra loro; infatti, postulandosi anche in questi due casi, che l'agente non li voglia entrambi cumulativamente, egli non potrà rispondere a titolo di dolo che di uno di essi, non già di entrambi in concorso, neppure di un reato consumato e di uno tentato.

³² In dottrina, ROMANO (2004), pp. 445-446, afferma la problematicità del caso in cui i due fatti di reato siano di disvalore e significato diverso l'uno dall'altro: qui, se si consuma il reato più grave il soggetto risponderà solo di questo, ma se si consuma invece il reato meno grave sembra strano concludere — sostiene l'Autore — che il soggetto agente non risponda del delitto più grave tentato. Romano porta un esempio "estremo": D spara sapendo che colpirà o E oppure il suo cavallo e uccide il cavallo. In questo caso alcuni autori affermano allora la presenza di un concorso formale fra tentato omicidio e uccisione di animali altrui; se nessuno dei due reati è consumato, invece (sempre che ne ricorrano tutti i presupposti), si avrebbe il tentativo del (solo) delitto più grave (nella specie omicidio). Lo stesso Autore segnala però come la soluzione sia controversa.

³³ Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2007, n. 27620, Mastrovito, CED 237022, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1845 ss. L'ipotesi è quella usuale in cui la Suprema Corte ritiene sussistente un dolo diretto di omicidio, «quanto meno nella forma alternativa», in relazione al concorso in un tentativo di omicidio posto in essere esplodendo numerosi colpi di arma da fuoco contro un carabiniere postosi all'inseguimento degli autori di una tentata rapina aggravata in danno di un istituto di credito, dopo che il carabiniere aveva inutilmente intimato l'alt ed esploso con la pistola di ordinanza un colpo in aria a scopo intimidatorio. Nello stesso senso, tra le tante, prima Cass. pen., sez. I, 19 novembre 1999, Denaro, CED 215251; Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2005, Meloro, CED 231174; e dopo Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2014, Nardelli, CED 259465, le recenti Alfieri e Tavoletta e l'ultimissima Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2026, n. 11980, in *SentenzeWeb* (decisiva qui anche la minaccia: "ti ammazzo"). In casi come questi — osservano MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2025), p. 578 — si verifica una sorta di sovrapposizione di piani da parte della giurisprudenza. Gli Autori, nell'ambito della svalutazione degli argomenti sulla incompatibilità tra delitto tentato e dolo eventuale, osservano che la giurisprudenza, ricorrendo qui il dubbio se sussistano gli estremi di un tentato omicidio o di una tentata lesione personale, pone la questione sul terreno soggettivo, non di rado richiedendo addirittura il dolo intenzionale, perché ritenuta forma di dolo caratteristica indefettibile del delitto tentato, per risolvere in realtà il diverso problema della *prova* di quel che nel caso concreto voleva effettivamente cagionare l'agente, se cioè la morte o il ferimento della vittima designata, rimasta di fatto incolume. Il dubbio nasce dalla coincidenza che può talora sussistere tra l'azione esecutiva dell'omicidio e quella delle lesioni, quando l'azione consista nell'uso di un mezzo, come per esempio sparare un colpo di arma da fuoco, capace di sfociare tanto nella morte quanto in una lesione della vittima. Per risolvere questo dubbio la giurisprudenza si avvale da sempre di tutti i possibili indizi (direzione del colpo, distanza metrica, movente, rapporti tra agente e vittima, comportamenti antecedenti e successivi, ecc.) dai quali è possibile inferire se ricorra l'*animus necandi* o l'*animus laedendi*. Per Marinucci, Dolcini e Gatta, in questa tecnica sta un vero e proprio spostamento di piani, da quello della prova del tipo di evento a quello della definizione dell'elemento soggettivo.

distinguere se la volontà dell'agente fosse volta a provocare le lesioni o la morte: in questo caso il dolo è diretto³⁴. E che la regola sia proprio questa seconda è dimostrato dai criteri indicati, sempre dalla Cassazione, per l'accertamento di tali due diverse forme di intensità del dolo: per la sua intrinseca natura, la prova del dolo diretto si ricava essenzialmente dagli elementi obiettivi del fatto, dalle concrete manifestazioni della condotta, mentre le motivazioni della condotta stessa, così come le affermazioni del reo, hanno una funzione meramente sussidiaria; al contrario nel dolo indiretto (eventuale) sono proprio gli elementi estrinseci al fatto, e di carattere squisitamente soggettivo, ad assumere un ruolo pressoché determinante³⁵. La tecnica di accertamento del dolo diretto (alternativo) non è diversa dalla figura del *dolus ex re* di cui parlava von Weber nel 1825: essenziale rimane però ancora oggi distinguere il *dolus ex re* propriamente detto, prova per indizi che si trae da tutte le circostanze del fatto, dal concetto diverso e deteriore di *dolus in re ipsa*, dove il dolo si ritiene automaticamente provato una volta provata la realizzazione del fatto tipico oggettivo³⁶.

4. I rischi di semplificazione (indifferenza) probatoria. Il ruolo degli indicatori.

Il dolo alternativo è figura assai sensibile sul piano dell'accertamento, comportando il pericolo che all'ampliamento dell'oggetto corrisponda un indebolimento del coefficiente psicologico. L'assillo dell'accertamento – ha osservato Pedrazzi – cagiona una “propensione minimalista” di cui fa le spese essenzialmente in modo diretto il momento rappresentativo e in modo indiretto il momento volitivo. Ma «se il dolo vuol essere proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto», l'evento che deve essere previsto e voluto *ex art.* 43 c.p. è necessariamente l'evento concreto, calato nel divenire e storicamente circostanziato³⁷. Solo questa «direttrice di concretezza» consente di preservare i due momenti del dolo: se l'oggetto della rappresentazione è vago, questa si riduce a «prospettazione senza contorni» e non può fornire un congruo alimento al volere, pur nella forma attenuata dell'accettazione (dolo eventuale)³⁸.

Questa “direttrice di concretezza” in giurisprudenza spesso non viene seguita. L'estensione dell'oggetto del dolo, cioè del fatto tipico, diviene anzi oscillante per ragioni politico-criminali, e questa oscillazione si riflette logicamente, come accennato, sulla compagine psicologica. È vero, per un verso, che «la proiezione mentale dell'accadimento concreto tollera sommarietà e approssimazioni senza degenerare nell'errore di fatto»; ma, sul versante opposto, «si profila la possibilità di rappresentazioni allargate, estese a una gamma cangiante di sviluppi visti come tutti egualmente possibili, magari con diverso grado di verosimiglianza, sì da comporre una cornice entro la quale dovrà iscriversi la realizzazione effettuale»³⁹. Tutte parole particolarmente pertinenti per il dolo alternativo⁴⁰, a maggior ragione quando si collega all'*aberratio ictus*. Ecco dunque che lo *stretto intreccio* tra struttura e oggetto del dolo deve rimanere tale: quando

³⁴ Così in un'altra delle sentenze dei primi anni '90 che fanno ancora oggi da indirizzo: Cass. pen., sez. V, 3 marzo 1994, Cutruzzolà, cit., nella quale poi si aggiunge che «il ricorso alla nozione del dolo eventuale non deve costituire una scappatoia per evitare il problema di un'esatta ricostruzione dell'atteggiamento soggettivo, pur sussistendo gli elementi individuati dalla giurisprudenza come indicativi della volontà omicidiaria nel tentativo, configurabile in questo caso sotto il profilo del dolo diretto o alternativo diretto».

³⁵ Così, chiaramente, Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1989, Calò, CED 180979, in *Cass. pen.*, 1990, 846.

³⁶ Sul *dolus ex re* e sulla differenza storica col *dolus in re ipsa*, una ricostruzione in DEMURO (2007), pp. 168 ss. Sempre fondamentale BRICOLA (1960), qui specificamente pp. 18 e 195. Per il superamento delle tendenze verso nuove forme di *dolus in re ipsa* attraverso il recupero della dimensione di colpevolezza del dolo eventuale, DONINI (2014), pp. 70 ss.

³⁷ PEDRAZZI (2000), p. 1266. In questo senso, tra gli altri, DE FRANCESCO (1988), pp. 124, 136 e 146, e DONINI (1996), p. 287. Cfr. già MARINUCCI (1971), pp. 156-157. Specificamente a proposito del dolo alternativo le osservazioni critiche di MEZZETTI (2011), p. 1156, che richiama come impostazione di metodo contro schemi probatori di tipo presuntivo proprio le parole in tema di *aberratio* di ROMANO (1970), p. 7: «se l'elemento intenzionale è in sé integro in una impostazione astratta, quando l'agente si sia rappresentato gli elementi del modello legale, l'attribuzione di dolo al fatto concreto, già realizzato, si può poi fondare sulla semplice unione del dolo così ricavato con la realizzazione della situazione concreta che può essere “inscritta” nella descrizione della fattispecie (elemento oggettivo), oppure si richiede qualcosa di più, cioè una maggiore adesione della previsione o rappresentazione dell'agente a ciò che si è verificato, e addirittura, per il nesso di causalità, al ‘modo’ con cui il fatto si è realizzato?»

³⁸ PEDRAZZI (2000), p. 1266.

³⁹ Così PEDRAZZI (2000), p. 1268.

⁴⁰ Giustamente osserva DONINI (2026), p. 1202, che il dolo alternativo, nella forma del dolo diretto o intenzionale, rischia di eludere una rigorosa prova del dolo eventuale. L'Autore richiama qui una pronuncia (in tema di millantato credito e tentativo di corruzione) della suprema Corte (Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 1994, Nannerini, CED 200940, in *Cass. pen.*, 1996, 1164), definita una delle sentenze più garantiste, qui, sul piano dei principi, perché, rifiutando l'uso del dolo alternativo per aggirare i requisiti di accertamento psicologico imposti dall'art. 43, afferma esattamente che il dolo alternativo è pur sempre dolo e in quanto tale deve essere accertato.

invece dall'intreccio si passa alla *immedesimazione* si realizza il *dolus in re ipsa*, vanificando così lo stesso accertamento del dolo.

Ci sembra che a questa attenzione ai profili dell'accertamento sia rivolta proprio la sentenza in commento, nella cui motivazione si afferma che «per quanto sottile sia la linea di demarcazione tra dolo diretto di tipo alternativo, correlato ad una previsione e volizione di un evento altamente probabile, e dolo eventuale tale linea esiste e va identificata, di volta in volta, nelle sue manifestazioni esteriori concrete, prendendo in esame ogni indicatore rilevante dell'effettivo elemento psicologico (così, da ultimo, sez. 1, n. 267831/10/2025, Dell'Anna, non mass. in motiv. § 4.3.), come, a titolo di esempio, nel tentato omicidio, la potenzialità dell'azione lesiva, desumibile dalla sede corporea attinta, dall'idoneità dell'arma impiegata, nonché dalle modalità dello stesso atto lesivo»⁴¹. Viene dunque riconosciuta la fondatezza dell'ordinanza impugnata quando identifica il dolo diretto alternativo «partendo dal dato fattuale delle modalità dell'azione, caratterizzata dall'uso di armi micidiali, utilizzate a raffica e in direzione di parti vitali, nel corso di una serrata azione di fuga-inseguimento tra le vie della città». Ed è proprio a questo riguardo che al dolo alternativo viene attribuita una veste utile poi nel passaggio – come vedremo – all'*aberratio ictus*: «Gli agenti volevano effettivamente attentare la vita delle vittime designate – i componenti del gruppo “Mercato” – con evidente omogeneità tra il bene giuridico che si voleva attentare e quello leso, sebbene sia stato poi colpito il bene giuridico di un diverso titolare». Possiamo anzi qui anticipare che tali indicatori vengono ritenuti nella motivazione della sentenza come significativi non solo della forma di dolo ma della stessa struttura oggettiva – idoneità e univocità – del tentativo nei confronti (evidentemente) degli appartenenti al gruppo avversario, risolvendo in questo senso un profilo dubbio in tema di *aberratio ictus*, cioè la necessità o meno che siano integrati gli estremi del tentativo in relazione alla vittima designata.

5.

L'indifferenza come dolo.

Già sul piano semantico la parola “indifferenza” è sì intensa ma ricca di accezioni. Se differenza indica la mancanza di identità, di somiglianza e quindi la pluralità di soluzioni, indifferenza non è semplicemente il suo contrario. Quel prefisso «in» per esprimere contrarietà, opposizione, non ha fatto nascere un termine per indicare solo la mancanza di differenza, ma qualcosa di più. Uno dei significati di indifferenza è infatti eguaglianza, somiglianza. Ma non è il principale: proprio quel prefisso ci porta in una dimensione dove le differenze (di atteggiamento e sentimenti) non contano più, non perché si sono assottigliate, ma perché proprio non ci interessano. È pertanto la noncuranza, è il distacco, è l'insensibilità a conquistare un ruolo preponderante⁴². Ed è questa in fondo la base etica dell'utilizzo del termine a proposito del dolo.

La figura del dolo alternativo vuole descrivere uno stato psichico, quello dell'*indifferenza* nei confronti dell'evento che, oltre a essere priva di autonomia, rischia di indebolire gli autentici ingredienti psicologici del dolo. Il concetto di “indifferenza” trova la sua più significativa espressione nella *Gleichgültigkeitstheorie* di Engisch, per il quale «il dolo sussiste, quando la realizzazione del tipo è intenzionale, quando si sa che essa è conseguenza certa o altamente probabile della propria condotta o del risultato ambito, e anche quando detta realizzazione si avverte come conseguenza possibile o semplicemente probabile della propria condotta o del risultato perseguito, ma l'autore si mostra indifferente nei confronti di essa». Lo stesso Engisch si rende comunque conto della vaghezza del concetto, anche se poi lo definisce concreto e reale, giacché definisce questa “indifferenza” uno sorta di “*stato anemico*” meglio definibile in negativo che in positivo, cioè come assenza di opposizione di fronte alla lesione del bene giu-

⁴¹ Chiarissima nella prova dell'alternatività-equivalenza-indifferenza, oggettiva e soggettiva, Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2025, n. 8400, cit.: qui nel noto caso del lancio di una bici elettrica dai Murazzi di Torino, nel quale rimase tetraplegico uno studente ventitreenne, viene ritenuta adeguata la motivazione della sentenza impugnata perché «i riferimenti al mezzo utilizzato (una bicicletta elettrica del peso superiore a venti chilogrammi), alle modalità del lancio (l'aver impresso un moto a parabola) e alla direzione dello stesso (verso un gruppo di persone ignare) sono di per sé sufficienti a dimostrare l'univocità della direzione dell'azione, tesa a colpire un qualunque soggetto, al fine di provocargli, alternativamente o cumulativamente, delle lesioni di qualunque entità o anche l'evento morte». Vedi anche tra le tante Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2022, Rusu, CED 283390.

⁴² In un interessante articolo del Corriere della Sera (5 maggio 2020, a firma P. Fallai) vengono così ben descritte le diverse accezioni del termine “indifferenza” nella filosofia e nella letteratura, da Sofocle a Dante, a Sartre e Moravia.

ridico⁴³. Oggi nella dottrina tedesca compare una rimodulazione della *Gleichgültigkeitstheorie*. Nei casi infatti in cui l'agente dimostra drasticamente la sua "indifferenza" per l'integrità fisica della vittima, sarebbe plausibile sostenere che egli mostri "indifferenza" anche per la vita di essa: non verrebbe in questione un retaggio del *versari in re illicita*, ma saremmo in presenza di vero e proprio dolo, che si sostanzierebbe nel concetto di "indifferenza per il fatto concreto" (*Tatsachengleichgültigkeit*), in particolare per l'evento più grave⁴⁴. Noi rimaniamo comunque fermi a quanto insegnava Giacomo Delitala sul concetto di "indifferenza": «Se l'agente ha previsto la possibilità che la conseguenza si verifichi non può, in genere, porsi di fronte ad essa in posizione di indifferenza. E ciò perché riconoscendola come possibile conseguenza del proprio agire, egli la riconosce come possibile opera propria; e l'opera propria non è mai indifferente a quegli che la compie, appunto perché propria»⁴⁵. In continuità con lo svolgimento storico del concetto, al dolo appartiene sempre una decisione (una scelta) contro il bene giuridico, alla quale si arriva secondo percorsi diversi, che segnano l'intensità della decisione ma non ne snaturano l'essenza. Anche l'indifferenza può far parte di questo processo psicologico ma non lo esaurisce senza un successivo atto di decisione. Ciò vale anche per la figura di dolo meno intensa, il dolo eventuale, dove l'esatta definizione del momento volitivo è più difficile, dato che la verifica dell'evento non è il fine immediato dell'agente e che egli non si rappresenta come certa la realizzazione del fatto⁴⁶. E' necessaria un'appropriazione del fatto e questa appropriazione si ha con una presa di posizione, con una decisione, con una volizione, insomma con una scelta⁴⁷.

Il concetto stesso di indifferenza – una sorta di insensibilità al bene giuridico tutelato – difficilmente è in grado di esprimere capacità selettiva. Già abbiamo visto come l'*indifferenza*

⁴³ ENGISCH (1930), pp. 188-191. Nella nostra dottrina, la posizione di MORSELLI (1989), p. 69, il quale pone in luce un profilo insito nella teoria dell'indifferenza: infatti anche con queste precisazioni la *Gleichgültigkeitstheorie* sarebbe alla fine assimilabile a una concezione sintomatica, «in quanto non riesce a distanziare adeguatamente l'atteggiamento interiore quale 'momento del singolo fatto concreto' da una 'caratteristica permanente della personalità'». Sull'utilizzo da parte di Engisch della prima formula di Frank quale strumento indiziario per accertare l'indifferenza, GENTILE (2013), p. 37. Tra le critiche nella dottrina tedesca alla *Gleichgültigkeitstheorie* di Engisch, segnaliamo quella, terminologica e concettuale – e che troviamo pienamente riferibile anche all'attualità – di PUPPE (2023), Rn. 56-57, secondo la quale l'espressione "indifferenza" si può utilizzare sia in senso descrittivo che in senso normativo. In senso descrittivo, o meglio psicologico, descrive lo stato di una persona che affronta, appunto, con indifferenza uno stato di cose, nel senso cioè che per questa persona è uguale che il fatto in questione sia vero o falso. Questa affermazione non esige che il fatto sia valutato positivamente o negativamente. In senso invece normativo, e certamente in senso di rimprovero, l'espressione designa chi si comporta con indifferenza di fronte a un fatto. Ciò esige che si esprima una valutazione positiva o negativa nei confronti di questo fatto e che verso questa persona si stabilisca una pretesa etica o giuridica. I concetti di indifferenza in senso descrittivo-psicologico e in senso normativo non devono essere confusi: e invece – sostiene l'Autrice – proprio una "mescolanza" di concetti avviene nell'impostazione di Engisch, giacché utilizza la versione psicologica per il dolo eventuale, e quella normativa per il dolo diretto, quando cioè il dolo si sostanzia nella condizione di chi agisce conoscendo la notevole probabilità della realizzazione della fattispecie.

⁴⁴ JAKOBS (2002), p. 591 e per una sua recente illustrazione della teoria del dolo e in particolare della concezione funzionalistico-normativa, (2020). Al solito, anche l'indifferenza ha una lunga storia nel percorso storico del dolo: vedi già BINDING (2016), p. 757 nt. 10, il quale nel ricordare il dolo eventuale nel diritto penale romano ricorre appunto al concetto di "indifferenza" e poi ancora sul piano storico JAKOBS (2002), pp. 589 ss., che trova nel *dolus indirectus* di Carpozov (per il quale sono ritenuti abbracciati dal dolo non solo i risultati effettivamente rappresentati, ma anche, trattandosi di un *böse Tat*, quelli non considerati ma che avrebbero potuto, o almeno dovuto, essere considerati) una drastica conferma che al concetto di dolo appartiene la *indifferenza* per l'effetto lesivo. In ottica comparata, recentemente sugli incerti confini tra dolo e *recklessness* e con riferimento al "*depraved-indifference murder*", DE LIA (2024), pp. 40-41, dove l'Autore riporta sentenze in cui viene riconosciuto il maggiore disvalore della condotta caratterizzata da una spiccata *indifferenza* rispetto al bene-vita. Nella sentenza *People v. Suarez* 2005 NY Slip Op 09811 [6 NY3d 202] si afferma per esempio che non occorrerebbe prendere in considerazione la gravità del rischio previsto dal soggetto agente, bensì il disvalore morale della condotta, tanto che costituirebbe *murder*, ad esempio, il getto di una pietra da un cavalcavia su un'autostrada trafficata.

⁴⁵ DELITALA (1932), p. 443.

⁴⁶ Questo passaggio è complicato ma ineludibile anche, anzi a maggior ragione, in tema di dolo omissivo dove l'indifferenza rischia di essere ancor più inespressiva. Ben spiegano qui il processo le parole, in tema di dolo del concorso omissivo, di MANES (2024), pp. 11-12: «Ancora e soprattutto, nella sua componente volitiva il dolo – anche quando sia declinato nelle forme apocriefe del dolo eventuale – richiede pur sempre una chiara scelta di azione "contro il bene giuridico", ossia una volontà di inazione intesa come deliberata adesione rispetto ad una condotta altrui che, proprio restando inerti, si intende agevolare e stimolare nel raggiungimento dell'*exitus* illecito». È poi interessante il riferimento dell'Autore al dubbio che, una volta risolto, può anch'esso far parte, come l'indifferenza, del processo psichico che porta alla decisione contro il bene giuridico: quanto al dubbio irrisolto esso rientra invece nel campo della colpa, come hanno chiarito le due fondamentali pronunce a sezioni unite del 30 marzo 2010 (vedi nota successiva) e del 18 settembre 2014 (retro nota 20).

⁴⁷ Il tratto di scelta consapevole, che rappresenta la valorizzazione della componente psicologica volitiva del dolo, è una costante anche della giurisprudenza: Cass. pen., sez. un., 30 marzo 2010, Nocera, rel. Fiandanese, CED 246323, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 822, con nota di PISA (2010), e in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 con nota di DONINI (2010). Nella dottrina, a partire da DELITALA (1932), p. 443, vedi tra i manuali FIANDACA-MUSCO (2026), pp. 385-386 e MANTOVANI (2020), p. 306. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2025), p. 403, parlano di «risoluzione di realizzare l'azione», profilo psichico che deve essere presente nel momento in cui si agisce, insieme alla rappresentazione di tutti gli estremi del fatto descritto nella norma incriminatrice. Nella dottrina spagnola, dove pure è presente la *teoría del sentimiento o de la indiferencia* (Muñoz Conde), si afferma però che tale indifferenza può essere, a proposito del dolo eventuale, solo un indizio dell'accettazione, niente di più: «*el sentimiento no puede sustituir a una decisión de voluntad, que es lo que cuenta*». Così nella manualistica LUZÓN PEÑA (2025), p. 244, dove si sostiene anche l'inconsistenza dell'*sentimiento de indiferencia* come criterio distintivo tra dolo e colpa, essendo compatibile con tutte e due.

sia un contenuto psicologico, uno stato mentale o emotivo, utilizzato per il dolo *generale* e per quella sorta di dolo *indiretto* che dovrebbe in certe accezioni giurisprudenziali caratterizzare la preterintenzione⁴⁸. Inoltre nella nostra giurisprudenza, talvolta, la stessa formula dell'accettazione del rischio che contraddistingue tipicamente il dolo *eventuale* viene ritenuta esprimere un atteggiamento psichico di "indifferenza"⁴⁹. Muterebbe però l'oggetto di questa indifferenza rispetto al dolo alternativo: nel dolo eventuale l'agente vuole un determinato evento e l'indifferenza riguarda il possibile verificarsi di un ulteriore evento collaterale, nel dolo alternativo invece l'indifferenza riguarda solo la verifica di uno tra due eventi direttamente voluti.

Di indifferenza si parla anche con riferimento a un'altra figura di dolo dalla storia non recente, il dolo "*indeterminato*", detto anche "*cumulativo*" che si avrebbe invece quando l'agente si rappresenta la realizzazione di più eventi tra loro compatibili e agisce al fine di cagionarne indifferente uno o più o anche tutti cumulativamente⁵⁰: data questa compatibilità, si risponderà di tanti reati quanti sono gli eventi (in senso giuridico) prodotti, cosicché vi è responsabilità anche per i fatti che integrano il tentativo⁵¹. "Indeterminato" sarebbe in genere il dolo di chi agisce in un'esplosione d'ira o per finalità terroristiche. Anche al dolo indeterminato farebbe difetto l'autonomia rispetto alle tradizionali forme di dolo.

Dunque, il fatto che si tratti di eventi tra loro incompatibili o compatibili non incide sulla componente psicologica, che viene descritta sempre come "indifferenza".

L'indifferenza può dipendere poi dalla selezione degli eventi rappresentati. Infatti solo quando l'incompatibilità tra eventi si pone all'interno di una progressione omogenea di offesa è possibile trarre la conclusione della presenza di un atteggiamento di indifferenza nell'agente. Ma quando si aggiunge un evento che sfugge alla logica della progressione omogenea di offesa, la ricostruzione rischia di cedere. Così, nel noto caso del lancio dei sassi dal cavalcavia, descrivere come diretto e alternativo il dolo ha senso se l'alternativa si pone tra ferire e uccidere gli automobilisti, ma se si aggiunge, come deve essere e come fa la giurisprudenza, anche l'intento di far sì che una o più vetture finiscano fuori strada e dunque di danneggiamento, è discutibile poter trarre la conclusione della sussistenza di un atteggiamento di indifferenza proprio del dolo alternativo: tant'è che in parte della dottrina quello del lancio dei sassi dal cavalcavia viene considerato una ipotesi di dolo indeterminato e non di dolo alternativo. Insomma: possono esserci casi in cui, per sfuggire al problema dell'incompatibilità tra tentativo e dolo eventuale, si fa ricorso al dolo alternativo per affermare un dolo diretto, forzando il senso dell'atteggiamento psicologico dell'agente: cioè eliminandone una parte, quella nella quale l'agente crea una sorta di gerarchia tra l'obiettivo che si propone intenzionalmente di conseguire

⁴⁸ Per una recente indagine in tema di eccesso volontario dai limiti della scriminante, GARGANI (2026), qui in particolare pp. 10 ss. L'Autore assume come scopo della sua indagine quello di verificare se l'eccesso volontario implichi *ex se* l'imputazione del fatto a titolo di dolo o se sussista una tipologia di casi in cui l'evento cagionato debba essere ascritto all'autore della condotta eccedente ad altro titolo; critica così l'impostazione della prassi secondo cui il passaggio volontario da un contesto lecito di base ad uno illecito porterebbe con sé la necessità di attrarre nel coefficiente di imputazione doloso qualunque sviluppo causale della condotta eccedente, giacché tale assunto evoca proprio il modello del c.d. *dolus generalis*, ritenuto sussistente a prescindere dal tipo di evento realizzato e dalla sua effettiva volizione da parte dell'agente. Tracce dunque anche qui di dolo indiretto e – possiamo aggiungere – della logica dell'indifferenza che maschera il *versari in re illicita*.

⁴⁹ Così espressamente la massima di Cass. pen., sez. I, 19 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2004, 842: «Si ha dolo eventuale allorché l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altro scopo, si rappresenti la concreta possibilità del verificarsi di una diversa conseguenza della propria condotta e, ciò nonostante, agisca accettando il rischio di cagionarla. Pertanto, riflettono il modello del dolo eventuale la consapevolezza del concreto, elevato grado di possibilità dell'evento mortale e l'indifferenza per il suo verificarsi, quale effetto aggiuntivo della condotta volta a un diverso risultato, meramente fraudolento».

⁵⁰ La definizione "dolo cumulativo" è recentemente proposta da CERQUETTI (2008), p. 1012, sia per "scolpirne" la contrarietà logica al dolo alternativo, sia per sottolineare che anch'essa è soggetta al principio di costituzionale di determinatezza della fattispecie penale. Come indica lo stesso Autore il termine era già stato utilizzato da PECORARO ALBANI (1955), p. 400, per indicare però una realtà psichica diversa. Secondo Pecoraro Albani il dolo "cumulativo" sarebbe una forma particolare di dolo intenzionale che si avrebbe quando l'agente decide di realizzare anche un altro evento accanto a quello avuto principalmente di mira: «entrambi gli eventi sono sulla stessa linea e presi di mira dall'agente». Il dolo "indeterminato" sarebbe invece caratterizzato da «dalla insufficiente chiarezza della previsione dell'evento che il soggetto in concreto realizzerà ... assenza di una distinzione e di una scelta tra i più possibili eventi, che si proiettano quasi uno sull'altro, nella sua coscienza». Orbene, che di questa sorta di "vaghezza" del momento rappresentativo si accontenti talora la giurisprudenza in sede di accertamento ci pare plausibile, come segnalato del resto anche dalla dottrina italiana (Pedrazzi): che possa però essere ritenuta una forma di dolo non ci appare accettabile, anche perché conseguentemente questa "vaghezza" si riverserebbe sul momento volitivo rendendolo del tutto esangue. Di *dolus cumulativus* si parla anche nella dottrina tedesca (vedi SCHMITZ (2000), p. 306). Chi agisce con *dolus cumulativus* si ritiene presenti un *doppio dolo*, il quale porta alla commissione di un fatto unitario (*Tateinheit*: concorso formale): per esempio chi lancia una pietra verso la sua vittima che si trova dietro un vetro, agisce sia con dolo di lesioni che con dolo di danneggiamento. Il dolo cumulativo abbraccia l'offesa di entrambi i beni giuridici, mentre nel dolo alternativo si esclude la realizzazione di entrambe le offese. Se poi in entrambi i casi si optasse per l'applicazione del concorso formale, la distinzione verrebbe in un certo senso svalutata. Per una distinzione tra *dolus cumulativus*, *dolus alternativus* e *dolus generalis* (nel senso di indeterminato), anche KINDHÄUSER-ZIMMERMANN (2026), pp. 151-152, e VOGEL-BÜLTE (2020), nn. 134-135. Per la nozione di *dolus indeterminatus* nel sistema francese, DREYER (2024), p. 824.

⁵¹ PAGLIARO (2020), p. 313.

e gli altri diversi obiettivi, parte eliminata che potrebbe condurre al dolo eventuale.

Nella prospettiva della vicenda commentata il dolo alternativo ha senso ai fini della *translatio* nell'*aberratio ictus* quando sia di tipo oggettivo⁵², ossia quando l'alternativa investa il ferimento o l'uccisione (di uno o più) degli appartenenti al gruppo avversario, con «scelta sostanzialmente equipollente», come si afferma espressamente in motivazione: ove invece il dolo alternativo fosse stato configurato come di tipo soggettivo⁵³, investendo cioè anche la possibile offesa degli appartenenti allo stesso gruppo, difficilmente tale tipo di dolo ci sembra poter resistere, potendo piuttosto configurarsi una accettazione del rischio che porterebbe inevitabilmente al dolo eventuale e alla inutilità del ricorso all'*aberratio ictus*⁵⁴.

La strumentalità della figura del dolo alternativo è dunque confermata dalla discrezionalità della giurisprudenza nell'individuare gli elementi dell'alternativa, giovandosi della possibile vicinanza logica o naturalistica di più eventi: sicché alla fine – paradossalmente – l'indifferenza (di cui si parla in molte sentenze) rischia di contrassegnare non già l'atteggiamento psichico del reo, quanto quello del giudice nei confronti di esso.

6. Indifferenza normativa dell'identità della vittima: il dolo per equivalente dell'*aberratio ictus*.

L'indifferenza caratterizza anche l'istituto dell'*aberratio ictus*, intesa qui non nel senso di uno stato psicologico ma di una equivalenza normativa dell'identità del soggetto passivo del reato, in quanto elemento non essenziale del (fatto tipico del) reato⁵⁵.

Nella sentenza in commento il tema dell'omogeneità del bene giuridico è l'anello di raccordo del dolo alternativo con l'imputazione a titolo di *aberratio ictus*, a cui si ritiene appunto connaturale questa omogeneità, versandosi altrimenti in tema di *aberratio delicti*⁵⁶. La Cassazione afferma la correttezza dell'applicazione dell'*aberratio ictus* (monolesiva, anche se le vittime sono state due, ma entrambe diverse da quella/e voluta/e): «Gli agenti volevano effettivamente attentare la vita delle vittime designate – i componenti del gruppo Mercato – con evidente omogeneità tra il bene giuridico che si voleva attentare e quello leso, sebbene sia stato poi colpito il bene giuridico di un diverso titolare». Per la giurisprudenza richiamata

⁵² Si può ancora distinguere tra *dolo alternativo oggettivo* (es. integrità fisica e vita, lesioni od omicidio) e *dolo alternativo soggettivo* (quando un soggetto esplodendo un solo colpo di arma da fuoco si rappresenta di uccidere indifferentemente e alternativamente o l'uno o l'altro soggetto, vicini tra loro).

⁵³ Giustamente DE FRANCESCO (1998), p. 11, pone di fronte a un bivio sistematico: o si postula l'esistenza di un atteggiamento di sostanziale «fungibilità» della persona dell'offeso, da ricondurre tipicamente al dolo c.d. alternativo, ovvero, per affermare la responsabilità dell'agente per omicidio consumato sarò gioco forza abbandonare il riferimento alla persona – oggetto materiale e viceversa valorizzare piuttosto un profilo di «corrispondenza» tra il voluto e il realizzato.

⁵⁴ Infatti è questo il profilo critico evidenziato dalla difesa, che rileva innanzitutto una «ontologica incompatibilità» tra due assunti: il primo per il quale gli appartenenti al gruppo Sanità avrebbero sparato prevedendo e accettando la possibilità di ferire, anche mortalmente, i propri membri; secondo l'altro assunto il gruppo Sanità avrebbe invece sparato al precipuo scopo di uccidere gli appartenenti all'altro gruppo (Mercato) e ciononostante aveva attinto le due vittime per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione. In opposizione a quanto ritenuto dal Tribunale del Riesame la difesa ritiene poi che l'*aberratio ictus* presupponga che l'offesa alla persona diversa non sia voluta, nemmeno a titolo di dolo eventuale dall'agente «perché, se così fosse, non vi sarebbe necessità di ricorrere alla *translatio* dei coefficienti psicologici del risultato voluto all'evento in concreto verificatosi. Se il Tribunale fosse stato realmente convinto del fatto che il gruppo Sanità avesse generato una «pioggia» di proiettili, non avrebbe avuto alcun motivo di aderire alla tesi del GIP dell'*aberratio delicti* giacché il reato aberrante presuppone l'assenza di coefficienti psicologici di tipo doloso».

⁵⁵ Nella dottrina italiana è tradizionale la tesi della funzione meramente dichiarativa dell'art. 82 c.p., in quanto semplice conferma del principio dell'indifferenza della identità del soggetto passivo del reato: essa è sostenuta da ANTOLISEI (2003), pp. 428 ss. e GALLO (1958), p. 68; oggi PELISSERO (2026), p. 470. In giurisprudenza Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2008, Pecoraro, CED 240374, dove si legge che nel dolo, inteso come rappresentazione del fatto-reato normativamente tipizzato, non ricade l'identità personale della vittima prefigurata, che rimane dato esterno al fatto di reato configurato. Già IMPALLOMENI (1900), pp. 179-180, ribatteva che la tesi della dottrina tedesca, secondo la quale nell'*aberratio ictus* era da ravvisare un concorso di tentato omicidio e di omicidio colposo, era inesatta sotto due profili: innanzitutto per la incompatibilità di dolo e colpa nella stessa azione, e poi e soprattutto perché «si volle uccidere un uomo, e si uccise un uomo: ecco quello che c'è di essenziale». Per una spiegazione storica, DE FRANCESCO (1998), pp. 156 ss. Sulla necessità invece di dimostrare non l'esistenza di un dolo «astratto», riferito cioè a un qualsiasi evento lesivo purché dello stesso tipo di quello previsto nella norma incriminatrice, ma di qualificare come dolosa solo la causazione di un determinato evento concreto, ROMANO (1970), pp. 25 ss. Così anche COCCO-AMBROSETTI (2024), p. 364, che parlano di palese divergenza tra ciò che era oggetto di dolo e ciò che si è realizzato. Dunque sulla natura costitutiva della disposizione, che finisce in realtà col mascherare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, e sulla connaturata esigenza di ricondurla a Costituzione, almeno in via interpretativa, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2025), pp. 463-465. Per un quadro generale dei principali nodi problematici, TRINCHERA (2015), pp. 1412 ss. e anche nel prisma del diritto comparato, MASTROLIA (2024).

⁵⁶ Per tutti, PADOVANI (2019), p. 285. Non è peraltro l'unica opinione, dato che l'ambito di applicazione si ritiene possa essere segnato invece dalla corrispondenza dell'offesa arrecata a quella a cui era oggettivamente e soggettivamente diretta l'azione del reo, prima che intervenisse la deviazione del suo decorso causale.

infatti l'errore (c.d. inabilità, perché nasce nella fase esecutiva) non determina la realizzazione di un evento di natura diversa da quella che l'agente si proponeva, ma, riguardando l'oggetto materiale del reato, la condotta, pur non offendendo il bene giuridico specificamente preso di mira, lede comunque lo stesso bene giuridico di altra persona, ed è sorretta – sul piano soggettivo – «da una volontà la cui direzione non muta»⁵⁷. Nella motivazione si dà adeguato rilievo alle impostazioni dottrinali che segnalano come in siffatta ipotesi si assista a una generalizzazione dell'oggetto del dolo tale da comportare una «finzione» di esso, che opera in questo modo: «il legislatore prende la base dolosa del tentativo nei confronti della vittima designata, che concretamente si deve realizzare e la trasferisce sul risultato aberrante materialmente raggiunto nei confronti della vittima occasionale». Per confutare i rilievi difensivi si conferma la giurisprudenza della suprema Corte che ritiene che «il dolo del reato aberrante possa essere considerato a tutti gli effetti un dolo «autentico» – donde l'infondatezza dei rilievi difensivi – e che a coniugare le due «realità» descritte nella trama dell'art. 82 cod. pen. intervenga il carattere omogeneo del bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici messe a paragone».

Proprio il riconoscimento del carattere «autentico» del dolo e l'essenziale ruolo di amalgama sul piano psicologico dell'omogeneità del bene giuridico sono profili problematici⁵⁸. Ed è utile da subito rimarcare come una simile impostazione si ritrova nel filone giurisprudenziale che nella preterintenzione riconosce in definitiva quello che si può definire un dolo-base rinforzato o, ricorrendo alla origine storica, un dolo indiretto, caratterizzato «unicamente dalla volontà di infliggere percosse o lesioni», giacché «il rischio di evento omogeneo più grave è insito nel danno o pericolo che si arreca alla persona fisica. E nel sistema l'interesse primario, che accomuna i beni essenziali della persona, è complessivamente tutelato in ragione dell'idea (categoria) di inevitabilità dell'evento più grave, conseguente al processo naturale attivato con la condotta umana»⁵⁹. L'omogeneità del bene, e magari la progressione di offesa interna a esso, non giustifica mai semplificazioni o addirittura automatismi nell'accertamento, sia nel dolo alternativo che in quello indiretto sia – come subito vedremo – nell'*aberratio ictus*.

Nell'*aberratio ictus* l'imputazione (a titolo di dolo) dell'offesa a persona diversa si innesta su di un volere indirizzato a un bersaglio concreto che è comunque una persona umana; similmente fa da supporto alla responsabilità (dolosa) anomala dell'art. 116 la volontà di un reato diverso, e dunque dolo sì ma di un substrato appunto «diverso». Si assiste dunque a una assimilazione, a una equivalenza, *ex lege*, che segnala certamente, in questi casi, una «normativizzazione avanzata del dolo»⁶⁰, o ancora una «presunzione di dolo», dal momento che non deve ricorrere un dolo accertato⁶¹.

Come risulta dallo svolgimento storico, nella logica del *versari in re illicita* l'esistenza di una base dolosa ha consentito di dare risposta alle necessità di prevenzione generale con le varie forme di allargamento del concetto di dolo. Oggi da quella stessa base dolosa si dipartono forme varie di responsabilità per l'evento diverso o ulteriore rispetto a quello voluto: o ancora dolo nelle ipotesi degli artt. 82, 116 e 117 c.p., o colpa nelle ipotesi di *aberratio delicti* (artt. 83 e 586 c.p.), o preterintenzione (art. 584 c.p.), o una responsabilità posta «altrimenti» (cioè né dolosa, né colposa, né preterintenzionale: art. 42 comma 3 c.p.) a carico dell'agente, come anche tipicamente nei delitti aggravati dall'evento⁶². Tutti esempi di trasformazione del dolo, sul modello della colpa, in un concetto normativo, che cioè si attribuisce o si imputa impiegando criteri distinti dalla verifica empirica di uno stato psicologico: in altre parole mediante un procedimento di tipo ascrivito anziché descrittivo. Tendenza che va respinta, nella sua assolutezza, così come va respinta l'impossibile pretesa di ricostruire nei minimi dettagli un

⁵⁷ Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2021, Vivenzio, CED 282043. Così anche Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2014, P.G. in proc. Di Caterino e altri, CED 260836 e ancor prima in termini analoghi Cass. pen., 10 maggio 2006, Muca, CED 234132.

⁵⁸ In particolare sull'omogeneità del bene giuridico una sintesi delle diverse posizioni in NOTARO (2024), p. 435. L'Autore osserva come soprattutto in giurisprudenza si ritiene che si prospetti un'ipotesi di *aberratio ictus* ogni qual volta l'evento realizzatosi, per quanto diverso da quello voluto, non interessi un bene giuridico di natura o di categoria eterogenea, nei casi cioè di progressione offensiva corrente tra i beni della incolumità personale e della vita. Tra le critiche rivolte in dottrina a questa impostazione, in particolare quella di esporsi alle obiezioni della difficile governabilità dei fenomeni di progressione.

⁵⁹ Cass. pen., sez. V, 14 aprile 2006, n. 13673, Haile, CED 234552, riprese nella giurisprudenza di merito p. es. da Corte Ass. App. Milano, 19 dicembre 2012, con nota di AIMI (2013). L'orientamento è ricorrente negli anni nella giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., sez. V, 8 marzo 2013, Palazzolo, CED 254386; Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2012, S., CED 253744; Cass. pen., sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, Perini, CED 253357; Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2016, P.G., P.C., Mulè, CED 268299; Cass. pen., sez. V, 1° febbraio 2024, A. P.M. Mignolo Olga, CED 286014. Per un'analisi critica, a fronte di una giurisprudenza che sembra finalmente mutare, BARTOLI (2024), pp. 1492 ss.

⁶⁰ PEDRAZZI (2000), pp. 1270-1271.

⁶¹ DONINI (2026), p. 1382.

⁶² Sul tema, tra gli altri, TRAPANI (1992), specificamente sull'*aberratio ictus* pp. 12 ss.

percorso interno alla psiche. Compito della dottrina e della giurisprudenza dovrebbe essere la difesa dell'essenza psicologica del dolo, non solo con barriere dogmatiche ma con l'indicazione di percorsi per la sua descrizione pratica nella fase dell'accertamento. La finalità di prevenzione speciale, da noi fissata costituzionalmente (art. 27 comma 3 Cost.), e ancor prima il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.) tendono a impedire forme di normativizzazione e oggettivizzazione assolute del concetto di dolo: il dolo è una realtà psichica (più esattamente un atto psichico), magari non accertabile completamente nella sua effettività con gli strumenti di cui dispone il giudice, ma da cui comunque né si può né si deve prescindere. Preservata sempre l'essenza volitiva del dolo, in tutte le sue forme, come scelta a favore dell'offesa del bene giuridico, il rifiuto di una sua cristallizzazione, come a proposito della plasmabilità concettuale del dolo eventuale, deriva da ineliminabili necessità politico-criminali.

In tale prospettiva di equilibrio va condotta l'analisi dell'*aberratio ictus*, un'ipotesi di "dolo per equivalente", dove, al primo comma dell'art. 82 c.p., si tiene ferma l'imputazione dolosa pur nel caso in cui «per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta». Disponendo che «il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere», il legislatore finge che rispetto alla persona offesa esista quella volontà che in effetti esisteva solamente nei confronti della persona che non si è effettivamente colpita, e statuisce di "*trasformare*" il dolo sulla vittima designata in un *succedaneo di dolo* sulla persona realmente offesa. Una finzione di dolo dunque, o, detto altrimenti, un dolo per equivalente o per *translatio*⁶³, che si basa su una *astrazione dell'oggetto del dolo*, rappresentato dagli elementi rilevanti ai fini della integrazione (appunto astrattamente) della fattispecie. Lo schema di finzione si ripropone in ordine alla imputazione dell'evento non voluto nella c.d. *aberratio ictus* plurilesiva, prevista nel capoverso dell'art. 82 c.p., dove si dispone che «qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà».

La giurisprudenza utilizza gli strumenti di semplificazione nell'accertamento che gli offre lo stesso codice penale. Così la Cassazione ha sostenuto che «la diversità tra quanto voluto e quanto realizzato è essenziale, perché è evidente che rispetto al ferimento e all'uccisione della persona diversa *non esiste il dolo* dell'agente»; e ha chiarito che il senso della deroga ai principi in tema di dolo sta in ciò: si «attribuisce la responsabilità per la parte di fatto non voluto non solo prescindendo dall'accertamento della colpa, ma considerandolo *come se fosse doloso*, sia pure con un trattamento sanzionatorio più blando rispetto alla normale ipotesi del concorso di due reati entrambi dolosi». L'art. 82 comporta dunque una sorta di «*estensione del dolo* da un fatto rispetto al quale c'è rappresentazione e volontà a un fatto ulteriore – omogeneo al primo, relativo a una vittima ulteriore – non voluto né rappresentato, ma verificatosi a causa di un errore di esecuzione»⁶⁴. Il senso completo della finzione viene poi bene espresso in un'altra sentenza della suprema Corte dove si trova affermato che «l'accertamento del dolo deve essere effettuato positivamente con riguardo alla persona contro la quale l'offesa fu indirizzata, avendosi poi, per *fictio juris*, la *translatio* del risultato ottenuto anche all'evento diverso»⁶⁵. Non solo. La Cassazione, nella citata sentenza del 2005 e poi anche in altre pronunce⁶⁶, spiega anche la *ratio* della deroga ai principi in materia di responsabilità dolosa: «la rappresentazione ha pur sempre ad oggetto un fatto criminoso e ... l'agente ha realizzato il fatto (diverso) proprio nell'esecuzione di quella deliberazione criminosa»; e ancora: l'agente «si pone consapevolmente in una situazione di illiceità potenzialmente aperta a sviluppi diversi e ulteriori rispetto a quelli direttamente presi di mira». Un'apertura troppo netta verso la responsabilità oggettiva

⁶³ È interessante notare come il senso della *translatio* sia riprodotto nella figura inglese della *transferred malice*: vedine contenuto e limiti («only when the actus reus and the mens rea of the same crime coincide») in SMITH, HOGAN, & ORMEROD's *Criminal Law* (2024), p. 128, con particolare riferimento a *R v Latimer* (1886) 17 QBD 359.

⁶⁴ Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2005, Caroleo, CED 232404, anche in *Dir. pen. proc.*, 2, 2006, p. 194, e in *Cass. pen.*, 2006, pp. 4045 ss., con nota di M. AGOSTINI, *Aberratio ictus e tentativo*.

⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2019, n. 4119, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2006, Muca, cit.; Cass. pen., sez. I, 1° luglio 1994, Fuggetti, CED 198361, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2571. Vedi anche Ass. Foggia, 28 giugno 2002, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3172 ss., con nota di SALCUNI (2003), in particolare, per le finzioni di dolo, pp. 3174 ss. Su queste finzioni anche BRUNELLI (2001), pp. 2372 ss., e LANZI (2018), pp. 611 ss. La *translatio* è completa, vale cioè anche per le circostanze del reato attinenti all'intensità del dolo, tra cui soprattutto per la premeditazione (art. 577 comma 1 n. 3 c.p.): così, tra le tante, Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, CED 259521, e a proposito del reato continuato per il medesimo disegno criminoso (Cass. pen. sez. I, 28 febbraio 2019, Torre, CED 276386, in *Cass. pen.*, 7, 2019, p. 2598, con nota di MARZANO (2019).

⁶⁶ Tra le ultime Cass. pen., sez. V, 14 marzo 2023, Bogdan, CED 284372.

che deve essere limitata per non svuotare di significato la dimensione psicologica dell'imputazione soggettiva: ci sembra utile qui il richiamo a una pronuncia, richiamata anche nel noto caso Thyssen, che dichiara precipuo compito del giudice «attribuire rilievo centrale al momento dell'accertamento e di effettuare con approccio critico un'acuta, penetrante indagine in ordine al fatto unitariamente inteso, alle sue probabilità di verificarsi, alla percezione soggettiva della probabilità, ai segni della percezione del rischio, ai dati obiettivi capaci di fornire una dimensione riconoscibile dei reali processi interiori e della loro proiezione finalistica»⁶⁷. L'alternativa – secca – è abbandonare l'idea del dolo che in realtà traveste la responsabilità oggettiva, considerare la presunzione di dolo come relativa e vincibile (attraverso una lettura dell'art. 82 conforme all'art. 27 c. 1 Cost.)⁶⁸, e reinterpretare – come si propone in dottrina – l'art. 82 c.p. come una ipotesi di dolo misto a colpa⁶⁹: così si risponderà a titolo di dolo soltanto se l'offesa a persona diversa sia dovuta a colpa, se cioè una persona ragionevole si sarebbe accorta, date quelle concrete circostanze, che l'offesa da lui progettata si sarebbe potuta verificare nei confronti di una persona diversa (*aberratio monolesiva*) o anche di una persona diversa (*aberratio plurilesiva*) dalla vittima designata⁷⁰. Sarà necessario qui, per rispettare il principio di colpevolezza, personalizzare al grado massimo il rimprovero e dunque ritagliare sul singolo agente il giudizio di prevedibilità, da svolgere pertanto strettamente in concreto, non solo rispetto alle circostanze del fatto ma anche riguardo all'evento di riferimento. Mancherebbe sempre una corrispondenza piena con il principio di proporzione a cui potrebbe porre rimedio, come per l'art. 116, la previsione di una circostanza attenuante, con una soluzione di equilibrio tra la considerazione della vittima, che non è descritta o presupposta personalmente nella fattispecie dato che la persona offesa riceve tutela «in quanto essere umano», e la prospettiva dell'autore, visto che la considerazione della vittima sarebbe comunque compatibile con il riconoscimento a livello sanzionatorio (e sottolineiamo “fino” a un terzo) di questa sorta di “dolo diminuito”⁷¹.

7.

Concorso morale e *aberratio ictus*: l'indifferenza dell'esito aberrante.

Riguardo infine alla responsabilità concorsuale, la Corte conferma l'orientamento per il quale «è configurabile la partecipazione, a titolo di concorso morale, nell'omicidio di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, in quanto l'errore esecutivo non ha alcuna incidenza sull'elemento soggettivo del partecipe morale, essendosi comunque realizzata l'azione concordata con l'autore materiale, il cui esito aberrante è privo di ogni rilevanza ai fini della qualificazione del reato sotto il profilo oggettivo e soggettivo»⁷². La combinazione dei due istituti, concorso eventuale e *aberratio ictus*, porta – secondo la Cassazione – alla conclusione, giudicata corretta, dei giudizi di merito dell'attribuzione dei delitti contestati a tutti gli appartenenti al gruppo. La chiara manifestazione della condivisione viene ravvisata nella partecipazione concorde di tutti i componenti del gruppo, i quali hanno proceduto unitariamente e

⁶⁷ Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2011, Ignatiuc, est. Cassano, CED 258021, p. 10, anche in *Cass. pen.*, 4, 2012, 1324 e in *Giur. it.*, 2, 2012, 407.

⁶⁸ DONINI (2026), p. 1383, il quale sottolinea come la cultura alla base di questa norma (il valore umanistico della tutela della persona offesa in quanto essere umano, p. 1380) sia stata sempre confermata nei progetti di riforma del codice penale attraverso la costante previsione che il soggetto risponda come se avesse cagionato l'offesa alla persona che intendeva offendere.

⁶⁹ In generale, per la «graduale, sofferta (e per nulla scontata)» sostituzione del criterio del *versari in re illicita* col criterio della *culpa in re illicita*, o colpa in attività illecita, BASILE (2021), pp. 135 ss.

⁷⁰ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2025), p. 465, e CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE (2017), p. 542. Così anche LUNGHINI-PARIS (2025), p. 1304, che definiscono la disciplina dell'art. 82 un residuo del *versari in re illicita*, «il cui scopo politico-criminale è quello di punire severamente non già un'offesa inferta con dolo, bensì la volontà di offendere».

⁷¹ Nella descrizione delle possibili soluzioni, così ancora DONINI (2026), p. 1380. Per una diversa soluzione, assoggettamento cioè dell'*aberratio ictus* alla ordinaria disciplina del concorso formale di reati, con facoltà per il legislatore di prevedere un aumento di pena (entro limiti ragionevoli), TRINCHERA (2015), p. 1452.

⁷² Così la richiamata Cass. pen., sez. I, 19 settembre 2014, Bellone, CED 260797; Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2008, n. 41240, in *DeJure*, e prima Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2001, Anastasio, CED 220238. In quest'ultimo caso, l'imputato, appartenente a una associazione criminale, era gravemente indiziato di essere il mandante dell'omicidio di una coppia di coniugi, sopravvissuti all'aggressione, nella quale, invece, aveva trovato la morte la figlia minorenni. Anche recentemente, Cass. pen., sez. I, 15 luglio 2024 (ud.), n. 34178, in *Arch. Pen.*, 3, 2025, con nota di SENESI (2024). Qui l'ipotesi caso è ancora più particolare, trattandosi di configurabilità dell'*aberratio ictus*, nell'ottica del reato concorsuale, anche se la vittima attinta – in seguito alla reazione della vittima designata – è uno dei correi, ancorché autore o co-autore materiale della condotta. Per la Cassazione l'azione collettiva, sostenuta da valido elemento psicologico, diretto alla commissione del reato, avrebbe comunque raggiunto lo scopo, seppur l'esecuzione aberrante ne abbia fatto ricadere le conseguenze su un compartecipe. La conclusione è che tale esito, per il principio dell'indifferenza del soggetto passivo ex art. 82 c.p., non produce (di per sé) un effetto liberatorio sulla posizione dei sodali.

armati, a distanza ravvicinata, per diversi chilometri. La comunanza di intenti viene ricavata anche dall'indicatore dato dal comportamento successivo al fatto, essendo emersa dalle intercettazioni la ferma determinazione dei concorrenti di tutelarsi reciprocamente. La condotta complessiva – esplosione di quattro colpi di arma da fuoco in rapida sequenza verso un bersaglio umano – viene dunque imputata all'indagato quantomeno a titolo di concorso morale, sorretta sul piano psicologico da un «dolo (diretto) alternativo includente l'omicidio volontario aberrante e il tentato omicidio volontario aberrante».

I fatti accertati nel caso in esame sembrano dunque dimostrare la presenza del concorso morale nella forma dell'accordo, di una decisione comune di commettere il reato, punto di arrivo di una reciproca influenza psicologica. La conclusione del concorso morale è coerente con il percorso psicologico e normativo della motivazione, nella quale comunque la vaghezza del concetto di indifferenza non significa anche indifferenza probatoria, visto che almeno si accompagna a un attento riscontro degli indicatori fattuali della decisione comune.

8.

Conclusioni.

L'indifferenza nei confronti del bene giuridico contraddistingue dunque diverse figure, dal dolo alternativo all'*aberratio ictus*, caratterizzando anche il dolo generale e il dolo indiretto. Di queste l'unica ipotesi con appiglio normativo è l'*aberratio ictus*, mentre le altre hanno funzione strumentale in ambiti specifici (es. la incompatibilità del dolo eventuale con il tentativo) e sono facilmente confondibili dati i contenuti assai simili. Ma in tutte emerge la finalità di semplificazione probatoria, che agisce non solo sulla *struttura* ma anche e insieme sull'*oggetto* del dolo⁷³: impoverendo l'oggetto si impoverisce a sua volta il momento rappresentativo e di conseguenza la base del momento volitivo.

Dietro l'ampliamento dell'oggetto si nasconde in realtà la tentazione verso la *normativizzazione* del dolo, diretta cioè a una valutazione prettamente giuridica di determinate condotte, con successiva imputazione, basata per intero su un soggetto-tipo, una sorta di agente-modello pensato nel ruolo negativo del reo doloso. Tendenza che va respinta nella sua assolutezza, ricercando sempre una dimensione psicologica, che non significa una (impossibile) *soggettivizzazione* ma almeno una (possibile) *individualizzazione* tramite una sempre maggiore attenzione agli indicatori del dolo nella fase dell'accertamento. In questi termini va inteso il dolo come concetto normativo, costruito cioè in modo da rispecchiare le esigenze del diritto, anche al di là di una corrispondenza con concetti extragiuridici, e non certo nel senso che si componga di elementi normativi come nella fattispecie colposa⁷⁴. E nella nostra dottrina già Franco Bricola aveva messo sull'avviso che una considerazione prevalentemente normativa del dolo facilita la sua presunzione⁷⁵.

Quanto al rapporto del dolo con il bene giuridico tutelato, o meglio all'atteggiamento dell'autore nei confronti di esso, al dolo appartiene sempre una *decisione* contro il bene giuridico⁷⁶, decisione alla quale si arriva secondo percorsi diversi che segnano l'intensità della decisione ma non ne snaturano l'essenza: di questo percorso può fare parte anche l'indifferenza tante volte citata nelle figure di dolo create dalla prassi, senza però, appunto, che ne costituisca la vera essenza rappresentata – come si è prima osservato – dal tratto di *scelta consapevole*⁷⁷, che valorizza solo essa la componente psicologica volitiva del dolo. Un buon equilibrio ci sembra poter essere raggiunto con la visione per la quale il dolo sarebbe un concetto “tipologico” nel quale giocano due sistemi di riferimento: il primo tratto dal concetto di signoria sul fatto (*Tatherrschaft*) e il secondo consistente in una sorta di “sentimento contrario al bene giuridico”

⁷³ Tecnica che segna lo svolgimento storico del concetto di dolo e che trova sempre nuove espressioni. VEST (1991), p. 593, ha osservato che la riformulazione da parte dell'interprete della *objektive Tatbestand*, nei sensi di un suo allargamento, è sempre espressione di una strategia di semplificazione probatoria dell'esistenza del dolo.

⁷⁴ Vedi PAGLIARO (2020), pp. 308-309.

⁷⁵ BRICOLA (1960), p. 10 (nt. 16) e poi, esaminando Kelsen, pp. 30 ss.

⁷⁶ Su questa traccia si pone l'apporto essenziale di ENGISCH (1930), p. 177, che, con la sua sottolineatura della «presa di posizione dell'agente rispetto al mondo dei beni giuridici», apre la strada alla teoria [vedi ROXIN (1964), pp. 53 ss.] che consente la «collocazione del dolo nel più intimo del soggetto agente», cioè quella che descrive anche la forma meno intensa di dolo, il *dolus eventualis*, come «decisione a favore della possibile offesa di un bene giuridico» («*Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung*»). Questa teoria (sulla quale, in estrema sintesi bibliografica, anche HASSEMER (1989), pp. 481 ss., e qui specificamente pp. 488-489) – secondo una parte della nostra dottrina [CANESTRARI (1999), pp. 70-71] – è in grado di offrire una composizione soddisfacente tra le istanze delle teorie cognitive e volitive.

⁷⁷ Cass. pen., sez. un., 30 marzo 2010, Nocera, cit.

(*rechtsgüterfeindliche Gesinnung*); tali elementi si compongono variamente, a seconda della loro intensità, in questo concetto tipologico di dolo⁷⁸. Con l'osservazione ultima, ancora e sempre attuale e con funzione di segnalazione e rischio, che a un contenuto psicologico del dolo possono sostituirsi in fase di accertamento profili etico-normativi⁷⁹.

Bibliografia

- AGOSTINI, Marta (2006): “*Aberratio ictus* e tentativo”, *Cassazione Penale*, 12, pp. 4049-4056
- AIMI, Alberto (2013): “Omicidio preterintenzionale e principio di colpevolezza”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 maggio 2013
- ANTOLISEI, Francesco (2003): *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 16^a ed. agg. da L. Conti (Milano, Giuffrè)
- BARTOLI, Roberto (2024): “Preterintenzione: un definitivo abbandono della responsabilità oggettiva? Sarebbe l'ora!”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1492-1500
- BASILE, Fabio (2021): voce “Colpa in attività illecita”, in *Enciclopedia del Diritto*, Tematici, *Il Reato Colposo* (Milano, Giuffrè)
- BINDING, Karl (1916): *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, II, 2, 2. Aufl. (Leipzig, Meiner)
- BLAIOTTA, Rocco (2026): “Dolo eventuale e colpa cosciente oggi”, *Sistema Penale*, 18 febbraio 2026
- BRICOLA, Franco (1960): *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo* (Milano, Giuffrè)
- BRUNELLI, David (2001): “Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle «finzioni» normative del dolo da parte della Cassazione”, *Cassazione Penale*, 9, pp. 2372-2381
- CANESTRARI, Stefano – CORNACCHIA, Luigi – DE SIMONE, Giulio (2017): *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed. (Bologna, il Mulino)
- CANESTRARI, Stefano (1999): *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose* (Milano, Giuffrè)
- CAROLI, Paolo (2021): “Testa o croce o testa e croce? La prassi applicativa del dolo alternativo in Germania e Italia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1023-1042
- CERQUETTI, Giovanni (2005): “Lancio di sassi dal cavalcavia e forme del dolo”, *Diritto penale e processo*, 8, pp. 1005-1009
- CERQUETTI, Giovanni (2008): “Reato doloso”, *Digesto Discipline Penalistiche. Aggiornamento*, I (Torino, UTET)
- COCCO, Giovanni – AMBROSETTI, Enrico Maria (2024): *Trattato breve di Diritto penale. Parte generale*. – 1.2., 3^a ed. (Milano, Wolters Kluwer-Cedam)
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (1988): “Dolo eventuale e colpa cosciente”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 113-165
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (1998): *Aberratio. Teleologismo e dogmatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato* (Torino, Giappichelli)

⁷⁸ SCHÜNEMANN (1999), p. 366.

⁷⁹ KRAUSS (1978), pp. 11 ss.

- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2022): *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, 2ª ed. (Torino, Giappichelli)
- DE LIA, Andrea (2024): “I confini tra *recklessness* e (*criminal*) *negligence* nel sistema penale statunitense”, *Archivio Penale*, 2, pp. 1-66
- DELITALA, Giacomo (1976): “Dolo eventuale e colpa cosciente”, *Annuario dell’Università Cattolica del S. Cuore*, Milano 1932, poi in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano Giuffrè 1976, pp. 431-450
- DEMURRO, Gian Paolo (2007): *Il dolo. I: Svolgimento storico del concetto* (Milano, Giuffrè)
- DONINI, Massimo (1996): *Teoria del reato. Una introduzione* (Padova, Cedam)
- DONINI, Massimo (2010): “Dolo eventuale e *formula di Frank* nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l’elemento psicologico”, *Cassazione Penale*, 7-8, pp. 2555-2582
- DONINI, Massimo (2014): “Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 febbraio 2014
- DONINI, Massimo (2026): *Diritto Penale. Parte generale*, vol. II (Milano, Giuffrè)
- DREYER, Emmanuel (2024): *Droit pénal général*, 7ª ed. (Paris, LexisNexis)
- ENGISCH, Karl (1930): *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlin, Liebmann, neudruck 1964 Aalen, Scientia Verlag)
- FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo (2024): *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed. (Bologna, Zanichelli)
- FISCHER, Martin (1993): *Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus* (Frankfurt am Main, Lang)
- FROSALI, Raoul Alberto (1933): *L’errore nella teoria del diritto penale* (Roma, Tipografica Editrice)
- GALLO, Marcello (1958): “*Aberratio ictus*”, *Enciclopedia del Diritto*, I (Milano, Giuffrè)
- GALLO, Marcello (1964): “Dolo (dir. pen.)”, *Enciclopedia del Diritto*, XIII (Milano, Giuffrè)
- GARGANI, Alberto (2026): “Eccesso preterintenzionale. Il superamento doloso dei limiti scriminanti qualificato da difetto di volontà dell’evento”, *La legislazione penale*, 10 aprile 2026
- GENTILE, Gianluca (2013): “«Se io avessi previsto tutto questo...». Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 ottobre 2013
- HASSEMER, Winfried (1991): “Kennzeichen des Vorsatzes“ (in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Heymanns, 1989, 289 ss.), trad. it. di S. Canestrari, “Caratteristiche del dolo”, *Indice penale*, 3, pp. 481-503
- IACOVIELLO, Francesco Mauro (2010): “Processo di parti e prova del dolo”, *Criminalia*, pp. 463-509
- IMPALLOMENI, Giovanni Battista (1900): *L’omicidio nel diritto penale*, 2ª ed. (Torino, Unione tipografica editrice)
- JAKOBS, Günther (2002): „Gleichgültigkeit als dolus indirectus“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114, pp. 584-599
- JAKOBS, Günther (2020): *Kritik des Vorsatzbegriff* (trad. it. G. CIVELLO, *Critica del concetto di dolo*, con pref. di M. Ronco (Napoli, Editoriale Scientifica, 2025)
- JESSBERGER, Florian – SANDER, Camill (2006): „Der dolus alternativus“, *Juristische Schulung*, pp. 1065-1067

JOERDEN, Rat Jan C. (1983): „Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des *dolus alternativus*“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 95, pp. 565-605

KINDHÄUSER, Urs – ZIMMERMANN, Till (2026): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. (Baden-Baden, Nomos)

KRAUSS, Detlef (1978): „Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht“, *Festschrift für Hans Jürgen Bruns* (Köln, Heymann), pp. 11-30

LANZI, Massimiliano (2018): „Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela, *Criminalia*, pp. 611-641

LUNGHINI, Giacomo – PARIS, Luca (2025): *sub Art. 82, Codice penale commentato*, fondato da Dolcini e Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, VI ed. (Milano, Wolters Kluwer Ipsoa)

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2025): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. (Valencia, Tirant Lo Blanch)

MAGGIORE, Giuseppe (1951): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli)

MANES, Vittorio: “La riconversione garantistica dell’illecito para-penale: il concorso mediante omissione dei sindaci nell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato ex art. 187-ter TUF”, nota a Corte app. Bologna, Sez. III civile, sent. 9 febbraio 2024, Pres. De Cristofaro, rel. Salina, *Sistema Penale*, 15 marzo 2024

MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto penale. Parte generale*, XI ed. (Milano, Wolters Kluwer Cedam)

MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio – GATTA, Gian Luigi (2025): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XIV ed. (Milano, Giuffrè)

MARINUCCI, Giorgio (1971): *Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma* (Milano, Giuffrè)

MARZANO, Maria Gaia (2019): “Aberratio ictus e reato continuato: l’inidoneità del reato aberrante ad interrompere il medesimo disegno criminoso”, *Cassazione Penale*, 7, pp. 2600-2609

MASTROLIA, Pasquale (2024): *Aberratio ictus. Principio di colpevolezza e tutela dell’integrità fisica nella imputazione soggettiva dell’evento* (Roma)

MEZZETTI, Enrico (2009): “Divagazioni penalistiche sul c.d. «dolo colpito a mezza via dall’errore»”, *Cassazione Penale*, 12, 5001-5012

MEZZETTI, Enrico (2011): “Dolo alternativo. Rigorismi giurisprudenziali in tema di accertamento dell’elemento psicologico del reato”, *Studi in onore di Mario Romano*, II (Napoli, Jovene), pp. 1155 ss.

MORSELLI, Elio (1989): *Il ruolo dell’atteggiamento interiore nella struttura del reato* (Padova, Cedam)

NATALINI, Aldo (2005): “Dolo alternativo ed eventuale, ecco le differenze”, *Diritto e Giustizia*, 13, pp. 66-73

NOTARO, Domenico (2024): *sub Art. 82, Commentario breve al Codice penale*, a cura di G. Forti – S. Riondato – S. Seminara, 7ª ed. (Milano, Wolters Kluwer Cedam)

ORLANDI, Riccardo (2024): “Sviamento del decorso causale e imputazione del reato. Riflessioni sul rapporto tra rischio e dolo”, *La legislazione penale*, 26.11.2024

PADOVANI, Tullio (2019): *Diritto penale*, XII ed. (Milano, Giuffrè)

- PAGLIARO, Antonio (2020): *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed. riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino e A. Spena (Milano, Giuffrè)
- PALAZZO, Francesco – BARTOLI Roberto (2023): *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed. (Torino, Giappichelli)
- PECORARO ALBANI, Antonio (1955): *Il dolo* (Napoli, Jovene)
- PEDRAZZI, Cesare (2000): “Tramonto del dolo?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1265-1279.
- PELISSERO, Marco (2026): *Manuale di Diritto Penale* (Milano, Lefebvre Giuffrè)
- PIERGALLINI, Carlo (2024): in AA.VV., *Il Sistema Penale*, curato da C.E. PALIERO (Torino, Giappichelli)
- PISA, Paolo (2010), “Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale”, *Diritto Penale e Processo*, 7, pp. 826-828
- PULITANÒ, Domenico (2021): *Diritto penale*, 9ª ed (Torino, Giappichelli)
- PUPPE, Ingeborg (2023): Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl., Baden-Baden, Nomos 2023, § 15 Rn. 56-57
- RIGO, Fabrizio (1997): “Dolo e tentativo”, *Cassazione Penale*, pp. 964-971
- ROMANO, Mario (1970): *Contributo all'analisi dell'aberratio ictus* (Milano, Giuffrè)
- ROMANO, Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-84), 3ª ed. (Milano, Giuffrè)
- ROXIN, Claus (1964): „Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit“, *Juristische Schulung*, pp. 53-61
- ROXIN, Claus – GRECO, Louis (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5. Aufl. (München, Beck)
- SALCUNI, Giandomenico (2003): “*Aberratio ictus* e preterintenzione: un'endiadi mal riuscita”, *Cassazione Penale*, 10, pp. 3173-3180
- SCHAFFSTEIN, Friedrich (1930): *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen. In ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts – Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov* (Aalen Scientia Verl. 1973, Neudruck der Ausgaben Berlin Springer 1930-1932)
- SCHMITZ, Roland (2000): “Der dolus alternativus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112, pp. 301-333
- SCHÜNEMANN, Bernd (1999): „Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff“, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (Berlin-New York, De Gruyter), pp. 363-378.
- SENESE, Luca (2025): “*Aberratio ictus* e concorso c.d. “anomalo”: il viaggio del dolo tra finzioni e realtà. Considerazioni sull'*aberratio ictus* “autolesiva”, *Archivio Penale*, 3, pp. 1-18
- SMITH, HOGAN, & ORMEROD's *Criminal Law* (2024): authors D. Ormerod - K. Laird - M. Gibson, 17th ed. (Oxford University Press)
- TRAPANI, Mario (1992): *La divergenza tra il «voluto» e il «realizzato»* (Milano, Giuffrè)
- TRINCHERA, Tommaso (2015): “Questioni in tema di *aberratio ictus*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1412-1452
- VENTUROLI, MARCO (2009): “Il dolo alternativo tra incertezze dottrinali e semplificazioni giurisprudenziali”, *Diritto penale e processo*, 5, pp. 617-619

VEST, Hans (1991): „Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts in Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103, pp. 584-620

VOGEL, Joachim – BÜLTE, Jens (2020): *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, § 15. „Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln“. Band I Einleitung, §§ 1-18, 13. Aufl. (Berlin – Boston, De Gruyter), pp. 1061-1020

SISTEMA SANZIONATORIO

SISTEMA SANCIONADOR

SYSTEM OF SANCTIONS

- 39 **L'erta via della ridefinizione giurisdizionale delle pene sproporzionate.
Il caso della diffamazione militare**
*El difícil camino hacia la redefinición jurisdiccional De las sanciones desproporcionadas.
El caso de difamación militar*
*The Difficult Path towards the Jurisdictional Redefinition of Disproportionate Sanctions.
The Military Defamation Case*
Domenico Notaro
- 62 **Dinamiche evolutive e involutive del fu sistema sanzionatorio: uno schizzo a partire
da *La recente legislazione penale***
*Dinámicas evolutivas e involutivas del ya extinto sistema sancionatorio: un esbozo a partir
de La recente legislazione penale*
*Evolutionary and Involutionary Dynamics of the Former Sanctioning System: Reflections Starting
from La recente legislazione penale*
Davide Bianchi

L'erta via della ridefinizione giurisdizionale delle pene sproporzionate. Il caso della diffamazione militare

El difícil camino hacia la redefinición jurisdiccional de las sanciones desproporcionadas. El caso de difamación militar

The Difficult Path towards the Jurisdictional Redefinition of Disproportionate Sanctions. The Military Defamation Case

DOMENICO NOTARO

*Ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
 domenico.notaro@unipi.it*

DIFFAMAZIONE MILITARE, PENE,
 GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

DIFAMACIÓN MILITAR, PENAS, CUESTIÓN
 DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

MILITARY DEFAMATION, PENALTIES,
 CONSTITUTIONAL JUDGMENT

ABSTRACTS

Lo scritto prende spunto da un'ordinanza con cui la Corte di cassazione ha rimesso all'attenzione della Corte costituzionale il compito di verificare la legittimità del trattamento sanzionatorio della diffamazione militare, implicante l'obbligatoria applicazione della pena detentiva. Tale richiesta è nuovamente avanzata dopo che negli scorsi anni analoghe obiezioni erano state sollevate con successo nei confronti della diffamazione comune. Per la diffamazione militare, tuttavia, la questione presenta aspetti peculiari in ragione dell'assetto normativo interessato. La vicenda proposta assume significato sia perché induce a riesaminare i rapporti – non sempre lineari – fra le scelte incriminatrici compiute dal legislatore in ambito comune e quelle effettuate in ambito militare, sia perché consente di sondare l'evoluzione che negli ultimi anni si è registrata circa criteri e portata del sindacato esperibile dalla Corte costituzionale sulle norme penali che denotino difetti di ragionevolezza anche sotto il profilo della sproporzione del trattamento sanzionatorio ai valori tutelati.

Este trabajo se inspira en una resolución mediante la cual el Tribunal de Casación remitió una vez más al Tribunal Constitucional la tarea de verificar la legitimidad de la sanción por difamación militar, que conlleva la aplicación obligatoria de una pena de prisión. Esta solicitud se reiteró tras el éxito de objeciones similares en años anteriores en relación con la difamación ordinaria. Sin embargo, en el caso de la difamación militar, la cuestión presenta características únicas debido al marco legal aplicable. El caso que aquí se presenta es significativo tanto porque nos impulsa a reexaminar las relaciones —no siempre lineales— entre las decisiones penales adoptadas por el legislador bajo el derecho consuetudinario y las adoptadas en el contexto militar, como porque nos permite explorar la evolución que se ha producido en los últimos años con respecto a los criterios y el alcance del control constitucional que el Tribunal Constitucional puede ejercer sobre las disposiciones penales que demuestran una falta de razonabilidad, incluso en términos de sanciones desproporcionadas en comparación con los valores protegidos.

The issue stems from an order by which the Court of Cassation referred to the Constitutional Court the question of the legitimacy of the punishment for military defamation, which carries a mandatory prison sentence. The issue arises again after similar objections against common defamation had been successfully raised in previous years. However, in the case of military defamation, the issue shows peculiar aspects due to the regulatory framework involved. The case is significant, first, because it prompts a reconsideration of the relationship between the criminal law options adopted by the legislator in the common and military contexts. Then it allows us to explore the evolution occurred in recent years regarding the criteria and scope of the review exercised by the Constitutional Court over criminal provisions that demonstrate a violation of reasonableness, including in terms of the disproportionate nature of the sanctioning treatment compared to the protected values.

SOMMARIO

1. La vicenda *de qua*: l'imputazione del delitto di diffamazione militare. – 2. L'esclusione dell'esimente del diritto di critica. – 3. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 227 c.p.m.p. – 4. Le prospettive di ridefinizione del trattamento sanzionatorio del delitto di diffamazione militare. I precedenti significativi. – 4.1. La questione in discussione e le possibili soluzioni.

1.

La vicenda *de qua*: l'imputazione del delitto di diffamazione militare.

L'ordinanza n. 636 del 2025 della Prima Sezione della Corte di cassazione, emanata il 21 ottobre 2025, all'esito dell'udienza svoltasi il 17 ottobre, nel dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 227, commi 1 e 2 c.p.m.p. in relazione agli artt. 21, 52 e 117 Cost., si profila di significativo interesse, perché tocca temi che spaziano dalle condizioni per il riconoscimento dell'esercizio del diritto di critica scriminante il reato di diffamazione, alla ridefinizione del trattamento sanzionatorio del delitto previsto dall'art. 227 c.p.m.p., passando per l'emergente rilievo assunto dalla libertà di manifestazione del pensiero in ambito militare.

Nei confronti di un maresciallo in servizio sono stati contestati plurimi delitti di diffamazione militare in relazione a un comunicato apparso a suo nome sui propri profili *Facebook* e su di un sito delle Forze Armate, nel quale egli si doleva della morte di un fuciliere dell'aeronautica, attribuito implicitamente a condizioni di malessere ambientale e ricondotto comunque a una sequenza straordinaria di suicidi di militari delle FF.AA. e di appartenenti alla polizia di Stato. L'imputato, nella veste di sindacalista e di giornalista militare, oltre a menzionare l'opacità delle circostanze del suicidio e l'inerzia delle indagini svolte dai carabinieri in merito a tale episodio, evidenziava l'assenza di prese di posizioni ufficiali dell'Arma aeronautica, insieme al silenzio e all'opposizione del Ministero della Difesa nel predisporre adeguati rimedi per soccorrere le esigenze ambientali dei militari, insinuando un possibile nesso di tale inerzia con il perpetuarsi dei suicidi. La pluralità dei reati contestati al maresciallo è stata rilevata, oltre che per le diverse sedi di pubblicazione del comunicato, anche per l'interessamento di più soggetti passivi: l'Arma dell'aeronautica, coinvolta per le accuse di indifferenza rispetto agli episodi di suicidio; il Ministero della Difesa e il Ministro pro tempore, accusati di mancanza di attenzione e di trascuratezza nei confronti dei possibili fattori di malessere dei militari; l'Arma dei carabinieri, cui si addossa il mancato esito delle indagini per accertare le circostanze del suicidio.

Alla contestazione è seguita la condanna dell'imputato, sia in primo che in secondo grado, per la circostanza, ritenuta decisiva, che, come risultato dal relativo esame autoptico, il militare cui si riferiva il comunicato, in realtà, non si era suicidato ma era morto nel sonno per l'accidentale inalazione di ossido di carbonio sprigionato da un braciere rimasto acceso durante la notte all'interno della sua abitazione. La mancata fondatezza della notizia del suicidio assunto a presupposto del comunicato, rilasciato due giorni dopo l'avvenuto decesso del militare, e conseguentemente l'insussistenza tanto del dovere dei CC di portare a termine indagini per fatti privi di rilievo penale quanto dell'onere dei colleghi dell'aeronautica di assumere iniziative inerenti all'episodio medesimo, hanno impedito di prospettare a beneficio dell'imputato l'esimente del diritto di critica, con la conseguenza che le allusioni all'operato inerte e trascurato dei soggetti passivi hanno integrato i delitti di diffamazione previsti dall'art. 227 c.p.m.p.

2.

L'esclusione dell'esimente del diritto di critica.

La prima questione sulla quale merita soffermarsi concerne l'individuazione delle condizioni per l'affermazione della scriminante del diritto di critica cui l'imputato si è appellato per giustificare il contenuto del comunicato da lui pubblicato anche in qualità di sindacalista rappresentante degli interessi dei colleghi militari.

Com'è noto¹, il diritto di critica rientra tra le forme di manifestazione del pensiero il cui esercizio, al pari del diritto di cronaca e del diritto di satira, può compromettere aspetti dell'o-

¹ Cfr. per tutti NUVOLONE (1962), pp. 422 s.; MANTOVANI (1966), p. 655; LANZI (1983), pp. 75 ss.

nore e della reputazione altrui. Esso interferisce, dunque, con lo spettro del delitto di diffamazione, la cui antigiuridicità è esclusa a condizione che l'esercizio della critica si mantenga nei limiti della libertà di manifestazione del pensiero assicurata a ciascuno dall'art. 21 Cost.

Mentre il diritto di cronaca autorizza a riportare fatti, notizie e informazioni altrui di cui la collettività abbia interesse ad avere conoscenza, il diritto di critica permette di esprimere opinioni in dissenso con quelle di altri individui, non senza l'eventuale impiego di espressioni biasimevoli e toni aspri; mentre il primo si regge sulla narrazione di fatti e accadimenti da riportare alla conoscenza altrui, il secondo implica la formulazione di giudizi e valutazioni su quanto accade intorno²: l'uno e l'altro ammessi in quanto reputati coesenziali al corredo di libertà fondamentali della persona e funzionali a consentire la circolazione di informazioni e lo scambio di idee ritenute utili al progresso collettivo. La diversa estrazione delle due modalità espressive spiega le differenti condizioni alle quali è subordinata la loro efficacia esimente, allorché l'una o l'altra comportino la diffusione di informazioni lesive della reputazione altrui: per il diritto di cronaca, la necessità che quanto riportato sia di interesse collettivo, sia riportato fedelmente in termini veritieri e con modalità continenti, proporzionate ai contenuti rilevanti³; per il diritto di critica, la necessità che l'opinione espressa riguardi argomenti di interesse per la collettività e sia manifestata in termini proporzionati a trasmettere quei contenuti, senza trasmodare in forme inutilmente aggressive della sfera personale dei soggetti coinvolti⁴. Sul presupposto che il diritto di critica si sostanzia nella formulazione di opinioni e giudizi personali e che lo stesso spetta anche a coloro che non vantino competenze sulla materia o sull'argomento trattato, quella modalità espressiva non pretende che quanto affermato risulti vero, a meno che a sostegno dell'opinione non si adducano accadimenti o episodi che, costituendo il presupposto di quanto sostenuto, condizionino attendibilità e misura dell'esternazione. Non sarebbe consentito esprimere giudizi o postulare opinioni basate su fatti o presupposti palesemente falsi coinvolgenti la reputazione di altri individui⁵, in quanto tali esternazioni, fuorviando il dibattito pubblico, divengono immeritevoli di essere sostenute al prezzo della compromissione dell'altrui onorabilità⁶. Tale condizione ricorre anche quando la critica concerna l'esercizio di pubbliche attività⁷. Nei confronti degli esercenti pubbliche funzioni non potrebbero dunque muoversi rilievi che si basino su comportamenti da loro mai tenuti o su accadimenti mai verificatisi.

È quanto si è registrato nella vicenda in esame. All'imputato è stato contestato di avere criticato l'operato di soggetti ricoprenti funzioni pubbliche, attribuendo loro contegni omissivi mai inверtatisi perché mancava il presupposto dell'insorgere di altrettanti obblighi di attivazione: il suicidio del fuciliere dell'aeronautica. Il mancato riscontro della verità dei fatti, richiesto per legittimare giudizi che muovano dalla denuncia di quegli accadimenti, ha reso superfluo verificare, da parte dei giudici, il rispetto del limite della continenza espressiva cui altrimenti si sarebbe dovuto procedere tenendo conto, altresì, del ruolo di sindacalista svolto dall'imputato; ruolo che potrebbe anche giustificare l'impiego di toni aspri e più incisivi del solito, se necessari per rimarcare esigenze di tutela della categoria nei confronti della controparte del rapporto di lavoro⁸.

Se tale conclusione risponde a un indirizzo condiviso dalla dottrina⁹, qualche considerazione richiede l'ulteriore passaggio per cui i giudici escludono la configurabilità della scriminante putativa dell'esercizio del diritto di critica, rilevante ai sensi degli artt. 51 e 59 comma 4 c.p. Secondo i Collegi che si sono pronunciati nei vari gradi di giudizio, non vi sono le condizioni per invocare la scriminante putativa quando pure si adduca di avere erroneamente reputato esistenti i fatti oggetto dell'esternazione diffamatoria, qualora emergano trascuratezze e approssimazioni nella verifica della fondatezza della notizia da cui prende le mosse la critica. Nella circostanza, all'imputato viene obiettato che il comunicato è stato pubblicato

² BISORI (2010), p. 109.

³ NUVOLONE (1971), p. 71; MUSCO (1990), pp. 645 s.; MANTOVANI (2022), pp. 244 ss.; MANTOVANI (2010), pp. 1563 s.; CORRIAS LUCENTE (2000), pp. 52 ss.

⁴ NUVOLONE (1971), p. 71; MUSCO (1990), p. 647; CORRIAS LUCENTE (2000), pp. 97 ss.

⁵ Cfr. Cass., sez. V, 21 settembre 2022, n. 38991, in *Guida dir.*, n. 49/2022; Ead., 28 aprile 2022, n. 25759, in *Foro it.*, 2022, II, c. 557; Ead., 24 gennaio 2019, n. 7340; Ead., 15 dicembre 2005, n. 8042, in *Guida dir.*, n. 24/2006, p. 95.

⁶ Cass., sez. V, 14 settembre 2020, n. 31263.

⁷ Cass., sez. V, 25 ottobre 2021, n. 45249; Ead., 17 marzo 2021, n. 24578.

⁸ Per tutte Cass., sez. V, 7 marzo 2022, n. 17784; Ead., 9 ottobre 2020, n. 2473; Ead., 11 luglio 2018, n. 47513.

⁹ A. GULLO, *Delitti contro l'onore*, in AA.VV., *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, dir. da F. Palazzo – C.E. Paliero – M. Pelissero, Torino, 2022, pp. 259 e 260.

due giorni dopo la morte della vittima, senza attendere l'esito dell'autopsia, essendosi egli limitato a confrontarsi con alcuni colleghi e giungendo a ipotizzare che la morte in questione s'inserisse nella sequenza di suicidi che all'epoca era oggetto di particolare attenzione. Se il ruolo di sindacalista rivestito dall'imputato lo autorizzava a interessarsi di tutte le questioni inerenti alla vita militare, manifestando il suo pensiero «in ogni sede e su tutte le questioni non soggette a classifica di segretezza» (art. 1479-*bis*, comma 1, lett. *d*), d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, aggiunto dall'art. 1, comma 4, d.lgs. 24 novembre 2023, n. 192), quella stessa veste avrebbe richiesto l'adozione di una certa cautela nel riportare notizie e informazioni acquisite *aliunde* e in forza delle quali formulare giudizi implicanti critiche biasimevoli nei confronti dell'operato altrui. Sulla scorta di tale canone, viene contestato all'imputato di non avere effettuato il dovuto accertamento sulla fondatezza del suicidio del collega e sulla consistenza dell'inazione delle autorità militari (compresi i carabinieri) chiamate a interessarsi al caso.

Tale conclusione risponde a un indirizzo condiviso dalla giurisprudenza, secondo la quale, quando l'agente – come nel caso in esame – ricopra ruoli, quali quelli di giornalista o sindacalista, che comportino il maneggio di notizie di cui informare la collettività, su di lui s'impongono doveri di scrupolosa verifica della loro fondatezza, senza che egli possa affidarsi alla ritenuta autorevolezza di certe fonti di apprendimento¹⁰, né accontentarsi della verosimiglianza dell'accadimento in relazione al contesto di realizzazione. Un più attento indirizzo non nega che possa darsi spazio all'esimente legata alla ritenuta verità dei fatti cui l'agente versi per errore di rappresentazione; esso richiede, però, che l'agente alleggi elementi e circostanze che rendano credibile l'insorgenza dell'errore, in ragione della cura utilizzata nel maneggiare le informazioni apprese, per cui si possa assumere che egli abbia sgombrato il campo da ogni dubbio ragionevole sull'eventuale infondatezza della notizia¹¹. Pur inteso in questi termini, tale orientamento solleva qualche perplessità, non solo e non tanto per la vaghezza e per la difficile praticabilità dei parametri di misurazione (dell'accuratezza) delle verifiche richieste a colui che maneggi la notizia appresa¹², ma prima ancora per l'inconferenza di tale pretesa con il profilo doloso che occorre per integrare il delitto di diffamazione. Si fa infatti osservare che la subordinazione dell'esimente putativa all'esclusione di atteggiamenti di trascuratezza dell'agente nel verificare i fatti addotti, metto conto la possibilità di imputare un contegno colposo il quale, ai sensi dell'art. 59, comma 4 c.p., può assumere rilievo esclusivamente quando il fatto commesso è previsto dalla legge come delitto colposo; ciò che appunto non è dato per i fatti di diffamazione¹³. Quel che dunque andrebbe accertato, onde escludere l'operatività dell'esimente nella sua forma putativa, è che l'atteggiamento tenuto dall'agente al momento della formulazione del testo offensivo dell'altrui reputazione profili almeno il dubbio circa l'infondatezza delle circostanze da egli stesso riportate nell'articolo denunciato¹⁴. Da tale punto di vista, la questione si sposta sul difficile terreno dell'accertamento di circostanze di fatto espressive dell'atteggiamento soggettivo nutrito dall'agente alla stregua di consolidate massime di esperienza. Sennonché, nella vicenda in esame non emerge se la valutazione compiuta dai giudici di merito, alla quale sembra riportarsi la Corte di cassazione, si sia fondata sulla constatazione della persistenza di un ragionevole dubbio dell'agente in ordine alla possibile falsità delle circostanze, nonostante la contingenza della verifica di un significativo numero di suicidi fra gli appartenenti alle FF.AA. in quel periodo, o si sia basata piuttosto sul riscontro in sé di un accertamento del tutto carente (però compatibile con l'assenza di consapevolezza) in ordine alle circostanze nelle quali si è generato l'episodio della morte del fuciliere dell'aeronautica di cui l'imputato si è lamentato nel comunicato costituente reato.

L'esclusione della causa di giustificazione, anche nella sua forma putativa, consente in ogni modo alla Corte di cassazione di considerare rilevante e prendere in esame l'eccezione di legittimità costituzionale proposta dallo stesso imputato nei confronti dell'art. 227 c.p.m.p. per quanto concerne il trattamento sanzionatorio del reato. La mancata ricorrenza di (ulteriori) ragioni che possano escludere la responsabilità dell'imputato rende plausibile l'applicazione della norma incriminatrice, permettendo ai giudici¹⁵ di rivolgere l'attenzione al suo regime

¹⁰ Cass., sez. V, 16 febbraio 2021, n. 13069, in *Foro it.*, 2021, II, c. 508; Ead., 4 novembre 2019, n. 50189; Ead., 19 gennaio 2017, n. 22202.

¹¹ Cass., sez. V, 23 ottobre 2020, n. 34831, in *Guida dir.*, n. 5/2021; Ead., 9 settembre 2019, n. 42755; Ead., 14 giugno 2018, n. 45813; Ead., 2 maggio 2016, n. 42314.

¹² CORRIAS LUCENTE (2000), p. 92, cui aderisce BISORI (2022), p. 5513.

¹³ BISORI (2010), p. 114; MARINUCCI (2011), pp. 400 s.; GULLO (2013), pp. 32 s.

¹⁴ Cfr. GUERINI (2020b), p. 48 e richiami.

¹⁵ La Corte di cassazione richiama l'indicazione formulata da C. Cost., 18 luglio 2025, n. 113 – su cui GATTA (2025), pp. 129 ss. – secondo la quale, «a meno che dall'ordinanza di remissione emerga evidente l'assenza di responsabilità penale dell'imputato per i reati ascrittigli, ovvero

punitivo.

3.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 227 c.p.m.p.

In subordine, rispetto all'invocazione del diritto di critica esimente, il difensore dell'imputato ha eccepito che la vicenda diffamatoria contestata sarebbe connotata da caratteri di ordinaria (e non già di eccezionale) gravità, tali da *non* giustificare l'applicazione della pena detentiva astrattamente prevista dalla norma incriminatrice. Si richiama qui quanto statuito dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 150 del 2021¹⁶, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 13, l. 8 febbraio 1948, n. 47 (nonché dell'art. 30, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223) per contrasto con l'art. 21 Cost. e con gli artt. 117 Cost. e 10 C.e.d.u., poiché la disposizione censurata¹⁷ imponeva l'applicazione della pena detentiva in tutti i casi di diffamazione pluriaggravata – in quanto commessa col mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato – salva la sola eventualità che, nel caso concreto, non ricorressero circostanze attenuanti giudicate prevalenti o, almeno, equivalenti alle aggravanti. La Consulta osservò che la previsione dell'applicazione indefettibile della pena detentiva (cumulata alla multa) per tutti i casi di diffamazione considerati dalla norma rappresentava una soluzione fin troppo stigmatizzante le modalità di manifestazione del pensiero che pure pregiudichino l'altrui reputazione. La minaccia della pena detentiva in ogni ipotesi di offesa alla sfera personale, infatti, costituirebbe un ostacolo normativo al libero esercizio di attività di informazione ritenute coesistenti ai regimi democratici e funzionali al proficuo scambio delle idee, fintanto che quelle attività non trasmodino in forme denotanti una loro smaccata strumentalizzazione a compromettere i valori fondamentali che giustificano le limitazioni prefigurate dall'art. 10 C.e.d.u.

Alla stregua di quella disposizione convenzionale era intervenuta più volte la Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸ per rilevare come l'attività giornalistica si ponga nei sistemi democratici quale “*watchdog*” del funzionamento delle istituzioni e del godimento delle libertà individuali¹⁹. La previsione dell'obbligatoria irrogazione della pena detentiva, senza possibilità di distinguere i casi meno gravi da quelli effettivamente più gravi di abuso delle prerogative giornalistiche, era ritenuta comportare un implicito effetto dissuasivo delle attività di cronaca e di critica per il timore indotto nei giornalisti di poter incorrere in conseguenze penali esasperatamente afflittive non appena superati i limiti di legittimità del loro operato. Da questo punto di vista, la minaccia della pena detentiva come unica misura di reazione ai casi di diffamazione a mezzo stampa si poneva in contrasto con l'affermazione convenzionale delle libertà di espressione e di opinione e del diritto di ricevere o comunicare informazioni, rinvenibile nell'art. 10 C.e.d.u. Per assicurare il necessario spazio a tali libertà, la pena detentiva – nel corredo delle sanzioni che pure sono ammesse per tutelare interessi personali altrui come la salute, la reputazione e la riservatezza – potrebbe giustificarsi solo nei casi eccezionali e straordinari, di istigazione all'odio razziale o etnico o di incitamento al compimento di atti di violenza²⁰, in cui l'attività di cronaca e di critica espone a grave pregiudizio diritti fondamentali dell'individuo²¹.

Sulla stessa linea di indirizzo si è posizionata la giurisprudenza italiana²² nel giudicare al-

lo stesso giudice si riservi espressamente una tale valutazione esprimendo così, in sostanza, i propri dubbi in proposito», «le questioni sull'entità della pena per il reato contestato sollevate nel corso di un giudizio penale suscettibile di sfociare in una sentenza di condanna non possono, di regola, essere considerate premature».

¹⁶ C. Cost., 12 luglio 2021, n. 150, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1563, in *Foro it.*, 2021, I, c. 489, e in *Cass. pen.*, 2021, p. 3480.

¹⁷ Sulle vicende di questa previsione v. MANTOVANI (2022), p. 275; CORRIAS LUCENTE (2000), pp. 221 e 240; DEL CORSO (2007), p. 2575; VALASTRO (2007), pp. 2190 s.

¹⁸ V. già C. EDU, 17 dicembre 2004, n. 33348/96, *Cumpănă e Mazăre vs. Romania*, §§ 112-119.

¹⁹ Sul retroterra di tale assunto v. la ricostruzione di CALVO (2021), pp. 15 s.

²⁰ C. EDU, 24 settembre 2013, n. 43612/10, *Belpietro vs. Italy*, in www.penalecontemporaneo.it 26 settembre 2013, su cui GIUDICI (2013) e MELZI D'ERIL (2013); C. EDU 7 marzo 2019, n. 22350/13, *Sallusti vs. Italy*, in www.penalecontemporaneo.it 18 marzo 2019, su cui TURCHETTI (2019).

²¹ Per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale che ha portato a tali conclusioni v. GULLO (2022), pp. 296 e 304 ss.; TOMASI (2020), pp. 57 ss. Da GULLO (2013), p. 190, si fa peraltro osservare che tali ipotesi “eccezionali” presentano una dimensione offensiva eterogenea perché coinvolgono beni giuridici diversi e più impegnativi dell'onore e della reputazione individuale.

²² Cfr. Cass., sez. V, 20 aprile 2022, n. 19221; Ead., 25 giugno 2021, n. 28340, in *Cass. pen.*, 2021, p. 4001; Ead., 9 luglio 2020, n. 26509, www.sistemapenale.it 29 gennaio 2021, con nota di ORIANA (2021); ma v. già Cass., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 12203, in *Guida dir.*, n. 24/2014, p. 81, su cui TURCHETTI (2014); Ead., 26 settembre 2012, n. 41249, in www.penalecontemporaneo.it 24 ottobre 2012, su cui VIGANÒ (2012).

cuni casi nei quali si è trattato di affermare la responsabilità di giornalisti imputati del delitto di diffamazione a mezzo stampa o di omesso controllo sulla realizzazione di tale reato (art. 57 c.p.).

Investita della questione in relazione all'art. 13, l. n. 47/1948 cit. e all'art. 595 comma 3 c.p., la Corte costituzionale – dopo avere sospeso la propria decisione sull'eccezione, rinviandola per non più di un anno²³, al fine di consentire al legislatore di effettuare «una complessiva rimeditazione del bilanciamento [...] tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica», anche alla luce dei progetti di riforma da tempo pendenti in Parlamento²⁴ – ha infine dichiarato l'illegittimità della norma contenuta nella legge sulla stampa. Accogliendo le argomentazioni avanzate con le ordinanze di rimessione, il Collegio della Consulta ha riconosciuto che l'applicazione indefettibile della pena detentiva in ogni caso di diffamazione aggravata conduce a esiti incompatibili con le esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, definita in passato dalla stessa Corte come «pietra angolare dell'ordine democratico»²⁵. Il Giudice delle leggi ha quindi censurato *in toto* la norma eccepita, sia per l'impossibilità di coniugare il suo tenore letterale con un'interpretazione costituzionalmente conforme, sia perché la disposizione speciale si limita(va) a inasprire il trattamento sanzionatorio altrimenti aggravato dall'art. 595, commi 2 e 3 c.p., muovendosi in un ambito già qualificato dal legislatore; talché l'eliminazione di quella norma non avrebbe provocato alcun vuoto di tutela penale²⁶. Ne è derivata, per ciò stesso, l'equiparazione delle ipotesi di diffamazione compiute a mezzo stampa, ulteriormente aggravate dall'attribuzione di un fatto determinato, a quelle (semplicemente aggravate perché) commesse con qualunque mezzo di diffusione al pubblico (come, ad esempio, i *social networks*)²⁷.

È stata invece ritenuta costituzionalmente legittima la disciplina delle ipotesi aggravate di diffamazione contenute nella disposizione codicistica e trattate secondo un regime di alternatività fra la pena detentiva e quella pecuniaria. La Consulta ha osservato che la *possibilità* di applicazione della pena detentiva ai fatti di diffamazione commessi con il mezzo della stampa non rappresenta in sé un'indebita limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, dal momento che la reputazione altrui, oltre a costituire un bene giuridico di rilievo penale, è oggetto di «un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona»²⁸. La pena detentiva potrebbe dunque intervenire a sanzionare le più gravi forme di diffamazione, oltre che nei casi di diffusione di contenuti di odio etnico o razziale o di istigazione alla violenza, già individuati dalla Corte di Strasburgo, anche in quelli rientranti in «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi»²⁹. A differenza della disposizione prima considerata, tuttavia, quelle dell'art. 595 c.p. possono e debbono essere interpretate in maniera conforme alle indicazioni costituzionali e convenzionali. In tal senso, mentre il giudice penale dovrà optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di

e PACILEO (2013).

²³ C. Cost., 26 giugno 2020, n. 132, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1457, e in *Foro it.*, 2020, I, c. 2546. Su tale pronuncia cfr. GATTA (2020); A. GULLO (2021), pp. 217 ss.; TOMASI (2020), pp. 63 ss.; UBIALI (2020), pp. 1475 ss.; FIANO (2020), pp. 1559 ss.

²⁴ Per una ricostruzione delle discussioni in corso all'epoca v. per tutti A. GULLO (2013), pp. 191 ss.

²⁵ C. Cost., 2 aprile 1969, n. 84.

²⁶ Sulla rilevanza della mancata produzione di lacune quale condizione per ammettere l'emanazione di pronunce ablativo di norme contenenti trattamenti sanzionatori sproporzionati, v. VIGANÒ (2021), p. 77; COLACURCI (2022), p. 1299. Per un precedente concernente il sistema penale militare cfr. C. Cost., 15 giugno 1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1468 con nota di GROSSO (1992), che ha espunto l'art. 122 c.p.m.p. che puniva un'ipotesi speciale di violata consegna con una pena indeterminata nel massimo – foriera di un arco editale troppo ampio perché definito dal limite valevole in generale per la reclusione militare (art. 26 c.p.m.p.) – a fronte della ben più contenuta misura della pena stabilita per l'ipotesi generica di violata consegna prevista dell'art. 120 c.p.m.p.

²⁷ Il dato di relativa rideterminazione valoriale «al ribasso» delle sottofattispecie del reato è sottolineato da MANCA (2021), pp. 1944 ss.; MANCA (2022), p. 382.

²⁸ Continua la Consulta, osservando che «aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, c.p. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare».

²⁹ Sull'insidiosità dei fenomeni di disinformazione *on line* suscettibili di implicare episodi di diffamazione v. PERINI (2017), pp. 4 ss.; DE SIMONE (2018), pp. 12 e 15; COSTANTINI (2019), pp. 63 ss. e 66; DE FLAMMINEIS (2020), pp. 133 ss.; GUERINI (2020a), pp. 97 ss.; GUERINI (2020b), pp. 50 e 60 ss.; BIRITTERI (2021), pp. 309 e 319; nonché in chiave spiccatamente comparatistica cfr. PASSAGLIA (ed.) (2026), *passim*.

eccezionale gravità del fatto, come sopra delineati, rispetto ai quali la pena detentiva appare proporzionata, secondo i principi poc'anzi declinati, dovrà invece limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta importanza del fatto, in tutte le altre ipotesi considerate di rilievo ordinario. E tale direttrice è destinata ad abbracciare anche i fatti di diffamazione commessi tramite *social networks* o comunque da soggetti che non esercitano attività giornalistica in senso stretto³⁰.

Di tali indicazioni tiene conto la Corte di cassazione, opportunamente sollecitata dall'imputato. La vicenda in esame, tuttavia, presenta peculiarità di contesto che meritano di essere evidenziate.

Se è vero che l'art. 227 c.p.m.p., oggetto di scrutinio, stabilisce per la diffamazione militare l'applicazione della sola pena detentiva, senza possibilità di alternative, come già disponeva l'art. 13, l. n. 47/1948 per la diffamazione comune, per cui non appaiono proponibili interpretazioni "correttive", e se è vero, altresì, che la stessa disposizione pone la fattispecie militare in relazione di specialità unilaterale con quella comune, talché l'una si muove in un ambito già coperto dall'altra, per cui nessun vuoto di tutela si determinerebbe con l'eliminazione della prima, esattamente com'è stato rilevato per l'art. 13 cit., allora, ci si dovrebbe aspettare che alla Corte costituzionale sia richiesto di dichiarare la radicale illegittimità della disposizione censurata. Diverso è, tuttavia, l'approccio seguito dall'ordinanza di rimessione, tesa ad accettare la presenza della norma nel Codice penale militare, salvo a richiederne l'adeguamento «nella parte in cui non prevede, in alternativa rispetto alla pena detentiva, la pena pecuniaria».

Sul tenore della più moderata richiesta, veicolata dal giudice remittente, pesa evidentemente – più che la natura di reato autonomo della disposizione censurata³¹ – la circostanza che il delitto dell'art. 227 c.p.m.p. sottende una portata offensiva che trascende il semplice attingimento della reputazione altrui, valendo a compromettere, altresì, la tenuta dell'ambiente militare e delle relazioni fra le persone al suo interno³². Riconosciuta la portata incriminatrice della disposizione, la Corte evita di mettere in discussione la ragion d'essere della fattispecie speciale e con essa le prerogative del legislatore nel decidere se e quali fatti meritino autonoma considerazione nel Codice penale militare.

Non può dimenticarsi, del resto, come in passato siano stati posti freni alle velleità di sindacato giurisdizionale delle scelte di incriminazione correnti sul versante militare, e non solo quando si è trattato di lamentare la *mancata* previsione di talune fattispecie speciali³³. Anche allorché vengano in considerazione disposizioni che in ambito militare incriminano in maniera più ampia o più estesa fatti di reato contemplati parallelamente dal Codice penale comune, le stesse non sono andate soggette a riduzione, se non quando le differenze non palesassero evidenti difetti di ragionevolezza³⁴. Così, ad es., permane indisturbata l'incriminazione di fatti di danneggiamento *colposo* di cose mobili o immobili militari (artt. 168-171 c.p.m.p.), a fronte della mancata previsione di consimili figure nel Codice penale comune, mentre si registra la persistente penalizzazione dell'usurpazione di decorazioni o distintivi militari (art. 221 c.p.m.p.), a fronte dell'avvenuta depenalizzazione del delitto di usurpazione di titoli o di onori (art. 498 c.p.) nel 1999. È la stessa Corte di cassazione, poi, a ricordare la sorte del delitto di ingiuria militare, mantenuto con l'art. 226 c.p.m.p. nonostante l'avvenuta trasformazione del delitto dell'art. 594 c.p. in illecito civile ad opera degli artt. 1 e 4, co. 1, lett. a) del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7; scelta che la Corte costituzionale ha per l'appunto "giustificato"³⁵ con la propensione della norma militare a salvaguardare – insieme con l'onore e la reputazione della persona offesa – le condizioni di civile convivenza fra i militari, presupposto indispensabile per

³⁰ Conf. Cass., sez. V, 17 febbraio 2021, n. 13993, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3648, che richiama quanto assunto da C. EDU, Gr. Ch., 23 aprile 2015, n. 29369/10, *Morice vs. France*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, e da C. EDU, 8 ottobre 2019, n. 24845/13 e n. 49103/15, *L.P. and Carvalho vs. Portugal*, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Sul ruolo di tali pronunce (ma v. *rectius* C. EDU, 12 febbraio 2019, n. 70465/12, *Pais Pires de Lima vs. Portugal*) e sul relativo indirizzo estensivo seguito in Italia v. criticamente TOMASI (2021), §§ 4 ss.; CALVO (2021), pp. 10 e 20 ss.

³¹ Per la natura di reato autonomo dell'art. 13, l. n. 47/1948, del resto, si esprime a suo tempo NUVOLONE (1971), pp. 30 ss. *Contra* MANTOVANI (2022), p. 275; CORRIAS LUCENTE (2000), p. 221.

³² Sulla dimensione offensiva del delitto nel quadro dei reati militari contro la persona v. ROSIN (1991), p. 50.

³³ Al proposito, in relazione alla mancata previsione di un'ipotesi militare di abuso di ufficio cfr. C. Cost., 2 luglio 2009, n. 203, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2370; Ead., 5 dicembre 2008 n. 402, *ivi*, 2008, p. 4701.

³⁴ Fra i casi nei quali tali interventi di riduzione sono avvenuti si ricordi C. Cost., 13 dicembre 1991, n. 448, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1738, che ha espunto la condotta di distrazione di danaro o cose dell'amministrazione militare a profitto proprio o altrui, quale modalità di commissione del peculato militare (art. 215 c.p.m.p.), così da parificarne la fisionomia a quella attribuita all'art. 314 c.p. dalla legge 26 aprile 1990, n. 86. La medesima condotta distrattiva è stata mantenuta, però, come forma di malversazione di cose appartenente ad altro militare (art. 216 c.p.m.p.).

³⁵ C. Cost., 12 ottobre 2017, n. 215, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2006. In tema v. D. MARTIRE (2017), pp. 2028 ss.; D. PROFILI (2018), pp. 7 ss.

la coesione delle Forze Armate³⁶.

La stessa cautela si manifesta ora nei confronti del delitto dell'art. 227 c.p.m.p. verso il quale non si sollevano argomenti o circostanze che evidenzino l'irragionevolezza della sua presenza nel sistema penale. Si precisa, infatti, che in questione non sono né il mantenimento dell'autonoma rilevanza penale della diffamazione compiuta in ambito militare, né la proposta di parificare il relativo trattamento sanzionatorio a quello del delitto comune, né, ancora, l'eccessiva gravità del suo regime in rapporto a quello corrente per le fattispecie comuni³⁷. Ribadita l'autonomia del delitto militare, la questione verte sulla necessità di riconsiderare l'adequatezza della pena prevista in astratto, allo scopo di potere distinguere anche per quella fattispecie le concrete manifestazioni meritevoli di incorrere in una pena pecuniaria, anziché detentiva.

Secondo il Collegio remittente, il valore dei ruoli di cronista o di opinionista critico si esprime anche a beneficio dell'ambiente militare³⁸. In tal senso induce, anzitutto, la considerazione dell'istanza di democraticità cui deve orientarsi l'organizzazione dell'FF.AA. secondo l'art. 52 comma 3 Cost. e alla quale si deve molto dell'adeguamento della disciplina del personale militare al nuovo assetto costituzionale³⁹; democraticità che certo si alimenta della libera circolazione di idee e di informazioni utili tanto alle scelte della persona che al progresso collettivo. La Corte di cassazione sottolinea poi il significato specifico rivestito dalla sopravvenuta disposizione dell'art. 1479-*bis* del codice dell'ordinamento militare (d.lgs. n. 66/2010), che attribuisce ai militari, che ricoprono cariche elettive, il diritto di manifestare in ogni sede, anche interloquendo con enti e associazioni di carattere sociale, culturale o *politico*, il proprio pensiero su cose di interesse militare che non siano soggette a classifiche di segretezza. Tale disposizione confermerebbe la rilevanza istituzionale delle attività comunicative e informative esercitate per motivi sindacali in ambito militare. Di conseguenza, alle stesse dovrebbe riconoscersi il necessario spazio di manovra anche rispetto al rischio che mediante il loro esercizio, sia menomata l'altrui reputazione; sicché, qualora, siano oltrepassati i limiti di legittimità, dovrebbero potersi distinguere i casi nei quali *non* ricorrano quelle situazioni di speciale gravità che impongono l'applicazione della pena detentiva. Da ciò deriva la richiesta di maggiore articolazione del corredo di pene principali previste in astratto per la fattispecie penale militare.

4. Le prospettive di ridefinizione del trattamento sanzionatorio del delitto di diffamazione militare. I precedenti significativi.

Come si è detto, la possibilità di rivedere il trattamento sanzionatorio della diffamazione nella parte in cui prevede esclusivamente l'applicazione della pena detentiva, era stata ventilata già in relazione alla proposta q.l.c. dell'art. 13, l. n. 47/1948. Da parte di alcuni dei giudici remittenti (segnatamente il Tribunale di Bari) era stato richiesto alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della norma speciale nella parte in cui disponeva la pena detentiva cumulata alla multa, anziché le pene *alternative* della reclusione e della multa come stabilito dall'art. 595 comma 3 c.p., mentre da parte di altri giudici (il Tribunale di Salerno) era stata richiesta altresì la dichiarazione di illegittimità di quest'ultima fattispecie, ritenendosi che anche la previsione della pena detentiva in *alternativa* a quella pecuniaria potesse costituire eventuale in contrasto con l'affermazione della libertà di manifestazione del pensiero. Senonché, la Corte, nel riconoscere la fondatezza delle eccezioni di illegittimità, da un lato, ha considerato

³⁶ D. BRUNELLI (2017), pp. 2021 ss., osserva acutamente che tale obiettivo è realmente perseguito grazie alla possibilità, che solo la norma penale militare assicura, di subordinare la procedibilità per il reato alla richiesta del comandante di corpo e, dunque, a un meccanismo che risponde alle esigenze della disciplina all'interno dell'ambiente militare.

³⁷ La stessa Corte di cassazione conviene sulle ragioni che hanno portato a suo tempo la Corte costituzionale (con la sent. 29 ottobre 2009, n. 273, in *Cass. pen.*, 2010, p. 915) a spiegare la sottoposizione del delitto militare alla richiesta di procedimento avanzata dal comandante di corpo, anziché alle determinazioni del soggetto passivo cui si rimette di proporre querela per il delitto comune.

³⁸ Sono richiamate, in particolare, le pronunce C. EDU, Gr. Ch., 25 novembre 1997, n. 24348/94, *Grigoriades vs. Greece*, e C. EDU, 8 novembre 2022, n. 74729/17, *Ayuso Torres vs. Spain*, che (rispettivamente nel § 45 e nel § 47) hanno ritenuto l'art. 10 CEDU riferibile anche alle condotte dei militari.

³⁹ Deve ricordarsi il decisivo passaggio in tal senso rappresentato dall'emanazione della legge 11 luglio 1978, n. 382, contenente nuove norme sulla disciplina militare, con la quale i militari sono stati riconosciuti titolari di diritti (art. 3), oltre che destinatari di doveri. Sul nuovo assetto della disciplina militare v. SANDULLI (1978), pp. 641 ss.; SANDULLI (1979), pp. 1 ss.; P. NUVOLONE (1979), pp. 21 ss. Con specifico riferimento all'affermazione della libertà di riunione e di associazione sindacale per gli appartenenti alle FF.AA. cfr. C. Cost., 13 giugno 2018, n. 120, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1349, su cui D. MARTIRE (2018).

il fatto che l'art. 13, l. n. 47/1948 non introduceva una nuova incriminazione, limitandosi questo a disciplinare più severamente le stesse ipotesi aggravate di diffamazione già considerate dall'art. 595 c.p.; perciò della norma eccepita la Corte ha dichiarato l'illegittimità⁴⁰, ritenendo assorbita la concomitante richiesta di adeguamento del suo regime sanzionatorio. Dall'altro lato, il Collegio della Consulta ha reputato non fondata la parallela istanza di dichiarazione di illegittimità dell'art. 595, comma 3 c.p. nella parte in cui contempla l'applicazione della pena detentiva, seppure in alternativa a quella della multa. Essa ha dunque ammesso l'adeguatezza di un regime sanzionatorio imperniato sull'avvicendamento fra pena detentiva e pena pecuniaria per il delitto in esame⁴¹. Per la diffamazione comune, tuttavia, questa soluzione si è potuta giovare di norme che già prevedevano l'utilizzo della pena detentiva in via alternativa rispetto a quella pecuniaria; nessuna modifica si è dovuta disporre per consentire il funzionamento di quel regime sanzionatorio.

Non può dirsi lo stesso per la diffamazione militare, per la quale, al momento, non si prevede in alcun modo – né per la fattispecie di base, né per quelle aggravate – la possibilità di fare ricorso alla pena pecuniaria. Anzi, come chiaramente risulta dall'art. 22 c.p.m.p., l'intero sistema militare contempla esclusivamente l'utilizzo di sanzioni detentive a corredo dei reati⁴². Per lungo tempo, invero, la pena pecuniaria è stata ritenuta inidonea a soddisfare le esigenze di riprovazione avvertite in ambito militare⁴³. Non sorprende, quindi, il suo mancato utilizzo in relazione al delitto di diffamazione. Al contrario, l'accoglimento della questione or ora proposta comporterebbe l'ingresso di tale tipo di sanzione nel Codice penale militare. Va nondimeno precisato che un tal esito non costituirebbe di per sé ragione d'inammissibilità della questione medesima⁴⁴. Com'è noto⁴⁵, infatti, la mancata considerazione della pena pecuniaria non oppone un vero e proprio ostacolo formale alla sua introduzione: se l'art. 22 c.p.m.p. delinea una direttrice politico-criminale cui il legislatore si rimette per tener fede alle indicate ragioni sistematiche, lo stesso non impedisce che vi si deroghi con la previsione (secondo norme di rango necessariamente legislativo) di reati che si rimettono a tipologie di pene non espressamente elencate nella parte generale⁴⁶.

La questione proposta, dunque, concentra il suo profilo problematico, piuttosto, sul dato sostanziale della legittimità di una rimodulazione del trattamento sanzionatorio del delitto per effetto di un pronunciamento della Corte costituzionale.

A tale proposito la Corte di cassazione mostra cautela. Essa precisa, anzitutto, che intento della questione non è quello di imporre la parificazione del trattamento sanzionatorio del delitto militare a quello della diffamazione comune. Come detto, s'intende evitare di frustrare la scelta del legislatore di mantenere differenziato il trattamento fra i due reati in ragione dell'autonomia rilevanza dell'offesa arrecata in ambito militare. Del resto, non mancano le testimonianze di norme penali militari che, senza avere dato adito a dubbi di legittimità costituzionale, sanciscono un trattamento sanzionatorio che risulta differenziato in maniera addirittura accentuata rispetto a quello delle consimili previsioni comuni. Possono ricordarsi le fattispecie di vilipendio militare previste dagli artt. 81-83 c.p.m.p. (vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali, delle Forze Armate, della nazione italiana o della bandiera nazionale

⁴⁰ Cfr. § 4.3 del *Considerato in diritto*: «Dal momento che la funzione della disposizione censurata è unicamente quella di inasprire il trattamento sanzionatorio previsto in via generale dall'art. 595 c.p. in termini che non sono compatibili con l'art. 21 Cost., oltre che con l'art. 10 CEDU, essa deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella sua interezza, nei termini auspicati dal ricorrente. Tale dichiarazione non crea, del resto, alcun vuoto di tutela al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa, diritto che continua a essere protetto dal combinato disposto del secondo e del terzo comma dello stesso art. 595 c.p., il cui alveo applicativo si riepanderà in seguito alla presente pronuncia».

⁴¹ Critico CALVO (2021), pp. 25 s., fautore dell'abolizione dell'aggravante riferita all'uso del mezzo della stampa, onde «espungere dal nostro ordinamento quel “chilling effect” che grava sul libero esercizio dell'attività giornalistica». Va detto, però, che tale soluzione non avrebbe comportato la sottrazione dei giornalisti alla minaccia di pena detentiva, stante la riconducibilità della loro attività alla previsione di base dell'art. 595, comma 1, c.p.

⁴² Per una panoramica cfr. BRUNELLI e MAZZI (2007), p. 130; RIVELLO (2023), pp. 92 s.; NOTARO (2024), pp. 105 ss.

⁴³ Lo ricordavano MANASSERO (1951), p. 259, e CIARDI (1970), pp. 379 s., secondo cui, per mantenere la disciplina militare, la risposta sanzionatoria dovrebbe «evitare ogni disparità di trattamento penale tra i militari, data la diversa capacità economica dei singoli». Più recentemente D. BRUNELLI (2017), p. 2018.

⁴⁴ Cfr. sul punto C. Cost., 29 giugno 1995, n. 284, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2011, che, richiamando C. Cost., 23 luglio 1987, n. 280, in *Cass. pen.*, 1988, p. 22, ha rilevato la praticabilità della sanzione pecuniaria in ambito penale militare.

⁴⁵ Cfr. per tutti BRUNELLI e MAZZI (2007), p. 156 ss.

⁴⁶ Potrebbero richiamarsi, al proposito, le fattispecie di reato previste in tema di requisizione di beni privati, contenute nel codice dell'ordinamento militare (artt. 442 ss., d.lgs. n. 66/2010), che assumono spesso la forma contravvenzionale e si rimettono in gran parte all'impiego della pena pecuniaria. Per precedenti derogatori in tal senso v. i richiami di CIARDI (1970), p. 380; LANDI *et al* (1976) p. 233. Per l'operatività della pena sostitutiva pecuniaria, poi, v. MAZZI (1995), pp. 2806 ss.

o di altro emblema dello Stato). Per esse, dopo che la legge n. 86 del 2006 ha riformato il trattamento delle corrispondenti fattispecie comuni (artt. 290 ss. c.p.), sottoponendole alla sola pena della multa⁴⁷, si continua a postulare l'impiego della reclusione militare secondo livelli di gravità persino elevati, con la conseguenza che, ad oggi, il coinvolgimento di un militare nella realizzazione di quei fatti comporta un mutamento del titolo di reato che si traduce in una vera e propria impennata della risposta sanzionatoria con la trasformazione della pena pecuniaria in quella detentiva⁴⁸. Da tali casi può anzi ricavarsi che la giustapposizione di una fattispecie militare che si distingua unicamente per il coinvolgimento di appartenenti alle FF.AA. come soggetti agenti, non impone di mantenere per essa lo stesso *genere* di pena prevista per la fattispecie comune.

Se allora l'attuale richiesta riconosce l'autonomia del legislatore nel valutare la rilevanza politico-criminale del fatto di natura militare, residuano pur tuttavia non pochi interrogativi sulle *chance* di individuazione della pena più adeguata, una volta che si rimetta al giudice di legittimità il compito di porre mano al trattamento sanzionatorio, introducendo addirittura un nuovo tipo di pena non previsto dal legislatore per la fattispecie eccepita.

La Corte di cassazione sostiene l'attuale richiesta insinuando che, qualora si dovesse riconoscere l'esigenza di ridefinire la risposta sanzionatoria alla diffamazione militare in termini analoghi (ancorché *non identici*) a quelli stabiliti per la diffamazione comune, l'art. 595 commi 1 e 2 c.p. potrebbe costituire un utile «paradigma normativo interno idoneo ad operare la *reductio ad legitimitatem*» della disposizione eccepita. Sennonché, si assume pur sempre che l'eccezione non mira a uniformare la norma speciale al regime della norma generale, riportando l'una alle pene dell'altra, e che la Corte costituzionale rimane libera di individuare la soluzione più idonea alla *reductio ad legitimitatem*, senza essere vincolata dal *petitum* dell'ordinanza di rimessione. Al proposito, il Collegio remittente aggiunge «che la disciplina generale della diffamazione contiene previsioni che possono offrire “per linee interne” la grandezza predefinita che consenta alla Corte costituzionale di assicurare la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni e rimediare all'irragionevole commisurazione della pena, laddove non prevede sanzioni pecuniarie, senza sovrapporsi al ruolo del legislatore». Alla Consulta si richiede dunque di elaborare secondo parametri logicamente orientati un corredo sanzionatorio diverso e autonomo, purché coerente, rispetto a quello che assiste la fattispecie del Codice penale comune. Pesa qui probabilmente – insieme all'assolvimento dell'onere propositivo cui è chiamato il giudice remittente⁴⁹ – anche il precedente rappresentato dalla dichiarazione di inammissibilità della medesima questione, cui la Consulta è addivenuta pochi mesi or sono⁵⁰ a causa della mancata indicazione di un *tertium comparationis* utile quantomeno come riferimento per la determinazione della pena da considerarsi adeguata⁵¹. Con tutto ciò, non può sfuggire la complessità del compito che sotto l'aspetto considerato si demanda alla Corte costituzionale.

A conferma della difficoltà del quesito, valga ricordare come di minore portata sia stato il responso cui fu indotta molto tempo fa la stessa Corte per ridefinire il trattamento sanzionatorio delle condotte di c.d. spionaggio indiziario militare commesso non a scopo di spionaggio (art. 90 c.p.m.p.) e dei fatti di peculato d'uso militare (commessi da militari o da appartenenti alla Guardia di Finanza: art. 215 c.p.m.p. e art. 3, l. 9 dicembre 1941, n. 1383).

Con riferimento a questi ultimi fu eccepito che, a seguito della riforma del delitto di peculato, disposta con la legge 26 aprile 1990, n. 86, che aveva separato l'ipotesi più lieve di peculato d'uso (art. 314, comma 2 c.p.) senza che si intervenisse sulle corrispondenti fattispecie militari, queste ultime si esponevano all'irragionevole soluzione per cui il peculato d'uso militare, rifluendo nella disciplina del peculato militare *tout court*, finiva con l'essere punito assai più gravemente della corrispondente fattispecie “minore” comune. Nell'accogliere tale

⁴⁷ Cfr. per tutti PADOVANI (2006), p. 26; PELISSERO (2006), pp. 968; VISCONTI (2006), c. 220; NOTARO (2006), pp. 409 ss.; RIVELLO (2020), pp. 4280 s.

⁴⁸ Sul punto NOTARO (2024), pp. 156 s.

⁴⁹ Cfr. PULITANÒ (2017), p. 57; LEO (2017), p. 6; DODARO (2019), p. 1406. Sul peso rivestito «dalla sensibilità costituzionale dei giudici comuni e dalla loro capacità di porre le *quaestiones legitimitatis* in modo da “portare” la Corte verso la soluzione auspicata» e, in definitiva, da stimolare il sindacato costituzionale delle leggi penali v. PALAZZO (2020), p. 3.

⁵⁰ C. Cost., 23 giugno 2025, n. 127, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, p. 1156, con nota di NAPOLI (2025). La vicenda riguardava l'esposto, ritenuto diffamatorio, inoltrato da un appuntato scelto dei carabinieri, nella veste di sindacalista, a vari enti quali la redazione di un giornale on-line, il Ministero della difesa, il Comando della legione carabinieri e altre Istituzioni militari a proposito di un possibile abuso implicante l'inosservanza di doveri di servizio da parte di alcuni colleghi.

⁵¹ Sull'importanza di tale riferimento comparativo e sulle difficoltà legate alla sua individuazione v. le osservazioni di VIGANÒ (2021), pp. 79 ss.

eccezione, la Corte costituzionale⁵² osservò che l'irragionevolezza poteva essere sanata con la dichiarazione di parziale incostituzionalità delle disposizioni militari censurate, nella misura in cui esse si riferivano anche alle condotte di peculato d'uso. Per conseguenza, quelle condotte sono state rimesse alla disciplina dell'art. 314 comma 2 c.p., la cui pena, ai sensi dell'art. 16 c.p., ben può abbracciare le ipotesi di reato commesse da militari su beni destinati al servizio⁵³. Tal esito fu asseverato anche in considerazione della pressoché totale somiglianza dei fatti regolati dalle norme a confronto, differenziandosi le stesse «unicamente per la qualifica soggettiva del colpevole, ossia [per] l'appartenenza dello stesso all'amministrazione militare», di cui all'ipotesi speciale. Fu infatti rilevato che «non sussistono [...] peculiarità relative alle specifiche esigenze dell'amministrazione militare, in grado di giustificare un maggior rigore nel trattamento sanzionatorio del peculato d'uso commesso in ambito militare rispetto all'analoga condotta commessa in altri rami della pubblica amministrazione». In quell'occasione, dunque, il riferimento normativo dato dalla disposizione del Codice penale comune fu ritenuto spendibile in ragione della svalutazione delle esigenze di specificità della tutela militare.

Per quanto riguarda gli illeciti di spionaggio indiziario – consistenti nell'indebito avvicinamento a cose di interesse militare, anche accedendo clandestinamente o con inganno in luoghi nei quali è vietato l'accesso nei luoghi militari –, invece, occorre rammentare che con essi sono puniti fatti non più che prodromici alla commissione di delitti di spionaggio veri e propri. E, invece, nella previsione militare essi comportavano una pena in astratto non inferiore – e talora superiore – nel minimo a quella del procacciamento di notizie segrete commesso non a scopo di spionaggio e a quella della rivelazione di segreti non a scopo di spionaggio (reclusione da cinque a dieci anni dei primi, contro la reclusione militare da tre a dieci anni del secondo e la reclusione militare non inferiore a cinque anni della terza), soggiacendo dunque a un regime sanzionatorio irragionevole perché non congruente con l'ordine di gravità che vorrebbe i delitti scopo puniti più gravemente delle (sospette) condotte preparatorie. Senza soverchie difficoltà la Corte costituzionale ebbe a riconoscere in più occasioni⁵⁴ tale irragionevolezza, pervenendo a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni interessate nella parte in cui non sancivano, anziché la pena originariamente stabilita dal legislatore, la reclusione da uno a cinque anni, prevista dalla disposizione concernente l'omologa fattispecie comune (art. 260 c.p.)⁵⁵. Fu anzitutto osservato che, della condotta preparatoria consistente nell'«essere colt[i] in possesso ingiustificato di carte, scritti, disegni, modelli, schizzi, fotografie o di qualsiasi altra cosa atta a fornire notizie concernenti la forza, la preparazione o la difesa militare dello Stato» (art. 90, comma 1 n. 4 c.p.m.p.), essendo essa sovrapponibile a quella punita dall'art. 260, comma 1 n. 3 c.p., dovesse dichiararsi la (totale) illegittimità costituzionale, posto che, nonostante l'eliminazione della disposizione, sarebbe stata comunque «assicurata la possibilità di dare una risposta penale, quantunque in via transitoria, anche ai fatti illeciti commessi da militari, essendo comunque applicabile la fattispecie comune»⁵⁶. Successivamente, alle altre fattispecie contenute nell'art. 90, comma 1 c.p.m.p., pur constatata la loro non sovrapponibilità strutturale alle condotte descritte dall'art. 260 c.p., si è ugualmente adattato il regime sanzionatorio stabilito dalla disposizione del Codice penale comune, facendosi leva sulla loro omogeneità alla fattispecie militare già dichiarata incostituzionale⁵⁷. E, infine, anche nei confronti della residua ipotesi di introduzione clandestina o con inganno nei luoghi o zone nei quali è vietato l'accesso nell'interesse militare dello Stato, prevista dall'art. 90, comma 2 c.p.m.p., è stata rilevata la disparità di trattamento emergente con le fattispecie già oggetto di dichiarazione di illegittimità. Anche per essa si è imposta l'applicazione del regime sanzionatorio dell'art. 260 c.p., non essendo apparse prospettabili soluzioni differenti. Perentoria è stata, in tal senso, la conclusione della Corte. «Potendo l'equiparazione dei trattamenti sanzionatori avvenire solo all'interno delle previsioni compiute dal legislatore, questa Corte non può certo estendere il proprio intervento sul secondo comma dell'art. 90 sino a ristabilire il rapporto di proporzione

⁵² C. Cost., 18 luglio 2008, n. 286, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3180.

⁵³ Per un'applicazione v. Cass., sez. I, 11 maggio 2011, n. 30280, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2268.

⁵⁴ C. Cost., 16 febbraio 1989, n. 49, in *Giust. pen.*, 1990, I, c. 25; C. Cost., 6 luglio 1995, n. 298, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3251, con nota di G. MAZZI (1995); C. Cost., 6 aprile 1998, n. 97, in *Foro it.*, 1999, I, c. 783.

⁵⁵ Sul rilievo di tale esperienza v. LEONE (2017), p. 4.

⁵⁶ Così C. Cost., n. 298/1995 cit. a proposito di C. Cost., n. 49/1989 cit., la quale afferma più laconicamente che «la declaratoria d'illegittimità dell'art. 90, primo comma, n. 4 c.p.m.p. non determina affatto la depenalizzazione delle fattispecie ivi contemplate. Per colmare transitoriamente la lacuna, nell'attesa di un intervento razionalizzatore del legislatore, vale la norma penale comune di cui al ricordato art. 260, n. 3, del Codice penale».

⁵⁷ C. Cost., n. 298/1995 cit.

originariamente esistente fra le pene previste dal primo e secondo comma, e cioè ripristinare il rapporto di uno a due, con riferimento al massimo, e di uno a due e mezzo con riferimento al minimo edittale. Si che, in attesa dell'auspicata riforma legislativa, soluzione obbligata per il secondo comma, quanto al minimo della pena, non può non essere quella stessa già seguita nelle precedenti pronunce per le ipotesi del primo comma, in corrispondenza alla pena minima stabilita per la fattispecie incriminatrice contenuta nell'art. 260, primo comma, numero 1, del Codice penale»⁵⁸. L'equiparazione del trattamento della fattispecie militare a quello del delitto comune si è dunque imposta per l'impossibilità della Corte di rinvenire *più adeguati* riferimenti normativi e di elaborare una pena nuova senza invadere le competenze del legislatore.

4.1.

La questione in discussione e le possibili soluzioni.

Alla luce di quanto si è rilevato, i termini della questione e i parametri di valutazione che si propongono nella vicenda in esame si profilano di significato meno univoco che in passato. Sul presupposto che gli aspetti di specificità della tutela apprestata dalla fattispecie militare nei confronti delle pratiche di diffamazione non debbano essere obnubilati, alla Corte costituzionale è richiesto di elaborare una pena non necessariamente appiattita su quella della corrispondente disposizione penale comune. Le indicazioni promananti dall'art. 595 c.p. assumono, così, un valore orientativo, mentre non è dato contare su altre determinazioni normative per la quantificazione del disvalore del reato militare. Appunto per eludere tali difficoltà potenzialmente ostative all'elaborazione della soluzione richiesta, la Corte di cassazione precisa che la misura della pena evincibile dalle disposizioni evocate non sarebbe da considerare arbitraria, «benché non costituzionalmente obbligata», purché risulti tale da consentire di ricavare un rimedio ulteriore, rispetto al compendio originario, per trattare i casi nei quali la condotta di diffamazione militare non raggiunga la soglia di gravità individuata dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale come meritevole della pena detentiva.

Certo, negli ultimi tempi molto si è evoluta la capacità del Giudice delle leggi di sindacare i contenuti delle norme penali sottoposte alla sua attenzione⁵⁹. Può dunque comprendersi la ragione della proposizione di una questione che, sotto il profilo valutativo, si presenta più articolata che in passato.

Attraverso la valorizzazione delle pretese assiologiche sottese alla necessaria proporzionalità delle scelte legislative informate a criteri di ragionevolezza⁶⁰, il controllo di legittimità si è venuto almeno in parte affrancando dal rigido “schema triadico”⁶¹ – richiedente il rigoroso aggancio del percorso argomentativo a una disposizione normativa avente caratteristiche di “corrispondenza” a quelle della disposizione denunciata⁶² e che funga da parametro per misurare il vizio di irragionevolezza – per guardare piuttosto al rapporto di *diretta congruenza* fra la norma sottoposta a scrutinio e i valori costituzionali in gioco⁶³. Ne è consapevole il giudice remittente, il quale, appellandosi alla più significativa giurisprudenza costituzionale⁶⁴, ricorda

⁵⁸ C. Cost., n. 97/1998 cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ F. VIGANÒ (2010), pp. 3018 ss.; VIGANÒ (2021), pp. 53-89.

⁶⁰ Sull'affermazione dei canoni di ragionevolezza e di proporzione delle scelte normative compiute (anche) in materia penale (nonché sul significato di ciascuno di essi) v. *ex multis* DI GIOVINE (1995), pp. 168 ss. e 174 ss.; MORRONE (2001), pp. 79 ss.; DODARO (2012), *passim*; PULITANÒ (2012), *passim*; MERLO (2016), pp. 1427 ss.; LEO (2017), pp. 4 ss.; BARTOLI (2018b), pp. 1543 ss.; RECCHIA (2020), pp. 340 ss.; VIGANÒ (2021), pp. 233 ss.; VIGANÒ (2025), pp. 8, 13 ss. e 18.

⁶¹ VIGANÒ (2017), p. 62; DODARO (2019), pp. 1405 s. Da PULITANÒ (2017), p. 53; LEO (2017), p. 12; BARTOLI (2019a), pp. 146 s.; BARTOLI (2022), pp. 1458, 1460 e 1462; PALAZZO (2020), pp. 11 s.; GIUGNI (2025), pp. 224 ss. e 234 s., sono peraltro segnalati i rischi cui si espone tale processo.

⁶² Sulle origini del metodo “triadico” v. PALAZZO (1998), pp. 350 ss. Sull'importanza, sulla “delicatezza” e sulle insidie del processo di individuazione di tale parametro v. DOLCINI (2016), p. 1963; COTTU (2017), pp. 480 s.; LEONE (2017), pp. 12 s.; BARTOLI (2018b), pp. 1556 s.; BARTOLI (2019a), pp. 148 s.; BARTOLI (2022), pp. 1449 s.

⁶³ Sul ruolo svolto dall'art. 49 della Carta di Nizza per l'insinuazione di un siffatto principio nell'ordinamento interno v. (fra gli altri) MANES (2016), p. 2108; COTTU (2017), p. 474; LEO (2017), p. 4. Sull'esigenza tanto “atavica”, quanto problematica, di proporzionalità della risposta penale all'illecito v. PULITANÒ (2017), p. 49.

⁶⁴ Cfr. soprattutto C. Cost., 10 novembre 2016, n. 236 – in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss., con nota di DOLCINI (2016); in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105, con nota di MANES (2016); in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473, con nota di COTTU (2017) – che, con riferimento al delitto di alterazione di stato mediante falsificazione degli atti (art. 567, comma 2 c.p.), per la rideterminazione della pena ragionevole, similmente a quanto si richiede per la q.l.c. in esame, ha fatto appello a «uno scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo, che, anche per questa ragione, non conduce a sovrapporre, dall'esterno, una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica “per linee interne” la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il reato di alterazione di stato». Si consideri altresì C. Cost., 5 dicembre 2018, n. 222 – in *Giur. cost.* 2018, p. 2548 con nota di

che «una volta accertato un *vulnus* a un principio o a un diritto riconosciuti dalla Costituzione, non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a "rime obbligate" per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore»⁶⁵. Ecco che, mentre «l'assenza di una soluzione a rime obbligate non è preclusiva di per sé sola dell'esame nel merito delle censure»⁶⁶, a permettere il loro scrutinio sarebbe «sufficiente la presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni "costituzionalmente adeguate", che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»⁶⁷; entro tali limiti spetterebbe alla stessa Corte, «ove ritenga fondate le questioni, di individuare la pronuncia più idonea alla *reductio ad legitimatatem* della disposizione censurata»⁶⁸.

Se ne ricava che l'utilizzo di un criterio di proporzionalità della pena orientato a una prospettiva assiologica⁶⁹ non esonera dalla ricerca di attendibili indicazioni normative cui parametrare la pena "più adeguata"⁷⁰. Soprattutto l'individuazione del *quantum* di sanzione conforme ai valori richiede di riferirsi a dati normativi positivi⁷¹, in forza dei quali aggirare i naturali limiti di commensurabilità del peso dell'afflizione all'offesa recata al bene tutelato⁷². Senonché, non può escludersi che l'insieme dei riferimenti di cui il Giudice delle leggi disponga per configurare il regime sanzionatorio alternativo, delinei scenari niente affatto univoci⁷³.

Per fronteggiare tale eventualità, la Corte remittente insinua la plausibilità di una linea d'intervento come quella che fu seguita dalla Corte costituzionale nel ridefinire i limiti edittali del delitto di spaccio di sostanze stupefacenti⁷⁴. In quella pronuncia fu rilevato che il minimo edittale del delitto punito in quel momento dall'art. 73, comma 1, d.P.R. 3 ottobre 1990, n. 309 era irragionevolmente elevato rispetto al massimo edittale della pena del contiguo delitto (di spaccio) di lieve entità previsto dall'art. 73, comma 5. Fra le due fattispecie si configurava «un così vasto iato sanzionatorio», tale che il minimo edittale del fatto di *non* lieve entità era pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve, sicché il giudice non era in condizione di qualificare quelle situazioni "grige" poste al confine fra le ipotesi di lieve e quelle di ordinaria entità. Riconosciuta la necessità di temperare il minimo edittale dei fatti di *non* lieve entità, la diminuzione di quel limite di pena (da otto a sei anni) è stata facilitata (se non proprio resa possibile) – oltre che dal riscontro di precedenti inviti a provvedere, rivolti al legislatore e ri-

BARTOLI (2018a), e in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 216 con nota di P. PISA (2019), – che, trattando delle pene accessorie conseguenti ai delitti di bancarotta fraudolenta (artt. 216 e 223, r.d. 16 marzo 1942, n. 267), ha attribuito rilievo al medesimo principio anche in ragione della riscontrata inerzia del legislatore a disciplinare l'ecceppata materia in linea con le sopravvenute indicazioni costituzionali. Secondo la Corte, per consentire il suo intervento dinanzi al riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" [...], sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia». «Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima». Nello stesso senso si è espressa C. Cost., 19 aprile 2019, n. 99, in *Giur. cost.* 2019, p. 1088, e in *Cass. pen.*, 2019, p. 3142, nel pronunciarsi sulla possibilità di estendere la detenzione domiciliare "in deroga", di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p., anche ai detenuti che soffrono di patologie psichiatriche talmente gravi da rendere l'espiazione della pena in carcere un trattamento lesivo del diritto alla salute e contrario al senso di umanità.

⁶⁵ Cfr. ancora C. Cost., 19 gennaio 2024, n. 6, in *Giur. cost.*, 2024, p. 40; C. Cost., 10 marzo 2022, n. 62, *ivi* 2022, p. 749.

⁶⁶ C. Cost., 1° aprile 2021, n. 59, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, p. 487; C. Cost., 26 marzo 2021, n. 48, in *Giur. cost.*, 2021, p. 600.

⁶⁷ Più di recente C. Cost., 16 luglio 2024, n. 128, in *Giur. cost.*, 2024, p. 1274. Con riferimento alla determinazione dell'importo giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva di pene detentive brevi C. Cost., 1° febbraio 2022, n. 28, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1724, ha rilevato che «una ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte [...] non ritiene più che l'impossibilità di individuare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata al *vulnus* denunciato costituisca un ostacolo insuperabile all'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale, ben potendo questa Corte reperire essa stessa soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accoglimento della questione; ferma restando poi la possibilità per il legislatore di individuare, nell'esercizio della propria discrezionalità, una diversa soluzione nel rispetto dei principi enunciati da questa Corte». Sul passaggio dal paradigma delle "rime obbligate" a quello delle "rime adeguate" v. per tutti VIGANÒ (2021), pp. 286 ss.; VIGANÒ (2025), pp. 15 s.

⁶⁸ C. Cost., 20 maggio 2024, n. 90, in *Giur. cost.*, 2024, p. 924.

⁶⁹ BARTOLI (2025), p. 947.

⁷⁰ CANZIAN (2024), p. 1205; BARTOLI (2025), p. 950.

⁷¹ PALAZZO (2020), p. 12.

⁷² MERLO (2016), p. 1452; LEO (2017), p. 5; LEONE (2017), p. 10; PULITANÒ (2017), p. 58; BARTOLI (2018), p. 1556; CONSULICH (2019), p. 1231; VIGANÒ (2021), pp. 168 e 270 ss.

⁷³ PALAZZO (2020). Sul rilievo ostativo di tale incertezza rispetto al sindacato della Corte v. LEO (2017), p. 6.

⁷⁴ C. Cost., 23 gennaio 2019, n. 40, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 967 con nota di BARTOLI (2019b), in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1403 con nota di DODARO (2019), e in *Giur. cost.*, 2019, p. 696 con nota di MARTIRE (2019).

masti inascoltati – dalla circostanza che l’indicazione del più basso *quantum* era stata fornita dallo stesso legislatore con altre disposizioni di settore: in particolare, con l’art. 4-*bis* del d.l. n. 272/2005 che l’aveva stabilita per i medesimi fatti, prima che intervenisse la dichiarazione di illegittimità sancita (per motivi formali) dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2014; e poi dall’art. 73, comma 4, che l’aveva richiamata per definire il limite massimo di pena per i fatti di spaccio di non lieve entità aventi ad oggetto le sostanze (c.d. leggere) di cui alle tabelle II e IV richiamate dall’art. 14 del testo unico in materia di stupefacenti⁷⁵. La quantificazione della pena ritenuta adeguata al disvalore avvertito per il fatto in questione poteva dunque contare su indicazioni normative preesistenti e pertinenti; perciò, non è stata giudicata “arbitraria”⁷⁶.

Anche in altre occasioni, nelle quali la Corte ha ritenuto di accedere a un sindacato di legittimità svincolato dal richiamo a “rime obbligate” per ridefinire i termini quantitativi delle pene, è stato possibile avvalersi di indicazioni fornite da riferimenti normativi pertinenti: così è stato per la rideterminazione del *quantum* giornaliero di pena pecuniaria mediante cui sostituire pene detentive brevi⁷⁷; e così anche laddove si è trattato di adeguare la pena del delitto di alterazione di stato mediante falsificazione degli atti⁷⁸. Lo stesso presupposto è valso per calibrare i limiti quantitativi di sanzioni amministrative pecuniarie per fatti risultati da interventi di depenalizzazione: si ricordi la rideterminazione *in mitius* della sanzione destinata agli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.), agganciata a quella della non meno grave fattispecie di atti osceni colposi (art. 527 comma 3 c.p.)⁷⁹. In molti dei casi evocati è stata poi valorizzata l’inerzia del legislatore ad adeguare l’assetto normativo a pretese di ragionevolezza, a fronte di precedenti richiami rivolti dalla stessa Corte costituzionale e rimasti inascoltati⁸⁰.

Nella vicenda in esame il riferimento normativo d’elezione è rinvenuto nell’art. 595, commi 2 e 3 c.p. Seguire l’approccio consolidato, per cui rimettersi al trattamento sanzionatorio invocato come *tertium*, condurrebbe a prospettare una pronuncia di parziale incostituzionalità con la quale estendere alla fattispecie militare la pena *pecuniaria* stabilita dalla norma richiamata⁸¹. Essa comporterebbe l’effetto di equiparare la risposta afflittiva della prima alla seconda per quanto concerne le ipotesi di ordinaria gravità, mentre le stesse fattispecie rimarrebbero differenziate quanto al trattamento delle manifestazioni più insidiose rimesse alla pena detentiva. Sarebbe questa, probabilmente, la soluzione più adatta a raccogliere l’istanza a mitigare in astratto il trattamento sanzionatorio della diffamazione militare, rispettando l’autonomia del relativo delitto e salvaguardando l’esigenza di predeterminazione legale che circonda in particolar modo le opzioni sanzionatorie; e tuttavia, neanche quella soluzione si profila esente da controindicazioni, né sembra sottrarsi a obiezioni.

In primo luogo, la traduzione della pena pecuniaria comune nella fattispecie militare sconta la difficoltà della non perfetta simmetria fra le ipotesi di reato disciplinate dalle rispettive disposizioni incriminatrici. Occorre infatti considerare che, mentre il delitto di diffamazione

⁷⁵ Aggiunge la Corte che «sempre in sei anni il legislatore aveva altresì individuato la pena massima per i fatti di lieve entità concernenti le droghe “pesanti”, vigente il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990, misura mantenuta come limite massimo della pena per i fatti lievi anche dal successivo d.l. n. 272 del 2005 che pure ha eliminato dal comma 5 la distinzione tra droghe “pesanti” e droghe “leggere”». Margini di debolezza nell’attendibilità di tali indici normativi sono stati rilevati da BARTOLI (2019a), p. 153; BARTOLI (2019b), pp. 975 ss.; CONSULICH (2019), pp. 1238 s.

⁷⁶ «La misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore».

⁷⁷ Al proposito C. Cost., n. 22/2022 cit. si è richiamata all’indicazione di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva fornita dall’art. 459, comma 1-*bis* c.p.p. (nella versione all’epoca vigente) per i casi di applicazione del procedimento per decreto.

⁷⁸ Per esso C. Cost., n. 236/2016 cit. ha dato rilievo all’omogeneità del delitto con quello “gemello” (di alterazione di stato mediante sostituzione di persona) contenuto nel primo comma del medesimo art. 567 c.p.

⁷⁹ Cfr. C. Cost., 14 aprile 2022, n. 95, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1291 ss. con nota di COLACURCI (2022), che ha ritenuto «congrua» la cornice edittale stabilita per la peculiare ipotesi di atti osceni realizzati per colpa. «Resta ferma, naturalmente, la possibilità per il legislatore di individuare altra e in ipotesi più congrua cornice sanzionatoria, che tenga più specificamente conto delle peculiarità dell’illecito amministrativo censurato rispetto a quello di atti osceni colposi, purché nel rispetto del principio di proporzionalità tra gravità dell’illecito e severità della sanzione». Per l’estensibilità del canone di proporzione della sanzione agli illeciti amministrativi punitivi v. MAZZACUVA (2020), p. 3; VIGANÒ (2025), pp. 14 e 16.

⁸⁰ Lo evidenziavano già LEONE (2017), pp. 24 e 30; DODARO (2019), pp. 1408 s. Alla necessità di rimediare alle lentezze e inefficienze del Parlamento nel porre fine ad assetti normativi irrazionali si era richiamato ancora prima PAGLIARO (1997), p. 777, per superare il limite che impedirebbe alla Corte costituzionale di pronunciarsi sull’irragionevolezza (e non già sull’irrazionalità) della misura della sanzione (anziché dell’intera disposizione incriminatrice).

⁸¹ Potrebbe al limite specificarsi che l’aggiunta della pena pecuniaria sia da riferire ai fatti di “non straordinaria gravità”. Per una simile tecnica decisoria, sperimentata con l’introduzione di attenuanti speciali ad efficacia comune per fatti di lieve entità connotanti previsioni incriminatrici aventi margini sanzionatorio troppo ristretti, v. le considerazioni di GIUGNI (2025), pp. 246 ss. spec. 251.

semplice assume sembianze più gravi quando commesso da comuni cittadini (essendo punito con la reclusione fino a un anno, alternativa alla multa), anziché da militari (per i quali corre la reclusione militare fino a sei mesi), invece, quando si tratti delle forme aggravate, la fattispecie militare colma la differenza sino a imporsi come più grave (consentendo la reclusione militare da sei mesi a tre anni) allorché l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato (che secondo il Codice penale comune comporta la pena della reclusione fino a due anni, alternativa alla multa) o anche nella realizzazione con il mezzo della stampa o altro strumento di pubblicità (che secondo il Codice penale comune comporta la reclusione da sei mesi a tre anni in alternativa alla multa). Né è da trascurare il fatto che in ambito comune gli effetti aggravanti del delitto in ragione dell'uso della stampa o di altro mezzo di diffusione al pubblico e quelli derivanti dall'attribuzione di un fatto determinato sono separatamente considerati dal legislatore, mentre gli stessi sono attratti nella medesima disposizione per la fattispecie militare; diversi sono pertanto i riflessi sanzionatori per l'eventualità di un concorso fra le circostanze nel medesimo fatto. Come si è già evidenziato, tali differenze possono imputarsi alla circostanza che della diffamazione militare non si considerano soltanto gli effetti che essa provoca sulla reputazione della persona offesa, ma anche le ripercussioni che essa può produrre nell'ambiente militare⁸².

Fatto è che, proprio per quanto concerne le ipotesi di più immediato rilievo nella vicenda che ha dato luogo al giudizio – quelle concernenti le forme di diffamazione aggravate da modalità diffusive più insidiose –, le indicazioni ricavabili dall'art. 595 c.p. non appaiono univoche neanche se ci si limita a guardare alla pena pecuniaria. Se le più gravi ipotesi *militari* sono soggette a una disposizione e a un trattamento unitario (per quanto legato alla sola pena detentiva), invece, la diffamazione *comune* qualificata dall'attribuzione di un fatto determinato comporta la multa, alternativa alla pena detentiva, corrente (da 50) fino a 2.065 euro, mentre, se si fa utilizzo di un mezzo di diffusione al pubblico (o della stampa), la multa è di almeno 516 (fino a 50.000) euro. La trasposizione dei suddetti livelli di pena pecuniaria nella norma militare, allora, o impone di valutare se fissare un'unica misura valevole per tutte le ipotesi aggravate ivi considerate oppure se scindere l'unitarietà della loro disciplina ai soli fini della risposta pecuniaria così come accade per la diffamazione comune; ma sia l'una che l'altra soluzione presuppongono opzioni di politica criminale implicanti almeno in parte scelte di valore⁸³. Ad adottare la più blanda previsione editale per *tutte* le ipotesi aggravate potrebbe magari spingere l'ossequio a un'esigenza di proporzione (c.d. debole) preoccupata di evitare anzitutto pene manifestamente sproporzionate per eccesso⁸⁴. Diversamente, l'articolazione differenziata della pena pecuniaria tra le suddette fattispecie sarebbe espressione di un impiego maggiormente incisivo del canone di proporzionalità.

V'è però da aggiungere che, quale che sia la soluzione prescelta, l'inserzione della pena pecuniaria nella fattispecie militare espone l'esito della manovra a dubbi di tenuta sotto il profilo della ragionevolezza sistematica, considerando il fatto che la sostanziale mitigazione del trattamento sanzionatorio della maggior parte delle sotto-fattispecie di diffamazione militare, che seguirebbe all'aggiunta della sanzione pecuniaria come alternativa alla pena detentiva, renderebbe di fatto meno gravi tali ipotesi rispetto a quelle dell'ingiuria militare tutt'ora punite dall'art. 226 c.p.m.p. con la *sola* pena detentiva (fino a quattro mesi per la fattispecie di base; sino a sei mesi per la forma aggravata dall'attribuzione di un fatto determinato): un esito che sarebbe in contrasto con le indicazioni normative (e di valore) ricavabili dal sistema di illeciti posti a tutela dell'onore individuale nel suo complesso; e un'eventualità che non si è mai posta per le fattispecie *comuni* di diffamazione, non solo perché quella di ingiuria comune è stata depenalizzata nel 2016, ma, piuttosto, perché la stessa, quando costituiva reato, comportava anch'essa le (più ridotte) pene *alternative* della reclusione e della multa.

Occorre dunque valutare se la specificità della risposta penale militare nei confronti delle pratiche di diffamazione meriti di essere mantenuta al prezzo di accettare (il permanere di) una differenziazione degli strumenti limitativi della libertà di manifestazione del pensiero a

⁸² Peraltro, non sempre tale aspetto si traduce in un inasprimento del trattamento della fattispecie militare: oltre a quanto già rilevato per la forma di base della diffamazione, si considerino, ad es., la meno grave pena (della reclusione militare da due mesi a due anni) stabilita per le lesioni personali lievi militari (art. 223, comma 1 c.p.m.p.), rispetto a quella (della reclusione da sei mesi a tre anni) minacciata dall'art. 582, comma 1 c.p., o la pena apprestata dall'art. 230 c.p.m.p. al furto militare (reclusione militare da due mesi a due anni), a fronte di quella (della reclusione da sei mesi a tre anni) prevista dall'art. 624 c.p.

⁸³ Per l'opportunità di definire la pena adeguata secondo valutazioni assiologiche si è pronunciato BARTOLI (2024), pp. 1848.

⁸⁴ Sul punto insiste VIGANÒ (2021), pp. 213 ss., 229 ss. e 312 ss.

presidio dell'onore e della reputazione altrui nell'ambito delle FF.AA.; o se questa libertà debba trovare un riconoscimento equivalente a quello sancito per i comuni cittadini dalle Corti convenzionale e costituzionale⁸⁵, con il rischio, però, di condurre l'assetto delle norme penali militari verso esiti potenzialmente situati ai limiti del perimetro di ragionevolezza del sistema.

Alla luce di tali osservazioni, parrebbe opportuno che fosse il legislatore a intervenire per riportare in equilibrio il corredo sanzionatorio destinato alle condotte offensive dell'onore e della reputazione in ambito militare. Per assecondare tale evoluzione, la Corte potrebbe decidere di affidarsi (ancora una volta) a una "statuizione monito" con cui invitare il legislatore⁸⁶ a provvedere in via normativa entro un certo termine nel rispetto delle indicazioni fornite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla stessa Corte costituzionale in tema di diffamazione⁸⁷. Del resto, l'invocazione di un intervento legislativo potrebbe proporsi anche perché, come si è recentemente osservato⁸⁸, il protrarsi dell'inerzia del Parlamento potrebbe costituire ragione di legittimazione e addirittura presupposto implicito per un intervento della Corte costituzionale maggiormente "spinto" in direzione dell'elaborazione della misura della pena secondo "rime adeguate"⁸⁹. E d'altra parte, si è pur riscontrato⁹⁰ che i più incisivi pronunciamenti del Giudice delle leggi non mancano mai di ricordare e di far salvo il potere del legislatore di definire autonomamente la soluzione sanzionatoria più adeguata a soddisfare le esigenze di ragionevolezza⁹¹.

Tale più prudente responso, peraltro, potrebbe trovare una sponda nelle potenzialità complessive dell'assetto sanzionatorio, che già adesso consentono di gestire la pena (detentiva) della diffamazione militare⁹². Per un verso, la previsione di base di quella fattispecie, soggiacendo alla pena della reclusione militare fino a sei mesi, rimette (come l'ingiuria) l'esperimento dell'azione penale alla presentazione di una richiesta di procedimento da parte del comandante di corpo o di altro ente superiore da cui dipende l'autore del fatto (v. l'art. 260, comma 2 c.p.m.p.); con la conseguenza che la contestazione del reato è subordinata a un preliminare vaglio di opportunità e di meritevolezza che si traduce, in definitiva, nella decisione se sottoporre il militare alla pena detentiva minacciata dalla norma oppure alla sanzione disciplinare della consegna di rigore che (ai sensi dell'art. 1362, comma 7, d.lgs. n. 66/2010) diviene applicabile (in alternativa a quella detentiva) allorché per i fatti di reato militare più modesti si impedisca al magistrato di procedere. Per tutte le fattispecie di diffamazione (anche aggravate) soggette al giudizio penale, poi, rimane l'ordinaria possibilità di assoggettare l'autore del reato alla pena pecuniaria sostitutiva (oltre che alle altre pene sostitutive) quando il fatto risulti in concreto di tale modesta valenza offensiva da meritare – se non la dichiarazione di non punibilità per la sua particolare tenuità (art. 131-*bis* c.p.)⁹³ – una pena di entità in concreto inferiore ai limiti stabiliti dall'art. 53, l. n. 689/1981, sempre che la sostituzione non comprometta lo scopo di rieducazione del reo e non induca il pericolo di commissione di nuovi reati⁹⁴.

In definitiva, e tanto più in attesa di un auspicato intervento risolutivo del legislatore, l'una e l'altra soluzione evocate possono rappresentare utili meccanismi surrogatori della mancata

⁸⁵ Sulla portata del bilanciamento effettuato da quei pronunciamenti, teso a dare rilievo, più che alla sproporzione in sé della pena rispetto alla gravità del reato commesso, ai «costi collaterali delle sue [del legislatore] scelte sanzionatorie rispetto ai diritti fondamentali di terzi in gioco, e agli interessi della collettività nel suo complesso», v. VIGANÒ (2021), p. 278 (corsivo dell'Autore), nonché RECCHIA (2020), pp. 314 s. e richiami.

⁸⁶ Sull'affermazione di tale tecnica di illegittimità costituzionale «accertata, ma non dichiarata» v. PALAZZO (2020), p. 13.

⁸⁷ Quello adombrato non sarebbe esempio del tutto inedito di un tal tipo d'intervento in ambito penale militare: si ricordi C. Cost., n. 284/1995, cit., recante l'invito (pur non sottoposto a termine) al legislatore di disciplinare la possibilità di applicare le sanzioni (interdittive) sostitutive delle pene detentive brevi nei confronti dei militari autori di reato militare; un invito che, invero, il legislatore ha raccolto solo con il d.lgs. n. 150/2022 il quale (facendo proprio un indirizzo applicativo da tempo consolidatosi in giurisprudenza) ha inserito l'art. 75-*bis* nella l. n. 689/1981. Sul punto cfr. NOTARO (2025), pp. 1073 ss.

⁸⁸ BARTOLI (2025), p. 951; ma v. già BARTOLI (2018a), p. 2570. Per la necessità di mantenere «massima prudenza» nell'estendere il sindacato sulla proporzione della pena, onde evitare di invadere la sfera politica, v. però BARTOLI (2019b), p. 982.

⁸⁹ Può rammentarsi in tal senso il precedente della sentenza n. 40/2019 cit., che fu preceduta a sua volta dal «monito» indirizzato da C. Cost., 7 giugno 2017, n. 179, su cui BRAY (2017), pp. 231 ss.

⁹⁰ Cfr. in particolare C. Cost., 13 luglio 2017, n. 179, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1666; v. anche C. Cost., 22 marzo 2024, n. 46; Ead., n. 95/2022 cit., e Ead., n. 28/2022 cit.

⁹¹ VIGANÒ (2022), p. 18.

⁹² Di VIGANÒ (2021), p. 213, è il richiamo «ad impostare la questione della proporzionalità della reazione all'illecito tenendo presente l'intero spettro delle sanzioni di carattere "punitivo" apprestate dai diversi settori dell'ordinamento».

⁹³ Soluzione vieppiù esperibile dopo che C. Cost., n. 113/2025 cit., ha imposto al giudice di orientare l'interpretazione dei reati (oltre che ai principi di offensività e di colpevolezza) al canone di proporzionalità della pena, in forza del quale espungere dalla fattispecie le «condotte incapaci di attingere la soglia di disvalore congeniale alla gravità del compasso editale», in quanto situate «in una zona in cui alla "formale" integrazione degli elementi costitutivi della fattispecie astratta non corrisponde, sul piano "sostanziale", l'integrazione del nucleo di disvalore» della medesima: sul punto cfr. GIUGNI (2025), p. 254.

⁹⁴ Per tutti v. GARGANI (2023), pp. 21 ss.; BIANCHI (2024), *passim* spec. pp. 153 ss., 204 e 225 ss.

previsione astratta di pene principali diverse da quella detentiva. Anche quei meccanismi, del resto, operano sul piano astratto (oggi in termini più evidenti, grazie all'indicazione presente nell'art. 20-*bis* c.p.), benché gli stessi dipendano (come le pene principali, peraltro) da valutazioni e prognosi da condursi in relazione alle concrete circostanze del fatto. Entrambi gli strumenti operativi sono forse meno efficaci sul piano della comunicazione general preventiva, nel segnalare la possibilità che talune sotto-fattispecie di diffamazione si sottraggano al giogo della pena detentiva, ciò che potrebbe scontentare l'esigenza sociale (di evitare che la minaccia di pena detentiva scoraggi l'attività dei soggetti impegnati a favorire la circolazione di idee nel dibattito pubblico) alla quale si è fatto riferimento per ridefinire i rapporti fra lo spazio riservato alla libertà di manifestazione del pensiero e la salvaguardia dell'onore e della reputazione. Rimarrebbe, tuttavia, in concreto consentito alle autorità preposte di valutare peso e misura delle esigenze di tutela dell'altrui onore e reputazione che si avvertono in ambito militare dinanzi alle crescenti prerogative di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in seno alle Forze Armate.

Bibliografia

BARTOLI Roberto (2018a): “Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta”, *Giurisprudenza costituzionale*, 6, pp. 2566-2575

BARTOLI Roberto (2018b): “Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1540-1576

BARTOLI Roberto (2019a): “La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 139-153, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

BARTOLI Roberto (2019b): “La sentenza n 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul *quantum* di pena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 967-983

BARTOLI Roberto (2022): “Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1441-1466

BARTOLI Roberto (2024): “La scelta all'interno delle rime adeguate: opportunità e assiologia”, *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 1841-1851

BARTOLI Roberto (2025): “Proporzionalità e comminatoria edittale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 945-958

BIANCHI Davide (2024): *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma* (Torino, Giappichelli)

BIRITTERI Emanuele (2021): “Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 304-334, in <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwerk.eu>

BISORI Luca (2010): “I delitti contro l'onore”, in CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele, (diretto da) *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VIII, *I delitti contro l'onore e la libertà individuale* (Torino, UTET), pp. 3-209

BISORI Luca (2022): “I delitti contro l'onore”, in CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele (diretto da), *Diritto penale*, III, *I delitti contro l'onore e la libertà individuale; la libertà sessuale; la libertà morale; il domicilio e l'inviolabilità dei segreti; il patrimonio. Le contravvenzioni* (Torino, UTET), pp. 5441-5590

BRAY Carlo (2017): “La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe “pesanti” ma invia un severo monito al legislatore”, *Diritto penale contemporaneo*, 11, pp. 231-237, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

- BRUNELLI David e MAZZI Giuseppe (2007): *Diritto penale militare*, 4ta ed. (Milano, Giuffrè)
- BRUNELLI David (2017): “Il “salvataggio” del reato di ingiuria militare, tra ragionevolezza relativa ed eterogenesi dei fini”, *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 2016-2027
- CALVO Eduardo (2021): “Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: il dialogo tra Cassazione e Corte Costituzionale”, *Archivio penale*, 2, pp. 1-27, in www.archiviopenale.it
- CANZIAN Nicola (2024): “Il giudizio di proporzionalità intrinseca ed estrinseca: il caso dell’appropriazione indebita”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1199-1208
- CIARDI Giuseppe (1970): *Trattato di diritto penale militare*, I, *Parte generale* (Roma, Bulzoni Editore)
- COLACURCI Marco (2022): “La Corte costituzionale applica il principio di proporzione della pena “a rime (soltanto) adeguate” anche all’illecito depenalizzato degli atti contrari alla pubblica decenza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1291-1299
- CONSULICH Federico (2019): “La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2, pp. 1231-1244
- CORRIAS LUCENTE Giovanni (2000): *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa* (Padova, CEDAM)
- COSTANTINI Anna (2019): “Istanze di criminalizzazione delle *fake news* al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 60-80, in <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>
- COTTU Enrico (2017): “Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?”, *Diritto penale e processo*, 4, pp. 473-481
- DE FLAMMINEIS Siro (2020): “Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle *fake news*: principio di offensività ed emergenze”, *Sistema penale*, 6, pp. 131-146, in www.sistema-penale.it
- DE SIMONE Federica (2018): “‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale”, *Archivio penale*, 1, pp. 1-49, in www.archiviopenale.it
- DEL CORSO Stefano (2007): “Stampa. L. 8 febbraio 1948, n. 47”, in PALAZZO Francesco e PALIERO Carlo Enrico, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2da ed. (Padova, CEDAM), pp. 2569-2583
- DI GIOVINE Ombretta (1995): “Sul c.d. controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 159-188
- DODARO Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè)
- DODARO Giandomenico (2019): “Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1403-1409.
- DOLCINI Emilio (2016): “Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1956-1964
- FIANO Nannerel (2020): “L’ord. n. 132 del 2020 e il consolidando “modello Cappato” tra “preoccupazioni” della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1559-1571

- GARGANI Alberto (2023): “Le “nuove” pene sostitutive”, *Diritto penale e processo*, 1, pp. 17-35
- GATTA Gian Luigi (2020): “Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema-Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l’udienza di un anno”, *Sistema penale*, in www.sistemapenale.it
- GATTA Gian Luigi (2025): “Un’importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali”, *Sistema penale*, 7-8, pp. 129-138, in www.sistemapenale.it
- GIUDICI Andrea (2013): “Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all’art. 10 CEDU”, *Diritto penale contemporaneo*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>
- GIUGNI Ilaria (2025): *Riserva di legge e sindacato di costituzionalità in materia penale. Profili di tensione, itinerari problematici e prospettive future* (Roma, Dike)
- GROSSO Carlo Federico (1992): “Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1474-1480
- GUERINI TOMMASO (2020a): *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali* (Torino, Giappichelli)
- GUERINI Tommaso (2020b): “La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell’epoca delle *fake news* e delle *infodemie*”, *Discrimen*, pp. 1-66, in www.discrimen.it
- GULLO Antonio (2013): *Diffamazione e legittimazione dell’intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l’onore* (Roma, Aracne)
- GULLO Antonio (2021): “Diffamazione, pena detentiva e *chilling effect*: la Consulta bussa alla porta del legislatore”, *Diritto penale e processo*, 2, pp. 217-224
- GULLO Antonio (2022): “*Delitti contro l’onore*”, in VIGANÒ Francesco (a cura di), *Reati contro la persona*, in PALAZZO Francesco, PALIERO Carlo Enrico, PELISSERO Marco (diretto da): *Trattato teorico-pratico di diritto penale* (Torino, Giappichelli), pp. 213-311
- LANDI Guido, VEUTRO Vittorio, STELLACCI Pietro, VERRI Pietro (1976): *Manuale di diritto e di procedura penale militare* (Milano, Giuffrè)
- LANZI Alessio (1983): *La scriminante dell’art. 51 c.p. e le libertà costituzionali* (Milano, Giuffrè)
- LEO Guglielmo (2017): “Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-14, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>
- LEONE Stefania (2017): “Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale”, *Rivista AIC*, 4, pp. 1-32, in www.rivistaaic.it
- MANASSERO Aristide (1951): *I codici penali militari*, I, *Parte generale. Procedura*, 2da ed. (Milano, Giuffrè)
- MANCA Giovanni (2021): “Il bilanciamento tra tutela dell’onore e diritto di critica nella diffamazione sui social network: la «porta stretta» della «insostituibilità lessicale»”, *Responsabilità civile e previdenza*, 6, pp. 1943-1951
- MANCA GIOVANNI (2022): “Il *watchdog*, il *mad dog* e la pena detentiva. La Corte costituzionale risolve una questione di proporzione sanzionatoria interrogandosi sui *collateral damage* della generalprevenzione”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1-2, pp. 364-382
- MANES Vittorio (2016): “Proporzione senza geometrie”, *Giurisprudenza costituzionale*, 6, pp. 2105-2115

- MANTOVANI Ferrando (1966): “Esercizio del diritto (diritto penale)”, *Enciclopedia del diritto*, XV (Milano, Giuffrè), pp. 627-677
- MANTOVANI Ferrando (2010): “«Libertà mediatica» o «licenza mediatica?»”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1560-1584
- MANTOVANI Ferrando (2022): *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, 8va ed. (Padova, CEDAM)
- MARINUCCI Giorgio (2011): “Agire lecito in base a un giudizio ‘ex ante’”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 393-406
- MARTIRE Dario (2017): “Disciplina militare e coesione delle Forze armate. Spunti di riflessione a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 2017”, *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 2028-2036
- MARTIRE Dario (2018): “L’ordinamento delle Forze armate si informa alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018”, *Giurisprudenza costituzionale*, 3, pp. 1349-1359
- MARTIRE Dario (2019): “Dalle ‘rime obbligate’ alle soluzioni costituzionalmente ‘adeguate’, benché non ‘obbligate’”. *Giurisprudenza costituzionale*, 2, pp. 696-705
- MAZZACUVA Francesco (2020): “Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca”, *La legislazione penale*, pp. 1-16, in www.la legislazione penale.eu
- MAZZI Giuseppe (1995): “Sanzioni sostitutive, reati militari e principio di complementarietà”, *Cassazione penale*, 11, pp. 2806-2809
- MELZI D’ERIL Carlo (2013): “La Corte Europea condanna l’Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-12, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>
- MERLO Andrea (2016): “Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1427-1462
- MORRONE Andrea (2001): *Il custode della ragionevolezza* (Milano, Giuffrè)
- MUSCO Enzo (1990): “Stampa (diritto penale)”, *Enciclopedia del diritto*, XLIII (Milano, Giuffrè), pp. 633-651
- NAPOLI Giulia (2025): “Diffamazione militare e automatismo detentivo: profili di illegittimità costituzionale dell’art. 227 c.p.m.p. alla luce della sentenza n. 127/2025 della Corte costituzionale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1156-1168
- NOTARO Domenico (2006): “Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)”, *La legislazione penale*, 3, pp. 401-418
- NOTARO Domenico (2024): *Lineamenti di diritto penale militare*, 2da ed. (Torino, Giappichelli)
- NOTARO Domenico (2025): “Art. 75-bis, l. n. 689/1981 – Disposizioni relative ai reati militari”, in SCALFATI Adolfo (a cura di), *Commentario alla disciplina penitenziaria* (Pisa, Pacini Giuridica), pp. 1073-1075
- NUVOLONE Pietro (1962): “Cronaca (Libertà di)”, *Enciclopedia del diritto*, XI (Milano, Giuffrè), pp. 421-431
- NUVOLONE Pietro (1971): *Il diritto penale della stampa* (Milano, Giuffrè)

NUVOLONE Pietro (1979): “Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel Codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio”, *Rassegna della giustizia militare*, 1-2, pp. 21-36

ORIANA Fiorenza (2021): “Diffamazione e pena detentiva: in attesa del legislatore, dalla Cassazione nuovi spunti sul difficile equilibrio fra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione”, *Sistema penale*, 1, pp. 99-111, in www.sistemapenale.it

PACILEO Vincenzo (2013): “Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del ‘caso Sallusti’”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 2-14, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>

PADOVANI Tullio (2006): “Un intervento normativo che investe anche i delitti contro lo Stato”, *Guida al diritto*, 14, pp. 24-26

PAGLIARO Antonio (1997): “Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale?»”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1997, p. 774-778

PALAZZO Francesco (1998): “Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 350-384

PALAZZO Francesco (2020): “L’illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia”, *La legislazione penale*, pp. 1-16, in www.lalegislationepenale.eu

PASSAGLIA Paolo (ed.) (2026): *European Legal Perspectives on Online Disinformation* (Zurich, Springer Nature, Ius Gentium)

PELISSERO Marco (2006): “Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche”, *Diritto penale e processo*, 8, pp. 959-971

PERINI Chiara (2017): “Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-14, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>

PISA Paolo (2019): “Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte costituzionale”, *Diritto penale e processo*, 2, pp. 216-219

PROFILI Daniele (2018): “La sopravvivenza del reato militare di ingiuria nell’ordinamento giuridico statale tra dubbi di legittimità costituzionale e necessità di protezione di particolari beni giuridici militari”, *Rassegna della giustizia militare*, 1, pp. 1-11, in <https://portalegiustizia-militare.difesa.it>

PULITANÒ Domenico (2012): *Ragionevolezza e diritto penale* (Napoli, ESI)

PULITANÒ Domenico (2017): “La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 548-60, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>

RECCHIA Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali* (Torino, Giappichelli)

RIVELLO Pierpaolo (2020): “Il reato militare di vilipendio”, *Cassazione penale*, 11, pp. 4279-4284

RIVELLO Pierpaolo (2023): *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, 2da ed. (Torino, Giappichelli)

ROSIN Giuseppe (1991): “Ingiuria e diffamazione nel diritto penale militare”, *Digesto delle discipline penalistiche*, V (Torino, UTET), pp. 50-51

SANDULLI Aldo Maria (1978): “Disciplina militare e valori costituzionali”, *Diritto e società*, 4, pp. 641-661

SANDULLI Aldo Maria (1979): “Disciplina militare e valori costituzionali”, *Rassegna della giustizia militare*, 1-2, pp. 1-20

TOMASI Laura (2020): “Diffamazione a mezzo stampa e libertà di espressione nell’orizzonte della tutela integrata dei diritti fondamentali”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 56-73, in <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>

TOMASI Laura (2021): “Diffamazione e illegittimità “convenzionale” della pena detentiva: oltre l’aggravante dell’uso della stampa?”, *Sistema penale*, in www.sistemapenale.it

TURCHETTI Sara (2014): “Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l’abolizione della pena detentiva per la diffamazione”, *Diritto penale contemporaneo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

TURCHETTI Sara (2019): “Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all’Italia da parte della Corte Edu”, *Diritto penale contemporaneo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

UBIALI Maria Chiara (2020): “Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1476-1500.

VALASTRO Alessandra (2007): “Radiotelevisione. L. 6 agosto 1990, n. 223”, in PALAZZO Francesco e PALIERO Carlo Enrico (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2da ed. (Padova, CEDAM), pp. 2185-2196

VIGANÒ Francesco (2010): “Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?”, *Giurisprudenza costituzionale*, 4, pp. 3017-3030

VIGANÒ Francesco (2012): “Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti”, *Diritto penale contemporaneo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

VIGANÒ Francesco (2017): “Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 61-66, in <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>

VIGANÒ Francesco (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale* (Torino, Giappichelli)

VIGANÒ Francesco (2022): “La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia”, *Sistema penale*, pp. 1-19, in www.sistemapenale.it

VIGANÒ Francesco (2025): “La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio”, *Sistema penale*, pp. 1-23, in www.sistemapenale.it

VISCONTI Costantino (2006), “Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85”, *Foro italiano*, 6, I, c. 217-224

Dinamiche evolutive e involutive del fu sistema sanzionatorio: uno schizzo a partire da *La recente legislazione penale**

*Dinámicas evolutivas e involutivas del ya extinto sistema
 sancionatorio: un esbozo a partir de La reciente legislazione penale*

*Evolutionary and Involuntary Dynamics of the Former Sanctioning
 System: Reflections Starting from La recente legislazione penale*

DAVIDE BIANCHI

Professore associato nell'Università di Torino
 davide.bianchi@unito.it

LEGISLAZIONE IN MATERIA PENALE,
 PROPORZIONALITÀ,
 FINALITÀ DELLA PENA

LEGISLACIÓN EN MATERIA PENAL,
 PROPORCIONALIDAD,
 FINALIDAD DE LA PENA

LEGISLATION ON CRIMINAL MATTERS,
 PROPORTIONALITY,
 PURPOSES OF CRIMINAL SANCTIONS

ABSTRACTS

La recente legislazione penale di Francesco Palazzo costituisce non solo un sapiente ritratto delle dinamiche evolutive (e involutive) del diritto punitivo durante gli anni di piombo, ma anche una formidabile mappa concettuale che consente di decifrare le convulse linee di sviluppo che hanno caratterizzato i periodi successivi, fino ad oggi. Il presente contributo si concentra sul «comparto sanzionatorio» e, partendo dalla fondamentale opera del Maestro, cerca di delineare i profili di continuità con le tendenze legislative ivi analizzate e i profili di discontinuità, o meglio di esasperazione e «complessificazione» di quelle tendenze. Spropositati e continui inasprimenti sanzionatori si sono scontrati e mescolati con plurime variegate innovazioni e modifiche in senso mitigativo, col risultato di accrescere lo squilibrio e l'irrazionalità del sistema, ormai ridotto a «stratificato guazzabuglio sanzionatorio» in spregio dei principi basilari di proporzione, rieducativo e d'uguaglianza-ragionevolezza.

La recente legislazione penale de Francesco Palazzo constituye no solo un retrato magistral de las dinámicas evolutivas (e involutivas) del derecho penal durante los «años de plomo», sino también un formidable mapa conceptual que permite descifrar las tortuosas líneas de desarrollo que han caracterizado los períodos posteriores hasta la actualidad. El presente trabajo se concentra en el «ámbito sancionatorio» y, partiendo de la obra fundamental del Maestro, procura delinear los perfiles de continuidad con las tendencias legislativas allí analizadas y los perfiles de discontinuidad, o mejor dicho, de exasperación y «complejización» de esas tendencias. Los endurecimientos sancionatorios desmesurados y continuos han colisionado y se han entrelazado con múltiples y variadas innovaciones y modificaciones en sentido atenuante, con el resultado de acrecentar el desequilibrio y la irracionalidad del sistema, degradado a un «batiburrillo sancionatorio estratificado» en desprecio de los principios básicos de proporcionalidad, reeducación e igualdad-razonabilidad.

* Il presente contributo è destinato alla raccolta degli Atti del ciclo di incontri *Testi e contesti*, a cura dei Proff. Roberto Bartoli, Antonio Gullo e Vincenzo Mongillo. Si ringraziano i curatori per averne consentito la pubblicazione anticipata.

La recente legislazione penale by Francesco Palazzo is not only a masterful portrait of the evolutionary (and regressive) dynamics of criminal law during the “Years of Lead,” but also a formidable conceptual framework that allows us to decipher the turbulent trajectories that have characterized subsequent periods, right up to the present day. This paper focuses on the “sanctions sector” and, following the Master’s seminal work, seeks to outline the continuities with the legislative trends analysed therein, as well as the discontinuities, or rather, the intensification and “complexification” of those trends. Excessive and continuous exacerbation of sanctions has clashed and intertwined with numerous and varied mitigating reforms. The result is an increase in the imbalance and irrationality of the system, now reduced to a “layered jumble of punitive mechanisms” in defiance of the basic principles of proportionality, rehabilitation, and equality and reasonableness.

SOMMARIO

1. Premessa: una fotografia che non sbiadisce. – 2. Linee di tendenza del (fu) sistema sanzionatorio: dinamica mitigatrice vs. dinamica inasprente. – 2.1. Chiavi di lettura della dinamica mitigatrice. – 2.2. Chiavi di lettura della dinamica inasprente. – 3. Persistente attualità dell'analisi di allora... – 4. ...profili di novità dalla seconda Repubblica ai giorni nostri. – 4.1. L'espansione della dimensione "negoziale" e delle alternative alla stessa condanna penale. – 4.2. Una sproporzione ormai "sistemica" tra emergenze reali, pseudo-emergenze ed emergenze non risolvibili col pugno duro. – 4.3. Conti che non tornano: una compensazione solo apparente tra dinamiche solo parzialmente opposte: deformazione degli istituti specialpreventivi e rischi strutturali di discriminazione. – 4.4. Il ruolo crescente della "politica giudiziaria" e il difficile equilibrio cercato dalla Corte costituzionale. – 5. Coordinate minime per una faticosa ricostruzione del sistema sanzionatorio.

Al Maestro

1.

Premessa: una fotografia che non sbiadisce.

Ormai quarant'anni fa, la terza e ultima edizione de *La recente legislazione penale* si chiudeva tracciando le seguenti «linee generali della politica criminale» del decennio '74-'84¹.

In primo luogo, «il diritto penale sembra affetto da una sorta di "protagonismo", obiettivamente testimoniato fra l'altro dal progressivo accrescimento del *corpus* di leggi complementari – e non solo tali – [...] Questo protagonismo, frutto di una produzione alluvionale di leggi penali, si manifesta peraltro in uno scenario di politica criminale assai scarno e in certi momenti pressoché inesistente»².

In secondo luogo, «un carattere spiccatissimo della produzione legislativa recente, e molto strettamente dipendente dal tipo di politica criminale perseguita dal legislatore, è l'«emotività» dei nuovi provvedimenti. E ciò, non solo nel senso [...] che essi esprimono più che una razionale scelta legislativa una reazione immediata scatenata da singoli, specifici episodi criminosi. Ma soprattutto nel senso che le nuove norme sono confezionate dal legislatore, non tanto per essere utilizzate quali strumenti più raffinati ed adeguati alla prevenzione e repressione della criminalità, quanto piuttosto per essere impiegate nella anomala funzione di "messaggio" destinato a trovare eco e risonanza nell'emotività della c.d. opinione pubblica e a placarla ad un tempo, secondandone incondizionatamente il "bisogno di pena". In sostanza, sono leggi destinate più che ai delinquenti alla "gente per bene", che quasi le attende come un segnale, o un simbolo rassicurante [...] ecco, dunque, il frequente ricorso, oltre che a un trattamento sanzionatorio iperbolico, anche a formule spesso suggestive, evocative, pedagogiche, come tali non solo relativamente indeterminate ma anche pericolose sotto altri punti di vista, come sono quelle accentuanti il disvalore puramente soggettivo del fatto»³.

In terzo luogo, passando agli «specifici caratteri dominanti la recente legislazione penale [...] emerge innanzitutto il "soggettivismo" [che] si manifesta come una preoccupante tendenza a incentrare il disvalore (o il "valore", nelle norme in tema di ravvedimento) di talune fattispecie, specialmente di terrorismo, su momenti soggettivi o addirittura atteggiamenti interiori anziché sul contenuto offensivo del fatto obiettivo, ed in particolare del risultato»⁴; a questo si associa «una generale e costante tendenza verso una progressiva anticipazione del momento dell'intervento penale [...] a scapito dell'integrale rispetto dei due fondamentali principi di legalità ed offensività»⁵, oltre alla «tendenza a far uso sempre più frequente della pena detentiva in chiave accentuatamente intimidativa in funzione di prevenzione generale. E ciò sia che avvenga mediante il ricorso a pene che per la specie (ergastolo) [...] o per la durata (pene fisse) privilegiano ai limiti della costituzionalità la funzione suddetta; sia che avvenga mediante inasprimenti di pene che alterano sovente la necessaria proporzionalità con la gravità del fatto; sia

¹ PALAZZO (1985), pp. 364 ss.

² *Ivi*, p. 364.

³ *Ivi*, p. 366.

⁴ *Ivi*, pp. 367 s.

⁵ *Ivi*, p. 368.

che infine avvenga tornando a comprimere la discrezionalità giudiziale»⁶.

In quarto luogo, in «questo quadro, di cui non è difficile cogliere i tratti essenziali, da un lato, nel declino della speranza rieducativa e nell'attenuazione della sensibilità garantistica e, dall'altro, in un generalizzato atteggiamento di accentuata emotività», si individua quale «problema più acuto [...] quello della coesistenza fra il tradizionale sistema penale e le nuove leggi», occorrendo «mantenere chiari e netti i rapporti tra codice (e, più latamente, “sistema”) penale e leggi “speciali”, al fine di evitare che queste ultime esercitino un effetto corrosivo più o meno strisciante sul primo»⁷.

Infine, da questo profluvio di leggi penali simboliche, rigoriste ed esorbitanti dal (se non disgregatrici del) sistema, vengono isolati due provvedimenti normativi che, invece di dar sfogo alle pulsioni punitive scatenate dall'incrudelimento della criminalità comune e organizzata, rispondono ad una visione politico-criminale lucida e pragmatica. Da un lato, la l. n. 304/1982, sui “terroristi pentiti”, che, nel prevedere cause di non punibilità e corpose circostanze attenuanti (legate all'ampliamento di misure *lato sensu* alternative, quali la sospensione condizionale della pena e la liberazione condizionale) per le ipotesi di “ravvedimento” (dissociazione, collaborazione giudiziaria, impedimento della consumazione del reato), «ha abbandonato i tradizionali ed inani “proclami repressivi” per imboccare una strategia nuova, razionalmente congegnata ed empiricamente valida». Dall'altro lato, l'articolata l. n. 689/1981, identificata come «il più serio sforzo di razionalizzazione del sistema complessivo»⁸.

Questa fotografia non dimostra affatto i suoi quarant'anni, adattandosi sorprendentemente ai decenni successivi, fino all'*attuale* legislazione penale. «Protagonismo» ed «emotività» delle leggi penali sono contrassegni marcati, evidentissimi di tutta la produzione legislativa avutasi dal tramonto della prima Repubblica sino ai giorni nostri, finendo per esprimersi in quel famigerato “populismo penale” che ha vestito le più diverse casacche politiche e che tuttora imperversa⁹.

Quanto alla correlativa tendenza al «sogettivismo», alla «progressiva anticipazione del momento dell'intervento penale» e all'impiego «sempre più frequente della pena detentiva in chiave accentuatamente intimidativa in funzione di prevenzione generale», abbondano gli esempi, nei più svariati campi. Basti pensare all'evoluzione della legislazione anti-terrorismo e, *inter alia*, alla relativamente recente fattispecie di “auto-istruzione” di cui all'art. 270-*quinquies*, comma 1, ultimo periodo, c.p. (introdotta nel 2015), punita con la reclusione da cinque a dieci anni, nonché alla fresca fattispecie di detenzione di «materiale contenente istruzioni sulla preparazione o sull'uso di congegni bellici micidiali [...], di armi da fuoco o di altre armi o di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché su ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo» (introdotta dal “pacchetto sicurezza” 2025), sanzionata all'art. 270-*quinquies*.3 c.p. con la reclusione da due a sei anni¹⁰. Si pensi anche alla massa di reati ambientali contravvenzionali basati su una logica apertamente precauzionale (previsti perlopiù nel T.U.A.), i quali peraltro, nella materia dei rifiuti, hanno visto una recente tendenza alla trasformazione in delitti, iniziata nel 2013 con l'introduzione della fattispecie delittuosa di combustione illecita di rifiuti (art. 256-*bis* T.U.A.)¹¹ e potentemente proseguita con il freschissimo decreto “Terra dei fuochi” (d.l. n. 116/2025)¹². Per un ulteriore esempio, si guardi alla logica nemicale che ha pervaso la gran parte delle modifiche in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione, orgogliosamente sbandierata nel “nome d'arte” (o meglio, di Go-

⁶ *Ivi*, pp. 368 s.

⁷ *Ivi*, p. 369.

⁸ *Ivi*, pp. 371 s.

⁹ V., per tutti, AA.Vv. (2016) (documento che raccoglie gli interventi formulati nel dibattito, sviluppatosi in seno all'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, sul tema dell'uso simbolico del diritto penale); AMATI (2020); CONSULICH (2023), pp. 107 ss.; DONINI (2019), pp. 414 ss.; ID. (2020a); MANES (2025); MARRA (2019), pp. 423 ss.; MONGILLO (2022), in particolare pp. 199 ss.; PALAZZO e VIGANÒ (2018), *passim*; PALIERO (2012), pp. 100 ss.; RISICATO (2024); SGUBBI (2019), *passim*.

¹⁰ Sul delitto di “auto-istruzione” v., per tutti, BARTOLI (2017), pp. 629 ss.; sul “decreto sicurezza” 2025 (d.l. n. 48/2025, conv. in l. 80/2025) v. DOLCINI (2025); GATTA (2024); RISICATO (2025), pp. 471 ss.; nonché i contributi raccolti in Av.Vv. (2025), pp. 847 ss.

¹¹ Tra l'altro con equiparazione normativa della condotta prodromica di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti «in funzione della successiva combustione illecita» a quella di effettivo abbruciamento di «rifiuti abbandonati ovvero depositati in maniera incontrollata»; disposizione introdotta dal d.l. n. 136/2013, conv. in l. 6/2014, e recentissimamente ritoccata (e resa più confusionaria) dal d.l. n. 116/2025, conv. in l. n. 147/2025, il quale non ha comunque modificato le già asperime pene (reclusione da due a cinque anni in caso di rifiuti non pericolosi; da tre a sei anni in caso di rifiuti pericolosi). Cfr. RUGA RIVA (2024), pp. 191 ss.; sulla nuova versione dell'art. 256-*bis* T.U.A., SIRACUSA (2026), pp. 178 s.

¹² Cfr. IANNUZZIELLO (2025); SIRACUSA (2026), pp. 171 ss.

verno) di uno dei principali provvedimenti anti-corruzione – la notoria legge “spazzacorrotti” – e resa immediatamente tangibile dagli spropositati ripetuti incrementi di pena (iniziati ben prima dell’avvento degli “spazzatori di corrotti”)¹³.

Ancora, frutti tipici della legislazione emergenziale di contrasto alla criminalità organizzata sono stati “stabilizzati” – si pensi al regime del “carcere duro” *ex art. 41-bis* o.p. – e talora sono stati innestati su segmenti criminologici totalmente differenti – si pensi alla impressionante espansione dell’art. 4-*bis* o.p., che ormai annovera tra i reati ostativi anche fatti-specie monosoggettive incarnanti offese tutt’altro che macroscopiche; basti l’esempio dell’art. 600-*quater* c.p.¹⁴.

Sembra pertanto che si sia almeno parzialmente concretizzato il rischio del rilascio da parte delle leggi “speciali” di «un effetto corrosivo più o meno strisciante» sull’intero sistema penale, con tanto di accentuazione del «declino della speranza rieducativa» e di severa «attenuazione della sensibilità garantistica»¹⁵.

Resta inoltre vitalissima la normativa sul “pentitismo”, che, come noto, da oltre un trentennio è divenuta uno degli strumenti principali nel contrasto alla criminalità mafiosa e, secondo una linea espansiva già presente al tempo de *La recente legislazione penale* (ivi puntualmente colta)¹⁶, è stata esportata in varie forme e con alterne fortune in molti settori della criminalità comune. Si pensi, ad esempio, al settore della criminalità ambientale (si vedano le molteplici attenuanti a effetto speciale riunite sotto la denominazione «ravvedimento operoso» *ex art. 452-decies* c.p.)¹⁷ o a quello dell’intermediazione illecita e dello sfruttamento in ambito lavorativo (si vedano le attenuanti ad effetto speciale di cui all’art. 603-*bis*.1 c.p.)¹⁸; talvolta l’“esportazione” è stata retta dalla finalità d’assimilazione di certi fenomeni criminosi “destabili” alle più gravi ipotesi di delinquenza organizzata, come nella già richiamata normativa anti-corruzione (si vedano la causa di non punibilità di cui all’art. 323-*ter* c.p. e le fattispecie circostanziali di cui all’art. 323-*bis*, comma 2, c.p.)¹⁹.

Infine, risultano confermate la vitalità e razionalità del disegno riformatore tradotto nelle «Modifiche al sistema penale» del 1981: non nel senso che lo specifico provvedimento legislativo abbia prodotto un decisivo contenimento dell’inflazione penale e del punitivismo esasperato e un correlativo invero ad ampio raggio dei principi di *extrema ratio* e rieducativo (come detto, purtroppo non è stato così, anche, in parte, per carenze tecniche debitamente segnalate ne *La recente legislazione penale*²⁰), ma nel senso che le linee portanti di quell’articolata opera riformatrice restano un punto di riferimento per una politica criminale razionalmente e costituzionalmente fondata e, non a caso, sono state largamente riprese nell’ultima «riforma organica» in senso personalista del comparto sanzionatorio, ossia la riforma Cartabia²¹. Quest’ultima, come vedremo meglio a breve, ha recuperato la tattica dell’estensione del regime di procedibilità a querela, ha investito fortemente sulla rivitalizzazione delle sanzioni sostitutive, ha potenziato meccanismi estintivi basati su condotte riparatorie *ante iudicium*, ha anche ripreso l’idea della depenalizzazione dei fatti bagatellari, pur marciando sul binario della depenalizzazione in concreto (e non di quella in astratto) mediante l’ampliamento dell’art. 131-*bis* c.p.

Insomma, l’intero libro del Maestro non è solo il sapiente ritratto del giure penale di allora, è una mappa preziosa che consente di decifrare la massa magmatica che è fuoriuscita dalle fonti – formali e informali – della “penalità” negli ultimi lustri.

Nel presente scritto ci concentreremo sulle evoluzioni (e involuzioni) del sistema sanzionatorio.

¹³ V., per tutti, MONGILLO (2020), pp. 967 ss.; PADOVANI (2018), pp. 1 ss.

¹⁴ Cfr. DELLA BELLA (2016); PAVARIN (2020), pp. 1483 ss.; PELISSERO (2020), pp. 3 s.

¹⁵ Cfr. MONGILLO (2024), pp. 436 ss. e pp. 460 ss., il quale, distinguendo opportunamente tra «emergenze transitorie ed emergenze che si stabilizzano», concentra le sue preoccupazioni sulle seconde, che sono «emergenze anomale», quelle – sempre più numerose – che perdono col tempo il carattere della transitorietà. In questi casi, l'emergenza finisce con l'assumere un ruolo trasformativo del diritto, rimodellando plasticamente la “normalità” giuridica [...] L'insidia più inquietante sta nell'effetto contagio, vale a dire nella diffusione a sempre più ambiti del penale [...] Purtroppo, la frequenza degli strappi alla legalità costituzionale e la loro vischiosità temporale rendono le deroghe quasi indistinguibili dal canone» (p. 462).

¹⁶ P. 190 ss. (anzi le ipotesi speciali di “ravvedimento” in tema di sequestro a scopo d'estorsione precedettero quelle in tema di terrorismo).

¹⁷ Cfr. RUGA RIVA (2024), pp. 323 ss.

¹⁸ Cfr. AMATO (2019), pp. 27 s.

¹⁹ Cfr. MONGILLO (2016); PADOVANI (2018), in particolare pp. 6 ss.; ALBERICO (2020).

²⁰ In particolare, pp. 61 ss. e pp. 99 ss.

²¹ V. PALAZZO (2021); ID. (2023a), pp. 11 ss.; ID. (2023b), pp. 497 ss.

2.

Linee di tendenza del (fu) sistema sanzionatorio: dinamica mitigatrice vs. dinamica inasprente.

«Il 1975 può essere considerato l'anno della svolta nella recente politica criminale italiana, poiché videro allora la luce le prime e più importanti leggi speciali, con le quali il legislatore si pose sulla via del rafforzamento della repressione e della prevenzione dei reati, percorsa fino ad oggi [1985] con interventi più o meno settoriali e circoscritti, riassumibili in quella che è stata chiamata la "legislazione dell'emergenza". La svolta del 1975 sembra dovuta, oltre che a complessi motivi collegati con le vicende della vita politica italiana, soprattutto al pauroso dilagare del terrorismo e della delinquenza comune principalmente violenta»²².

Quella «svolta», oltre a corpi normativi *ad hoc* (nuova disciplina delle armi, introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali), alle prime norme premiali (in materia di terrorismo) e a nuove fattispecie delittuose (inserite sia nei nuovi corpi normativi, come ad esempio il delitto di comodato o locazione di armi, sia nel tessuto codicistico, come ad esempio la nuova formulazione dell'attentato a impianti di pubblica utilità), ha generato moltissime «pene sostanzialmente sproporzionate alla gravità del fatto o a quella delle pene previste per fatti obiettivamente più gravi»²³. Si possono citare gli esempi delle fattispecie circostanziate del furto aggravato commesso «su armi, munizioni od esplosivi nelle armerie ovvero in depositi o in altri locali adibiti alla custodia di essi» o della rapina aggravata commessa sui medesimi oggetti materiali, che, ai sensi dell'art. 4 l. n. 533/1977, furono punite, rispettivamente, con la reclusione da cinque a dodici anni (oltre multa) e con la reclusione da dieci a venti anni (oltre multa). Si possono altresì ricordare le vicende normative del sequestro a scopo di estorsione: originariamente punito con la reclusione da otto a quindici anni (fattispecie base), passò alla reclusione da dieci a venti anni (sempre fattispecie base) col d.l. n. 497/1974 e poi alla pena fissa della reclusione pari ad anni trenta (sempre fattispecie base, arricchita con la condotta alternativa del sequestro per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico) col d.l. n. 59/1978, per poi assestarsi sulla forbice da venticinque a trenta anni (sempre fattispecie base) con la legge di conversione n. 191/1978 (che peraltro scorporò la fattispecie di sequestro per finalità di terrorismo o di eversione, collocandola all'art. 289-*bis* c.p.); quanto alle ipotesi circostanziali, basti rammentare che il d.l. n. 59/1978 aveva stabilito la pena dell'ergastolo per la causazione involontaria della morte del sequestrato, poi commutata nella pena fissa di anni trenta dalla legge di conversione²⁴.

Appena un anno prima della «svolta» in senso repressivo, però, era entrata in vigore la «piccola» (ma pesante) riforma della Parte generale del Codice penale, d.l. n. 99/1974, convertito con modificazioni dalla l. n. 220/1974, che ha avuto un impatto enorme sul sistema in chiave mitigatrice: inclusione nel giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. di tutte le circostanze (comprese quelle autonome e indipendenti); previsione dell'applicazione discrezionale per ogni forma di recidiva (nonché riduzione degli aumenti di pena e concorrente fissazione del tetto massimo rappresentato dal cumulo delle pene per i reati precedenti); ammissione del reato continuato eterogeneo; estensione del cumulo giuridico al concorso formale di reati; ampliamento dei margini applicativi della sospensione condizionale della pena. Rispetto a tale relevantissimo intervento novellistico, «il rafforzamento della prevenzione generale e in particolare della risposta sanzionatoria rappresent[a] un'inversione di tendenza ormai consolidata»²⁵.

Nello stesso 1975, poi, fu varato il nuovo ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), informato ai principi del finalismo rieducativo, del trattamento progressivo individualizzato e della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria e, come tale, volto ad erodere «dall'interno» il monolite della pena detentiva²⁶: «Frutto di lunghi studi legislativi e influenzato da importanti documenti internazionali, il nuovo ordinamento penitenziario incarna il paradosso di aver visto la luce proprio nel momento della più acuta svolta involutiva della nostra politica penale e di essere contemporaneamente la riforma che più delle altre ha ridotto le distanze [...] tra il nostro sistema sanzionatorio e i più moderni sistemi dell'Occidente, ponendosi

²² PALAZZO (1985), p. 16.

²³ *Ivi*, p. 353.

²⁴ *Ivi*, pp. 239 ss.

²⁵ *Ivi*, pp. 138 s.

²⁶ Cfr. PALAZZO (2022), pp. 467 ss.

altresì come il primo consistente atto di attuazione dei principi costituzionali in materia»²⁷.

Sei anni dopo la l. n. 689, come cennato, ha apportato plurime estese innovazioni, sia di taglio settoriale ma comunque quasi sempre significative, come l'allargamento dei reati perseguibili a querela e l'introduzione dell'obblazione discrezionale, sia per così dire strutturali, come l'allestimento della "parte generale" dell'illecito punitivo amministrativo (coniugata ad una vasta depenalizzazione) e la previsione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Tale ultima innovazione si può in certo senso considerare strutturale perché ha rappresentato il primo «rilevante arricchimento della tipologia sanzionatoria» (nella vigenza del Codice Rocco) orientato al «duplice positivo risultato di contenere gli effetti disocializzanti della detenzione breve riducendo nel contempo le presenze negli istituti penitenziari», nel rispetto delle istanze generalpreventive²⁸, con l'istituzione di un micro-sistema *ad hoc* e l'introduzione di un'originale forma di patteggiamento consistente nell'«applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato».

Si staglia dunque una palese contraddizione, una «opposizione di fondo [...] innegabile»²⁹. Da un lato, v'è una tendenza per così dire "mitigatrice", che, nella consapevolezza del sovraccenuato rigore del Codice Rocco, prende avvio fin dal primo Governo antifascista, a guerra in corso, con l'espunzione della pena di morte dal tessuto codicistico (d.lgs.lgt. n. 224/1944) e con la reintroduzione delle attenuanti generiche (d.lgs.lgt. n. 288/1944), e che si manifesta poi nei tre provvedimenti "chiave" degli anni '70-'80 sopra richiamati: la novella del '74, la riforma dell'ordinamento penitenziario del '75 e le "Modifiche al sistema penale" dell'81³⁰. Dall'altro lato, v'è una contraria tendenza per così dire "inasprente", che – nel pieno degli anni di piombo – esplose in una pioggia di nuove incriminazioni, nuove aggravanti, nuovi strumenti preventivi, pene fisse, forti incrementi delle pene edittali, oltre che nelle prime forme di blindatura delle circostanze aggravanti.

2.1.

Chiavi di lettura della dinamica mitigatrice.

Il Maestro non si limita a diagnosticare queste due tendenze ma offre anche le chiavi concettuali per scandagliarle al loro interno e così meglio definire i rapporti tra esse intercorrenti.

Quanto alla dinamica "mitigatrice" viene messa in luce la fondamentale distinzione tra modifiche accrescitive della «discrezionalità in relazione a istituti cardine del tradizionale diritto penale "del fatto"», di cui è fulgido esempio la novella del 1974, e riforme concernenti l'«esecuzione e [l']arricchimento dello strumentario sanzionatorio», come quella dell'ordinamento penitenziario e le «Modifiche al sistema penale»³¹. Il primo intervento riformatore ha infatti «modificato istituti concernenti i "presupposti" delle conseguenze penali, anche se prevalentemente in vista degli effetti ottenibili sul piano sanzionatorio»³², mentre le ultime due riforme «hanno avuto ad oggetto immediato istituti propriamente sanzionatori, avendo esse introdotto nuove misure penali o avendo diversamente disciplinato quelle esistenti»³³.

Minimo comun denominatore di tutti e tre gli interventi è stato l'accrescimento della *discrezionalità giudiziale*: «Evidentissimo tale carattere nella "novella" del 1974 e nella riforma penitenziaria, esso non manca di contrassegnare in modo rilevante anche una delle parti più qualificanti e significative delle "modifiche al sistema penale", cioè quella sulle pene sostitutive»³⁴. Tale accrescimento del potere discrezionale del giudice, d'altronde, risultava in linea con una delle prime riforme in chiave apertamente mitigatrice – la reintroduzione delle attenuanti indefinite nel '44 – e si poneva quale chiara (ancorché insufficiente) risposta all'"impantamento" dei progetti di ricodificazione – il progetto Gonella, per due volte approvato dal Senato (nel '71 e nel '73), patì ambo le volte la fine anticipata della legislatura.

²⁷ PALAZZO (1985), p. 42.

²⁸ *Ivi*, p. 97.

²⁹ *Ivi*, p. 139; v. anche p. 18.

³⁰ Anche se in quest'ultima non mancano profili di irrobustimento della prevenzione generale, come ad esempio in tema di contravvenzioni – furono inasprite diverse comminatorie edittali, sia elevando le pene già previste sia aggiungendo la pena dell'arresto in via alternativa – e, per certi versi, di pene sostitutive.; cfr. PALAZZO (1985), rispettivamente, p. 242 e pp. 61 ss.

³¹ PALAZZO (1985), p. 96.

³² Con l'eccezione dell'intervento ampliativo del raggio della sospensione condizionale, che evidentemente pertiene direttamente ai meccanismi sanzionatori.

³³ *Ivi*, p. 94.

³⁴ *Ibidem*.

Orbene, le sopra cennate differenze “strutturali” tra gli interventi riformistici “mitigativi” – incisione indiretta del trattamento sanzionatorio passando per gli istituti del “fatto” (ossia per la modifica della disciplina delle forme di manifestazione del reato, circostanze e concorso di reati) vs. introduzione di nuovi istituti sanzionatori (come le misure alternative penitenziarie e le pene sostitutive) o riconfigurazione di istituti sanzionatori esistenti (come le innovazioni, per vero non univocamente mitigatrici, in materia di pena pecuniaria apportate dalla l. n. 689/1981) – si combinano ad un differente “tasso” di discrezionalità – marcatissimo nella riforma del ’74, notevole nella riforma del ’75, più contenuto in quella dell’81 – e soprattutto a una “differenziazione qualitativa” di tale discrezionalità.

Infatti, la «piccola riforma» della Parte generale si è mossa o nel senso di una diretta «*attenuazione del rigore sanzionatorio*» di taluni istituti codicistici (come l’abbandono del cumulo materiale per il concorso formale di reati), senza invero accentuare troppo la discrezionalità giudiziale e con effetti mitigativi più immediati, o nel senso di un diretto forte «ampliamento della *discrezionalità* dei poteri del giudice» (come la previsione della facoltatività della recidiva o l’estensione del giudizio di bilanciamento), ampliamento che, pur indirettamente, riesce comunque orientato «ad un risultato finale di mitigazione del sistema». Tuttavia, ecco la nota dolente (e distintiva), «potenziare la discrezionalità in funzione di individualizzazione della pena significa costruire sul nulla se la legge non è in grado di offrire al giudice un minimo indispensabile di criteri guida per l’esercizio di quella discrezionalità e, soprattutto, se lo strumento sanzionatorio rimane ancora interamente incentrato sulla sola pena detentiva [...] Poiché niente di tutto ciò accompagnò la riforma del 1974, è possibile concludere che essa sia stata molto più modestamente ispirata al solo scopo di attenuare il rigore sanzionatorio del codice Rocco»³⁵.

In una logica diversa, invece, sono state plasmate le riforme del ’75 e dell’81: «nella riforma penitenziaria la discrezionalità si rivela realmente strumento utilizzabile in vista della individualizzazione della pena in funzione di risocializzazione del reo. Invero, sia l’esecuzione della pena detentiva sia soprattutto le nuove misure alternative paiono costruite come istituti diretti al riadattamento sociale del reo, come tali fondati sulla costante “osservazione” della personalità del condannato e continuamente adattabili nel loro contenuto alle modificanti esigenze della personalità medesima»³⁶. Con riferimento alla l. n. 689/1981 e, in particolare, alle sanzioni sostitutive, «si è avuto un rilevante arricchimento della tipologia sanzionatoria [...] Ed è anche facilmente comprensibile che l’arricchimento dello strumentario sanzionatorio comporti la concessione al giudice di nuova discrezionalità, sia perché le pene sostitutive *si affiancano* alla pena detentiva, aggiungendosi ad essa che rimane pur sempre il punto di riferimento centrale del sistema. Sia perché il nostro legislatore [...] ha voluto diversificare la possibilità della sostituzione, non ritenendo ovviamente di poter fare assegnamento sulla sola pena pecuniaria»³⁷.

2.2.

Chiavi di lettura della dinamica inasprente.

Quanto alla dinamica “inasprente”, il Maestro individua subito una duplice cifra delle modifiche avutesi dal ’75 in poi, che vale ad accomunarle tra loro e a marcarne la differenza rispetto alle sopravviste riforme sanzionatorie con effetti mitigativi: «sono ispirate unicamente dall’intento di rafforzare il potenziale intimidativo della pena minacciata, mentre solitamente le riforme del sistema sanzionatorio sono sorrette da più complessi e articolati intendimenti di politica criminale. Con l’ulteriore tendenziale conseguenza, per quanto riguarda i riflessi sulla discrezionalità giudiziale, che i due gruppi di modifiche vanno in direzioni opposte»³⁸. Dunque la discrezionalità del giudice come “terreno di scontro”, si potrebbe dire, della tendenza mitigativa e di quella aggravatrice.

Vengono poi chiaramente distinti tre tipi di intervento inasprente, con diversi effetti sul potere discrezionale giudiziale. Vi sono innanzitutto gli «innalzamenti di pena [che] operano

³⁵ *Ivi*, pp. 95 s.

³⁶ *Ivi*, pp. 94 s.

³⁷ *Ivi*, p. 97, registrandosi semmai un’incoerenza funzionale nell’individuazione della finalità di «reinserimento sociale» quale criterio commisurativo teleologico di sanzioni che, per come allora strutturate, risultavano in realtà refrattarie rispetto a tale finalismo, essendo incentrate su contenute afflittive e di controllo (pp. 70 ss. e pp. 97 s.).

³⁸ *Ivi*, p. 240.

solitamente in modo elevato sul massimo edittale, rimanendo il minimo sufficientemente basso così da essere adeguato ai fatti di lievi entità. Tanto è vero che in taluni casi, come quello della ricettazione, all'aumento notevolissimo anche del minimo fa riscontro l'introduzione della circostanza attenuante consistente nella "particolare tenuità" del fatto e comportante una diminuzione di pena indipendente dalla pena ordinaria. Tutto ciò, mentre da un lato comporta un ampliamento degli spazi del potere discrezionale del giudice [...] mostra dall'altro che gli inasprimenti non rispecchiano tanto una nuova globale valutazione legislativa del fatto astrattamente considerato, ma esprimono piuttosto il proposito di accrescere il potenziale intimidatorio in relazione a ipotesi di fatti concreti, rispetto ai quali si ha ragione di ritenerlo insufficiente³⁹. In queste ipotesi, pertanto, non vi è in realtà una restrizione della discrezionalità giudiziale ma un suo allargamento, come effetto della divaricazione della forbice edittale; si tratta tuttavia di un allargamento che va in direzione opposta a quello della dinamica mitigatrice: tenendo fermi i minimi di pena (o affiancando attenuanti speciali ad efficacia speciale nei casi di elevazione anche dei minimi), l'estensione del potere discrezionale del giudice va verso la determinazione di punizioni più dure (o al più consente di mettere al riparo dai robusti incrementi sanzionatori i casi di "particolare tenuità").

In secondo luogo, si registrano aumenti e nel minimo e nel massimo edittali, come ad esempio per il delitto di evasione nel 1977. «Negli anni successivi si consolida la tendenza a ridurre l'intervallo tra minimo e massimo edittale e, comunque, ad un prevalente innalzamento dei minimi», come ad esempio nella già ricordata disciplina delle fattispecie di sequestro (1978) o in quella dei reati di favoreggiamento personale e reale (1982)⁴⁰. «È chiaro che la tendenza all'innalzamento dei minimi edittali è significativa espressione non solo di un eventuale intento di ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale, ma anche e soprattutto di un proposito di aumentare in genere il potenziale deterrente e di rendere in specie meno probabile la sussistenza dei requisiti oggettivi per la concessione della sospensione condizionale della pena»⁴¹. Inasprimenti, dunque, volti a rendere *effettiva* la carcerazione operando sulle comminatorie edittali.

In terzo luogo, vi sono le «modifiche [immediatamente] dirette [...] a comprimere la discrezionalità del giudice in sede di determinazione della pena in concreto dopo la amplissima dilatazione subita invece da tale potere discrezionale con la riforma del 1974»; tali modifiche vengono «distinte in due gruppi, a seconda che consistano in innovazioni dirette a sopprimere radicalmente la discrezionalità ovvero solo a ridurla»⁴². Nel primo gruppo si collocano «le modifiche consistenti nell'utilizzazione della *pena fissa*», spesso individuata nella pena perpetua o in pene detentive estremamente lunghe (come cennato a proposito delle innovazioni in tema di sequestro di persona), e quelle che «prevedono in misura fissa la variazione di pena conseguente all'applicazione di determinate circostanze» (ad esempio l'aumento «della metà» comportato dall'aggravante comune della finalità di terrorismo o eversione *ex* d.l. n. 625/1979)⁴³. Nel secondo gruppo si trovano invece le «norme sul concorso di circostanze, le quali vengono di regola ad introdurre deroghe, sebbene [...] circoscritte a determinati reati, alla disciplina generale», in frontale contraddizione con la novella del '74⁴⁴; fanno la loro comparsa le prime ipotesi di blindatura, come quella della succitata aggravante (in misura fissa) della finalità terroristica o eversiva (soccumbente esclusivamente di fronte alle circostanze attenuanti premiali legate al "ravvedimento" del terrorista)⁴⁵.

3.

Persistente attualità dell'analisi di allora...

Anche con specifico riferimento al sistema sanzionatorio, la sapiente analisi condotta ne *La recente legislazione penale* conserva la sua attualità e consente di inquadrare concettualmente molti degli interventi legislativi che si sono susseguiti da allora fino ad oggi.

È anzitutto evidentissimo – notorio – che la dinamica mitigatrice e quella inasprente

³⁹ *Ivi*, pp. 240 s.

⁴⁰ *Ivi*, p. 241.

⁴¹ *Ivi*, pp. 241 s.

⁴² *Ivi*, p. 243.

⁴³ *Ivi*, pp. 243 s.

⁴⁴ *Ivi*, p. 244.

⁴⁵ *Ivi*, pp. 249 ss.

hanno continuato a svilupparsi incessantemente, talvolta parallelamente talaltra scontrandosi frontalmente, accentuando la contraddittorietà del sistema e finendo per ridurlo a mero «comparto sanzionatorio»⁴⁶, se non a «stratificato guazzabuglio sanzionatorio»⁴⁷. La diagnosi di «schizofrenia» va dunque confermata e, anzi, va registrato un aggravamento della patologia, poiché le modifiche, le riforme, le contro-riforme si sono moltiplicate e aggiunte quasi sempre in maniera scomposta e comunque scarsamente coordinata: le fattispecie criminose hanno continuato a proliferare e le pene hanno continuato a crescere, al contempo le risposte sanzionatorie hanno continuato a diversificarsi e le misure alternative alla detenzione hanno continuato ad espandersi; la discrezionalità giudiziale ha continuato ad essere «terreno di scontro» tra le due opposte dinamiche ma, nel complesso, ha visto un tendenziale incremento; l'effetto finale pare quello di una caoticità dilagante, dove l'unica certezza è l'imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie effettive. Si potrebbe quasi dire di essere in presenza di un «ordinamento-fisarmonica», che, seguendo uno spartito confuso e cacofonico, stringe e apre senza sosta e senza un senso complessivamente intellegibile; il problema è che nelle pieghe di quel mantice stanno le vite delle persone.

In questo caos ordinamentale (una vera contraddizione in termini) le chiavi di lettura forgiate dal Maestro riescono ancora utilissime per cimentarsi nell'esame delle due linee di sviluppo del comparto sanzionatorio e dei loro, vieppiù complessi, rapporti.

Cominciando dalla tendenza mitigatrice, resta valida la distinzione tra riforme aventi ad oggetto «istituti concernenti i «presupposti» delle conseguenze penali, anche se prevalentemente in vista degli effetti ottenibili sul piano sanzionatorio» e riforme aventi «ad oggetto immediato istituti propriamente sanzionatori, avendo esse introdotto nuove misure penali o avendo diversamente disciplinato quelle esistenti». La principale innovazione del primo tipo sembra essere stata l'introduzione della causa di non punibilità della «particolare tenuità del fatto» (art. 131-*bis* c.p.) nel 2015, riconfigurata in senso estensivo (ma con un allungamento dei titoli di reato presuntivamente esclusi) dalla riforma Cartabia⁴⁸. Peraltro, risulta qui riconfermato l'investimento sulla discrezionalità del giudice, molta debolmente guidata dai criteri (*rectius* indici) delle «modalità della condotta» e della «esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma», e della «condotta susseguente al reato» (trasfusa nel 2022 dal secondo comma dell'art. 133 c.p.), all'interno del «recinto» delimitato dalle varie preclusioni di cui ai capoversi dell'art. 131-*bis* c.p.

Ben più numerose e impattanti le riforme direttamente attinenti i meccanismi sanzionatori. Relativamente alla fase esecutiva, basti rammentare la legge c.d. Gozzini (l. n. 663/1986), con cui, tra l'altro, furono introdotti i permessi premio e la detenzione domiciliare (ma pure il regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14-*bis* o.p.) e fu ampliata la sfera applicativa dell'affidamento in prova, e la legge c.d. Simeone (l. n. 165/1998), che pose uno dei pilastri dell'attuale marchingegno sanzionatorio, ossia la sospensione *ex officio* dell'esecuzione delle pene detentive «brevi» (art. 656, comma 5, c.p.p.) al fine di consentire una larga applicazione delle misure alternative ante-incarcerazione⁴⁹. Quanto al nuovo millennio, si possono portare ad esempio i provvedimenti legislativi post-Torreggiani⁵⁰: il d.l. n. 78/2013 («Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena»), con cui, *inter alia*, furono smantellate molte delle restrizioni all'accesso alle misure alternative che erano state fissate a carico dei recidivi (specie reiterati) dalla legge c.d. ex-Cirielli (l. n. 251/2005), e il d.l. n. 146/2013 («Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»), che, oltre a prevedere la liberazione anticipata speciale, estese il raggio applicativo dell'affidamento in prova al servizio sociale (sia quello comune sia quello «in casi particola-

⁴⁶ PALAZZO (2022), pp. 465 ss.

⁴⁷ PALAZZO (2014). Sul fronteggiarsi di queste due dinamiche e sui conseguenti effetti spesso distorsivi, si vedano anche i fondamentali contributi di MARINUCCI (1985), pp. 349 ss.; PADOVANI (1992), pp. 419 ss.; recentemente, DONINI (2023b), pp. 1308 ss. Per una rapida ricognizione, volendo, BIANCHI (2024e), pp. 107 ss.

⁴⁸ V. per tutti BRUNELLI (2023), pp. 54 ss.; MARTIELLO (2022); RECCHIA (2024), pp. 385 ss. Sulle ultime esclusioni per titolo di reato dal raggio applicativo della causa di non punibilità in materia ambientale, v. SIRACUSA (2026), pp. 171 s. e pp. 181 s.

⁴⁹ La riforma del 1998 introdusse anche la possibilità per il magistrato di sorveglianza di disporre la sospensione provvisoria della detenzione carceraria (in ipotesi di istanza di affidamento in prova o di detenzione domiciliare dallo *status detentionis*) e potenziò la detenzione domiciliare, estendendo il limite di pena per la fruizione della misura alternativa ordinaria ed introducendo la detenzione domiciliare c.d. generica (quando cioè non ricorrono particolari condizioni soggettive, come quelle legate all'età, allo stato di salute o ai rapporti familiari); si vedano i commenti raccolti in IOVINO, KALB, MASSARO, NORMANDO, PIERRO, RANIERI (1998).

⁵⁰ Ci si riferisce ovviamente alla condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza dell'8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di VIGANÒ (2013).

ri»⁵¹. Relativamente alla fase di cognizione, si ricordino le varie modifiche in senso ampliativo delle sanzioni sostitutive: il d.l. n. 187/1993 (convertito con modificazioni dalla l. n. 296/1993) e la l. n. 134/2003, che limarono le fattispecie preclusive e raddoppiarono i limiti di pena sostituibile (giungendo ai due anni di pena detentiva in concreto con la riforma del 2003); il d.l. n. 272/2005 (convertito con modificazioni dalla l. n. 49/2006) e la l. n. 210/2010, che introdussero la sanzione sostitutiva “speciale” del lavoro di pubblica utilità, rispettivamente, per le ipotesi di produzione, cessione o detenzione a fini di cessione di sostanze stupefacenti di lieve entità *ex art.* 73, comma 5, T.U. stup.⁵² e di guida in stato d'ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S.; il d.lgs. n. 150/2022 (riforma Cartabia), che ha innovato profondamente la disciplina di cui agli artt. 53 ss. l. n. 689/1981, tra l'altro, raddoppiando nuovamente i limiti di sostituibilità (giunti così a ben quattro anni di pena detentiva in concreto), modificando le tipologie di pena sostitutiva (semidetenzione e libertà controllata hanno lasciato il posto a semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità, ferma restando la pena pecuniaria sostitutiva) ed aprendole a contenuti propriamente risocializzativi (esclusa la pena pecuniaria)⁵³.

Da rilevare, poi, che quasi tutte le surriferite modifiche e innovazioni hanno comportato una significativa dilatazione del potere discrezionale del giudice, proseguendo appunto la tendenza già ampiamente segnalata ne *La recente legislazione penale*. Preme però subito indicare una sorta di “scadimento qualitativo” della discrezionalità in fase esecutiva, che invece, sino al tramonto dello scorso millennio, poteva ancora considerarsi «realmente strumento utilizzabile in vista della individualizzazione della pena in funzione di risocializzazione del reo»⁵⁴. Infatti, come cennato, nel 1998 si stabilizzò e generalizzò il meccanismo di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive non superiori ai tre anni (poi saliti a quattro), consentendo l'applicazione delle misure alternative penitenziarie, *in primis* l'affidamento in prova, a soggetti liberi (non ancora sottoposti all'esecuzione carceraria in quanto appunto sospesa); riforma che, come vedremo meglio tra breve, si è rivelata decisiva per la “sostenibilità” del sistema ma che certamente ha appannato l'immagine originaria delle misure alternative «come istituti diretti al riadattamento sociale del reo [...] fondati sulla costante “osservazione” della personalità del condannato e continuamente adattabili nel loro contenuto alle modificanti esigenze della personalità medesima». A questo dato tecnico-strutturale si aggiunge un noto dato empirico-funzionale: le risorse umane ed economiche destinate alla magistratura di sorveglianza sono del tutto inadeguate a far fronte alla – crescente – popolazione dei condannati a pena esecutiva (non sospesa condizionalmente *ex art.* 163 c.p.), che assomma i detenuti, coloro che beneficiano di una pena sostitutiva o (più spesso) di una misura alternativa (sia essa stata ottenuta “dalla libertà” o meno) e coloro che hanno fatto istanza di misura alternativa a seguito di sospensione dell'ordine di esecuzione (la massa dei c.d. liberi sospesi). Ne consegue una tendenziale contrazione non solo dei tempi “utili” disponibili per decidere ciascuna istanza (e un correlato allungamento dei tempi “morti” di decisione, visto l'esorbitante numero di istanze) ma anche della “base” del connaturato giudizio discrezionale, non essendo possibili istruttorie approfondite per ciascun soggetto istante e andandosi conseguentemente verso una standardizzazione dei contenuti del programma di trattamento⁵⁵.

Quanto alla dinamica inasprimento, dalla fine della prima Repubblica in poi, tutti i legislatori di tutti i colori hanno puntato sull'appesantimento delle pene edittali e sull'introduzione di nuove circostanze aggravanti, molti hanno messo in campo anche provvedimenti significativamente e direttamente restrittivi della discrezionalità giudiziale⁵⁶.

Sul fronte degli innalzamenti edittali, abbiamo avuto sia interventi concentrati sui massimi edittali sia – più frequenti – interventi concernenti l'intera cornice edittale (o il solo minimo), secondo il duplice schema già delineato ne *La recente legislazione penale*: da un lato, elevazioni del massimo edittale, non toccando il minimo o aumentandolo senza travalicare tuttavia i limiti applicativi degli istituti alternativi alla carcerazione; dall'altro, inasprimenti del massimo e/o del minimo, in funzione anche della disattivazione dei meccanismi di sospensione o sostit-

⁵¹ Cfr. DELLA BELLA (2013); EAD. (2014).

⁵² Nonché per le ipotesi di reato occasionale sanzionato in concreto con pena detentiva non superiore all'anno e legato alla condizione di tossicodipendente o di assuntore abituale dell'autore (rispettivamente, commi 5-bis e 5-ter T.U. stup.).

⁵³ Sia consentito il rinvio a BIANCHI (2024c), *passim*.

⁵⁴ V. *supra*, par. 2.1.

⁵⁵ Sia consentito il rinvio a BIANCHI (2024c), pp. 131 ss. e p. 217, nota 239.

⁵⁶ Oltre agli AA. citati *infra*, v. ancora nota 9.

tuzione della pena carceraria. Al primo schema – data l’efficacia extraeditale delle circostanze proprie – si possono ricondurre pure gli interventi introduttivi di nuove aggravanti prive di blindatura, al secondo quelli introduttivi di nuove aggravanti privilegiate o trasformativi di aggravanti semplici in privilegiate. Come esempio di modifica inasprimento del primo tipo (concentrazione sul limite editale superiore), oltre alla sfilza di nuove aggravanti comuni inserite nel corpo dell’art. 61 c.p. dal 2008 fino ad oggi⁵⁷, si possono citare i provvedimenti susseguiti sull’art. 612-*bis* c.p.: il delitto di atti persecutori, introdotto nel 2009 e allora sanzionato con la reclusione da sei mesi a quattro anni, nel 2013 ha visto un innalzamento del solo limite di pena superiore, passato a cinque anni (con il citato d.l. n. 78/2013); nel 2019 ha visto l’elevazione e del minimo e del massimo, passando alla forbice che va da un anno a sei anni e sei mesi di reclusione (con la nota l. n. 69/2019 sul “Codice rosso”)⁵⁸. Come esempi delle modifiche del secondo tipo (concentrazione sul limite editale minimo ed eventualmente massimo) c’è l’imbarazzo della scelta: si possono ricordare la legislazione anti-corruzione cui già si è fatto cenno (l. n. 190/2012; l. n. 69/2015; l. n. 3/2019) o le plurime modifiche ai più classici reati contro il patrimonio, come il furto, la rapina e l’estorsione, con l’autonomizzazione in senso repressivo di fattispecie circostanziali (la previsione del furto in abitazione e del furto con strappo quali reati autonomi ad opera della l. n. 128/2001, con forti inasprimenti di pena nel 2017 e nel 2019), con l’aggiunta e la blindatura di circostanze aggravanti speciali (come quelle di cui al terzo comma, numeri 3), 3-*bis*), 3-*ter*) e 3-*quater*), dell’art. 628 c.p.), con l’innalzamento del minimo editale (ad esempio quello della rapina semplice, passato nel 2017 da tre a quattro anni di reclusione e giunto nel 2019 a cinque anni, oppure quello dell’estorsione semplice, passato nel 1991 da tre a cinque anni di reclusione)⁵⁹.

Sul fronte invece degli interventi direttamente restrittivi del potere discrezionale giudiziale, come già detto, è risultato prolifico il filone della blindatura delle circostanze aggravanti: oltre a quelle speciali della rapina già richiamate, si pensi, *inter alia*, all’aggravante comune della recidiva reiterata (il famigerato intervento sull’art. 69 c.p. da parte della l. n. 251/2005) o all’aggravante “parentale” dell’omicidio volontario (estesa e blindata ad opera della l. n. 69/2019)⁶⁰. A differenza che negli anni ’70-’80, si è però diradato il ricorso alle pene fisse, con la rilevante recente eccezione del delitto di femminicidio, punito in comminatoria editale con l’ergastolo⁶¹. Si sono inoltre incisi due classici istituti discrezionali, col dichiarato intento di ridurre in chiave repressiva la discrezionalità pretoria: la recidiva e le attenuanti generiche. Quanto alla prima, la già richiamata legge ex-Cirielli non solo ha inasprito gli aumenti di pena (rendendoli in misura fissa rispetto alle ipotesi di recidiva semplice, pluriaggravata e reiterata) ma ha anche voluto invertire l’apertura alla discrezionalità giudiziale realizzata nel ’74 relativamente all’*an* dell’aggravamento, in maniera assolutamente inequivoca rispetto alla nuova ipotesi di recidiva c.d. speciale (art. 99, comma 5, c.p.) e in maniera meno perentoria rispetto alle ipotesi di recidiva pluriaggravata (art. 99, comma 3, c.p.) e di recidiva reiterata (art. 99, comma 4, c.p.); di queste ultime due ipotesi è stata possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata, rispetto alla prima è stato indispensabile l’intervento della Corte costituzionale⁶². Sempre in controtendenza rispetto alla novella del ’74, sono stati anche posti limiti minimi all’incremento per i reati satellite nel calcolo del cumulo giuridico in ipotesi di recidiva reiterata e, soprattutto, come già ricordato, quest’ultima fattispecie recidivale è stata blindata⁶³. Il medesimo provvedimento legislativo ha introdotto altresì una serie di vincoli stringenti e

⁵⁷ Il d.l. n. 92/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 125/2008, introdusse al n. 1-*bis*) la famigerata aggravante della “clandestinità” (poi rimossa da Corte cost., sent. 249/2010). La penultima aggiunta è stata operata dal già citato “decreto sicurezza” del 2025: n. «11-*decies*) l’aver, 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». L’ultima aggravante comune è stata inserita al n. 11-*undecies*) dalla l. n. 132/2025: «l’aver commesso il fatto mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato».

⁵⁸ Infine è stata introdotta la circostanza speciale ad effetto speciale legata ai motivi di «odio» o di «discriminazione» di genere o di «prevaricazione» nei confronti della donna (nuovo comma 4, previsto dalla l. n. 181/2025).

⁵⁹ Cfr., volendo, BIANCHI (2024e), pp. 121 ss.

⁶⁰ Sulle circostanze blindate, per tutti, PECCIOLI (2010); recentemente FRAGASSO (2024), pp. 663 ss.

⁶¹ Art. 577-*bis* c.p., introdotto dalla l. n. 181/2025, norma peraltro estremamente problematica tanto nella parte sanzionatoria quanto in quella precettiva; cfr. BARTOLI (2025); BOTTO (2026), pp. 18 ss.

⁶² Corte cost., sent. n. 185/2015; volendo, si veda il commento di BIANCHI (2016), pp. 30 ss. Sulla “contro-riforma” in materia di recidiva, v. per tutti CORBETTA (2006), pp. 54 ss.; MELCHIONDA (2006), pp. 175 ss.; sulla relativa evoluzione interpretativa, v. BARTOLI (2014), pp. 885 ss.

⁶³ Tale restrizione è stata poi ripetutamente “disattivata” dalla Corte costituzionale, v. *infra*, par. 4.

vere e proprie preclusioni a carico dei recidivi (specie reiterati) in ordine all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari⁶⁴. Quanto alle circostanze attenuanti generiche, la medesima l. n. 251/2005, al nuovo comma secondo dell'art. 62-*bis* c.p., ha introdotto la seguente limitazione: «non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni»⁶⁵. Altrettanto significativo il d.l. n. 92/2008, che ha inserito un ulteriore – e ben più consistente – vincolo, impedendo di porre «l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato» ad esclusivo fondamento della concessione delle attenuanti generiche⁶⁶.

Relativamente agli interventi immediatamente limitativi della discrezionalità giudiziale, non si può infine non rammentare l'introduzione e il successivo abnorme accrescimento dell'art. 4-*bis* o.p., fonte di preclusioni – talvolta assolute – all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari in base al titolo di reato oggetto di condanna. Nato per contrastare il dilagare della criminalità – anzitutto – mafiosa e inizialmente irrobustito sempre in tale ottica⁶⁷, è stato progressivamente espanso molto al di là della sua *ratio* originaria, finendo per includere reati di per sé scarsamente significativi sotto il profilo della pericolosità sociale e solo incidentalmente intersecanti il fenomeno delle organizzazioni criminali e persino reati non particolarmente significativi nemmeno sotto il profilo della gravità astratta⁶⁸. Si ripensi all'esempio dell'art. 600-*quater* c.p. e si notino i due ultimi arrivi tra i reati c.d. di seconda fascia: il nuovo – di per sé problematicissimo – delitto di rivolta carceraria e la nuova ipotesi circostanziata – anch'essa problematica – di istigazione a disobbedire alle leggi realizzata «all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute»⁶⁹.

4. ...profili di novità dalla seconda Repubblica ai giorni nostri.

Chiariti i profili di marcata continuità con le tendenze legislative degli anni '70-'80, occorre ora rilevare i profili non tanto di discontinuità quanto piuttosto di sviluppo, quando non d'esasperazione, di quelle tendenze e gli effetti di tali ultimi profili sul rapporto tra dinamica mitigatrice e dinamica inasprente e sul rapporto tra gli stessi poteri dello Stato.

4.1. L'espansione della dimensione “negoziale” e delle alternative alla stessa condanna penale.

Si deve in primo luogo notare come sia cresciuta la dimensione “negoziale” dell'ordinamento penale, almeno in un duplice senso. Anzitutto si sono affermati istituti processuali (con corposi effetti sostanziali) che sono incentrati su di una vera e propria trattativa tra indagato/imputato e Autorità Giudiziaria, così che la reazione sanzionatoria al reato risulta – almeno parzialmente – il frutto dell'incontro di volontà tra le due parti del rapporto punitivo: il patteggiamento, introdotto dal nuovo codice di rito agli artt. 444 c.p.p. ss. e via via esteso nella portata⁷⁰; la sospensione del procedimento con messa alla prova, prima sperimentata nel diritto penale minorile (d.P.R. n. 448/1988) e poi esportata con enorme successo nel sistema

⁶⁴ V. ancora CORBETTA (2006), p. 55; MELCHIONDA (2006), pp. 186 s.; v. anche *infra*, par. 4.

⁶⁵ Limitazione poi circoscritta dalla Consulta, v. *infra*, par. 4.

⁶⁶ Cfr. CAPUTO (2010), pp. 198 ss.

⁶⁷ La disposizione fu introdotta dal d.l. n. 152/1991 (convertito con modificazioni dalla l. n. 203/1992) e fu modificata per la prima volta dal d.l. n. 306/1992, emanato una quindicina di giorni dopo l'assassinio di Giovanni Falcone e convertito in legge con modificazioni (l. n. 356/1992) dopo l'assassinio di Paolo Borsellino.

⁶⁸ V., *ex multis*, PAVARIN (2020), pp. 1483 ss.; PELISSERO (2020), pp. 3 s.

⁶⁹ Indicativi anche gli ultimi inserimenti tra i reati necessitanti di almeno un anno di «osservazione scientifica» in carcere (l. n. 181/2025): si vedano in particolare i maltrattamenti aggravati *ex art.* 572, commi 2 o 3, c.p. e lo *stalking* aggravato *ex art.* 612-*bis*, comma 3, c.p. (già sottratti alla sospensione dell'ordine d'esecuzione ai sensi dell'art. 656 c.p.p., eccettuata l'ipotesi aggravata di cui al comma terzo dell'art. 572).

⁷⁰ Il c.d. patteggiamento allargato fu introdotto dalla l. n. 134/2003, recentemente la riforma Cartabia ha esteso a questa forma di accordo sulla pena la possibilità di includervi anche le pene accessorie (oltre alla confisca facoltativa); il concordato in appello, abrogato dal d.l. n. 92/2008, fu reintrodotta dalla l. n. 103/2017 e anch'esso è stato recentemente riformato e ampliato dal d.lgs. n. 150/2022. V. per tutti FORTE (2024); DEL COCO e PITTIRUTI (2024), pp. 179 ss.; BONTEMPELLI (2024), pp. 431 s.

“ordinario” (l. n. 67/2014) e recentemente estesa dalla riforma Cartabia⁷¹. Se è indiscutibile che il “contraente forte” è il magistero punitivo, dato che ci si muove entro le tipologie e le quantità sanzionatorie discendenti dalla legge statale e, soprattutto, che l’esito negativo della negoziazione conduce alla ripresa del procedimento penale nelle forme ordinarie (in direzione di una risposta punitiva “piena”); è altrettanto vero che, sviluppando la traccia data dal sopra ricordato istituto dell’applicazione delle sanzioni sostitutive a richiesta dell’imputato, si è valorizzata l’iniziativa di quest’ultimo e la dimensione consensuale, avendosi – sia in caso di pena patteggiata sia in caso di M.A.P. – una risposta sanzionatoria quantomeno “condivisa” se non proprio e non sempre co-definita dall’inquisito⁷². Una logica tutto sommato negoziale è rinvenibile anche nell’istituto delle “prescrizioni amministrative” con efficacia estintiva, sorto nel diritto penale del lavoro (d.lgs. n. 758/1994) e poi esteso a quello ambientale (l. n. 68/2015) e a quello alimentare (d.lgs. n. 150/2022): l’organo accertatore (P.A. con funzioni di polizia giudiziaria o direttamente la P.G.) dell’illecito contravvenzionale impartisce «un’apposita prescrizione, fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario»⁷³; se il (presunto) contravventore accetta di adempiere alla prescrizione e alla frazione di ammenda legalmente prevista, reato e procedimento si estinguono⁷⁴.

Si tratta in ogni caso di “reciproche concessioni”: l’incolpato accetta di rinunciare alle garanzie difensive proprie del giudizio ordinario e di accelerare l’attuazione della risposta sanzionatoria (la pena in senso stretto, ancorché diminuita, nel patteggiamento; il programma di trattamento con annesso lavoro di pubblica utilità, nella M.A.P.; l’adempimento della prescrizione e una quota di sanzione pecuniaria, nel meccanismo estintivo da ultimo richiamato) e lo Stato accetta di mitigare quest’ultima, aggiungendo, con la M.A.P. e le “prescrizioni amministrative”, la preziosa contropartita di un effetto estintivo che preclude l’emissione di una pronuncia condannatoria⁷⁵.

In secondo luogo, sono aumentate le ipotesi di definizione alternativa del procedimento in cui l’organo giurisdizionale ha un ruolo per lo più “recettivo” dell’iniziativa dell’indagato/imputato e/o della persona offesa, senza che vi sia una negoziazione tra il primo e la parte pubblica (sia essa impersonata dal P.M., dall’U.E.P.E. e dallo stesso giudice o dall’organo accertatore delle contravvenzioni). Si pensi, per un verso, ai vari istituti basati su condotte riparatorie “unilateralmente” assunte dal (presunto) reo, come quello previsto all’art. 162-ter c.p. (dalla l. n. 103/2017) per i reati procedibili a querela rimettibile⁷⁶, o all’art. 13 d.lgs. n. 74/2000 (per come riformato dal d.lgs. 158/2015) per i reati fiscali⁷⁷; per altro verso, si consideri l’estensione del regime di perseguibilità a querela, che comporta non solo una simmetrica estensione dell’istituto codicistico delle condotte riparatorie estintive ma soprattutto una valorizzazione del ruolo del soggetto passivo del reato, dalla cui volontà dipende la punibilità di una fetta sempre più significativa di reati (come detto, una recente forte estensione si è avuta col d.lgs. n. 150/2022)⁷⁸. In tutte queste cause estintive, pur mancando una “contrattazione” con i rappresentanti a vario titolo del potere punitivo, è pur sempre rintracciabile una dimensione *lato sensu* negoziale. Nelle condotte ripristinatorie “unilaterali”, è l’atto di volontà dell’inquisito – espresso in una congrua attività riparatoria – a produrre l’effetto radicale dell’estinzione del reato (un atto giuridico che quindi può ricondursi in qualche modo al concetto di *negotium*), limitandosi il vaglio giudiziale ad un controllo per così dire “esterno” dell’integrazione dei presupposti predeterminati per legge⁷⁹. Nei reati procedibili a querela, la concreta punibilità

⁷¹ V., *ex plurimis*, BARTOLI L. (2020); BOVE (2023); EAD. (2024), pp. 405 ss.; MIRAGLIA (2020).

⁷² Ferme restando chiaramente le profonde differenze tra applicazione pena su richiesta delle parti e sospensione del procedimento con M.A.P.: dalle parti dell’accordo – necessariamente il P.M. nel primo caso, salva la possibilità di recupero giudiziale *ex art.* 448 c.p.p. (in ipotesi di “dissenso ingiustificato”); eventualmente il solo giudicante nel secondo caso, anche se la riforma Cartabia ha potenziato il ruolo del P.M. consentendogli di proporre la M.A.P. – al grado di coattività della sanzione concordata – pieno nel patteggiamento, una volta recepito in sentenza; molto più attenuato in caso di M.A.P., potendo sempre l’inquisito rifiutare il programma di trattamento e le relative limitazioni, con la “sola” conseguenza della riattivazione del procedimento penale.

Peraltro, una logica consensuale è propria anche delle nuove pene sostitutive (diverse dalla pecuniaria), dato che il d.lgs. n. 150/2022 ha elevato il consenso del condannato a requisito indefettibile della sostituzione (eccettuata la pena pecuniaria).

⁷³ Art. 20 d.lgs. n. 758/1994.

⁷⁴ Cfr. PALAZZO (2023b), pp. 502 ss.; DONINI (2023a), in particolare pp. 17 ss.

⁷⁵ Anche il patteggiamento ordinario contempla un meccanismo estintivo ma solo *ex post*, ad applicazione pena avvenuta (art. 445 c.p.p.).

⁷⁶ Sull’istituto di cui all’art. 162-ter c.p. v. per tutti DEMURO (2019), pp. 437 ss.; PERINI (2017a), pp. 1274 ss.; RIVERDITI (2017), pp. 2227 ss.

⁷⁷ L’area della non punibilità è stata successivamente ridefinita ed estesa; l’attuale disciplina si trova all’art. 89 del «Testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali» (d.lgs. n. 173/2024). Cfr. PENCO (2024), pp. 1577 ss.

⁷⁸ Cfr. ARTALE e BIN (2023), pp. 163 ss.; MAZZACUVA (2024), pp. 419 ss.; nonché, volendo, BIANCHI (2024a), pp. 433 ss.; ID. (2024b), pp. 447 ss.; ID. (2024c), pp. 455 ss.

⁷⁹ Cfr., pur con sfumatura differente, PALAZZO (2023b), p. 503.

s'attiva ovviamente solo con l'atto di volontà (punitiva) dell'offeso e sempre dalla volontà di quest'ultimo dipende la prosecuzione del procedimento, volontà che può convertirsi in volontà estintiva sia per una decisione del tutto autonoma del querelante (indipendente e dall'Autorità Giudiziaria e dal querelato) sia per una decisione frutto di una negoziazione col querelato, eventualmente su impulso dell'Autorità Giudiziaria ed eventualmente nell'ambito – fortemente innovativo ed umanistico – della Giustizia riparativa⁸⁰.

Come cennato, tracce di negozialità v'erano anche negli anni '80: la l. n. 689/1981, oltre a prevedere le sanzioni sostitutive “patteggiate”, aveva ampliato le ipotesi di procedibilità a querela e aveva introdotto l'oblazione discrezionale; vi erano poi le norme premiali per i “terroristi pentiti” (l. n. 304/1982), che certamente dettero spazio ad una logica di scambio tra reo e Stato. Nel nuovo millennio, però, la dimensione negoziale sembra essere “esplosa” in una miriade di istituti di varia foggia e di varia consistenza. Tali istituti, da un lato, destano plurime perplessità, legate alla tenuta generalpreventiva, ai rischi di “privatizzazione”, ma anche di indebite pressioni sull'inquisito⁸¹; tuttavia, dall'altro lato, aprendo a condotte riparative e a «collaborazioni tra le parti ignote all'immagine sacrale e autoritaria del giudice come distributore di un male aggiunto»⁸², contribuiscono a smussare il carattere intrinsecamente “oppressivo” della pena e ad avvicinare la giustizia penale agli interessi concreti in gioco nelle varie vicende che la occupano, oltre ad ottenere importanti effetti deflativi, trattandosi di meccanismi che operano solitamente in fase pre-decisoria.

4.2.

Una sproporzione ormai “sistemica” tra emergenze reali, pseudo-emergenze ed emergenze non risolubili col pugno duro.

Quanto alla dinamica inasprimento, occorre evidenziare anzitutto il consolidamento e l'espansione del «terrorismo repressivo» dato dalla continua produzione di nuove fattispecie criminose (e circostanze aggravanti) e dal continuo aumento delle comminatorie edittali: «successivi innalzamenti di pena, a partire dai livelli astronomici del codice Rocco, hanno in più punti provocato il quasi totale esaurimento dell'arsenale sanzionatorio», scriveva un altro Maestro del diritto penale nello stesso anno d'uscita dell'ultima edizione de *La recente legislazione penale*⁸³. Come detto, tale tendenza è abbondantemente proseguita, con pochissime battute d'arresto⁸⁴ e con l'incredibile effetto di far apparire “miti” gli editti sanzionatori del codificatore fascista: si può dire di versare attualmente in uno stato di *sproporzione sistemica*, in un duplice senso. In primo luogo, anno dopo anno, legislatura dopo legislatura, si sono largamente diffuse pene manifestamente eccessive (almeno in astratto), talora davvero incomprensibili, specie nei massimi edittali – ad esempio, la pena della reclusione di anni sei per aver mentito ad un pubblico ufficiale sulle proprie qualità personali, se pensata come effettiva, è oggettivamente sproporzionata in base a qualsivoglia parametro ci si rifaccia⁸⁵ – ma non di rado anche nei minimi – ad esempio, la pena di anni cinque di reclusione per la rapina semplice, propria o impropria che sia, o la pena di anni sei di reclusione per la corruzione propria⁸⁶. Sproporzione sistemica, dunque, perché sparsa a piene mani in ogni settore dell'ordinamento penale, tanto da divenire cifra caratteristica della nostra legislazione. In secondo luogo, deve osservarsi come continuino a sopravvivere comminatorie ragionevoli o comunque non manifestamente sproporzionate – ad esempio la truffa semplice continua ad essere punita con la reclusione da sei mesi a tre anni⁸⁷: il fatto che non tutte le cornici edittali siano di dubbia costituzionalità ovviamente è in sé un dato positivo ma, connesso a eccessi sanzionatori diffusi, determina anzitutto

⁸⁰ Introdotta come disciplina generale dalla riforma Cartabia, che, tra l'altro, ha esplicitato quale ipotesi di remissione tacita della querela la partecipazione della persona offesa ad un programma di giustizia riparativa concluso con esito positivo (nuovo n. 2 del comma terzo dell'art. 152 c.p.). Cfr., *ex plurimis*, BARTOLI (2024a), pp. 183 ss.; CERETTI (2024), pp. 23 ss.; MANNOZZI (2024), pp. 59 ss.; MATTEVI (2023), pp. 233 ss.; PARISI (2024); nonché, volendo, BIANCHI (2024d), pp. 121 ss.

⁸¹ Cfr. PALAZZO (2023a), pp. 15 s.; già ID. (1985), pp. 121 ss.

⁸² DONINI (2023b), pp. 1335.

⁸³ MARINUCCI (1985), pp. 349 ss.

⁸⁴ *Ex paucis*, la l. n. 85/2006 sui “reati di opinione”; cfr. VISCONTI (2006), V, cc. 217 ss.

⁸⁵ Art. 495 c.p., come da ultimo modificato dal d.l. n. 92/2008.

⁸⁶ Rispettivamente, art. 628 c.p., per come da ultimo modificato dalla l. n. 36/2019, e art. 319 c.p., per come da ultimo modificato dalla l. n. 69/2015.

⁸⁷ È stata rialzata solo la pena pecuniaria con la l. n. 689/1981. Ma a livello di circostanze non sono mancate le modifiche in senso inasprimento: da ultimo, l'introduzione dell'aggravante speciale indipendente (reclusione da due a sei anni) per i casi di “minorata difesa” (d.l. n. 48/2025).

una situazione di “spaesamento generalpreventivo”, poiché beni giuridici inferiori vengono ad essere dotati di una tutela più robusta di quelli superiori e beni giuridici di livello assimilabile vengono ad essere dotati di tutele fortemente differenziate, con conseguente confusione valoriale e smarrimento o comunque perversione della stessa funzione di prevenzione generale⁸⁸. Sproporzione sistemica, dunque, perché impattante sulla funzionalità e “giustizia” complessive del sistema penale (almeno in una prospettiva retributiva e generalpreventiva).

Va poi subito evidenziato che cornici edittali esasperate tendono a produrre pene sproporzionate pure in concreto, con violazione del diritto fondamentale del reo a non essere punito in maniera manifestamente sproporzionata, poiché non tutte le pene sono ammortizzabili dagli istituti mitigatori, come d'altronde è evidente e come sarà approfondito nel paragrafo successivo. Occorre peraltro considerare che la sproporzione effettivamente subita dal condannato va misurata non solo sul numero di mesi ed anni di pena detentiva ma anche sul grado di afflittività *reale* di quest'ultima, il quale non è esacerbato soltanto dalla intollerabile (inumana) situazione di sovraffollamento e dalle precarie condizioni igienico-sanitarie di molte carceri italiane. Esso, altresì, «rischia di essere accresciuto in comparazione alle mutate condizioni di vita», costituendo «un dato acquisito nella letteratura criminologica che il grado di afflittività della pena carceraria non può che essere relativo alle generali condizioni di vita presenti in una data società», ed essendo «indubbio che, dall'entrata in vigore del codice penale, le condizioni di vita nella società italiana sono di molto migliorate non essendo più nemmeno paragonabili a quelle esistenti prima della guerra»⁸⁹.

Il primo profilo di novità risiede pertanto nella crescente intollerabilità della tendenza inasprimento, sia perché più prosegue e meno è sopportabile – dai singoli che incappano nelle maglie del sistema repressivo, così come dal sistema stesso – sia perché la pena regina resta quella carceraria ed il carcere risulta vieppiù disumano, alla luce dello scarto sempre più netto tra vita “fuori” e vita “dentro”⁹⁰.

Altro profilo di novità sta nella sfasatura tra evoluzione dei fenomeni delinquenziali e inasprimenti sanzionatori che dovrebbero rappresentare una risposta ai primi. Infatti, il rafforzamento dell'apparato repressivo (e preventivo) avviato nel '75 fu dovuto «soprattutto al pauroso dilagare del terrorismo e della delinquenza comune principalmente violenta»⁹¹, così come la l. n. 646/1982 e le leggi anti-mafia degli anni '90 risposero all'esacerbazione della violenza mafiosa (e all'arricchimento vertiginoso delle relative organizzazioni criminali, anche grazie ai profitti derivanti dal mercato della droga). Non sembra invece che i “giri di vite” del nuovo millennio siano corrisposti a emergenze criminali reali, con l'eccezione forse di quella terroristica internazionale.

A livello generale, se si guarda al c.d. tasso di delittuosità (delitti denunciati dalle forze di polizia all'A.G. ogni 100.000 abitanti), gli anni a noi più vicini – quelli dove si sono registrati gli incrementi sanzionatori più incisivi (dal pacchetto-sicurezza 2008 in poi) – non fanno registrare nessuna esplosione della criminalità. Nel 2008 il numero totale di delitti denunciati dalle forze di polizia all'A.G. – incluse dunque le notizie di reato non “convalidate” poi da una pronuncia di condanna – risultava pari a 4.576,6 ogni 100.000 abitanti, nel 2013 – presumibilmente anche in conseguenza della crisi economica – è salito a 4.795,4, ma poi è iniziato a decrescere, fino alla punta minima di 3.197,6 nel 2020 – in conseguenza delle forti restrizioni alla libertà di circolazione in epoca “Covid” –, per poi risalire negli anni successivi, fino al quoziente di 3.969,2 del 2023, comunque distante dalla rilevazione del 2008⁹². Per il periodo 1° gennaio-31 luglio 2025 si è registrata una non banale flessione dei reati denunciati rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente: un complessivo – 9% (– 8% di persone denunciate)⁹³.

⁸⁸ Cfr. VENTUROLI (2022), pp. 96 ss., il quale rileva che gli inasprimenti a livello di pene edittali e di disciplina circostanziale, dettati da «ragioni sistemico-simboliche», hanno privato di «coerenza sistemico-strutturale» le cornici edittali, offuscandone la «funzione dissuasivo-orientativa» e sviluppando dinamiche «di neutralizzazione e di esclusione».

⁸⁹ Così la Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale. Relazione*, p. 3.

⁹⁰ Scarto registrato anche da Corte cost. n. 32/2020, nell'affermare che con l'attribuzione ad una certa fattispecie criminosa della natura ostativa, con esclusione assoluta quindi della possibilità d'applicazione di misure alternative “dalla libertà” (applicazione ammessa poi durante l'esecuzione carceraria alle condizioni stabilite dall'art. 4-bis o.p.), si ha «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato [...] Tra il “fuori” e il “dentro” la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un aliud rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.».

⁹¹ V. *supra*, par. 2.

⁹² V. Tavola “Tasso di delittuosità” – Delitti denunciati dalle forze di polizia all'autorità giudiziaria, in www.dat.istat.it.

⁹³ V. Dossier Viminale 15 agosto 2025, in www.interno.gov.it.

Il reato al vertice della scala di disvalore, l'omicidio doloso (consumato), è in continuo decremento dal picco del 1991 (3,4 ogni 100.000 abitanti): sceso all'1,2 (ogni 100.000 abitanti) nel 2011, è ormai allo 0,... (ogni 100.000 abitanti) dal 2010 (0,9), essendosi ormai attestato intorno allo 0,5 negli ultimi anni (0,56 nel 2022, 0,52 nel 2021, 0,53 nel 2019; mentre nel 1975 era 3,1, come nel 1981, nel 1982 ben 3,5)⁹⁴; per il periodo 1° gennaio-31 luglio 2025 si è registrato un lieve aumento del numero di omicidi rispetto alla corrispondente rilevazione del 2024 (passandosi da 178 a 184 omicidi), con una lievissima diminuzione degli «Omicidi volontari con vittime di sesso femminile» (passandosi da 61 a 60)⁹⁵.

Non siamo dunque in una fase storica che possa dirsi “complessivamente” emergenziale. Si noti peraltro che negli anni precedenti al “funesto” 2019, anno contrassegnato da molteplici severi inasprimenti emblematici del più spinto “populismo punitivo” – dalla l. n. 3/2019 in tema di reati contro la P.A alla l. n. 69/2019 in tema di violenza di genere, passando per la l. n. 36/2019 in tema di reati contro il patrimonio⁹⁶ –, il tasso di criminalità era in costante calo a partire appunto dal 2013: 4.663,3 nel 2014, 4.461,7 nel 2015, 4.137,7 nel 2016, 4.049,5 nel 2017 e 3.961,1 nel 2018⁹⁷.

Se poi si volge lo sguardo ad alcuni dei titoli di reato “privilegiati” dalle recenti modifiche in senso repressivo, come ad esempio i classici reati di furto e rapina, risulta ancora una volta un trend calante. Quanto al furto (il reato più denunciato), dopo il picco di 2.998,8 ogni 100.000 abitanti nel 1991, fino al 2014 il quoziente è oscillato tra i 2.800,7 del 2007 e i 2.230,4 del 2009 (nel 2014 fu 2.588,0); nel 2018 è sceso a 1.973,8. Quanto alla rapina, dopo il picco del 2007 di 87,6 ogni 100.000 abitanti (preceduto da un trend crescente avviato nel 2001), il quoziente è tornato a diminuire, scendendo a 56,9 nel 2010 e risalendo a 64,5 nel 2014 (ben lontano dal picco predetto); nel 2018 è sceso sensibilmente, giungendo a 47,1⁹⁸. Eppure, come detto, nel 2017 e nel 2019 si aggravarono pesantemente le conseguenze sanzionatorie sia del furto in abitazione e del furto con strappo sia della rapina (la l. n. 103/2017 inasprì anche l'aggravamento di pena *ex art.* 625 c.p.).

Insomma, anche in un'ottica brutalmente funzionalistica, non sembra che vi siano ragioni che possano giustificare gli spropositati inasprimenti sanzionatori del nuovo millennio: gli anni di piombo e il susseguente e in parte intersecante periodo delle stragi mafiose non sono paragonabili a questo primo quarto di XXI secolo.

Il che non significa che non aleggi nelle nostre strade e nelle nostre case un senso di insicurezza diffusa né che non vi siano elementi criminologici che destano allarme e che devono far pensare, come l'elevato numero di recidivi, la considerevole percentuale di reati ascritti a cittadini stranieri, l'“incattivimento” della delinquenza giovanile. Bisogna però riconoscere che quel senso di insicurezza è in parte frutto di messaggi allarmistici ossessivamente ripetuti dai media con la compiacenza di buona parte delle forze politiche, oltre che di un disagio sociale di più ampia portata che affonda le radici in trasformazioni economiche e culturali epocali. Bisogna altresì riconoscere che quegli elementi criminologici oggettivamente preoccupanti non trovano una risposta congrua ed efficace in una politica penale tanto semplicistica quanto aggressiva, bensì in politiche sociali articolate e di ampio respiro: di fronte a fenomeni sociali delicati e complessi non serve a nulla continuare con la logica del “pugno di ferro”, la quale anzi ottiene solitamente l'effetto esattamente contrario a quello che si propone: più recidiva.

4.3.

Conti che non tornano: una compensazione solo apparente tra dinamiche solo parzialmente opposte, deformazione degli istituti specialpreventivi e rischi strutturali di discriminazione.

Abbiamo visto che la dinamica mitigatrice e quella inasprente hanno continuato a correre,

⁹⁴ V. Tavola 6.19 in Serie storiche – Criminalità – Delitti denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per tipo di delitto - Anni 1955-2014, in *www.istat.it*; v. anche il rapporto NoiItalia2024 – Popolazione e società – Criminalità e sicurezza, *ivi*.

⁹⁵ V. Dossier Viminale 15 agosto 2025, in *www.interno.gov.it*.

⁹⁶ Si può ricordare anche il d.l. n. 53/2019 («Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»), convertito con modificazioni in l. n. 77/2019, con cui, tra l'altro, fu aggiunta una nuova aggravante comune (art. 61 n. 11-*septies*) c.p.) e furono poste significative limitazioni alla causa di non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p.; cfr. GULLO (2021).

⁹⁷ V. ancora Tavola “Tasso di delittuosità”, *cit.*

⁹⁸ V. ancora Tavola 6.19, *cit.*, e Annuario statistico italiano 2020, in *www.istat.it*, pp. 202 ss. e p. 231 (Tavola 6.11).

articolarsi e scontrarsi, accentuando la “schizofrenia” del fu sistema sanzionatorio. Peraltro, prendendo ancora una volta spunto da *La recente legislazione penale*⁹⁹, si può intravedere un meccanismo – non certo virtuoso – di reciproca alimentazione tra le due dinamiche. L’asprezza delle comminatorie edittali conduce all’ampliamento degli istituti di non punibilità, sospensivi o sostitutivi della pena carceraria, tale ampliamento può indurre poi o modifiche di segno contrario direttamente restrittive (o più raramente soppressive) di quegli istituti – ad esempio i congegni di sottrazione delle circostanze aggravanti al giudizio di bilanciamento – o nuovi innalzamenti delle pene edittali, i quali spesso sono pensati sia per attivare misure cautelari (e pre-cautelari) e mezzi di ricerca della prova più incisivi, oltre che allungare i tempi di prescrizione, sia per tagliar fuori appunto istituti mitigativi. Un esempio limpido nel recente aumento a cinque anni di reclusione del massimo edittale del fatto di lieve entità *ex art. 73*, comma 5, T.U. stup., aumento che, per un verso, esclude(va) l’applicabilità della sospensione con messa alla prova e che, per altro verso, consente l’applicazione della custodia cautelare in carcere¹⁰⁰. I “giri di vite”, poi, che di frequente comportano anche l’incremento dei tassi di carcerazione, inducono l’espansione (o ri-espansione) di istituti mitigativi – si pensi al progressivo ampliamento dell’istituto-chiave dell’affidamento in prova – e ciò può esser seguito da nuove modifiche rigoriste – come ad esempio l’inserimento di nuovi reati nella *black list* dell’art. 4-*bis* o.p. – e così via, in una spirale che può dirsi viziosa, se non perversa.

Ma forse il nuovo millennio ha rivelato qualcosa di più, e di peggio: una certa qual *co-funzionalità* tra dinamica mitigatrice e dinamica inasprente, o meglio, una tendenza all’asservimento della prima da parte della seconda.

In primo luogo, infatti, l’esistenza di molteplici istituti di esclusione della punibilità e di sanzionamento alternativo, disseminati lungo tutto l’iter punitivo (dalle indagini preliminari fino all’esecuzione carceraria), è semplicemente indispensabile alla sopravvivenza “materiale” del sistema: senza di essi il totale collasso sarebbe arrivato da tempo. Una conferma matematica è offerta dal numero di “liberi sospesi” (condannati in via definitiva in attesa del giudizio di sorveglianza sulla concessione di una misura alternativa *ex libertate*) in rapporto alla capienza regolamentare degli istituti penitenziari italiani: nei primi mesi del 2025, oltre 100.000 liberi sospesi¹⁰¹ su poco più di 51.000 posti disponibili (regolamentari)¹⁰², tutti già interamente occupati, peraltro versandosi da tempo (nuovamente) in una situazione di sovraffollamento carcerario (oltre 62.000 detenuti presenti a fine marzo 2025)¹⁰³. Si provi inoltre ad immaginare l’eliminazione di fondamentali istituti di decarcerazione in fase pre-esecutiva, quali la brillantissima M.A.P. e l’inoscidabile sospensione condizionale: dopo aver ammassato quanta più gente possibile in carceri già colme, in violazione dei più elementari principi di civiltà (oltre che degli artt. 27, comma 3, Cost. e 3 C.E.D.U.), resterebbero comunque fuori decine di migliaia di condannati, “carcerati solo sulla carta” in attesa della costruzione di nuove prigioni.

Dunque, da un punto di vista oggettivo, materiale, i vari strumenti di fuga dal carcere e dalla sanzione penale stessa sono assolutamente imprescindibili per qualsiasi politica di “più pena” e “più carcere”. Solo loro, da un lato, consentono al legislatore di continuare a produrre «leggi-simbolo», «leggi-messaggio», che, allo scopo di rassicurare la popolazione o di accreditare socialmente certi valori (e di fare incetta di consenso elettorale), introducono nuovi reati o gonfiano i massimi edittali¹⁰⁴, determinando o lasciando però i minimi edittali entro la capacità di assorbimento degli istituti mitigativi. Si pensi alle fattispecie non aggravate di omicidio stradale (introdotto come reato autonomo dalla l. n. 41/2016 all’art. 589-*bis* c.p.) e nautico (introdotto sempre all’art. 589-*bis* c.p. dalla l. n. 138/2023) o alle già citate modifiche della cornice edittale del reato di atti persecutori.

Solo gli istituti mitigativi, dall’altro lato, consentono al legislatore che voglia unire al “sim-

⁹⁹ V. *supra*, par. 2.2.

¹⁰⁰ Inasprimento ad opera del famigerato “Decreto Caivano” (d.l. n. 123/2023, convertito con modificazioni in l. n. 159/2023), che peraltro è stato ridimensionato da Corte cost., sent. n. 90/2025, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 168-*bis* c.p. nella parte in cui non consente la sospensione del procedimento con messa alla prova per il reato previsto dall’art. 73, comma 5, T.U. Stup. (la Consulta ha rilevato la violazione dell’art. 3 Cost., impiegando come *tertium comparationis* il più grave reato di istigazione all’uso illecito di sostanze stupefacenti).

¹⁰¹ Dato “ufficioso” riportato da FIORENTIN (2025). Altra stima non ufficiale, al dicembre 2025, indicava circa 95.000 liberi sospesi: PINELLI (2026).

¹⁰² Per l’esattezza 51.283, stando ai dati forniti dal Ministero della Giustizia: “Detenuti presenti – aggiornamento al 31 marzo 2025”, in *www.giustizia.it*.

¹⁰³ Per l’esattezza 62.281, v. nota precedente (saliti a 63.493, su 51.249 posti regolamentari, secondo l’aggiornamento ministeriale al 31 ottobre 2025). Sulla impossibilità materiale di funzionamento del macchinario punitivo in assenza degli istituti di sanzionamento alternativo, già BARTOLI (2024b).

¹⁰⁴ V. *supra*, par. 1.

bolo” la “mazzata” di operare per rendere effettiva la carcerazione per alcuni reati o per alcuni tipi di autore, come avviene con la previsione di minimi edittali esorbitanti da qualsiasi misura sospensiva, sostitutiva od alternativa – si pensi al nuovo delitto di «Deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso», punito con la reclusione da otto a quattordici anni (art. 583-*quinquies* c.p., inserito dalla l. n. 69/2019) – oppure con la qualificazione di un certo reato come “ostativo” ai sensi dell’art. 4-*bis* o.p. o “pseudo-ostativo” ai sensi dell’art. 656, comma 9, c.p.p. – si pensi all’esclusione dalla sospensione dell’ordine d’esecuzione dei reati di cui agli artt. 423-*bis* c.p. e 624-*bis* c.p. (ex d.l. n. 92/2008)¹⁰⁵.

Nell’uno come nell’altro caso, non si può fare a meno di conservare l’operatività degli istituti mitigativi, i quali solo in parte possono essere limitati, perché altrimenti il banco salterebbe: sia che venga varata una legge per lo più “simbolica”, che lascia un certo tipo criminoso entro il raggio applicativo degli istituti alternativi al carcere, sia che si emani una legge “simbolico-effettiva”, che sottrae certi reati o certi autori dalla sfera applicativa degli istituti alternativi, il fatto che questi ultimi continuino a funzionare per una fetta consistente di indagati/imputati/condannati è semplicemente indispensabile per la sostenibilità del macchinario punitivo nel suo complesso.

Peraltro, a ben vedere, nell’ottica “simbolico-effettuale” da ultimo evocata, la presenza degli istituti mitigativi potrebbe – paradossalmente – contribuire a rafforzare il messaggio di intollerabilità di certi reati (espressivi di certi fenomeni criminali) e/o di isolamento sociale di certi autori: quelli che rientrano negli istituti che a vari livelli consentono di evitare il carcere rimangono entro una soglia di “sopportazione politico-culturale”, quelli che esorbitano da tali istituti ricadono in una logica nemicale *lato sensu* eliminativa; la presenza della prima categoria consente di marcare la specificità della seconda. Potrebbe dirsi che, governando pene e istituti mitigativi, si tracciano due distinti illegalismi: quello tutto sommato “sopportabile”, sanzionato con pene non (realmente) carcerarie o addirittura privo di sanzione penale, e quello “odioso” e odiato, la cui insopportabilità è inequivocabilmente segnalata dal carcere effettivo, ossia dalla fattiva esecuzione della sanzione massimamente afflittiva e segregativa¹⁰⁶. Il fatto che ci siano autori di reato che non finiscono in carcere serve a suggerire la specificità, l’abnormità, la mostruosità di quelli che invece subiscono la carcerazione¹⁰⁷.

Si potrebbe comunque ritenere che, eccettuati reati “odiosi” e autori “pericolosi”, l’ampia rete degli istituti mitigativi riesca in fin dei conti a frenare la tendenza punitivista, riesca cioè a realizzare una qualche compensazione, garantendo un minimo accettabile di equilibrio complessivo. Sarebbe una consolazione magra e, a ben vedere, illusoria, perché la combinazione viziosa tra le due dinamiche, in realtà, inietta senza sosta tossine che rischiano di seccare alle radici principi fondativi quali l’uguaglianza, il finalismo rieducativo e la stessa proporzione.

Innanzitutto, bisogna osservare che la gran parte degli istituti espressivi della dinamica mitigatrice rispondono ad una *ratio* specialpreventiva e non possono non essere delimitati da presupposti che, oltre che a ragioni di prevenzione speciale, danno voce a ragioni di prevenzione generale. Accanto a requisiti oggettivi di chiara matrice generalpreventiva (come i limiti di pena in astratto o in concreto), vi sono requisiti soggettivi – più o meno predeterminati dalla legge – che esprimono sia ragioni di prevenzione speciale che ragioni di prevenzione generale (come ad esempio i limiti alla reiterabilità delle misure sospensive). Inoltre, agli istituti di decarcerazione è connaturata una valutazione della persona del reo che sfocia in una prognosi criminale, essendo precluso al giudice di applicarli ove ritenuti inidonei a prevenire la recidiva (si pensi in fase pre-decisoria alla M.A.P., in fase decisoria alla sospensione condizionale, in fase esecutiva all’affidamento in prova).

Ora, né le preclusioni soggettive legalmente prefissate né – tantomeno – le valutazioni

¹⁰⁵ Disposizioni non a caso interessate dall’intervento “delimitativo” della Corte costituzionale. Plurime le “potature” delle preclusioni alla sospensione dell’ordine di esecuzione e plurimi anche gli interventi sull’art. 4-*bis* o.p.; cfr. FIORE (2024); v. anche *infra*, par. 4.4.

La recente sent. n. 83/2025 ha invece dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 583-*quinquies* c.p. «nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità» (oltre che nella parte in cui prevede come obbligatoria, anziché come facoltativa, l’interdizione perpetua); v. anche *infra*, par. 4.4.

¹⁰⁶ La suggestione è scopertamente foucaultiana, anche se il grande sociologo francese sviluppava l’idea dei distinti illegalismi rispetto a un contesto notevolmente differente: cfr. FOUCAULT (1976), pp. 298 ss.

¹⁰⁷ Si veda anche quanto osservato da PALAZZO (2018), pp. 184 ss., secondo cui la pena carceraria vive una paradossale «ineffettività» e, al tempo stesso, «ipereffettività», in quanto «il carcere alimenta sé stesso» e contemporaneamente «produce fuga da sé stesso», essendo il sistema articolato «su due circuiti ben differenziati e incomunicanti: [...] quello dei reati per i cui autori le porte del carcere non si apriranno mai» – grazie ai numerosi e variegati filtri di cui abbiamo detto – e «quello dei reati per i cui autori il carcere produce carcerazione in un processo quasi senza fine [...] lungo la traiettoria di un inarrestabile recidivismo».

in concreto sulla capacità a delinquere del reo rispondono ad una logica di proporzionalità “retributiva”, essendo appunto informate ad una prioritaria *ratio* specialpreventiva e, in parte, anche ad esigenze di tenuta generalpreventiva. Questo, inevitabilmente, comporta un *bug* del sistema, un rischio tanto grande quanto ineliminabile: l'esecuzione di pene oggettivamente sproporzionate a cagione di condizioni puramente soggettive. Se ricorre una qualche preclusione normativa o se il giudice in concreto constata la pericolosità sociale del soggetto, i filtri *de quibus* saltano e si arriva alla carcerazione, una carcerazione non corrispondente al reale disvalore del fatto commesso (laddove si ricada in una delle moltissime ipotesi interessate da inasprimenti sanzionatori iperbolici o in una delle moltissime ipotesi di irragionevole asprezza punitiva *ab origine*). Questa dissimmetria non è un accidente, una contingenza del tutto eccezionale, è l'effetto collaterale ma perfettamente prevedibile – strutturale – dell'impiego massivo di strumenti specialpreventivi quali contromisure alla sproporzione oggettiva dei trattamenti punitivi.

Il punto merita di essere chiarito anche guardando da altra angolazione, ossia quella dei minimi edittali. Questi ultimi sono al centro delle politiche sanzionatorie legislative e, come approfondiremo nel prossimo paragrafo, della recente giurisprudenza costituzionale in tema di proporzionalità non in quanto tali ma in quanto soglia di accesso alle misure *lato sensu* alternative alla pena carceraria. Queste sono diventate decisive nell'assicurare una reazione sanzionatoria proporzionata: molto spesso, quando una pena detentiva è commisurabile al di sotto dei quattro anni o dei due anni non viene ritenuta *per se* congrua all'effettivo disvalore dei fatti minori sussumibili nella fattispecie incriminatrice, ma viene ritenuta tale solo perché “trasformabile” in sospensione condizionale o misura alternativa *ab initio*. Soprattutto le questioni di costituzionalità sollevate nell'ultimo decennio in base al principio di proporzione “cardinale” hanno puntato a riportare i minimi edittali nella sfera di operatività degli istituti di decarcerazione¹⁰⁸, lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per le questioni aventi ad oggetto la blindatura delle circostanze aggravanti.

Ma la riconducibilità alla sfera d'operatività delle alternative extracarcerarie solo “accidentalmente” può garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria, solo nei casi cioè in cui la tenuità del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto-reato si associ ad una personalità del reo “spendibile” per l'attivazione di una di quelle alternative. In altri termini, la congruità tra sanzione e fatto criminoso finisce col dipendere dalle condizioni personali e sociali del suo autore.

D'altra parte, più si impiegano istituti forgiati in chiave specialpreventiva per rispondere alla cavalcante sproporzione delle pene, più questi istituti tendono a perdere la funzionalità originaria e per così dire naturale. Il riferimento non è tanto alla sospensione condizionale della pena, di per sé tradizionalmente “vuota” e impegnata più sul fronte della non-desocializzazione che su quello della risocializzazione in senso proprio¹⁰⁹, quanto piuttosto ai due istituti di *probation* italiani: la M.A.P., in fase pre-decisoria, e l'affidamento in prova, in fase esecutiva. Secondo la loro logica primigenia, questi due istituti dovrebbero soddisfare esigenze di prevenzione speciale, *in primis* positiva, ruotando intorno al famoso «programma di trattamento», che dovrebbe essere un percorso risocializzativo attentamente calibrato sul singolo reo e continuativamente monitorato dall'U.E.P.E. Come è noto, l'uso su larga scala di questi strumenti ne ha pregiudicato la funzionalità riabilitativa, portando ad una standardizzazione dei contenuti e alla prevalenza della dimensione punitiva e specialpreventiva negativa (corretto adempimento della prestazione lavorativa gratuita e rispetto delle eventuali limitazioni territoriali nella M.A.P., rispetto delle limitazioni di movimento nell'affidamento in prova).

¹⁰⁸ Emblematica la questione di legittimità costituzionale che ha portato alla sent. n. 236/2016, vero e proprio *turning point* in punto di giudizio di proporzione intrinseca: «Il rimettente sottolinea come [...] anche a ritenere applicabile la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, numero 1), cod. pen., la pena concretamente applicabile al soggetto agente rimarrebbe eccessiva rispetto alle caratteristiche concrete del fatto, con ripercussioni pratiche che risulterebbero del tutto irragionevoli ed ingiustificate: la sanzione irrogata, ancorché determinata a partire dal minimo edittale ed eventualmente ridotta per l'attenuante sopra indicata, precluderebbe, comunque, la possibilità di concedere i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna». Su questa fondamentale pronuncia v. *infra*, par. 4.4.

¹⁰⁹ Come noto, per lungo tempo i c.d. obblighi condizionanti, seppur arricchiti a partire dalla l. n. 689/1981, hanno avuto carattere essenzialmente riparatorio, sono stati interpretati in chiave di prevenzione speciale positiva e sono stati rimessi alla discrezionalità del giudice (salva l'applicazione obbligatoria di almeno un adempimento in caso di seconda concessione della sospensione condizionale, dal 1981). Non è certo un caso che dal 2015 in poi i contenuti della misura sospensiva – in riferimento a specifici reati d'allarme sociale o comunque ad alto impatto mediatico – abbiano invece assunto una valenza maggiormente punitiva (resa manifesta dalla loro obbligatorietà), con ridimensionamento (se non annullamento) della componente risocializzativa e valorizzazione di quella neutralizzativa (si vedano i commi 4, 5, 7 e il recentissimo ultimo comma dell'art. 165 c.p., aggiunto dal d.l. n. 48/2025). Cfr. CATANIA (2024), pp. 193 ss.; volendo BIANCHI (2021), pp. 1472 ss.

Spalmati su migliaia e migliaia di soggetti, quegli istituti si sono deformati, finendo appunto per svolgere una claudicante e impropria funzione surrogatoria della pena carceraria, una «re-tribuzione mite» certamente meno desocializzante del carcere ma ben poco risocializzante¹¹⁰.

Oltre al dato centrale già sottolineato, per cui tale impiego surrogatorio solo «accidentalmente» riesce a compensare la sproporzione delle pene edittali, bisogna anche rilevare che se istituti concepiti in funzione risocializzativa vengono privati dei tempi e delle risorse umane necessari per condurre le istruttorie socio-personologiche preliminari e, correlativamente, vengono inariditi e standardizzati nei contenuti, perdono appunto la capacità di svolgere la loro funzione originaria¹¹¹. Questo vuol dire minor reinserimento sociale degli autori di reato e maggiori tassi di recidiva.

Peraltro, a fronte di istituti risocializzativi «prosciugati», si aggrava il rischio di una selezione terribilmente discriminatoria dei destinatari della carcerazione effettiva. Infatti, in presenza di accertamenti sommari sulla personalità del soggetto e sul suo contesto sociale e in assenza di proposte e strumenti realmente risocializzativi, le valutazioni soggettive che presiedono all'applicazione di quegli istituti tendono a schiacciarsi su tre elementi: precedenti, casa, lavoro¹¹². L'analisi dei precedenti penali è ovviamente fondamentale ma di solito, a livello di prassi, si arresta alla lettura del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti del circondario ove risiede il condannato (o l'imputato/indagato in caso di M.A.P.), senza che vi sia nessun approfondimento sui fatti concreti oggetto delle condanne riportate nei registri giudiziari. Quanto alla presenza di impiego lavorativo e di un domicilio idoneo, il secondo è requisito «ontologico» della misura alternativa della detenzione domiciliare (ed è solitamente richiesto pure per la M.A.P.) ed entrambi sono requisiti «di fatto» dell'affidamento in prova, sebbene formalmente l'art. 47 o.p. non li richieda¹¹³. Questo vuol dire che è molto concreto il rischio che pene carcerarie oggettivamente sproporzionate vadano a colpire soggetti che più che essere socialmente pericolosi sono socialmente disagiati¹¹⁴.

In sintesi, a fronte di un trend repressivista in continua crescita da cinquant'anni, la proliferazione e l'allargamento di istituti mitigativi – molti a carattere specialpreventivo o comunque di natura discrezionale – non è una risposta sufficiente né in termini di garanzia né in termini prettamente utilitaristici. Al cuore di un comparto sanzionatorio sconvolto da vortici trasformazioni, resta la pena detentiva, in particolare carceraria, questa costituisce l'unico vero dato strutturale: essa rimane, alla fine del binario punitivo la troviamo sempre; vero che sono state costruite molte fermate per evitare di arrivare alla carcerazione effettiva, altrettanto vero però che quelle fermate non sono previste per tutti i reati di medio-bassa gravità e – soprattutto – non sono fruibili da tutti i rei. Al cospetto di una «sproporzione sistemica», dunque, il rischio di pene manifestamente sproporzionate in concreto è immanente. Da un lato, esistono preclusioni legislative all'attivazione dei meccanismi mitigatori, in considerazione dell'astratto disvalore tipologico di certi reati o, peggio,

della loro eco mediatica o della loro «insopportabilità» a livello politico-culturale (anche prescindendo dalla stessa gravità delle comminatorie edittali); dall'altro lato, molti degli istitu-

¹¹⁰ In riferimento all'affidamento in prova, si vedano le lucide riflessioni di CATENACCI (2013), pp. 1153 ss.; DOLCINI (1999), pp. 857 ss.; MARINUCCI (2000), p. 168 e pp. 172 s.; PERINI (2017b), pp. 82 ss.

¹¹¹ Significativamente, un'autorevole voce interna alla giurisdizione di sorveglianza nota che questa è una «giurisdizione non più rieducativa, ma della pericolosità sociale»: PAVARIN (2022), p. 61.

¹¹² V. ancora PAVARIN (2022), p. 58.

¹¹³ Si veda quanto rilevato dal Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze BORTOLATO (2023), p. 5: «un certo numero di 'liberi sospesi' finisce in carcere non perché il 'cattivo' Tribunale di sorveglianza rigetti l'istanza di un qualunque percorso alternativo (molto raro) ma per motivi oggettivi: mancata richiesta che va obbligatoriamente presentata nei 30 gg. al pubblico ministero; mancata elezione di domicilio (che rende inammissibile l'istanza); irreperibilità; mancanza di lavoro con pene superiori a 2 anni che non consentono nemmeno la detenzione domiciliare; mancanza di un domicilio che non consente nemmeno la detenzione domiciliare [...] e, infine, per le preclusioni di cui all'art. 58 quater o.p.».

La natura di requisito implicito ma per così dire ordinario dell'attività lavorativa ai fini dell'applicazione dell'affidamento in prova sembra recentemente confermata dalla l. n. 112/2024 (di conversione del d.l. n. 92/2024), che ha introdotto nell'art. 47 o.p. il seguente comma 2-bis: «Il condannato, qualora non sia in grado di offrire valide occasioni di reinserimento esterno tramite attività di lavoro, autonomo o dipendente, può essere ammesso, in sostituzione, a un idoneo servizio di volontariato oppure ad attività di pubblica utilità, senza remunerazione». Deve comunque esser salutata con favore l'esplicita equiparazione delle attività di volontariato e del lavoro di pubblica utilità alla disponibilità di un lavoro retribuito, riducendosi con ciò il rischio di sperequazioni tra condannati (che comunque restano: solo chi non ha la disponibilità di un lavoro retribuito va a scontare una misura sostanzialmente sanzionatoria quale il lavoro di pubblica utilità).

¹¹⁴ Per PETRINI (2008), pp. 203 s., i principali problemi che affliggono l'attuale apparato repressivo giuridico-penale «riguardano non tanto l'effettività complessiva del modello sanzionatorio, quanto piuttosto la lacerazione del principio di uguaglianza», anche perché le misure alternative penitenziarie furono pensate in relazione ad una realtà sociale – quella di metà anni '70 – profondamente diversa da quella attuale: la maggior parte degli attuali detenuti non corrisponde all'idealtipo del cittadino dotato di una rete sociale di supporto, con domicilio e possibilità di autonomo inserimento lavorativo.

ti mitigatori sono costruiti in chiave di prevenzione speciale, guardando quindi più al soggetto che al fatto, e se il soggetto risulta non “affidabile” l’istituto alternativo resta bloccato. Inoltre, anche gli istituti maggiormente ritagliati sulla dimensione “retrospettiva” (come la “particolare tenuità del fatto” operante in funzione di esclusione o di attenuazione della pena) implicano una valutazione fortemente discrezionale del giudice, la quale ben può risolversi in senso negativo.

4.4.

Il ruolo crescente della “politica giudiziaria” e il difficile equilibrio cercato dalla Corte costituzionale.

Come detto, fin dal ’44, col ristabilimento delle attenuanti generiche, il legislatore ha investito sui giudici per ridimensionare l’asprezza delle pene; nel ’74 si è avuta una esplosione di questa politica di “delegazione” al potere giudiziario, con l’allargamento del giudizio di bilanciamento, con l’estensione del cumulo giuridico, con la dilatazione del raggio applicativo della sospensione condizionale, tanto da far dire ad autorevole dottrina che «La riforma dell’aprile del 1974 si è risolta [...] in uno straordinario ampliamento del potere discrezionale, sovvertendo in materia di pena i termini originari del rapporto tra legalità e discrezionalità»¹¹⁵. Questa linea è vigorosamente proseguita negli anni successivi sino ai giorni nostri: misure alternative penitenziarie e permessi-premio affidati alla magistratura di sorveglianza (rispettivamente, ’75 e ’86); sanzioni sostitutive affidate al giudice del fatto (introdotte nell’81, ampliate nel ’93 e nel 2003 e completamente rinnovate nel 2022); generalizzazione della possibilità per il Tribunale di sorveglianza di applicare le misure alternative alle pene detentive “brevi” ante-incarcerazione (1998); sospensione del procedimento con messa alla prova da parte del giudice di cognizione (introdotta per gli adulti nel 2014 e potenziata nel 2022); clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto (introdotta nel 2015 e riconfigurata in chiave tendenzialmente estensiva nel 2022); solo per ricordare i passaggi salienti.

Non c’è dubbio che nell’ultimo mezzo secolo il potere politico abbia puntato forte sulla discrezionalità giudiziale per evitare il collasso del sistema, per gestire in maniera “incruenta” (o meno cruenta) i fatti di minor disvalore e gli autori meno pericolosi e, comunque, per contenere la sproporzione sanzionatoria che lo stesso legislatore ha sparso a piene mani nel campo penale¹¹⁶.

Come visto, però, il legislatore ha voluto sottrarre specifici reati o specifici tipi di autore ai meccanismi mitigativi a gestione giudiziale e, ad ogni modo, di fronte a pene spropositate tali meccanismi mostrano una funzionalità limitata e per certi versi “casuale”. Ecco allora l’innescarsi di un fenomeno di estremo rilievo: l’allargamento del sindacato di legittimità costituzionale sul trattamento punitivo, secondo una duplice direttrice.

In primo luogo, la Corte costituzionale ha provveduto a espungere o ridimensionare automatismi, preclusioni, presunzioni innestati dal legislatore su istituti mitigativi allo scopo di sopprimere o ridurre robustamente la possibilità per il giudice di applicarli in ordine a determinate fattispecie (oggettive o soggettive); in tali casi, cioè, la Corte ha provveduto a ridare fiato alla discrezionalità giudiziale laddove modifiche rigoriste l’avevano (indebitamente) compressa. Tra i moltissimi esempi, si possono citare il filone di sentenze sull’art. 4-*bis* o.p. – dalle prime pronunce sulle ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile¹¹⁷ al superamento stesso del requisito della collaborazione (pur possibile ed esigibile)¹¹⁸ –, quello in materia di recidiva – dal ridimensionamento del vincolo all’applicazione delle attenuanti generiche¹¹⁹ alla cancellazione della recidiva speciale obbligatoria¹²⁰, sino al recente intervento in materia di detenzione domiciliare¹²¹ –, quello sulle circostanze privilegiate (intersecante la disciplina

¹¹⁵ STILE (1977), pp. 284 ss.

¹¹⁶ V., per tutti, PALAZZO (2022), pp. 465 ss.; ID. (2023a), pp. 12 ss.; DONINI (2023b), pp. 1311 ss.

¹¹⁷ Corte cost., sentenze n. 306/1993, n. 357/1994, n. 68/1995.

¹¹⁸ Corte cost., sent. n. 253/2019, sui permessi-premio ai non collaboranti, e ord. n. 97/2021, che, come noto, ha compulsato il d.l. n. 162/2022, convertito con modificazioni in l. n. 199/2022; v. PELISSERO (2020); EUSEBI (2023), pp. 1005 ss.; MORO (2023).

¹¹⁹ Nella parte in cui escludeva che, ai fini della valutazione sull’applicazione dell’attenuante indefinita, non si potesse tener conto della condotta del reo susseguente al reato: Corte cost., sent. n. 183/2011; cfr. CARUSO (2011), pp. 1 ss.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 185/2015, cit.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 56/2021, che ha rimosso la preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 01, o.p. all’ultrasessantenne recidivo.

della recidiva reiterata) – la blindatura di cui all'art. 69 u.c. c.p. è stata “sforacchiata” da una “mitragliata” di declaratorie di incostituzionalità relative alle più disparate attenuanti¹²², così come sono state oggetto di censura diverse blindature di nuovo conio¹²³. Qui i parametri di costituzionalità ricorrenti sono l'eguaglianza-ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., il finalismo rieducativo della pena *ex* art. 27, comma 3, Cost. e la personalità della responsabilità penale *ex* art. 27, comma 1, Cost., i quali risultano evidentemente vulnerati da restrizioni legislative che, nelle varie fasi della dinamica punitiva, assolutizzano taluni elementi oggettivi oppure soggettivi, impedendo al giudice di adattare il trattamento sanzionatorio al concreto disvalore del fatto commesso e/o alle evoluzioni della personalità del suo autore.

Secondo una tendenza più recente, la Consulta ha poi esteso il suo controllo sulla proporzionalità della pena, sganciandosi dal tradizionale giudizio triadico (di carattere essenzialmente “ordinale”) e scolpendo con sempre maggior nitore il diritto costituzionale del reo a non patire sanzioni manifestamente sproporzionate in relazione al disvalore oggettivo e soggettivo dell'illecito concretamente realizzato. Di fronte a pene sempre più eccessive (e sempre meno “digeribili” dagli istituti mitigatori), il Giudice delle leggi ha abbandonato l'originario atteggiamento di *self-restraint* ed ha iniziato a sindacare direttamente la congruenza della singola forbice edittale rispetto al tipo criminoso (alla fenomenologia in questo ricompresa). La svolta può essere individuata nella sentenza n. 236/2016, che, riconoscendo la «irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria [...], sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta», dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione di stato mediante falsità), nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni. Si andò consapevolmente al di là della «mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertium comparationis*» e si posero le premesse per il superamento della consolidatissima dottrina delle “rime obbligate”, poi dichiaratamente abbandonata nella successiva sent. n. 222/2018¹²⁴. Tale direttrice si è poi manifestata in ulteriori importanti pronunce, come ad esempio la sent. n. 244/2022 in relazione al delitto di sabotaggio di opere militari (punito con pena minima di anni otto di reclusione), la quale ha sancito «l'illegittimità costituzionale dell'art. 167, primo comma, del codice penale militare di pace, nella parte in cui non prevede che la pena sia diminuita se il fatto di rendere temporaneamente inservibili, in tutto o in parte, navi, aeromobili, convogli, strade, stabilimenti, depositi o altre opere militari o adibite al servizio delle Forze armate dello Stato risulti, per la particolare tenuità del danno causato, di lieve entità». Particolarmente significativa anche la recente “tripletta” del 2024: la sent. n. 46/2024 sul delitto di appropriazione indebita, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 646, comma 1, c.p., per come modificato dalla pluricitata l. n. 3/2019, «nella parte in cui prevede la pena della reclusione “da due a cinque anni” anziché “fino a cinque anni”»; la sent. n. 86/2024 sul delitto di rapina (propria e impropria), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628 c.p., «nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non ec-

¹²² Dal 2012 ad oggi la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale della blindatura di cui all'art. 69 c.p. una quindicina di volte; solo nel 2025 ben tre declaratorie: sent. n. 56/2025, che ha fatto salva la circostanza attenuante di cui all'art. 625-*bis* c.p. (collaborazione con l'A.G. nell'individuazione dei concorrenti nel furto o dei ricettatori); sent. n. 117/2025, che ha fatto salva l'attenuante del fatto di lieve entità, introdotta con sentenza n. 86/2024 della Consulta medesima in relazione al delitto di rapina; sent. n. 151/2025, che ha fatto salve le attenuanti generiche in relazione al delitto di sequestro a scopo di estorsione. Cfr. FRAGASSO (2024), pp. 663 ss.; G. LEO (2025), pp. 14 ss.; da ultimo, SCORSONE (2026).

¹²³ Si vedano le recenti Corte cost., sent. n. 197/2023, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 577, comma 3, c.p. (comma aggiunto dalla l. n. 69/2019) nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, comma 1, n. 2, e 62-*bis* c.p. sull'aggravante speciale dei rapporti familiari tra vittima e autore dell'omicidio; Corte cost., sent. n. 217/2023, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 628, comma 5, c.p. (comma aggiunto dalla l. n. 94/2009) nella parte in cui non consente di ritenere prevalente o equivalente la circostanza attenuante prevista dall'art. 89 c.p., allorché concorra con l'aggravante di cui al terzo comma, n. 3-*bis*, dello stesso art. 628; Corte cost., sent. n. 130/2025, che ha nuovamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, quinto comma, c.p., sempre in relazione all'attenuante del vizio parziale di mente ma stavolta per le ipotesi in cui concorra con l'aggravante privilegiata di cui al terzo comma, n. 3-*quater*, dell'art. 628. Cfr. ancora AA. citati alla nota precedente.

¹²⁴ In tale pronuncia la Consulta afferma perentoriamente che «a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio [...] non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima». Cfr. VIGANÒ (2021), pp. 224 ss. e pp. 260 ss.; BARTOLI (2022), pp. 1441 ss.; LEO (2025), pp. 9 ss.

cedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità»; la sent. n. 91/2024, che ha statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 600-ter, primo comma, n. 1), c.p. (pena minima anni sei di reclusione), «nella parte in cui non prevede, per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto, che nei casi di minore gravità la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente i due terzi»¹²⁵. Sempre conducendo uno «scrutinio di legittimità costituzionale sulla ragionevolezza intrinseca e la proporzionalità della pena», il Giudice delle leggi, con sent. n. 202/2025, è da ultimo pervenuto a dichiarare l'incostituzionalità del delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.) «nella parte in cui non prevede che nei casi di minore gravità la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

Questo «affondo» della Corte costituzionale sulle comminatorie edittali costituisce una rilevante novità dell'ultimo decennio, difficilmente pronosticabile nel diverso contesto degli anni '70-'80, e potrebbe anche far temere un'invasione delle prerogative del legislatore democratico da parte della Consulta, tuttavia questo cambio di rotta è il risultato di quella sproporzione sistemica che ormai ha ammorbato l'ordinamento penale e che, come detto, produce pene smaccatamente sproporzionate anche in concreto. L'alternativa a questa evoluzione della giurisprudenza costituzionale sarebbe stata la tolleranza di una sistematica violazione dei diritti umani da parte del magistero punitivo.

Pertanto, va notato che il Giudice delle leggi, specie negli ultimissimi tempi, sembra aver «rallentato» su questa linea, assumendo un atteggiamento più cauto. Pur confermando in astratto la propria giurisprudenza più recente in tema di proporzione e individualizzazione della pena, ha ritenuto di non doverla applicare in riferimento a tipi criminosi valutati come sufficientemente compatti, sebbene severamente puniti (anche nel minimo) e non così dissimili da quelli per i quali questioni di costituzionalità analoghe erano state in precedenza accolte¹²⁶. La Corte, d'altro canto, sembra aver smorzato anche la risalente tendenza allo scardinamento degli automatismi sanzionatori basati su presunzioni assolute: la sent. n. 139/2025, valorizzando la discrezionalità legislativa nell'associazione tra tipi di reato e tipi di pena e le esigenze di economia processuale, ha conservato la preclusione – oggettiva e insuperabile – all'applicazione delle pene sostitutive legata alla natura ostativa del reato, ossia alla sua pura e semplice presenza tra i – numerosi ed eterogenei – reati nominati all'art. 4-bis o.p.¹²⁷

Sul campo della proporzionalità sanzionatoria, si profila poi un'altra partita, dagli effetti imprevedibili: la sentenza della Corte di giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 8 marzo 2022, NE, ha riconosciuto il principio di necessaria proporzione tra illecito e reazione punitiva di cui all'art. 49, par. 3, C.D.F.U.E. come dotato di efficacia diretta, spettando al giudice comune di ogni Stato membro applicarlo nelle materie di competenza eurounitaria, a prescindere da qualsiasi mediazione legislativa (e a prescindere anche dalla mediazione del diritto eurounitario derivato). Ciò significa, a rigore, che il giudice dovrebbe disapplicare le norme sanzionatorie interne valutate come sproporzionate, svellendo i minimi edittali incompatibili col principio sovraleale di proporzionalità. Una pronuncia certamente «dirompente», che sottende un cambio di paradigma (anche a livello istituzionale) e una fortissima flessione del principio di legalità¹²⁸: un'apertura amplissima ad una discrezionalità giudiziale quasi «libera»

¹²⁵ Cfr. VIGANÒ (2025), p. 20, secondo cui «Specialmente le sanzioni penali, in effetti, dovrebbero essere sempre «sorvegliate speciali» da parte della Corte, in relazione alla loro incidenza sulla libertà personale – il diritto con cui la nostra Costituzione inaugura il catalogo dei diritti fondamentali della persona – oltre che su numerosi altri diritti fondamentali compressi dalla pena. Per questa ragione, il vecchio *self-restraint* della Corte nello scrutinio delle scelte punitive del legislatore mi è sempre parso incomprensibile, dovendo invece proprio in questa materia esercitarsi un attento controllo affinché l'ampia discrezionalità del legislatore nel perseguimento di obiettivi di politica criminale non sconfini in arbitrio». V. anche PONTEPRINO (2024).

¹²⁶ Si vedano la sent. n. 27/2025, in tema di utilizzo di documenti contraffatti o alterati ex art. 5, comma 8-bis, T.U. Imm., e, soprattutto, le sentenze n. 171/2025, in tema di furto con strappo (ritenuto tipo criminoso «ben definito ed estremamente «compatto» in relazione all'omogeneità della sua portata offensiva» e distante notevole allarme sociale anche nelle sue manifestazioni minime), e n. 193/2025, in tema di furto in abitazione (ritenuto anch'esso un tipo criminoso ben definito, che «non comprende al suo interno fattispecie così diversificate tali da meritare l'introduzione, da parte di questa Corte, della circostanza attenuante della lieve entità»). Su quest'ultima pronuncia v. COLOMBO (2026).

¹²⁷ Su questa «sofferta» pronuncia si vedano il commento, complessivamente adesivo, di PALAZZO (2025), pp. 1163 ss., e quello, maggiormente critico, di PELISSERO (in corso di pubblicazione).

¹²⁸ V. PELISSERO (2023), in particolare pp. 1369 ss. e pp. 1373 ss., secondo cui «la tenuta del principio di legalità della pena diventa un controlimite che funge da vincolo al potere discrezionale del giudice di abbattere, in assenza di espressioni legislative, i limiti edittali di pena: solo la Corte costituzionale può sindacare la ragionevolezza/proporzionalità del compasso edittale» (diversamente nelle ipotesi in cui occorra garantire il *ne bis in idem*, ove il «principio di legalità diventa recessivo rispetto alla necessità di assicurare la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria nei confronti di chi è già stato sottoposto ad una precedente procedura che si è conclusa con l'infissione

e, stavolta, non fomentata da una precisa scelta legislativa ma da un organo giurisdizionale (per quanto istituzionalmente deputato a garantire i principi fondamentali anche contro gli atti del legislatore). Vedremo se, nel corrente stato di sproporzione sistemica, la decisione dell'Alta Corte di Lussemburgo porterà progressivamente ad un controllo diffuso sulla proporzionalità delle pene o se avrà il comunque relevantissimo effetto di far maturare una "cultura della proporzione" e di stimolare sempre più frequenti questioni di legittimità costituzionale, così da consentire alla Corte costituzionale di svolgere un controllo accentrato sì ma ad ampio raggio.

La tendenza sembra in questo secondo senso, non solo perché maggiormente conforme alla nostra tradizione ma anche in virtù di un'elementare esigenza di salvaguardia del principio d'«eguaglianza di fronte alla legge»¹²⁹. Tuttavia, la rinuncia alla via del controllo diffuso ha in sé il rischio di una svalutazione in concreto dei principi di proporzionalità e individualizzazione della pena. Non si può peraltro escludere che, in ipotesi di norme punitive (formalmente o sostanzialmente penali secondo i criteri consolidati a livello convenzionale ed eurounitario) ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, i giudici ordinari possano rispondere a una pronuncia di rigetto d'una questione di costituzionalità, sollevata alla luce del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio, con un'applicazione diretta di quest'ultimo in forza dell'art. 49.3 C.D.F.U.E. e della suddetta sentenza della Grande Sezione della C.G.U.E. Si verrebbe a creare un quadro assai complesso e sbilanciato, per cui nelle materie rientranti nel raggio d'azione del diritto unionale i minimi edittali diverrebbero derogabili, ove eccessivi rispetto al caso concreto oggetto di giudizio (con accrescimento del peso, in prima battuta, del singolo giudicante e, in definitiva, della Corte di Lussemburgo)¹³⁰; in tutte le altre materie, invece, i minimi stabiliti *ex lege* resterebbero un totem abbattibile solo dal Giudice delle leggi.

5. Coordinate minime per una faticosa ricostruzione del sistema sanzionatorio.

La recente legislazione penale presenta un ulteriore profilo di attualità: l'amara consapevolezza dell'estrema difficoltà, se non impossibilità, di una riforma organica dell'intero sistema penale mediante una nuova codificazione finalmente progettata *funditus* in coerenza con i principi costituzionali (oltre che convenzionali ed eurounitari). Si può tranquillamente concludere che non sono questi i tempi per edificare un nuovo codice penale¹³¹.

Non resta allora che la "politica dei piccoli passi", provando a conferire maggiore razionalità e maggiore stabilità agli istituti mitigativi "un pezzo alla volta".

Una prima indicazione fondamentale viene ancora una volta dal Maestro, più precisamente dalla Commissione ministeriale di riforma che ha presieduto nel 2013: puntare su pene sostitutive di applicazione automatica o semi-automatica per i fatti di gravità bassa e media,

definitiva di una sanzione punitiva»).

¹²⁹ V. VIGANÒ (2022), pp. 16 ss., il quale sottolinea che il controllo accentrato di costituzionalità consente di «evitare in radice le frizioni con il principio di legalità delle pene». V. anche Corte cost., sent. n. 7/2025, secondo cui «quest'ultimo principio esige che le norme penali – anche nella parte in cui prevedono sanzioni per la violazione dei relativi precetti – siano formulate in modo chiaro e preciso, non solo (a) per consentire ai singoli di formulare previsioni ragionevolmente affidabili sulla loro applicazione e (b) per garantire la corretta separazione dei poteri tra legislatore e giudice, specialmente importante in materia penale (ordinanza n. 24 del 2017, punto 5), ma anche (c) per assicurare il più possibile la parità di trattamento tra i condannati. Quest'ultima esigenza rischierebbe di risultare compromessa, laddove il potere discrezionale del giudice di determinare la pena appropriata (art. 132 cod. pen.) non fosse adeguatamente delimitato da precise indicazioni fornite dal legislatore ovvero da una pronuncia di questa Corte in grado di sostituire, con effetto *erga omnes*, prescrizioni legislative giudicate incompatibili con i principi costituzionali e unionali. [...] Infine, l'intervento di questa Corte in materia di controllo della proporzionalità della pena risulta necessario al fine di assicurare che di tali valutazioni possano giovare anche coloro che abbiano subito condanne definitive. E ciò in quanto, allo stato attuale del diritto vivente (ritenuto non costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 230 del 2012), a consentire la revisione di sentenze di condanna passate in giudicato non è sufficiente un mutamento giurisprudenziale favorevole, ma occorre una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge penale, ai sensi degli artt. 673, comma 1, del codice di procedura penale e 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87».

¹³⁰ Per certi aspetti, i minimi edittali si avvicinerebbero ai *presumptive minimum sentences* d'origine anglosassone, che devono essere di regola rispettati dai giudici ma che appunto possono esser derogati in presenza di «circostanze eccezionali e specifiche relative al reato o alla persona condannata per quel reato» che renderebbero la pena intollerabilmente sproporzionata (traduzione della formula impiegata dal legislatore irlandese alla *section 27, subsection (3D) Misuse of Drugs Act 1977*). Sui *presumptive minimum sentences*, che peraltro sono isole nel mare della discrezionalità del *sentencer* (di solito nei Paesi anglosassoni mancano del tutto i minimi edittali), v. per tutti O'MALLEY (2025), in particolare, pp. 391 ss. e p. 546.

¹³¹ Cfr., nella diversità di accenti e prospettive, PALAZZO (2011), pp. 4064 ss.; PAPA (2018), pp. 142 ss.; DONINI (2020b), pp. 1 ss.; Id. (2022), pp. 1273 ss.

quanto più possibile dissociate dalla pena carceraria ma comunque rimesse all'applicazione giudiziale¹³². Il sistema potrebbe avere natura scalare, legata all'entità della pena commisurata in concreto: entro una certa soglia la sostituzione risulterebbe obbligatoria (potendo semmai il giudice scegliere il tipo di sanzione sostitutiva); in una fascia intermedia di gravità, sempre in concreto, la sostituzione sarebbe discrezionale ma opererebbe una clausola di disfavore per la pena carceraria; all'ultimo livello il giudice applicherebbe la pena sostitutiva solo se idonea a prevenire la reiterazione del reato¹³³.

Molti sono gli istituti su cui è possibile intervenire e molte sono le possibili soluzioni, decisiva rimane la bussola fornita ne *La recente legislazione penale* e in tutta l'opera del Maestro: la persona umana «nella sua dimensione solidaristica e sociale» come «vertice dei valori tutelati» dall'ordinamento¹³⁴ e, dunque, i beni personalistici fondamentali come oggetto primario della tutela penale ma anche come limite e misura di quest'ultima.

Una cosa è certa: il rispetto minimo dei principi sovralegali e dell'anima personalista del Patto costituzionale passa dall'interruzione della spirale punitivista, intrisa di ideologismo e statalismo: dovremmo smetterla di fabbricare nuove fattispecie criminose, di slargare quelle esistenti, di aumentare a dismisura le pene, di blindare aggravanti, di allungare la lista dei reati ostativi. Ma questa improcrastinabile sobrietà appare oggi ancor più irraggiungibile che nel 1985: chiuso un 2025 di «furore repressivo», l'inizio del 2026 ci ha regalato un nuovo – strabordante – decreto-sicurezza.

Bibliografia

AA.VV. (2016): «La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista», *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016

AA.VV. (2025): «Speciale – DL sicurezza», *Diritto penale e processo*, 7, pp. 847 ss.

A.I.P.D.P. (2024): «Pacchetto sicurezza: il comunicato del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale», *Sistema penale*, 3 ottobre 2024

ALBERICO, Andrea (2020): «Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione», *Archivio penale*, 23 aprile 2020

AMATI, Enrico (2020): *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali* (Torino, Giappichelli)

AMATO, Davide (2019): «Lo sfruttamento della manodopera», *DisCrimen*, 9 dicembre 2019

ARTALE, Olmo Corrado e BIN, Ludovico (2023): «Gli interventi di procedibilità a querela», in CASTRONUOVO, Donato, DONINI, Massimo, MANCUSO, Enrico Maria, VARRASO, Gianluca (a cura di): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Milano, Cedam-Wolters Kluwer), pp. 163 ss.

BARTOLI, Laura (2020): *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, (Padova, Cedam-Wolters Kluwer)

BARTOLI, Roberto (2014): voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, Agg. 2014, pp. 885 ss.

Id. (2017): «L'autoistruzione è più pericolosa dell'addestramento e dell'istruzione: verso un sovvertimento dei principi?», *Diritto penale e processo*, pp. 629 ss.

Id. (2022): «Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1441 ss.

¹³² V. in particolare l'art. 24 dell'articolo del progetto elaborato dalla Commissione Palazzo.

¹³³ Per una proposta dettagliata lungo questa direttrice, volendo, v. BIANCHI (2024e), pp. 289 ss.

¹³⁴ PALAZZO (1985), pp. 325 s.

ID. (2024a): “Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa”, in BARTOLI, Roberto (a cura di): *Cittadinanza e coesione sociale tra personalismo e digitalizzazione. Atti della ricerca del Progetto “DIRECOESO”* (Torino, Giappichelli), pp. 183 ss.

ID. (2024b): “La gloriosa dissoluzione del mito populista “certezza della pena come certezza del carcere””, *Sistema penale*, 22 aprile 2024

ID. (2025): “Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?”, *Sistema penale*, 15 luglio 2025

BIANCHI, Davide (2016): “Cade l’ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell’opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva”, *Cassazione penale*, pp. 30 ss.

ID. (2021), “Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale”, *Diritto penale e processo*, pp. 1468 ss.

ID. (2024a), “Procedibilità a querela e delitti contro la persona”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 433 ss.

ID. (2024b), “Procedibilità a querela e delitti contro il patrimonio”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 447 ss.;

ID. (2024c), “Procedibilità a querela e contravvenzioni”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 455 ss.

ID. (2024d): “Giustizia riparativa e giustizia punitiva: un dialogo interculturale complesso”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 121 ss.

ID. (2024e): *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma* (Torino, Giappichelli)

BONTEMPELLI, Manfredi (2024): “Le modifiche relative all’appello”, in BENE, Teresa, BONTEMPELLI, Manfredi, LUPARIA DONATI, Luca (a cura di): *Nuove dinamiche del procedimento penale* (Torino, Giappichelli), pp. 397 ss.

BORTOLATO, Marcello (2023): “Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I “liberi sospesi” e gli effetti della riforma Cartabia”, *Sistema penale*, 28 febbraio 2023

BOTTO, Matilde (2026): “La controversa introduzione del reato di femminicidio: l’affermarsi di un nuovo paradigma in un *leitmotiv* emergenziale”, *Diritto penale e processo*, pp. 18 ss.

BOVE, Valeria (2023): *La messa alla prova* (Pisa, Pacini)

EAD. (2024): “L’estensione dell’ambito di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 405 ss.

BRUNELLI, David (2023): “Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto”, *Diritto penale e processo*, pp. 54 ss.

CAPUTO, Matteo (2010): “Le circostanze attenuanti generiche, tra declino e *camouflage*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 198 ss.

CARUSO, Giovanni (2011): “Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)”, *Archivio penale*, 3, 2011, pp. 1 ss.

CATANIA, Alessandro (2024): “Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per *sex offenders*. Le tre interpolazioni dell’art. 15, L. n. 168/2023”, *Diritto penale e processo*, pp. 193 ss.

CATENACCI, Mauro (2013): “Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell’arte”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1150 ss.

CERETTI, Adolfo (2024): “I nuovi orizzonti della giustizia riparativa nella riforma Cartabia”, in CERETTI, Adolfo, MANNOZZI, Grazia, MAZZUCATO, Claudia (a cura di): *La disciplina organica della giustizia riparativa* (Torino, Giappichelli), pp. 23 ss.

COLOMBO, Davide (2026): “Dalla Consulta un verso irrelato: negata l’attenuante della “lieve entità” per il furto in abitazione”, *Sistema penale*, 17 febbraio 2026

COMMISSIONE ISTITUITA CON DECRETO DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA DEL 10 GIUGNO 2013, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale. Relazione*.

CONSULICH, Federico (2023): “Neutralizzare e rieducare (pari sono, senza la proporzione)”, *Criminalia*, pp. 107 ss.

CORBETTA, Stefano (2006): “Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?”, in SCALFATI, Adolfo (a cura di): *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)* (Padova, Cedam), pp. 54 ss.

DEMURO, Gian Paolo (2019): “L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 437 ss.

DEL COCO, Rosita e PITTIRUTI, Marco (2024): “La nuova fisionomia del patteggiamento”, in BENE, Teresa, BONTEMPELLI, Manfredi, LUPARIA DONATI, Luca (a cura di): *Nuove dinamiche del procedimento penale* (Torino, Giappichelli), pp. 179 ss.

DELLA BELLA, Angela (2013): “Convertito in legge il ‘decreto carceri’ 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento”, *Diritto penale contemporaneo*, 15 settembre 2013

EAD. (2014): “Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento”, *Diritto penale contemporaneo*, 7 gennaio 2014

EAD. (2016): *Il ‘carcere duro’ tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali* (Milano, Giuffrè)

DOLCINI, Emilio (1999): “Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 857 ss.

ID. (2025): “Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza”, *Sistema penale*, 15 maggio 2025

DONINI, Massimo (2019): “Garantismo penale oggi”, *Criminalia*, pp. 414 ss.

ID. (2020a): “Populismo penale e ruolo del giurista”, *Sistema penale*, 7 settembre 2020

ID., (2020b): “Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione”, *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, pp. 1 ss.

ID. (2022): “Codificazione”, in PIERGALLINI, Carlo, MANNOZZI, Grazia, SOTIS, Carlo, PERINI, Chiara, SCOLETTA, Marco Maria, CONSULICH, Federico (a cura di): *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, (Milano, Giuffrè), pp. 1273 ss.

ID. (2023a): “Diritto penale e processo come *Legal System*. I chiaroscuri di una riforma bifronte”, in CASTRONUOVO, Donato, DONINI, Massimo, MANCUSO, Enrico Maria, VARRASO, Gianluca (a cura di): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Milano, Cedam-Wolters Kluwer), pp. 1 ss.

ID. (2023b): “Punire e non punire: un pendolo storico divenuto sistema”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1301 ss.

EUSEBI, Luciano (2023): “Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell’art. 4-bis ord. penit.”, *Diritto penale e processo*, pp. 1005 ss.

IORE, Stefano (2024): “«Color che son sospesi» e quelli che mai lo saranno. Un breve percorso ad ostacoli nella giurisprudenza costituzionale sul co. 9 dell’art. 656 cpp”, *La legislazione penale*, 5 febbraio 2024

FIORENTIN, Fabio (2025): “La crisi sistemica dell’esecuzione penale e la problematica dei liberi sospesi”, *Sistema penale*, 8 maggio 2025

FORTE, Corinna (2024): “Il concordato in appello: passato, futuro (che non riesce ad arrivare) e la disciplina intertemporale che sta in mezzo”, *Sistema penale*, 21 febbraio 2024

FOUCAULT, Michel (1976): *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (Torino, Einaudi)

FRAGASSO, Beatrice (2024): “Il sindacato di costituzionalità sulle circostanze aggravanti privilegiate, tra proporzionalità e individualizzazione della pena”, *Diritto penale e processo*, pp. 663 ss.

GATTA, Gian Luigi (2024): “Il pacchetto sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria”, *Sistema penale*, 7 novembre 2024

GULLO, Antonio (2021): “La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio”, *Archivio penale*, 27 aprile 2021

IANNUZZIELLO, Mario (2025): “L’adeguamento del diritto penale ambientale ai vincoli europei: elementi critico-valutativi a partire dal decreto-legge “Terra dei fuochi” e dalla direttiva (UE) 2024/1203”, *La legislazione penale*, 18 dicembre 2025

IOVINO, Felice Pier Carlo, KALB, Luigi, MASSARO, Innocenzo, NORMANDO, Rosalba, PIERRO, Guido, RANIERI, Enrico (1998): *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia. Commento alla Legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, (Milano, Giuffrè)

LEO, Guglielmo (2025): “Il volto costituzionale della pena: aspetti sostanziali e processuali”, *Sistema penale*, 28 ottobre 2025

MANES, Vittorio (2025): “L’ossessione securitaria”, *Diritto di difesa*, 24 marzo 2025

MANNOZZI, Grazia (2024): “Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa”, in CERETTI, Adolfo, MANNOZZI, Grazia, MAZZUCATO, Claudia (a cura di): *La disciplina organica della giustizia riparativa* (Torino, Giappichelli), p. 59 ss.

MARINUCCI, Giorgio (1985): “Problemi della riforma del diritto penale in Italia”, in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (a cura di), *Diritto penale in trasformazione* (Milano, Giuffrè), pp. 349 ss.

ID. (2000): “Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 160 ss.

MARRA, Gabriele (2019): “Il diritto penale della società punitiva. L’eccezione della libertà nella normalità della coercizione”, *Criminalia*, pp. 423 ss.

MARTIELLO, Gianfranco (2022): “La «particolare tenuità del fatto» dopo l’attuazione della “riforma Cartabia”: primissime note di commento al novellato art. 131-bis c.p.”, *DisCrimen*, 10 novembre 2022

MATTEVI, Elena (2023): “La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale”, in CASTRONUOVO, Donato, DONINI, Massimo, MANCUSO, Enrico Maria, VARRASO, Gianluca (a cura di): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Milano, Cedam-Wolters Kluwer), pp. 233 ss.

MAZZACUVA, Francesco (2024): “L’estensione della procedibilità a querela nella riforma Cartabia”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 419 ss.

MELCHIONDA, Alessandro (2006): “La nuova disciplina della recidiva”, *Diritto penale e processo*, pp. 175 ss.

MIRAGLIA, Michela (2020): *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso* (Torino, Giappichelli)

MONGILLO, Vincenzo (2016): “Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015”, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*

Id. (2020): “Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 967 ss.

Id. (2022): “Crisi immanente e centralità contingente del “penale” tra potere e diritto”, in PIERGALLINI, Carlo, MANNOZZI, Grazia, SOTIS, Carlo, PERINI, Chiara, SCOLETTA, Marco Maria, CONSULICH, Federico (a cura di): *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero* (Milano, Giuffrè), pp. 187 ss.

Id. (2024): “Legislazione penale d'emergenza ed emergenze del sistema penale. L'osservatorio di Francesco Palazzo”, in PALIERO, Carlo Enrico, MONGILLO, Vincenzo, BARTOLI, Roberto (a cura di), *La scienza della legislazione penale: riforme e prospettive di razionalizzazione* (Napoli, ESI), pp. 421 ss.

MORO, Francesca (2023): “L'art. 4-bis riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. n. 199/2022: un passo avanti e due indietro”, in *Sistema penale*, 17 maggio 2023

O'MALLEY, Thomas (2025): *Sentencing. A modern introduction* (Dublino, Clarus Press)

PADOVANI, Tullio (1992): “La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria editale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 419 ss.

Id. (2018): “La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma”, *Archivio penale*, 3, 2018, pp. 1 ss.

PALAZZO, Francesco (1985): *La recente legislazione penale*, III ed. (Padova, Cedam)

Id. (2011): “*Requiem* per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)”, *Cassazione penale*, pp. 4064 ss.

Id. (2014): “Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali”, *Diritto penale contemporaneo*, 10 febbraio 2014

Id. (2018): “La questione carceraria”, in PALAZZO, Francesco e VIGANÒ, Francesco: *Diritto penale. Una conversazione* (Bologna, Il Mulino), pp. 184 ss.

Id. (2021): “I profili di diritto sostanziale della riforma penale”, *Sistema penale*, 8 settembre 2021

Id. (2022): “Uscire dal disordine sanzionatorio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 465 ss.

Id. (2023a): “Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio”, *Diritto penale e processo*, pp. 11 ss.

Id. (2023b): “Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 497 ss.

Id. (2025): “Preclusioni “soggettive” delle pene sostitutive e principi costituzionali di politica sanzionatoria”, *Diritto penale e processo*, pp. 1163 ss.

PALAZZO, Francesco e VIGANÒ, Francesco (2018): *Diritto penale. Una conversazione* (Bologna, Il Mulino)

- PALIERO, Carlo Enrico (2012): “L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?”, *Criminalia*, pp. 95 ss.
- PAPA, Michele (2019): “Dal codice penale “scheumorfico” alle *playlist*. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice”, *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 129 ss.
- PARISI, Francesco (2024): *Giustizia riparativa e sistema penale* (Torino, Giappichelli)
- PAVARIN, Giovanni Maria (2020): “Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna”, *Diritto penale e processo*, pp. 1483 ss.
- Id. (2022): “Rieducazione e misure alternative”, in MENGHINI, Antonia e MATTEVI, Elena (a cura di): *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 57 ss.
- PECCIOLI, Annamaria (2010): *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento* (Torino, Giappichelli)
- PELISSERO, Marco (2020): “Permessi premio e reati ostativi, Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale”, *La legislazione penale*, 30 marzo 2020
- Id. (2023): “Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene”, *Diritto penale e processo*, pp. 1359 ss.
- Id. (in corso di pubblicazione): “Pene sostitutive e regime di preclusione assoluta. Un non convincente bilanciamento tra funzione rieducativa e difesa sociale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- PENCO, Emmanuele (2024): “Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l’efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. n. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità”, *Diritto penale e processo*, pp. 1577 ss.
- PERINI, Chiara (2017a): “Condotte riparatorie ed estinzione del reato *ex art. 162 ter c.p.*: deflazione senza *Restorative Justice*”, *Diritto penale e processo*, pp. 1274 ss.
- EAD. (2017b): “Prospettive attuali dell’alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione”, *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, pp. 77 ss.
- PETRINI, Davide (2008): “Certezza della pena e modelli sanzionatori”, in PISA, Paolo (a cura di): *Verso la riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti* (Torino, Giappichelli), pp. 199 ss.
- PINELLI, Fabio (2026): “Il carcere in Italia a cinquant’anni dalla legge penitenziaria”, Intervento del Vice Presidente del Csm al Convegno “Il carcere in Italia a cinquant’anni dalla legge penitenziaria”, Roma, 4 dicembre 2025, *Giustizia insieme*, 26 febbraio 2026
- PONTEPRINO, Gabriele (2024): “La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena”, *Sistema penale*, 9 settembre 2024
- RECCHIA, Nicola (2024): “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: estensione dell’ambito di applicazione, preclusioni e rilievo della condotta susseguente al reato”, in BARTOLI, Roberto, GATTA, Gian Luigi, MANES, Vittorio (a cura di): *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (Torino, Giappichelli), pp. 385 ss.
- RISICATO, Lucia (2024): “Le tossine del populismo penale e gli strumenti di contrasto: leggendo Giustizia e politica di Luigi Ferrajoli”, *DisCrimen*, 14 giugno 2024
- EAD. (2025): “Dalla Costituzione al Leviatano. La torsione illiberale del decreto “sicurezza” n. 48/2025”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 471 ss.
- RIVERDITI, Maurizio (2017): “Condotte riparatorie ed estinzione del reato (art. 162 *ter c.p.*): un primo sguardo d’insieme”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 2227 ss.

- RUGA RIVA, Carlo (2024): *Diritto penale dell'ambiente* (Torino, Giappichelli)
- SCORSONE, Alessio (2026): "Circostanze del reato e principio di proporzionalità: una osmosi verso la misura della pena?", *Indice penale online*, 27 marzo 2026
- SGUBBI, Filippo (2019): *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi* (Bologna, Il Mulino)
- SIRACUSA, Licia (2026): "Decreto "Terra dei fuochi": un *surplus* repressivo che non risana le ferite della violenza ambientale", *Diritto penale e processo*, pp. 169 ss.
- STILE, Alfonso Maria (1977): "Discrezionalità e politica penale giudiziaria", *Studi Urbini*, 1976-77, pp. 275 ss.
- VENTUROLI, Marco (2022): "Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione", in MENGHINI, Antonia e MATTEVI, Elena (a cura di): *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 79 ss.
- VIGANÒ, Francesco (2013): "Sentenza pilota della Corte e.d.u. sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno", *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2013
- Id. (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale* (Torino, Giappichelli)
- Id. (2022): "La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia", *Sistema penale*, 26 aprile 2022
- Id. (2025): "La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio", *Sistema penale*, 8 gennaio 2025
- VISCONTI, Costantino (2006): "Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85", *Foro italiano*, V, cc. 217 ss.

VIOLENZA DI GENERE

VIOLENCIA DE GÉNERO

GENDER VIOLENCE

- 95 **El delito de violación desde una perspectiva comparada: entre el modelo coercitivo y el modelo consensual**
Il reato di violenza sessuale in prospettiva comparata: tra modello coercitivo e modello consensuale
The Offence of Rape from a Comparative Perspective: Between the Coercive Model and the Consent-Based Mode
María Acale Sánchez
- 116 **Osservazioni sulla fattispecie di 'femminicidio' (art. 577-bis c.p.) nel contesto della violenza contro la donna: tra aggiramenti dei principi costituzionali, irrazionalità politico-criminale e derive populistiche**
Reflexiones sobre el delito de 'feminicidio' (art. 577-bis del Código Penal) en el contexto de la violencia contra la mujer
Observations on the Case of 'Femicide' (Art. 577-bis of the Penal Code) in the Context of Violence against Women
Mariangela Telesca

El delito de violación desde una perspectiva comparada: entre el modelo coercitivo y el modelo consensual

Il reato di violenza sessuale in prospettiva comparata: tra modello coercitivo e modello consensuale

The Offence of Rape from a Comparative Perspective: Between the Coercive Model and the Consent-Based Model

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho penal (Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Sección de Cádiz/Universidad de Cádiz, España)
 maria.acale@gm.uca.es

VIOLENZA DOMESTICA,
REATI SESSUALI

VIOLENCIA DOMÉSTICA,
DELITOS SEXUALES

DOMESTIC VIOLENCE,
SEXUAL OFFENCES

ABSTRACTS

En este trabajo se analizan los distintos modelos de intervención que hoy siguen los Códigos penales de los países de nuestro entorno cultural en la tipificación del delito de violación. En particular se pone de manifiesto la dicotomía entre dos modelos principales como son el más tradicional de los medios comisivos y el más actual del consentimiento. En el interior de este último han surgido distintas variantes que coloquialmente se identifican con las etiquetas del “no es no” y del “solo sí es sí”, llegando en la actualidad a defenderse un modelo comunicativo de consentimiento que parte ya no solo de las expresiones verbales proferidas por la víctima, sino del contexto en el que se producen. El análisis se lleva a cabo a partir de un estudio de derecho comparado que presta más atención a los modelos ofrecidos por el Código penal español y el italiano que se encuentra en estos momentos en fase de reforma.

In questo lavoro si analizzeranno diversi modelli di intervento penale nella tipizzazione del reato di violenza sessuale. In particolare, si metterà in evidenza la dicotomia tra due modelli principali: quello più tradizionale, basato sulla coercizione, e quello più attuale, basato sul consenso. All'interno di quest'ultimo modello sono emerse diverse varianti: dal “no significa no” al “solo sì significa sì”, fino al modello comunicativo del consenso, che prende le mosse non solo dalle espressioni verbali pronunciate dalla vittima, ma anche dal contesto in cui esse si producono. L'analisi è condotta a partire da uno studio di diritto comparato che presta particolare attenzione ai modelli offerti dal codice penale spagnolo e da quello italiano, attualmente in fase di riforma.

This paper examines how rape is defined and regulated in the criminal codes. It focuses, in particular, on the contrast between two main approaches: the traditional coercion-based model, centred on the means by which the offence is committed, and the more recent consent-based model. Within the latter, several different models have emerged, often described through the formulas “no means no” and “only yes means yes”. More recently, the debate has moved towards a communicative understanding of consent, which takes into account not only the victim's verbal expressions but also the broader context in which they are made. The analysis is grounded in comparative criminal law and pays special attention to the approaches adopted in Spanish law and in Italian law, the latter currently undergoing reform.

SOMMARIO

1. El marco supranacional. – 2. El modelo coercitivo. – 3. El modelo consensual: “no es no” versus “solo sí es sí”. – 4. Derecho comparado. – 4.1. Generalidades. – 4.2. El modelo español. – 4.3. La propuesta de reforma del Código penal italiano: el tránsito del modelo de los medios comisivos al modelo consensual. – 4.3.1. Los orígenes. – 4.3.2. El *Disegno di Legge* 1.715 de 19 de noviembre de 2025. – 4.3.3. La *Proposta di riformulazione* de 22.01.2026. – 5. Conclusiones.

1.

El marco supranacional.

El castigo del acceso carnal sin consentimiento de la víctima acapara en la actualidad la atención de los países de nuestro entorno cultural que se han visto en la tesitura de adaptarse a la realidad de los nuevos tiempos y de los usos sociales. Esa preocupación se refleja en los esfuerzos que desde instancias supranacionales se están realizando para delimitar una conducta que no solo causa un proceso de victimización primaria traumático, sino que desarrolla procesos de victimización secundaria de tal envergadura, que desincentiva a otras víctimas a confiar en la Administración de justicia.

En el ámbito del Consejo de Europa, hay que partir de la *Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* (el *Convenio de Estambul*) que en su art. 36.1 establece que: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”. La separación en dos grupos quiere reflejar la diversa gravedad de esos actos sexuales, de modo que los constitutivos de “penetración” son los más graves: a ellos se refieren los distintos Códigos penales con la denominación de *violación*, *rape* o *stupro*. El resto – “los demás actos de carácter sexual no consentidos” – no se describen, pero es posible imaginar entre ellos, los tocamientos, los besos indeseados o los ataques sorpresivos¹. En el art. 36.2 adquiere especial relevancia el consentimiento de la víctima, subrayando en el corazón de la definición del delito de agresión sexual que “debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”². Este es el punto de partida del modelo del consentimiento que inspira hoy la reforma de un elevado número de Códigos penales que abandonan estructuras típicas más clásicas.

El interés por parte de la Unión Europea en la definición del delito de violación es más reciente³. Con ocasión de la aprobación de la *Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* se ha producido un amplio debate acerca de la inclusión o no de una definición de violación⁴ y, de hacerlo, en atención a qué modelo: el de los medios comisivos o el que se basa en el consentimiento de la víctima. La falta de acuerdo impidió que como exige el art. 83 del Tratado de Funcionamiento se aprobase el texto por unanimidad, por lo que se rechazó la incorporación de tal propuesta. En paralelo, si bien la Unión se ha abierto a una ratificación parcial de la Convención de Estambul por lo que respecta a las materias penales

¹ ACALE (2022b), pp. 429-465.

² El precepto todavía cuenta con un número 3 en el que se señala que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

³ Hay que recordar no obstante la propuesta de definición realizada por el EIGE (2017) en la que se ponía el acento tanto en el acto sexual practicado como en la oposición manifestada por la víctima al llevarse a cabo el acto “sin consentimiento”.

⁴ Vid el comentario al proyecto de Directiva: ACALE (2023b), pp. 379-386.

En este sentido, en el Proyecto de la actual Directiva se incluía la violación como uno de los delitos sobre los cuales la Unión Europea podría dar indicaciones a los estados miembros afirmando en su art. 5.1 que “[L]os Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las siguientes conductas intencionadas: a) realizar con una mujer cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) hacer que una mujer realice con otra persona cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto. 2. Los Estados miembros se asegurarán de que se entienda por acto no consentido todo acto ejecutado sin el consentimiento voluntario de la mujer o en el que la mujer no pueda formar libremente su voluntad debido a su estado físico o mental, por ejemplo un estado de inconsciencia, intoxicación, sueño, enfermedad, lesiones corporales o discapacidad, explotando así su incapacidad para formar libremente su voluntad. 3. El consentimiento puede retirarse en cualquier momento durante el acto. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada invocando exclusivamente el silencio, la falta de resistencia verbal o física o la conducta sexual pasada de la mujer”.

“en cuando sean de competencia exclusiva de la Unión”⁵, continúa siendo imposible que pueda dar indicaciones a los estados miembros en relación con la regulación del delito de violación en los términos allí previstos. Lo que no impide que individualmente, la ratificación por parte de cada uno de los Estados firmantes de la Convención de Estambul esté incidiendo por esta vía en la armonización del delito de violación priorizando el consentimiento.

En este mismo sentido trabaja hoy el Parlamento europeo que en su *Resolución de 28 de abril sobre la importancia de la legislación sobre la violación basada en el consentimiento en la Unión* (2025/2040(INI)) pide “a la Comisión que proponga, sin demora, legislación que establezca una definición de violación a escala de la Unión basada en el requisito de un consentimiento libre, informado y que pueda retirarse, de conformidad con el art. 36 del Convenio de Estambul”. Se avecinan pues de nuevo momentos de discusión política.

Pero no solo en el ámbito europeo se constata la preocupación por la violencia sexual: también la violencia que experimentan las mujeres en el marco latinoamericano ha llamado la atención de la Organización de Estados Americanos que ha aprobado la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* de Belém do Pará, 9 de julio 1994. Su art. 1 señala que “para los efectos de esta Convención, debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, *sexual* o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Las referencias a la violación y al bien jurídico libertad sexual se condensan en su art. 2 en el que da por incluida dentro de las modalidades de violencia que soportan las mujeres, la sexual. Probablemente, el hecho de que las referencias a la violencia sexual no sean más explícitas, determina que hoy los Códigos penales latinoamericanos estén más alejados del modelo imperante en la actualidad: esto es, el modelo consensual.

Al estudio de los dos grandes modelos de intervención se prestará atención a continuación.

2. El modelo coercitivo.

La definición del delito de violación como un atentado violento contra la libertad sexual ha estado vigente en la mayor parte de los códigos penales hasta no hace muchos años y es hoy día el modelo aún en vigor en otros tantos. Se trata del conocido como *modelo coercitivo*, en la medida en que la consumación del atentado sexual exige el empleo de unos medios instrumentales tasados que acotan en cada Código penal el ámbito de la tipicidad.

Nos referimos a un modelo clásico que ha madurado a lo largo de los años, partiendo en su origen de un momento en el que no era pacífica la identificación del bien jurídico protegido. En este contexto, han de resaltarse las cuestiones más discutidas desde el triple punto de vista feminista, penal y procesal que se han planteado y que siguen estando presentes en aquellos ordenamientos que lo secundan.

Socialmente se ha tratado de un modelo que partía de estereotipos sexuales en virtud de los cuales, las mujeres debían “proteger” su bien máspreciado: su honestidad⁶. De aquí que fuese llamada a “defenderse” de los atentados masculinos por definición titulares de una sexualidad irrefrenable. Este es el motivo por el cual la doctrina de la época se ha parado a analizar la *vis gratae puellis*⁷, en un imaginario colectivo en el que las mujeres que no defendían su virginidad no eran dignas de un matrimonio que abría las puertas al sexo honesto y dirigido a la gestación y a crear una familia⁸. De ahí el origen de la suprema importancia que se ha concedido histó-

⁵ Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución.

⁶ DI NICOLA (2026), pp. 134 y ss.

⁷ ACALE (2019b), p. 151.

⁸ El recurso a la *vis gratae puellis* no es en cualquier caso parte del pasado. Puede verse en este sentido la Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco (Perú) número 29 de 14 de abril de 2023 que condena al acusado como autor de un delito de violación; la condena cuenta con un voto particular del Magistrado Silva Astete en el que afirma que “en este escenario, a mi juicio, con los antecedentes que se produjeron en la fiesta, que acredita la interrelación afectiva que tuvieron los protagonistas de este hecho delictivo, se puede concluir llanamente que la forma y circunstancias en que el acusado le besaba a la agraviada (como se observa en el video) tiene todos los matices de aquella *dulce violencia* que postula un sector autorizado de la doctrina cuando sostiene que “Es necesario no confundir la violencia a que se refiere la ley como medio coercitivo para lograr el acceso carnal *intra-vas*, con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia seductora pero no coercitiva no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar temible el acto sexual”.

ricamente a los elementos de la “fuerza” (más tempranamente, posteriormente “violencia”) y la intimidación, que han venido a sincretizar esa “verdadera” resistencia que la víctima tenía que oponer ante las investidas de su “marido”, como parte del cortejo nupcial.

Este hecho ha favorecido que las mujeres casadas no pudieran ser víctimas de violación cuando el autor fuera su marido (en la medida en que el *sí matrimonial* llevaba consigo aparejado el débito conyugal que honraba toda clase de relación sexual)⁹, ni las mujeres que ejercían la prostitución, pudieran ser víctimas de un atentado contra la honestidad en su trabajo (pues el precio del servicio sexual incluía la humillación y el efecto de la deshonra). Semejante construcción favorecía el control de las mujeres a manos de los hombres de los que por una vía u otra dependían. El reproche social de estos comportamientos nunca se produjo, en la medida que los hombres se limitan a cumplir con el estereotipo del control masculino sobre una personalidad femenina necesitada de él porque se limitaba a poner a la mujer en el lugar en el que la sociedad la ha venido colocando.

Penalmente, en épocas más recientes en las que se ha entendido ya que el bien jurídico es la libertad sexual, el consentimiento de la víctima se ha convertido en el elemento basculador de la tipicidad que muchas veces no se formulaba de manera expresa, pero que se encontraba en un plano secundario, oculto por los medios comisivos con los que tenía que convivir, de modo que sin estos últimos, el atentado no era típico, o en su defecto se sancionaba a través de otra figura delictiva de “menor intensidad”. Y así, por ejemplo, en España hasta 2022 era difícil la separación entre la intimidación ambiental -que daba lugar a la consideración del acto como agresión sexual/violación- y el prevalimiento -que solo permitía calificar el acto como abuso sexual castigado con una pena menor-. La cuestión no dejaba de ser paradójica puesto que el esfuerzo legislativo por diferenciar figuras delictivas de mayor y de menor intensidad se basaba en la apreciación de elementos de difícil conceptualización autónoma, subordinados en muchas ocasiones a la confluencia de condiciones de espacio y tiempo que coadyuvaban a robustecer la construcción de la intimidación o a dejarlo en manos de un prevalimiento inferior¹⁰.

De este modelo se han loadado sus efectos en el ámbito de la prueba. Así, teniendo en consideración que este tipo de conductas se llevan a cabo en momentos en los que en la generalidad de los casos no hay otros testigos presentes, se ponía de manifiesto la importancia del testimonio de la víctima que es la obligada a probar que se ha opuesto, esto es, que se ha resistido. En este sentido, de sufrir la víctima en su cuerpo una lesión, la prueba se presentaba más fácil. Pero como es sabido, muchas veces esta violencia no deja marcas visibles y con la falta de “pruebas” concluyentes, la condena por la violación ha sido en muchos casos inalcanzable. Ello quiere decir que ni siquiera desde esta perspectiva el modelo de los medios comisivos aporta claridad a los hechos que han tenido lugar en la medida en que no siempre dejan huella (piénsese en la violencia psicológica o en los actos sexuales en los que la víctima no sufre desgarrar alguno). Es más, más bien han dado lugar a una peligrosa tergiversación de la cuestión en el sentido de que se concluye que a falta de marcas físicas, no ha existido violencia¹¹.

Pero si el proceso de victimización primaria se ha caracterizado por el enorme sufrimiento que causa a sus víctimas, no puede dejarse al lado los procesos de revictimización judicial que generan cuando en esa sede, se somete a las víctimas a unos profundos e invasivos interrogatorios que persiguen sacar a relucir los más íntimos detalles del acto sexual sufrido para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor, partiendo simultáneamente de la inveracidad del testimonio de la víctima. Todo ello conduce a muchas otras víctimas a no denunciar los hechos sufridos, para evitarse tener que añadir al daño causado por el delito, el daño causado por la propia administración de justicia. Estos inconvenientes han contribuido históricamente y siguen contribuyendo actualmente en estos ordenamientos a ampliar la cifra negra de criminalidad¹².

⁹ Como se señalaba anteriormente, el Convenio de Estambul ha señalado expresamente en el art 36.3 la aplicabilidad de los delitos contra la libertad sexual también en el ámbito de las relaciones de pareja.

¹⁰ Ampliamente: ACALE (2019a), pp. 215 y ss.

¹¹ En otros casos, ni si quiera la presencia de esas marcas físicas ha sido suficiente para probar la violencia sufrida, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 109/2025, de 28 de marzo (caso “Dani Alves”). Y es que no todo acto de violencia da lugar a la consumación de la violación, sino solo la que es instrumental para la práctica del acto sexual.

¹² El desconocimiento de las características de los casos realmente ocurridos dificulta enormemente la tarea de poner en marcha mecanismos de prevención general eficaces. Así, puede comprenderse que tiene poco sentido la puesta en marcha de programas de acción contra la violencia sexual a manos de personas desconocidas, si al mismo tiempo no se afronta el grueso fundamental de esta violencia a los ojos de la jurisprudencia (por lo menos en España) tiene lugar entre personas conocidas (de la familia, del ámbito docente o de su círculo de amistad).

3.

El modelo consensual: “no es no” *versus* “solo sí es sí”.

La progresiva sustitución de la regulación de la violación a través del sistema de los medios comisivos por otros que ponen el acento en el consentimiento de la víctima ha levantado muchas expectativas en la sociedad que espera de este modo superar una regulación que parte de un conjunto de estereotipos sexuales que han llegado a permear en muchos razonamientos judiciales. En el ámbito penal, este proceso evolutivo ha estado marcado por una resignificación de la violencia contextualizada en su justa medida sobre la línea trazada por Pitch, que afirma que “la violencia se inicia donde no hay consentimiento”, es más, es que es la falta de consentimiento la que define una relación como violenta¹³.

En todo caso, ni siquiera este modelo es la panacea, en la medida en que si bien pone el consentimiento en el centro del problema, la solución a los atentados contra la libertad sexual debe partir de la limitada “libertad sexual” de la que dispone la sociedad en su conjunto en la medida en que muchas veces se presta un consentimiento de forma no libre sino condicionado por factores estructurales que marcan la vida: ¿es libre el consentimiento de la joven inmigrante irregular que accede a mantener relaciones sexuales por la promesa de un matrimonio y una posterior regularización? ¿es libre quien por pobreza y/o soledad presta su consentimiento a la práctica de relaciones sexuales a cambio de la seguridad de un domicilio? Probablemente no, pero si no se debe hacer recaer sobre el Derecho penal la solución de todos los problemas de la vida, tampoco se le debe exigir que partiendo de un análisis profundo de las relaciones sociales, las cambie. Reconocidas las limitaciones que bordean a la libertad sexual, ello no impide intentar ofrecerle la mejor protección posible.

Casos como el de la *Manada de Pamplona* en España o el de *Dominique Pelicot* en Francia han removido los fundamentos de una sociedad que reposaba cómodamente sobre la protección que los Códigos penales ofrecían a un bien jurídico tan personal como el de la libertad sexual y han dado lugar a la necesidad de superar esos modelos coercitivos de regulación: el hecho de que la víctima no pueda actuar frente a la violencia sexual que sufre -sea porque se encuentra bloqueada o narcotizada¹⁴- convierte en un hecho intrascendente el empleo de ningún medio adicional para la consumación del objetivo del autor, lo que no significa que la víctima haya prestado su consentimiento.

En el seno de este modelo consensual es posible distinguir Códigos que parten del “no es no” de aquellos otros que lo hacen del “solo sí es sí”. La cuestión ni es banal ni meramente de etiquetas, más allá del discurso simplista que mantiene que *cuando una mujer dice que no, en verdad, está diciendo que sí*. Las dos concepciones plantean problemas desde los ángulos del feminismo, del Derecho penal y del Derecho procesal.

Así, el modelo del “no es no” parte de la necesidad de que la víctima explicita su rechazo ante la práctica de un acto sexual, mientras el modelo del “solo sí es sí” lo hace del hecho de que lo que la víctima debe explicitar es su consentimiento positivo. Desde el punto de vista feminista nótese la diferencia que existe entre ambos modelos sobre la concepción de las relaciones sexuales porque en el caso del no es no, si la víctima debe explicitar su “no” es porque se parte como presupuesto de una disponibilidad de los cuerpos al uso sexual a no ser que expresamente se rechace el acto sexual: es como si la libertad sexual ajena fuera una res nullius susceptible de apropiación a no ser que expresamente se manifieste lo contrario. En el marco del solo sí es sí se parte a su vez de la indisponibilidad sexual del cuerpo ajeno, por lo que se exige al autor que obtenga el consentimiento de la persona con la cual quiere mantener la relación. La verdad es que también en el ámbito de la sexualidad es más que evidente la posibilidad de que se preste un consentimiento inicial que posteriormente sea retirado. Basta pensar en determinadas prácticas sexuales consentidas en las que se lleven a cabo progresivamente actos de singular naturaleza sexual o se produzca el cambio de uno de los sujetos intervinientes cuando ni lo uno ni lo otro entraban en el sí inicial.

La relevancia de la diferenciación entre uno y otro modelo puede verse más simplemente con el ejemplo de los delitos contra la vida. Así, habrá homicidio sin necesidad de que la víctima diga que no quiere morir porque se parte de que las personas quieren mantenerse vivas. Solo cuando una persona expresa positivamente su voluntad de morir, entrarán, en su caso, en aplicación supuestos de auxilio ejecutivo al suicidio o supuestos de eutanasia atípica cuando

¹³ PITCH, (2003), p. 211.

¹⁴ “Freezing”: vid por todos DI NICOLA, (2026), p. 134.

se cumplan los requisitos exigidos al efecto en ese ordenamiento jurídico. *Mutatis mutandis*, cuando se trata de la libertad sexual, el modelo del no es no presume la predisposición a renunciar a ella. Fundamentar este razonamiento es fácil desde la perspectiva estereotipada que entiende la libertad sexual como el cruce entre una sexualidad feroz masculina de la que las ingenuas mujeres han tenido que defenderse¹⁵.

Desde el punto de vista penal, el bien jurídico libertad sexual en ambos modelos permite que se manifieste la voluntad de la víctima, pero el modelo del solo sí es sí es el único que al mismo tiempo que elimina la presunción de la hipersexualización y la subordinación de las relaciones entre hombres y mujeres, permite que el bien jurídico libertad sexual se desarrolle completamente dando a la víctima la capacidad de disponer de él en positivo. En todo caso, desde la perspectiva del solo sí es si, en el ámbito del dolo ha de probarse que el autor conocía los elementos objetivos del tipo, lo que incluye el conocimiento sobre el consentimiento de la víctima. Alegar por su parte error de tipo sobre la concurrencia de dicho consentimiento es lícito, si bien el tribunal tendrá que verificar la veracidad de esa afirmación a partir de las circunstancias objetivas que rodean al acto sexual practicado. Así mismo, tendrá sin duda alguna un papel relevante en la actuación judicial como un estándar probatorio de relieve la constatación de las medidas llevadas a cabo por parte del autor para verificar que actúa con el consentimiento de la víctima, de manera que, a menor número de actuaciones dirigidas en ese sentido, más fácil será concluir que el autor llevó a cabo su comportamiento con dolo, si quiera eventual. El hecho, por otra parte, de que el autor haya “deducido” el consentimiento de la víctima a partir de meros estereotipos sexuales (si está bebiendo a altas horas de la noche con hombres, o si baila sola en una discoteca o si permite que se le invite a la cena) ha de ser tratado en la actualidad como una fundamentación inasumible por unos tribunales de justicia que han de desterrar de sus razonamientos judiciales los mismos estereotipos que han llevado a los autores a la comisión de sus delitos¹⁶. Todo ello indica que el error sobre el consentimiento debe ser tratado de acuerdo con la regla general del Código en materia de error sobre el hecho¹⁷ cuya punibilidad en caso de vencibilidad en los sistemas cerrados de punición de la imprudencia exigirá que esté prevista la correspondiente figura delictiva culpable. La verdad es que el mero planteamiento de la culpa es susceptible de discusión¹⁸.

Desde el punto de vista probatorio ambos modelos han recibido críticas relacionadas con una supuesta vulneración de la presunción de inocencia. En este sentido, no puede confundirse la “inversión de la carga de la prueba” con un proceso probatorio “privado de cualquier prueba” por parte del denunciado (STS 565/2007, de 21 de junio): lo que determina que ni el modelo del consentimiento ni el de los medios comisivos exoneran a la denunciante de probar los hechos, momento en el que el imputado debe llevar a cabo las actividades procesales necesarias para demostrar la falsedad de la denuncia. Más bien parece que el cambio fundamental que traen consigo los modelos consensuales tiene que ver con el centro de la prueba que pasa de la resistencia de la víctima a la emisión de su consentimiento.

Tampoco han sido infrecuentes las críticas al modelo del consentimiento por el hecho de favorecer “las denuncias falsas”, aunque no hay datos que corroboren el riesgo de que ese número sea extraordinario, y presumir lo contrario sin aportar dato alguno significa reproducir los patrones machistas de comportamiento que señalan a las mujeres como mentirosas compulsivas, celosas y seres por naturaleza despechados, cuando el problema no son la denuncia falsas, sino la “no denuncia” y el correlativo problema de la cifra negra de criminalidad¹⁹. La misma Giulia Bongiorno ha recurrido como argumento para confirmar la adopción del modelo consensual al que se hará referencia a continuación en el *Disegno di Legge* 1.715 a la “necesidad de evitar instrumentalizaciones por parte de las víctimas” sin añadir dato criminológico alguno que sirva para corroborar la realidad oculta tras esa afirmación -esto es, las mujeres presentan denuncias falsas-. Todo esto quiere decir que la reforma del Código italiano se está haciendo desde la desconfianza hacia las mujeres.

A todo ello se debe añadir como un argumento de peso que incide sobre la supuesta presentación de denuncias falsas que si bien el imputado tiene derecho a no decir la verdad, si la

¹⁵ El cuento del lobo feroz y de las caperucitas ingenuas que son engañadas y vencidas. *Vid.* OSBORNE (2001), pp. 35-44; SERRA (2024); DI NICOLA (2026), pp. 115 y ss.

¹⁶ *Vid.* I. DE LAMO (2023).

¹⁷ Particularmente significativa es la expresión “consenso in itinere” empleada por CADOPPI, (2025), p. 11.

¹⁸ *Vid.* PUENTE (2023).

¹⁹ Véase CADDOPPI, (2026), p. 2.

“víctima” miente, cometerá un delito contra la administración de justicia. En todo caso, no se puede confundir el hecho de que no se prueben los hechos con pruebas falsas: solo en este caso se podría abrir un proceso penal en contra de ella.

Por lo demás, como se verá seguidamente, la mayoría de los Códigos penales que han optado por seguir el modelo consensual han tenido en consideración que el consentimiento al que se hace referencia no debe emitirse de palabra, ni delante de un notario, ni de forma concluyente, ni inequívoca, sino que deben tenerse en consideración las circunstancias de lugar y de tiempo: se asiste por tanto a un nuevo estadio en el interior del modelo consensual que muta en un verdadero *modelo comunicativo* (STS 344/2019, de 5 de julio, STS 544/2022 de 1 de junio)²⁰. En este sentido se entiende que no solo las palabras hablan. En esta misma línea, reducir el debate al hecho de que la víctima diga que sí o diga que no puede ser superfluo si se dejan a parte las circunstancias en las que tienen lugar las relaciones sexuales. El Tribunal Supremo español ha establecido en su Sentencia 544/2022, del 1 de junio, que “cuando como consecuencia de dicho contexto socio personal decir “no” a la relación sexual es más difícil que decir “sí”, el valor del consentimiento se debilita significativamente”. Previamente ya había establecido en su Sentencia 344/2019, de 5 de julio²¹ que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino del hecho de que el silencio es también una forma de comunicación en ese contexto, con esa “sordidez” y “crudeza” “puede ser interpretado como un rechazo”. Finalmente es fácil compartir que, si una mujer está llorando de miedo o de dolor, aunque simultáneamente diga que sí, está diciendo que no.

Todo esto conduce a afirmar que *hay consentimiento cuando las personas que participan en la relación sexual explicitan su voluntad en atención a las circunstancias del caso: ya sea con las palabras o con su comportamiento*.

En el marco de ambas regulaciones del consentimiento en materia penal se da la circunstancia de que no son pocos los Códigos penales que, habiéndose decantado por este modelo, recurren a los medios que han acompañado al acto sexual realizado por el autor como prueba de la falta del consentimiento. Esto es lo que determina que también en los modelos consensuales se deban continuar analizando los conceptos de violencia, intimidación, etc., no como elementos del tipo, sino como elementos que permiten visibilizar (corroborando) que el acto sexual no era consentido.

4. Derecho comparado.

4.1. Generalidades.

En efecto, los Códigos penales de los países del entorno cultural han experimentado en los últimos años un proceso de modificación de los respectivos requisitos del delito de violación, cada uno con su propia idiosincrasia, pero sin duda alguna en el marco del modelo del consentimiento²².

²⁰V. por todos FARALDO (2021), pp. 265 y ss.

²¹En el caso de la “Manada de Pamplona”.

²²ACALE (2022a), pp. 39 y ss, donde se señalan los ordenamientos jurídicos que en aquel momento hacían rotar el delito de violación en torno a los elementos comisivos: España, Italia, Francia y Portugal. Entre ellos, pocos años después, España y Francia siguen hoy un sistema de punición a partir del consentimiento, mientras Portugal e Italia continúan con un sistema híbrido e Italia transita de uno a otro a través del *Disegno di Legge 1.715*.

Las consecuencias en el ámbito de la tipicidad del comportamiento del autor son, sin duda alguna relevante según se siga uno u otro modelo, como refleja el siguiente cuadro:

Comportamiento de autor y víctima	MODELO DE LOS MEDIOS COMISIVOS	MODELO DEL NO ES NO	MODELO DEL SOLO SÍ ES SÍ
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona que no ofrece resistencia	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona que permanece en silencio	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona que está dormida	¿EQUIVALENCIA?	EQUIVALENCIA	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN
El autor lleva a cabo el acto sexual con una víctima que está inmovilizada (freezing)	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona por sorpresa	¿EQUIVALENCIA?	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona con engaño	¿EQUIVALENCIA?	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	DEPENDE
El autor lleva a cabo el acto sexual con una persona que no expresa nada	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	NO ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	ES TÍPICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

En Europa, hasta donde se alcanza a ver, Italia es el último país que se propone modificar su delito de *violenza sessuale*. Esto no significa que no queden regulaciones europeas que sigan el modelo de los medios comisivos: basta con el análisis del art. 178 del Código penal de Serbia que exige para considerar violación un acto sexual, que el autor se valga de violencia o de amenazas²³ o de la sección § 197 del Código penal de Hungría que pone la atención en el uso de violencia o de intimidación de causar un mal en la vida o la integridad física o en el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para defenderse o expresar su voluntad.

Reino Unido cuenta con una legislación consensual pionera, al poner el centro de la regulación del delito de violación en la falta de consentimiento, definiéndolo en la *Sexual Offences Act* de 2003 en los siguientes términos: (1) Una persona (A) comete delito si (a) intencionalmente penetra la vagina, el ano o la boca de otra persona (B) con su pene, (b) B no consiente la penetración, y (c) A no tiene motivos para creer que B consiente. (2) El carácter razonable de una creencia se determina teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas adoptadas por A para determinar si B da su consentimiento” (solo sí es sí)²⁴.

Más allá de ese lejano antecedente, tras la aprobación del Convenio de Estambul se han sucedido en breve espacio de tiempo las reformas de los Códigos penales que han venido a asumir el modelo consensual.

El *iter* comienza con Bélgica en 2016, que modificó el art. 375 del Código penal para pasar a definir la violación como “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido contra una persona que no consiente en ello”, a lo que añade que “no se considerará que se ha dado consentimiento si el delito se comete por violencia, coacción o engaño, o es posible debido a la enfermedad o discapacidad física o mental de la víctima”. Se trata de un modelo de regulación que parte de la necesidad de que la víctima exprese su consentimiento positivo, auxiliándose -eso sí- en la violencia, la coacción, el engaño, la enfermedad o la discapacidad de la víctima como elementos corroboradores de la falta de aquél (sólo sí es sí).

No de forma muy distinta, Suecia en 2018 modificó su Código penal para pasar a considerar en la Sección I del Capítulo 6 (“*On sexual offences*”) el papel del consentimiento, castigando a “quien mantenga un acto de penetración sexual u otro acto sexual a la vista de la entidad de la violación del bien jurídico sea comparable a la penetración, con una persona que no ha participado voluntariamente, es culpable de violación y castigado con la pena de prisión no inferior de 2 ni mayor de 6 años. Al evaluar si la participación es voluntaria o no, se presta especial atención a si la voluntariedad se expresó de palabra o de hecho o de alguna otra manera. No puede considerarse nunca que una persona participa voluntariamente si: 1. Su participación es el resultado de una agresión, otro tipo de violencia o la amenaza de un acto delictivo, la amenaza de iniciar un proceso o denunciar a otra persona por un delito, o la amenaza de dar información perjudicial sobre otra persona. 2. El autor se aprovecha indebidamente del

²³ En particular sobre las mujeres discapaces víctimas de violencia sexual puede verse SKUKIC y BAJOVIC (2022), p. 724.
²⁴ TERRY (2016), pp. 5 y ss.

hecho de que la persona se encuentra en una situación particularmente vulnerable debido a la inconsciencia, el sueño, el temor grave, la influencia del alcohol o las drogas, la enfermedad, las lesiones corporales, los trastornos mentales o de otro tipo, dadas las circunstancias; 3. El autor induce a la persona a participar abusando gravemente de su posición de dependencia del autor” (solo sí es sí).

El parágrafo 177 del Código penal alemán, tras 2019, sigue el modelo del consentimiento exigiendo que la víctima haya expresado de forma manifiesta su voluntad contraria a la realización del acto de contenido sexual (“no es no”)²⁵. En este sentido impone la misma pena al autor que “realice o haga realizar actos sexuales a la víctima” contra su voluntad manifestada y cuando se aproveche de la incapacidad de la víctima para expresar su voluntad contraria, o de su estado físico o psíquico “a menos que se haya asegurado del consentimiento de dicha persona”, actúe por sorpresa, se aproveche de la situación de la incapacidad de la víctima de ofrecer “resistencia” por el alto riesgo de sufrir un mal grave o que obligue a la víctima a realizar o tolerar el acto sexual “mediante amenazas”.

La redacción vigente del Código penal de Portugal proviene de la *Lei n.º 45/2023 de 17 de agosto*²⁶, en la que a pesar de ponerse el acento en los medios comisivos, se incluye una cláusula de cierre que pone de manifiesto la llegada también a este código –tímidamente, eso sí-, del modelo del consentimiento, al partir de una regulación en la que en primer lugar se castiga a quien lleve a cabo actos sexuales obligando a la víctima, lo que es tanto como afirmar, “sin su consentimiento”. En estos supuestos el número 1 del art. 164 impone una pena de prisión de 1 a 6 años a quien obligue a otra persona a “a) sufrir o practicar con uno mismo o con otro coito, coito anal u oral; o b) sufrir o practicar la introducción vaginal, anal u oral de partes del cuerpo u objetos”. El número 2 agrava la pena a prisión de 3 a 10 años a “quien, por medio de la violencia, amenaza gravemente o, después de haberla vuelto inconsciente o puesto en la imposibilidad de resistir, coacciona a otra persona: a) sufrir o practicar, con uno mismo o con otros, coito, coito anal u oral; o b) sufrir o practicar la introducción vaginal, anal u oral de partes del cuerpo u objetos.” El art. 164 termina con una definición normativa de lo que se entiende como coacción: “cualquier medio no previsto en el apartado anterior, empleado para la práctica de los actos mencionados en las letras a) y b) contra la voluntad cognoscible de la víctima”, esto es, su consentimiento.

El último de los Códigos que ha visto la regulación de la violación modificada abandonando el modelo coercitivo a favor del modelo consensual es el francés, tras el caso *Pelicot* a través de la reforma del art. 222-22 del Código penal de 2025²⁷. En su interior se define como agresión sexual todo acto sexual “no consentido” que se cometa “contra” la víctima. Debe subrayarse que si bien no se define el consentimiento, sí se le adjetiva de manera que tiene que ser “libre e informado, específico, previo y revocable”. El interés por acotar el consentimiento lleva a afirmar que el mismo “no puede deducirse únicamente del silencio o de la falta de reacción de la víctima”. Junto a ello se vuelve a recurrir como en otros Códigos a los medios comisivos de la “violencia”, la “coacción”, la “amenaza” o la “sorpresa” como prueba de la falta de consentimiento por su parte.

Todos estos Códigos tienen en común que la penetración sexual es un criterio de agravación de la pena y que todos ellos parten de la libre disponibilidad del bien jurídico libertad sexual, pasando posteriormente algunos de ellos a definir normativamente qué sea la falta de consentimiento, mientras que otro –el de Suecia- da pautas al juez a los efectos de concretarlo en el caso particular. No son modelos de intervención distintos: *se trata de un mismo modelo en evolución*.

Por lo que se refiere al ámbito geográfico y político de América latina puede decirse que sus códigos penales siguen poniendo el acento todavía en los medios comisivos de manera generalizada. Esto ocurre en México (art. 265 del Código penal federal exige violencia física o moral), Brasil (en su art. 213, requiere violencia o amenaza grave), República Dominicana (exige “violencia, constreñimiento, amenaza o engaño” en su art. 210), Colombia (en cuyo art. 212 exige violencia²⁸) o Argentina (en cuyo art. 119 exige que la víctima sea “menor de trece

²⁵ HÖRNLE (2019), p. 1311; VALLEJO (2018), p. 6; Amnesty International (2018), p. 9; WOLTER (2017), pp. 1 e ss; CADOPPI (2026), p. 8.

²⁶ Vid. por todos MIRANDA (2021), pp. 281 y ss.

²⁷ La redacción anterior provenía del modelo instaurado por la *Ley n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* que lo definía en el art. 222.22 como todo acto sexual cometido “con violencia, coerción, amenaza o sorpresa”.

Véase el trabajo que sobre este caso realiza JABLONKA (2017).

²⁸ Que define como “el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la

años o cuando mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”), mientras que Perú ha transitado tímidamente hacia el modelo del consentimiento (art. 170).

En este contexto, puede entenderse la importancia que ha tenido la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre 2022 (caso *Brisa Angulo Losada vs. Bolivia*²⁹) en la que la Corte afirmó que “las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, es decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual. Subrayó que los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual”. Así, el Tribunal sostuvo que no corresponde demostrar resistencia ante la agresión física, sino la falta de consentimiento y subrayó que solo se puede entender que hay consentimiento cuando este se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona³⁰. Ya sea mediante la anuencia verbal, o sea porque dicho consentimiento se deriva de un comportamiento evidentemente identificable con una participación voluntaria. La Corte reconoció que hay situaciones en que se presentan vicios en el consentimiento y que la falta de la definición legal de la violencia psicológica, por ejemplo, dificulta la posibilidad de investigación de las violaciones sexuales³¹. Como se observa, se trata de un pronunciamiento relevante que aborda más allá de la realidad de un caso concreto, la técnica de tipificación empleada por el Código penal de Bolivia poniendo con ello de manifiesto que los propios procesos de victimización primaria y secundaria se ven amplificados por el propio marco legiferante. Se está a la espera de poder comprobar los efectos que de este importante pronunciamiento de la Corte tenga sobre el propio Código penal de Bolivia, pero también sobre otros Códigos penales de otros Estados de la región.

Como ha podido observarse, puede decirse que hoy son más numerosos los códigos penales que se han decantado por los modelos consensuales si bien queda todavía una amplia muestra de ordenamientos que siguen anclados en el modelo coercitivo. Un estudio en profundidad de la realidad criminal de estos países ayudaría a contrastar la bondad de uno y otro modelo, de poder contarse con datos estadísticos sobre agresiones sexuales denunciadas y no denunciadas (dato de sumo interés que solo a través de costosas macroencuestas de victimización es posible –siquiera– intentar conocer) pero a simple vista es posible concluir que aquellos ordenamientos jurídicos que han optado por los modelos del consentimiento están dirigiendo su atención hacia el hecho principal de que el acto sexual se lleve a cabo en virtud del ejercicio de la libertad sexual del que tanto hombres como mujeres son titulares, dejando a un lado ya la necesidad de corroborar la presencia de elementos como la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de superioridad, que en otros momentos históricos han desviado la atención hacia aspectos secundarios, ignorando la cuestión principal: y es que no se trata ya de probar la existencia de una violencia instrumental dirigida a la consumación del acto sexual, es que no hay nada más violento como involucrar a una persona sin su consentimiento en un acto sexual.

Pendientes quedan por analizar los modelos español e italiano a los que se dedicarán las próximas reflexiones.

4.2. *El modelo español.*

La regulación de los delitos de agresión sexual quiso dar un giro de 180 grados con la aprobación de la *Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*, cuya finalidad fue la de dejar a un lado el modelo coercitivo hasta entonces vigente, que ponía el acento en la cualificación del delito de agresión sexual sobre la existencia de violencia o intimidación:

violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

²⁹ Cuyo Código penal también sigue el modelo de los medios comisivos (art. 308 y 309).

³⁰ La influencia que ha ejercido en este pronunciamiento de la Corte la nueva redacción dada al art. 178.1 del Código penal español, tras la reforma del mismo operada por la LO 10/2022 es indudable: la propuesta de regulación que hace la Corte es esa misma.

³¹ *Vid.* SANTOS (2025), pp. 103 y ss.

las mayores críticas se produjeron ante las dificultades que se presentaban en la jurisprudencia para distinguir la intimidación ambiental (que convertía el acto sexual en agresión) y el abuso de una situación de necesidad o prevalimiento (que daba lugar a la consideración del mismo como mero “abuso” sexual³²): la SAP de Navarra de 20 de marzo de 2018 es buena muestra de ello³³.

La Ley tuvo una larga tramitación parlamentaria, interrumpida -por lo demás- por el Coronavirus, y una gran repercusión mediática: los eslóganes del “solo sí es sí”, así como “no es no”, fueron gritados en cada acto de rechazo social ante la violencia sexual, inspirados por el movimiento feminista que desde el primer momento guio el proceso³⁴. Y los cambios que se produjeron sucesivamente en el texto durante aquellos meses -y años- fueron considerables. En particular, la definición del consentimiento, que no existía en el texto originario y fue incorporada durante la tramitación parlamentaria pasando de una original versión que incorporaba el sistema del “no es no” al “solo sí es sí”³⁵. Pero sobre todo perseguía desterrar la violencia y la intimidación del lugar esencial que ocupaban en la tipicidad, convirtiéndolos en meros elementos corroboradores de la falta de consentimiento³⁶. En términos generales, el art. 178 del Código penal español castiga como agresión sexual realizar “cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”, añadiendo que “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. El hecho de que el autor emplee para consumir la agresión sexual “violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad” no eran más -en la LO 10/2022- que elementos verificadores de la falta de consentimiento por parte de la víctima, si bien como se verá a continuación, algunos de ellos hoy han vuelto a ser factores de modulación de la pena. La regulación esencial de las agresiones sexuales se cierra con el art. 179 en el que se castiga el delito de violación que consiste en el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”, lo que da lugar a la imposición de una pena superior.

No obstante el tiempo dedicado a debatirla y revisarla en el Parlamento, la ley salió del Ministerio de Igualdad en primer lugar y del de Justicia en segundo y último lugar con lo que fue entendido por parte del Tribunal Supremo como un defecto de técnica legislativa insubsanable, al faltar un régimen transitorio *ad hoc* que adaptara a la reforma que llevaba a cabo el régimen general contenido en el art. 2.2 y en la Disposición transitoria segunda del Código³⁷. De haberse adoptado el criterio contrario -como defendía la Fiscalía General del Estado- se hubieran podido amortiguar las reducciones de las condenas que se produjeron como consecuencia de aquella drástica decisión³⁸. Que se podría entonces haber hecho una interpretación

³²Sobre la separación entre ambos elementos se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en la Sentencia 344/2019 de 5 de julio, en el caso conocido como “la Manada” de Pamplona.

³³ Más aún el voto particular expresado por uno de los magistrados de la Audiencia, que no solo no vio intimidación ambiental, sino que tampoco abuso de superioridad, apreció “una relación sexual desinhibida, mantenida entre cinco hombres y una mujer, en un ambiente sórdido e inhóspito y en el que ninguno de ellos (ni siquiera la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni frente a la exhibición del propio cuerpo o de los propios genitales, ni frente a los movimientos, las posturas y las actitudes que vayan adquiriendo”. *Vid.* ACALE (2018).

³⁴La aprobación en España de la LO 10/2022 y su posterior reforma a través de la LO 4/2023, de 27 de abril, ha abierto un amplio debate doctrinal. A modo ejemplificativo, puede verse: ACALE (2021), pp. 467-485; de la misma 2020b) pp. 35 y ss; FARALDO (2023), pp. 79-94; Díez-Ripollés (2019); MUÑOZ CONDE (2019); OLIVAS (2021); RAMÍREZ (2021); QUINTERO (2020); LASCURÁIN (2021).

³⁵ Así, el texto del Anteproyecto de Ley de protección integral de la libertad sexual de 3 de marzo 2020 señalaba: “se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

³⁶ Según la formulación del art. 178 de dicha Ley, se entendía que 1. “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

³⁷ El acuerdo adoptado por el Tribunal Supremo viene recogido en su STS 523/2023, de 29 de junio: “en las operaciones de revisión de las condenas como más favorable la LO 10/2022, si el Tribunal que juzgó los hechos optó por la imposición del mínimo posible según la legislación aplicada, es imperativo optar por el nuevo mínimo legal (*suelo punitivo*)”.

³⁸ El enfrentamiento existente entre la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo, que terminó con la condena del primero por delitos de revelación de secreto y la pérdida del estatus de Fiscal General del Estado, ya se había manifestado de manera evidente con la diferente concepción de ambos respecto al régimen transitorio de la LO 10/2022. Así, por una parte, la Fiscalía General consideraba, en el Decreto del

alternativa se constata leyendo hoy sentencias del mismo tribunal que han mantenido la posición contraria a la que lo desencadenó todo (STS 344/2025, de 9 de abril, ponente Martínez Arrieta). Ello dio lugar a una reducción de condenas que en muchos casos favorecieron la salida anticipada de la cárcel de condenados por delitos de agresiones sexuales³⁹, creando una gran alarma social y un descrédito que llegó a engullir a la propia ley. No obstante, aquellas críticas no hubieran alcanzado tanta gravedad si no hubiera sido por los sentimientos encontrados que destilan los agresores sexuales en España quienes, desaparecida la violencia de la banda terrorista ETA, se han convertido en los penados más odiados por toda la sociedad de los que se esperaba cuando fueron internados en prisión que no salieran *nunca*. Pero ese *nunca* se comprobó en 2022 que era un adverbio inapropiado en un sistema penal que castiga las agresiones sexuales con penas privativas de libertad limitadas en el tiempo⁴⁰.

Esa situación facilitó la aprobación de una reforma parcial de la LO 10/2022, que vino de nuevo a recurrir a los medios comisivos como elementos de agravación de la pena para impedir las reducciones de las penas de prisión (en términos similares como se verá a continuación del modelo diseñado por la *Proposta di riformulazione* italiano de 22 de enero). De la “ultra reforma” de los delitos sexuales se encargó la LO 4/2023, de 27 de abril, que persiguió el objetivo, según se señala en su Preámbulo, de “respetar” el modelo instaurado en la LO 10/2022 y de “blindar” la ley “a favor” de las víctimas, evitando “el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas”, al tiempo que se insistía en una idea central: que los cambios que se llevan a cabo se producen “sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual”. La solución consensuada en la reforma llevada a cabo en 2023 consistió en incorporar una serie de escalones penológicos según si el autor llevó a cabo el acto sin consentimiento, o empleando violencia o intimidación o aprovechándose que la víctima tuviera anulada su voluntad: cambios que sin duda alguna, a pesar de las referencias en contra llevadas a cabo en el Preámbulo, inciden en el corazón del modelo consensual de la LO 10/2022.

Con todo, la definición del delito de agresión sexual a partir del consentimiento de la víctima ha supuesto un cambio que difícilmente podrá ser deshecho, en la medida en que la sociedad española ha asumido la necesidad de que estética, ética y jurídicamente el consentimiento desempeñe el protagonismo que en el modelo superado era de los medios comisivos. Probablemente este es uno de los cambios más importantes del siglo XXI. Los eventuales cambios de gobierno que pudieran suceder en España encontrarían en esa conciencia social

21 de noviembre, que debe partir de la necesidad de proteger “la integridad de las sentencias definitivas”, causando en caso contrario -como ha ocurrido en estos meses- incertidumbre jurídica. En esta misma línea estaba su posterior Circular 1/2023, del 29 de marzo, sobre los criterios de intervención del Ministerio Público tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual llevada a cabo por la LO 10/2022. En el lado opuesto se ha posicionado el Tribunal Supremo que en el Acuerdo no jurisdiccional para la unificación de la doctrina de 9 de junio de 2023 y en las primeras sentencias en aplicación de la reforma (SSTS 523/2023, de 29 de junio; 473/2023, de 15 junio; 454/2023, de 14 de junio), se ha manifestado en sentido contrario, provocando así las reducciones de penas que han terminado por sepultar la ley bajo las críticas y las burlas de un sector de la doctrina.

³⁹ Así, es sintomática la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2025, de 9 de abril (ponente Andrés Martínez Arrieta) en la que se decide no revisar la pena impuesta por el tribunal que juzgó los hechos en primera instancia, en atención a los siguientes criterios: “En el hecho probado se refiere que la conducta declarada probada causó a la menor “lesiones psíquicas, ansiedad, depresión y miedos específicos, todos ellos compatibles con el .../... que requirieron tratamiento médico, atención psiquiátrica y tratamiento farmacológico, lo que perjudica considerablemente la adaptación de la menor a su entorno y le producen un menoscabo de su vida psico-afectiva y desarrollo sexual. Además, la edad de la víctima era de 14 años, elementos fácticos que, desde las facultades de individualización expresadas, no evidencian ningún error como el que denuncia, pues la pena de 8 años es imponible de acuerdo con la redacción vigente en el momento de aplicación de la norma y es proporcional a la gravedad de los hechos. Las lesiones que se declaran probadas, daños con tratamiento médico, no han sido objeto de subsunción en el tipo penal del art. 147, y puede ser valorado para conformar una penalidad proporcionada en el nuevo marco punitivo del delito de agresión sexual”. Se trata de los criterios de interpretación que defendía en 2023 la Fiscalía General del Estado y que con tanto ímpetu fueron rechazados por el Tribunal Supremo.

La sentencia cuenta con un “lastimero” voto particular firmado por los Magistrados Antonio del Moral y de Eduardo de Porres Ortiz en el que lamentan abiertamente la decisión contraria a la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo: “la doctrina de la sentencia de Pleno antes invocada y reiterada en docenas de sentencias (muy probablemente sobrepasen el centenar: discúlpese que no me entretenga en las tareas de cómputo) queda seriamente tocada sin que exista una razón plausible para apartarse de sus, más o menos discutibles pautas, que ya son pautas de la jurisprudencia. Personalmente no puedo asumir un criterio que lleva a denegar una rebaja de la pena a quien está en iguales condiciones que los protagonistas de otras muchas sentencias que he firmado o he redactado (incluso con muy pocos días de diferencia) sin aflorar mi discrepancia. Solo así el recurrente no se sentirá tratado por mí de forma arbitrariamente distinta”. De la lectura de este voto particular se desprende que el Tribunal Supremo pudo perfectamente haber mantenido el criterio contrario a la revisión cuando la pena impuesta en sentencia pudiera seguir manteniéndose dentro de las horquillas establecidas por la LO 10/2022, pero no quiso. Se trató por tanto de una cuestión de poder, no de querer. De ahí que pueda concluirse que se trató de una decisión política.

⁴⁰ ACALE (2023b).

una oposición abierta: en todo caso, el hecho de que el Partido Popular -que es quien hipotéticamente vendría a suceder en el Gobierno de la nación al vigente Gobierno de coalición (presidido por el Partido Socialista)- haya votado a favor en el Parlamento Europeo de la Resolución de 28 de abril sobre la importancia de la legislación sobre la violación basada en el consentimiento de la Unión (2025/2040(INI)), debe venir a despejar dudas en torno al eventual cambio en España de lo que se defiende en la Unión Europea y de llevarse adelante iniciativas nacionales distintas a las que se impulsan a nivel europeo, se constataría que se trata de decisiones *meramente políticas*, no de *política criminal*.

El modelo diseñado por el legislador español no cabe duda, es un buen referente para el legislador italiano en el momento de proceder a plantearse la reforma del delito de *violenza sessuale*⁴¹. Sería un despropósito -además de una injusticia- que se confundiera la regulación con el defecto de técnica legislativa “insubsanable” para el Tribunal Supremo que tenía la ley.

4.3. *La propuesta de reforma del Código penal italiano: el tránsito del modelo de los medios comisivos al modelo consensual.*

4.3.1. *Los orígenes.*

El *Codice penale* castiga el delito de *violenza sessuale* en el art. 609 bis, tras la reforma operada por el mismo por la ya lejana Ley de 15 de febrero de 1996 (art. 3)⁴², n. 66 sobre *Norme contro la violenza sessuale*⁴³, que desde entonces sanciona a⁴⁴:

- “1. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione (da sei a dodici anni).
2. *Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:*
 - 1) *abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;*
 - 2) *traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*
 3. *Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”.*

Como se observa, el precepto no incorpora referencia alguna al consentimiento, si bien es fácil deducir que quien debe valerse de medios como la violencia, la amenaza, etc., lo hace por no disponer del consentimiento de la víctima. Esto quiere decir que si, teniendo el consentimiento de otra persona, se emplease violencia en la práctica del acto sexual, nos encontraríamos ante una relación sexual atípica. Con todo, debe señalarse que la jurisprudencia ha ido más allá de la ley, creando un cuerpo jurisprudencial consolidado en el cual se interpreta el delito de *violenza sessuale* como un acto sexual practicado sin el consentimiento de la víctima algo que evidentemente es cierto pero eso sí, sepultado por la necesaria concurrencia de unos concretos medios comisivos. Se puede decir por ello que a través de este *diritto vivente* se fuerza el principio de legalidad en la medida en que “*i giudici si sono fatti legislatori, in mancanza, appunto, di una pur necessaria riforma legislativa*”⁴⁵. La reforma por tanto se ha convertido en una verdadera necesidad a los efectos de garantizar la primacía de la ley⁴⁶.

Sin embargo, a pesar de tratarse de una regulación que a primera vista puede ser modernizada y mejorada, se debe tener en consideración la importancia que aquella reforma de 1996 tuvo, rompiendo así con la tradición legislativa que hasta aquel momento había entendido que los viejos delitos de *violenza carnale*, de *corruzione di minorenni* y del *oltraggio al pudore* atentasen contra las buenas costumbres: el hecho de que hoy sean considerados delitos contra la persona subraya la identificación de un bien jurídico de titularidad individual de quien sufre la agresión, no de la sociedad (*moralità sessuale*), ni de su familia (el buen nombre). Al mismo tiempo fue esta reforma la que unificó en una misma categoría de “*atti sessuali*” los viejos

⁴¹ MERENDA (2024).

⁴² VIRILIO (1997), pp. 77 y ss. *Vid.* También PITCH (2003), pp. 196 y ss.

⁴³ GU Serie Generale n.42 de 20-02-1996.

⁴⁴ Se deja a un lado la reforma de 2019 que solo ha modificado la pena, no los elementos típicos.

⁴⁵ GATTA (2026), p. 3; CADOPPI (2026), p. 1; del mismo (2025), p. 2.

⁴⁶ *Vid.* DI NICOLA (2026).

delitos de “*violenza carnale*” (que exigía la penetración) y por otra parte de actos de “*libidine violenta*”⁴⁷.

Estas reflexiones no dejan de reconocer que, en todo caso, se ha llevado a cabo un esfuerzo por parte del intérprete para identificar, en el interior de la libertad, la parte de la autodeterminación en materia sexual como bien jurídico tutelado⁴⁸, si bien existen argumentos legales para sostener con dificultad que la libertad sexual sea hoy el bien jurídico protegido por el delito de *violenza sessuale*. En este sentido, el art. 609 bis está incluido en la Sección II (“*dei delitti contro la libertà personale*”) del Capítulo III (“*dei delitti contro la libertà individuale*”) del Título XII (“*dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale*”), de modo que, sistemáticamente la violencia sexual mantiene una relación con la libertad personal, la libertad individual y la incolumidad individual: la libertad sexual como bien jurídico protegido no aparece señalado aquí sino en el Título IV que castiga los delitos contra la *morale pubblica* y las *buone costume* que incluye en el Capo I los delitos “*contro la libertà sessuale*”: por ello la discusión está servida.

Si de las dificultades sistemáticas en la identificación del bien jurídico se pasa al análisis de los elementos nucleares del tipo del art. 609 bis, a la luz de la lectura que del mismo han realizado doctrina y jurisprudencia, es fácil constatar los problemas interpretativos que ha suscitado, dada la terminología empleada por el legislador. En esta línea, las dudas fundamentales que se han debido afrontar se refieren a la indeterminación del acto sexual típico, a la necesidad que el mismo fuese acompañado de “*violenza o minaccia o mediante abuso di autorità*” o “*di abusi delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto*” o de “*inganno*” y, finalmente, la posibilidad ofrecida a los tribunales de la atenuación “*nei casi di minore gravità*”.

El hecho de que en el modelo se ponga el acento sobre los medios comisivos empleados por el autor hace surgir la necesidad de que la víctima resista el asalto sexual: medios comisivos y resistencia de la víctima aparecen como las dos mitades de una misma naranja. Una víctima que, como muestran los datos oficiales, es en la mayoría de los casos de sexo femenino⁴⁹, y cuyo autor de sexo masculino repite sobre ella una violencia que no es otra cosa que una lectura patriarcal del uso del cuerpo de las mujeres como objeto de placer sexual, no como sujetos que conjugan en primera persona su propia libertad sexual⁵⁰ y no se sabe bien si se puede confiar en los criterios de la interpretación judicial conformados en ausencia de una formación específica, que permitiera hacer surgir matices, ambigüedades y sombras de una violencia que tiene lugar en espacios reservados, al resguardo de la mirada de terceros diversos de los sujetos directamente implicados⁵¹.

Desde entonces han transcurrido 30 años en los que se han producido cambios sustanciales en las relaciones interpersonales y una más clara visibilización de la libertad sexual como bien jurídico protegido, mientras se ha suscitado una duda acerca del hecho de que en el siglo XXI sea lógico que todavía esté en vigor un modelo que requiere sacar a relucir los aspectos más íntimos de la relación sexual delictiva, revictimizando a una víctima que ya ha sufrido un proceso de victimización primaria muy invasivo de su *privacy*⁵². Italia valora ahora la reforma de esta envejecida regulación y en la decisión que adopte ha de tener en cuenta las previsiones del Convenio de Estambul que ha ratificado, la madurez sexual del conjunto de la sociedad (hombres y mujeres que se identifican como seres libres de estereotipos sexuales y de género), así como el hecho de que los tribunales hayan tenido que reconstruir el marco normativo en vigor, que no obstante exige el respeto de los principios de protección de bienes jurídicos, de lesividad, de legalidad así como de certeza⁵³: todo apunta a que esa reforma se llevará a cabo inexorablemente, como una manzana que cae del árbol por su propio peso.

Son dos los textos que se están barajando: de una parte, el *Disegno di Legge 1.715* del 19

⁴⁷ Vid. CADOPPI (2026).

⁴⁸ Vid. por todos VIRGILIO (1995), pp. 196 y ss. En particular las referencias hechas por la autora a la jurisprudencia, por haber dejado privado de contenido los concretos actos sexuales que permiten imponer la pena entre 5 y 10 años (p. 197), así como la entidad de la violencia o de la amenaza que debe acompañarla (p. 198).

⁴⁹ DI NICOLA (2026), p. 6-8.

⁵⁰ ACALE (2019a), pp. 56 y ss.

⁵¹ Pone el acento sobre la necesidad de que jueces, fiscales y abogados reciban una “*formazione specialistica*” de género GATTA (2026), p. 8.

⁵² A fin de evitarla, la Ley de 2 de diciembre de 2025, n. 181 *Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime* (GU n. 280 del 2-12-2025) ha añadido al art. 499 del *Codice di procedura penale* un nuevo número 6-bis: “Quando si procede per i delitti previsti dall'articolo 362.1-ter, il presidente assicura che le domande e le contestazioni siano effettuate in modo tale da evitare l'esposizione della persona offesa esaminata come testimone a lesioni della dignità e del decoro e a ogni altra forma di vittimizzazione secondaria”.

⁵³ Afirma CADOPPI (2025), p. 1 que la propuesta persigue “*il giusto obiettivo di riformare una legge decisamente superata*”.

de noviembre aprobado por la Cámara y enviado al Senado, y por otra, la *Proposta di riforma* avanzada por la Sra. Bongiorno, presidenta de la Comisión de Justicia del Senado encargada de la reforma de 22 de enero de 2026. Se espera que las diatribas políticas no hagan que se deje a un lado una reforma que parece, a todas luces, necesaria. La fase uterina en la que se encuentra el texto impide hacer pronunciamientos más profundos, pero sí permite hacer una valoración.

En todo caso, la reforma que se apruebe debe venir a resolver problemas que hoy existen: no puede venir a crear otros nuevos⁵⁴.

4.3.2. *El Disegno di Legge 1.715 de 19 de noviembre de 2025.*

Con la sentida necesidad de actualizar la regulación del delito sexual más grave, la Cámara aprobó el 19 de noviembre el *Disegno di Legge 1.715, di modifica dell'articolo 609 bis del Codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*⁵⁵, que ha propiciado un fructuoso debate sobre el consentimiento y su prueba⁵⁶.

Se debe comenzar el estudio partiendo del hecho de que tanto el actual como el proyectado delito del art. 609 bis se denominen *violenza sessuale*: esto quiere decir que se llama *violenza sessuale* a un acto sin consentimiento más allá del empleo de medios comisivos violentos. A primera vista, ello no debe ser criticado en el sentido de que, como se decía anteriormente, la violencia se inicia donde no hay consentimiento.

En esta aproximación inicial también debe resaltarse el hecho de que el *Disegno* se centra en exclusiva en la reforma del art. 609 bis dentro del cual actúa sobre los elementos comisivos pero no sobre los actos sexuales típicos⁵⁷. En todo caso, la reforma del delito de *violenza sessuale* propuesta, que gira en torno al modelo del consentimiento, habría debido eliminar la referencia a la libertad sexual del Código en el Capítulo I del Título IX -que formalmente sigue teniendo su espacio propio y ello a pesar del hecho de que dicho capítulo no castigue en su interior ninguna conducta, por lo que se debe hacer la interpretación de lo que significa “*il consenso libero e attuale*” sin olvidar que en el mismo *Codice* se habla de *libertà sessuale* en el ámbito de la *moralità pubblica* y de las *buon costume*.

Por otra parte, el hecho de que la reforma proyectada imponga la misma pena que la vigente regulación evidencia que no se persigue un mayor rigor penal, sino la mera reorganización de los elementos típicos, cambiando el modelo.

La lectura simultánea de ambos preceptos evidencia que el cambio fundamental que se lleva a cabo consiste en la introducción de un tipo penal nuevo que se centra en la práctica de actos sexuales “*senza il consenso libero e attuale*”, a la que se equipara la realización de los actos sexuales mediante los medios que hoy exige el art. 609 bis.

Los cambios que se introducen afectan al modelo, si bien se lleva a cabo conservando los elementos esenciales de la versión originaria. Así, se aprecia como el *Disegno di Legge* introduce una especie de delito de *violenza sessuale* básico en el que la esencia es que cualquiera cometa u obligue a otro a cometer o a sufrir *atti sessuali* “*senza il consenso libero e attuale*”, mientras en el texto en vigor la conducta consiste en obligar a otro a realizar o sufrir actos sexuales mediante una serie de medios comisivos. Se conserva pues la esencia de los verbos típicos. En este sentido, el consentimiento de la víctima desplaza en el tipo base a los medios comisivos: será típica la conducta cuando se pruebe que se ha llevado a cabo un acto sexual sin el consentimiento libre y actual.

⁵⁴ CADOPPI (2026), p. 10 ha propuesto “nominare una commissione e studiare approfonditamente una riforma complessiva del sistema dei reati sessuali”, añadiendo que “l’urgenza di un intervento così ridotto è d’altronde assai dubbia, visto che già la giurisprudenza, nel diritto vivente attuale, applica nella sostanza e in buona parte le norme che si vorrebbero introdurre legislativamente”. V. VIRGILIO (2025).

⁵⁵ Recuerda GATTA (2026) que el *Disegno di Legge* ha sido fruto de la iniciativa de algunos diputados del Partido Democrático, esto es, de la minoría, sobre la cual se ha originado el acuerdo.

⁵⁶ Antes de ella y después de la ratificación del Convenio de Estambul en Italia vio la luz en el seno de la Asociación italiana de Profesores de Derecho penal una propuesta de reforma de la regulación de los delitos sexuales, en cuyo seno se llevaba a cabo una profunda modificación del vigente art. 609 bis. El “Gruppo di lavoro in materia di reati sessuali” compuesto por el Prof. G. Balbi, M. Bertoino, M. Bianchi, S. Fraschi e L. Ferla. Se puede ver BALBI (2020). En la primera nota al pie se señala que el texto es ponencia que el Prof. Balbi ha presentado en el ámbito del VIII Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, celebrado en Napoli, los días 30 y 31 de mayo de 2019 sobre “La riforma dei reati contro la persona”, in www.sistemapenale.it. Vid. más ampliamente ACALE (2020a).

⁵⁷ Críticamente con las limitaciones de las reformas propuestas y con el hecho principal de que se deje a un lado la naturaleza del acto sexual practicado: CADOPPI (2026), p. 8; GATTA (2026), p. 4.

Crítico con el uso de los adjetivos “libero” e “attuale” se ha mostrado Cadoppi, que entiende que su inclusión no añade nada porque “*si tratta di caratteri o impliciti nella nozione di consenso giuridicamente rilevante, o alludenti a qualcosa d'altro che allo stato pare imperscrutabile*”. En su lugar propone que se advierta que la falta de consentimiento ha de ser *chiara* en la medida en que, siguiendo el modelo alemán, entiende que es necesario que el propio Código exija que el consentimiento sea *riconoscibile* para el autor. No obstante, si *libero* (sin coacción) y *attuale* (en el momento de la relación sexual) son características que no añaden nada al consentimiento desde el punto de vista de su espontaneidad, *chiaro/riconoscibile* tampoco añade mucho desde el punto de vista subjetivo, porque si el autor cree erróneamente que existe consentimiento por parte de la otra persona, necesitará recurrir a las normas generales del Código en materia de error de tipo⁵⁸ en la medida en que a priori no se necesita ninguna especificación en materia de *violenza sessuale*.

La definición exige también que sea *attuale*, por lo que entra en escena la necesidad de que se actualice aquel consentimiento. No es actual el consentimiento si la víctima está dormida o si está bajo los efectos de sustancias psicotrópicas que le impiden autodeterminarse. Tampoco será actual el consentimiento cuando la víctima lo ha emitido días antes para una concreta situación, porque parece evidente que el consentimiento debe actualizarse y es una especie de permiso en virtud del cual, si se concede una vez, deba concedérsele valor para siempre. De lo que no hay duda es de que el consentimiento dado para la práctica en un día establecido de un acto sexual no convierte en consentidos los sucesivos actos de la misma naturaleza, a menos que la persona involucrada lo actualice; tampoco en el matrimonio: el *sí matrimonial* podrá conllevar obligaciones como la de compartir la vida, pero no es una patente de corso que incluya la práctica de las relaciones sexuales.

Pero lo que será relevante para señalar cuando la expresión del consentimiento por parte de la víctima es *libero* y *attuale* se deja en las manos de los jueces, que deberán analizar en todo caso la decisión de la víctima en el contexto en el que se produzca.

Y a continuación, el parágrafo 2 del art. 609 bis del *Disegno di Legge* establece que la misma pena se impondrá a quien obligue a otro a cometer o sufrir actos sexuales con “*violenza o minaccia*”, “*mediante abuso di autorità*” o bien induce a otro a cometer o sufrir *atti sessuali* “*abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto*” o “*traendo in inganno per essersi il colpevole sostituito ad altra persona*”. Como se ve, se repiten los medios comisivos vigentes en el actual art. 609 bis con la única novedad de que incorpora el “*abuso di autorità*”.

El hecho de que se imponga la misma pena en la hipótesis en que el acto sexual sea llevado a término sin consentimiento y cuando se haga con los medios comisivos señalados, viene a poner de manifiesto que se equiparan en gravedad actos sexuales practicados en diversas situaciones, entre las que hay que identificar la hipótesis de falta de consentimiento y aquellos otros en los que se emplea violencia o amenaza⁵⁹. Sin embargo, a pesar del silencio que ofrece el precepto, parece que si aquella violencia o intimidación es por su parte constitutiva de delito o de contravención, deben ser castigados separadamente, aunque no lo diga expresamente el precepto. En todo caso, ya no se trata de que los medios comisivos sirvan para probar el consentimiento, sino que se equipara su falta a la realización del acto sexual con violencia, amenaza, etc. En cualquier caso, y sin ninguna duda, la presencia de violencia demuestra que faltaba el consentimiento a la práctica de dicha relación sexual.

Por lo que se refiere a los actos sexuales concretamente realizados por el autor, el *Disegno di Legge* 1.715 sigue sin establecer distinción alguna entre un beso y un acto de penetración o un ataque por sorpresa: debe recordarse que la Convención de Estambul si establece esa distinción. A favor del sentido de la Ley de 1996, Virgilio⁶⁰ subrayaba que una de las ventajas de unificar los *atti sessuali* en una misma figura delictiva, venía a «*porre termine all'odiosa pratica processuale di indagare e domandare in modo eccessivamente invasivo dell'intimità personale*», así como de eliminar «*domande traumatizzanti*» sobre el «*campo anatomico e la profondità millimetrica della congiunzione o della penetrazione*». Sin embargo, se deja en manos de la jurisprudencia el análisis de todos los elementos esenciales del delito: y a todas luces, comparándolo con la situación existente en otros ordenamientos en los que es la ley la que establece la distinción, todo apunta a que ha sido peor el remedio que la enfermedad.

⁵⁸ Vid. CADOPPI (2026), p. 10.

⁵⁹ CADOPPI (2026), p. 7.

⁶⁰ VIRGILIO (1997), pp. 74-75.

Es significativo el hecho de que el último párrafo del art. 609 bis no haya sufrido modificación, señalando en ambos textos que “*nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*”. Con la redacción vigente se trata de una previsión que está permitiendo a los tribunales graduar la pena en atención al concreto acto sexual realizado. El hecho de que el art. 609 bis continúe sin hacer distinción en cuanto a la pena a imponer según los actos sexuales practicados hace que no se deba cambiar la interpretación que de dicha cláusula ya se venían haciendo. Sin embargo, permite también plantearse la menor gravedad cuando se lleve a cabo un acto de contenido sexual sin consentimiento de la víctima cuando el autor no tenga que emplear violencia, intimidación, ni abuso de autoridad, ni de las condiciones de inferioridad de la persona ofendida ni engañándola, siendo el culpable sustituido por otra persona.

4.3.3. *La Proposta di riformulazione de 22.01.2026.*

El 22 de enero se conoció una *Proposta di riformulazione* que partió de la Presidenta de la Comisión del Senado encargada de la tramitación -Sra. Bongiorno- con modificaciones sustanciales respecto al texto del *Disegno di Legge 1.715*⁶¹.

Debe subrayarse el cambio fundamental que introduce respecto a la propuesta contenida en el *Disegno di Legge 1.715* y es que pasa del modelo del “solo si es si” al “no es no”. En efecto, mientras en el *Disegno di Legge* se pone el acento sobre el hecho de que el autor lleve a cabo los actos sexuales “*senza il consenso libero e attuale*”, la *Proposta di Riformulazione* se refiere a quien actúe “*contro la volontà di una persona*”, añadiendo un párrafo 2º que especifica que la valoración de la falta de voluntad debe tener en cuenta la situación y el contexto en el que se comete el hecho; a ello añade una presunción en virtud de la cual se entiende que el acto sexual es contrario a la voluntad de la persona cuando es cometido “*a sorpresa*” o bien “*approfittando della impossibilità della persona stessa... di esprimere il proprio dissenso*”. La introducción de la palabra *dissenso* parece referirse a actos sexuales iniciados sin el consentimiento de la víctima que debe comunicar al autor su oposición, requisito propio del modelo del no es no.

La *Proposta di riformulazione* prevé un tipo agravado que se castigará con pena de reclusión de 6 a 12 años “*se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa*”. Mientras como se señalaba anteriormente, en el *Disegno di Legge*, se castiga con la misma pena del tipo base a quien “*con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona*”⁶².

Finalmente, el párrafo 4º del art. 609 bis de la *Proposta di riformulazione* incorpora un cambio sustancial en relación con la propuesta contenida en el *Disegno di Legge 1.715*, en la medida en que en el texto último se establece que “*la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità*”. Mientras en el texto del *Disegno di Legge 1.715* más simplemente y repitiendo la cláusula del art. 609 bis en vigor establece que “*nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*”. La reformulación de la propuesta aclara cuales son los criterios que determinan la menor gravedad: la modalidad del comportamiento, las circunstancias del caso y el daño físico o psicológico sufrido por la víctima. A todos los efectos parece que el legislador quiere aclarar que las lesiones físicas o los daños psicológicos no son punibles separadamente, pero son criterio de determinación de la pena prevista en el art. 609 bis⁶³.

⁶¹ Art. 609 bis: (*Violenza sessuale*) “Chiunque, contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso. La pena è della reclusione da sei a dodici anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa. La pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità”.

Vid. CADOPPI (2026); MASSARO (2026).

⁶² Sustituir “*consenso*” con “*volontà*” no parece semánticamente someter la propuesta a cambios muy profundos en su significado. Por lo menos en español, “voluntad” y “consentimiento” son palabras sinónimas. Y sin embargo es el centro de los modelos del no es no al sí es sí.

⁶³ La lectura del texto ahora propuesto evidencia la desaparición del “*inganno della persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona*”.

A la vista de ambas propuestas, resulta evidente la voluntad del Parlamento italiano de sustituir la envejecida regulación del delito de *violenza sessuale* que pone en el centro del tipo penal los concretos medios comisivos empleados por el autor por otro modelo en el que el lugar central de la tipicidad lo ocupe el consentimiento/voluntad de la víctima y en el que aquellos sean meros medios probatorios que vienen a verificar periféricamente el elemento esencial de la falta de consentimiento/voluntad agravando la pena. Siendo este el objetivo principal, y constatado el hecho de que el marco penológico establecido no es elevado⁶⁴, puede concluirse que se trata de una reforma que se limita a la reordenación de sus elementos típicos.

No obstante, la reforma proyectada por el legislador italiano del delito de *violenza sessuale* es una reforma parcial, que renuncia a objetivos mayores como hubiera sido la mejor identificación del bien jurídico protegido y la reorganización de las distintas conductas constitutivas de delito en el interior del Código. Pero la crítica debe ir más allá de los confines del Código penal y tener en cuenta que la reorganización de los elementos típicos del delito de *violenza sessuale* se lleva a cabo sin aprobar una ley no penal que persiga el objetivo de prevenir estos atentados, lo que es tanto como considerar al Código penal no *ultima ratio*, sino *prima* y *unica ratio* para luchar contra una modalidad de violencia que hunde sus raíces en estereotipos patriarcales que reclaman de una intervención educativa reforzada. Esto es tanto como afirmar que aprobada la reforma del Código penal, Italia debe plantearse la necesidad de contar con una ley integral contra la violencia de género que sufren las mujeres por el hecho de serlo de las que el feminicidio y las agresiones sexuales no son más que dos de las modalidades que pueden presentar, pero que obedecen al mismo patrón machista de comportamiento. Y en ambas figuras delictivas, el consentimiento debe jugar un papel no contradictorio.

5.

Conclusiones.

Como ha podido comprobarse, la protección de la libertad sexual puede verse hoy limitada por el modelo de intervención concreto a partir del cual se articule su tutela en el Código penal. Particularmente, en el ámbito del delito de violación. En este sentido parece posible concluir que los Códigos penales modernos no pueden seguir poniendo el centro de la regulación en los concretos medios comisivos empleados por el autor, modelo de los medios comisivos que hoy cede ante los modelos consensuales (ahora es ya irrelevante si se parte del “no es no” o del “solo sí es sí”).

Esto no significa que el modelo del consentimiento sea la panacea, porque se es consciente de los problemas que suscita la verificación procesal de la falta del mismo cuando no existan medios de prueba diversos del testimonio mismo de los sujetos implicados, pero elimina del razonamiento jurídico construcciones sexuales estereotipadas en torno al comportamiento normativizado de hombres y mujeres en el ámbito sexual.

Las consecuencias de la asunción de los modelos consensuales no pueden limitarse a la regulación del delito de violación, en la medida en que permea a otras figuras delictivas. En particular, resulta incoherente articular la tutela de la libertad sexual en el ámbito del delito de violación a partir de la validez del consentimiento prestado por la persona de determinada edad (según cada ordenamiento jurídico) y al mismo tiempo ignorar ese consentimiento cuando se procede al castigo de comportamientos ligados al ejercicio voluntario de la prostitución -como el enriquecimiento con su ejercicio por parte de terceros- que son comportamientos que están también favorecidos por el bien jurídico libertad sexual, castigados en Italia a través de la Ley de 20 de febrero 1959 n. 75.

En todo caso, el problema que representa en la sociedad actual la protección penal de la libertad sexual no puede ignorar que se trata de un problema que excede -con mucho- las finalidades que persigue el Derecho penal. En este sentido, toda reforma penal que se preste debe ir acompañada de cambios sociales en cuanto a la conceptualización de las relaciones entre hombres y mujeres, reconociéndoles a estas, las mismas libertades que a aquellos.

Con todo, los cambios que se han producido en los distintos Códigos penales a los que

No obstante, su desaparición no supone atipicidad: del principio de *ultima ratio* se deberá tomar en consideración si el engaño sufrido ha tenido la fuerza de distorsionar el consentimiento o si por contra, debe ser considerado como no relevante.

⁶⁴ Es más, baja en la Propuesta de *Riformulazione* del 22 de enero.

se ha hecho referencia y los que se espera que se produzcan en Italia en los próximos meses no pueden ser operativos si simultáneamente no se profundiza en la formación en género por parte de los tribunales de justicia, de manera que sean capaces de interpretar, por una parte, los matices, las sombras y los perfiles que están presentes en el ámbito de la protección de la libertad sexual, que sean capaces de apreciar cuándo la defensa jurídica de un agresor recurre a una línea de interpretación de los hechos cargada de los estereotipos sexuales en los que se ha amparado el autor al llevar a cabo sus tropelías y lo que es más relevante, alejen de sus propias sentencias razonamientos judiciales que reproducen aquellos mismos estereotipos: sirva de ejemplo el voto particular de la Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco (Perú) número 29, de 14 de abril de 2023, al que se ha hecho referencia anteriormente, en la que el magistrado recurre a su propia forma de afrontar el sexo y la violencia como fundamento de su subjetiva y tergiversada interpretación.

En otras palabras, los legisladores de España, Portugal, Francia o Alemania se han preguntado ya si es preferible optar por un Código que ponga el acento en la existencia de violencia o intimidación y de la correlativa indagación sobre la resistencia de la víctima, o un Código penal que saque a la luz el consentimiento, al coste de saber que cuando no existan testigos, ni existan medios que corroboren la violación de la voluntad de la víctima, será difícil que se dé por acreditado el consentimiento y por tanto la absolución del imputado será su consecuencia natural.

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, María (2018): “Ser o no ser (de la Manada): esa es la cuestión”, *Criminal Justice Network, Forum Internazionale sulla Giustizia penale*, 12 septiembre.

ACALE SÁNCHEZ, María (2019a): *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, (Madrid, Reus).

ACALE SÁNCHEZ, María (2019b): “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y PARRILLA VERGARA, Javier, *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, (Barcelona, Bosch).

ACALE SÁNCHEZ, María (2020a): “La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri”, in *Sistema penale*, 24 noviembre.

ACALE SÁNCHEZ, María (2020b): “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y LEÓN ALAPONT, José (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, pp. 35-58.

ACALE SÁNCHEZ, María (2021): “Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma”, *IgualdadES*, 5.

ACALE SÁNCHEZ, María (2022a): “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena y ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, (Pamplona, Aranzadi).

ACALE SÁNCHEZ, María, MARKOVIC, Ivana, STRAND Sussane (2022b): “Gender Competent Criminal Law”, en KOVAČEVIĆ, Ljubinka, VUJADINOVIĆ, Dragica, EVOLA, Marco (ur./eds), *Intersectional discrimination of women and girls with disabilities and means of their empowerment*, (Belgrado, Springer), pp. 429-465. <http://hdl.handle.net/10498/33541>.

ACALE SÁNCHEZ, María (2023a): “Hacia la consideración de la violencia de género como eurodelito”, en DE JONG, Ferry y otros, *Of swords and shields; due process and crime control in times of globalization. Liber amicorum Prof. Dr. Vervaele*, (The Hague, Eleven).

ACALE SÁNCHEZ, María (2023b): “Odiado agresor sexual que estás penando en las cárceles españolas”, *Nueva Tribuna*, 25 de febrero, in www.nuevatribuna.es

AMNESTY INTERNATIONAL, *Right to be free from rape. overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards*, publicado el 24 de noviembre de 2018.

BALBI, Giuliano (2020): “I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma”, *Sistema penale*, 3 de marzo.

CADOPPI, Alberto (2025): “Violenza sessuale: la svolta verso un modello ‘consensuale’”, *Sistema Penale*, 9 de diciembre.

CADDOPI, Alberto (2026): “Violenza sessuale e ‘riconoscibile’ mancanza di consenso. Brevi spunti per una redazione della norma in linea con gli oggettivi politici condivisi”, *Sistema Penale*, 13 de enero.

DE LAMO VELADO, Irene (2023): “Mitología contemporánea de la violación. Una revisión sobre la presencia de estereotipos de género en los tribunales españoles”, *IQUAL.REVISTA DE GÉNERO E IGUALDAD*, 6.

DI NICOLA TRABALGINI, Paola (2026): “Chi tace acconsente? il crepuscolo dell’uomo cacciatore e della donna preda”, *Sistema Penale*, 1, pp. 115-164.

DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis (2019): “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 21-10.

EIGE (2017): *European Institute for Gender Equality (Equality, Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence*, 2017, in <http://www.eige.europa.eu/>)

FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo (2023): “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, en AGUSTINA, José (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, (Madrid, Atelier), pp.79-94.

FARALDO CABANA, Patricia (2021): “Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación”, en ACALE SÁNCHEZ, María, MIRANDA RODRÍGUEZ, Anabela, NIETO MARTÍN, Adán, *A «jangada de pedra»?*, (Madrid, BOE), pp. 265-280.

GATTA, Gian Luigi (2026): “Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso (‘riconoscibile’): alcune riflessioni per superare lo stallo al Senato”, *Sistema Penale*, 8 de enero.

HÖRNLE, Tatiana (2019): “The new german law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal*, Vol. 18, Nº 6, pp. 1309-1330.

JABLONKA, Iván (2017): *Laëtitia o el fin de los hombres*, (Barcelona, Anagrama).

LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2021): “Delitos sexuales: no todo vale”, *Claves de la Razón práctica*, 277.

MASSARO, Antonella (2026): “Senza il consenso” o “contro la volontà”: la violenza sessuale contesa”, *Sistema Penale*, 3 de abril.

MERENDA, Ilaria (2024): “La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?”, *Archivio Penale*, 1.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela (2021): “A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português”, en ACALE SÁNCHEZ, María, MIRANDA RODRÍGUEZ, Anabela, NIETO MARTÍN, Adán, *A «jangada de pedra»?*, (Madrid, BOE), pp. 281-294.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2019): “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, *Revista Penal*, 43, pp. 290-299.

OLIVAS DÍAZ, Amaya (2021): “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, 12-I, pp. 10-16.

OSBORNE, Raquel (2001): “Ni demonios ni mártires: la “impotencia” de las mujeres como fundamento de la violencia de género”, en BERNÁRDEZ RODAL, Asunción (coord.), *Violencia de género y sociedad: una cuestión de poder*, (Madrid, Instituto de Investigaciones Feministas).

PITCH, Tamar (2003): “Violencia sexual”, en la misma, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, (Madrid, Trotta).

PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo (2023): “Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 25.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2020): “La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos”, *elconfidencial.com*, 4-3.

RAMÍREZ ORTÍZ, José Luis (2021): “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, 12-I, pp. 29-43.

SANTOS PÉREZ, Lourdes (2025): “La perspectiva de género en el Derecho. Algunas reflexiones a la luz de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos de 18 de noviembre de 2022”, *Derechos y Libertades*, 52, pp. 103-120.

SERRA, Clara (2024): *El sentido de consentir*, (Barcelona, Anagrama).

SKUKIC, Milan y BAJOVIC, Vanha (2022): “Sexual abuse of women with disabilities in Serbian Criminal legislation and legal practice, en KOVACEVIC, Ljubinka, VUJADINOVIC, Dragica, EVOLA, Marco (ur./eds), *Intersectional discrimination of women and girls with disabilities and means of their empowerment*, Belgrade, 2022.

TERRY, Tomas (2016): *Sex Crime. Sex offending and society*, (Londres, Routledge).

VALLEJO TORRES, Carla (2018): “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *laleydigital*, 8447, pp. 1-11.

VIRGILIO, María (1995): “Diritto penale sul corpo delle donne: le proposte delle donne parlamentari contro la violenza sessuale”, *Critica del Diritto*, 3, pp. 196-202.

VIRGILIO, M. (2025): “Violenza sessuale, i rischi di un provvedimento affrettato”, *Il Manifesto*, 4 dicembre.

VIRGILIO, María (1997): *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*, (Ancona, Quaderni di Critica del Diritto).

WOLTER, Jürgen (2017): “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, en el mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (Carl, Heymanns, Carl).

Osservazioni sulla fattispecie di ‘femminicidio’ (art. 577-bis c.p.) nel contesto della violenza contro la donna: tra aggiramenti dei principi costituzionali, irrazionalità politico-criminale e derive populistiche

Reflexiones sobre el delito de ‘feminicidio’ (art. 577-bis del Código Penal) en el contexto de la violencia contra la mujer

Observations on the case of ‘femicide’ (art. 577-bis of the Penal Code) in the context of violence against women

MARIANGELA TELESKA

Ricercatrice tenure track in Diritto penale nell’Università degli Studi di Salerno
 mtelesca@unisa.it.

VIOLENZA DOMESTICA, FEMMINICIDIO

VIOLENCIA DOMÉSTICA, FEMICIDIO

DOMESTIC VIOLENCE, FEMICIDE

ABSTRACTS

La recente introduzione della fattispecie incriminatrice di femminicidio (art. 577-bis c.p.) solleva rilevanti questioni dommatiche e politico-criminali. Il contributo, dopo aver richiamato gli interventi sovranazionali, si sofferma sull’evoluzione della normativa interna che pone in risalto l’attivazione di una molteplicità di strumenti per contrastare la violenza contro la donna. Vengono indagate poi le ragioni che hanno spinto il legislatore a prevedere una nuova fattispecie nonostante il sistema già annoverasse idonei mezzi per punire – anche duramente – l’uccisione della ‘donna’. La non felice tecnica di redazione della nuova figura criminosa (si pensi al ‘concetto di crimine d’odio’, ‘oggettivazione’ dei motivi, all’inciso ‘in quanto donna’, alla locuzione ‘come atto di’) evidenzia difficoltà interpretative di non poco momento. La valorizzazione della mera deterrenza (con l’indefettibile pena dell’ergastolo) appare, d’altro canto, una scelta semplicistica perché la storia ha dimostrato che sbrigativi irrigidimenti sanzionatori, quantunque ispirati al perseguimento di punizioni esemplari, non risolvono la questione che, invece, richiede strumenti diversi. Il diritto penale è chiamato a fare la sua parte ma non può rappresentare la panacea. Non sono pochi i dubbi di costituzionalità che la fattispecie di femminicidio presenta a fronte di una sorta di sopravvalutazione del ruolo del diritto penale che testimonia, da altro punto di vista, l’incapacità del legislatore di resistere alle sirene del populismo, in linea con la normazione penale dell’ultimo trentennio.

La reciente introducción del tipo delictivo de feminicidio (art. 577-bis del Código Penal) plantea importantes cuestiones doctrinales y de política penal. El artículo, tras hacer referencia a las iniciativas supranacionales, se centra en la evolución de la normativa nacional, que pone de relieve la puesta en marcha de una serie de instrumentos para combatir la violencia contra la mujer. A continuación, se analizan las razones que han llevado al legislador a tipificar un nuevo delito, a pesar de que el sistema ya contaba con medios adecuados para castigar —incluso con dureza— el homicidio de la ‘mujer’. La poco acertada redacción de la nueva figura delictiva (basta pensar en el ‘concepto de delito de odio’, la ‘objetivación’ de los motivos, el inciso ‘por ser mujer’ o la locución ‘como acto de’) pone de manifiesto dificultades interpretativas nada desdeñables. Por otra parte, la apuesta por la mera disuasión (con la infalible pena de cadena perpetua) parece una opción simplista, ya que la historia ha demostrado que los endurecimientos precipitados de las sanciones, por muy inspirados que estén en la búsqueda de castigos ejemplares, no resuelven el problema, que, por el contrario, requiere instrumentos diferentes. El derecho penal está llamado a desempeñar su papel, pero no puede ser la panacea. No son pocas las dudas de constitucionalidad que plantea el caso del feminicidio ante una especie de sobrevaloración del papel del derecho penal que pone de manifiesto, desde otro punto de vista, la incapacidad del legislador para resistirse a los cantos de sirena del populismo, en línea con la normativa penal de los últimos treinta años.

The recent introduction of the criminal offence of femicide (Article 577-*bis* of the Italian Criminal Code) raises significant legal and criminal policy issues. After reviewing supranational measures, this article examines the evolution of domestic legislation, highlighting the implementation of a range of measures to combat violence against women. It then examines the reasons that led the legislator to introduce a new offence despite the system already providing suitable means to punish – even severely – the killing of a ‘woman’. The unfortunate drafting of the new criminal offence (consider the ‘concept of hate crime’, the ‘objectification’ of motives, the phrase ‘as a woman’, and the expression ‘as an act of’) highlights interpretative difficulties of no small significance. The reliance on deterrence alone (with the inevitable sentence of life imprisonment) appears, on the other hand, to be a simplistic approach, because history has shown that hasty tightening of penalties, however inspired by the pursuit of exemplary punishment, does not resolve the issue, which instead requires different tools. Criminal law is called upon to play its part but cannot be a panacea. There are not a few doubts regarding the constitutionality of the offence of femicide, given a sort of overestimation of the role of criminal law which, from another perspective, testifies to the legislator’s inability to resist the siren call of populism, in line with the criminal legislation of the last thirty years.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La nuova fattispecie incriminatrice e la relatività storica del diritto. – 3. Le articolazioni della violenza contro le donne. – 4. Il ‘femminicidio’: il dato fenomenologico. – 5. I presupposti dell’introduzione della fattispecie di ‘femminicidio’: gli atti internazionali. – 6. L’azione del legislatore eurounitario. – 6.1. La direttiva (UE) 2024/1385. – 7. L’evoluzione normativa *ante* art. 577-*bis* c.p. – 8. La legge 2 dicembre 2025, n. 181: cenni sulle innovazioni di diritto penale sostanziale. – 9. L’introduzione dell’art. 577-*bis*: il lemma ‘femminicidio’. – 10. La nuova fattispecie: gli aspetti ap problematici. – 11. I profili oscuri: l’individuazione del soggetto passivo. – 11.1 La condotta punibile. – 11.2. (segue) elemento psicologico e movente nel femminicidio. – 11.3. L’accertamento del femminicidio: uno sguardo di diritto comparato. – 11.4. Il regime sanzionatorio: la valorizzazione della deterrenza. – 12. Una fattispecie (in)utile?

*“Cesare fui e son Iustiniano,
che, per voler del primo amor ch’i sento,
d’entro le leggi trassi il troppo e l’vano”*
(Dante, Paradiso, canto VI)

1.

Premessa.

La nuova fattispecie incriminatrice di ‘femminicidio’ (art. 577-*bis* c.p.) – [art. 1 co. 1 lett. a) l. 2 dicembre 2025 n. 181 recante: “Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime”] – non è una ‘trovata’ dell’ultima ora ma rappresenta il naturale approdo di un risalente percorso in tema di violenza contro le donne. Un settore oggetto di numerosi interventi legislativi, sempre più improntati alla repressione, emanati per avversare ogni forma di aggressività nei confronti della donna anche in adempimento alle sollecitazioni sovranazionali¹.

L’inserimento della nuova figura criminosa nel codice penale si pone, dunque, come l’ultima risposta, ancorché più dura, da parte del legislatore contro l’uccisione della ‘donna’ inserendosi, *armonicamente*, in una lettura alterata di intendere ruolo e compiti del diritto penale.

In un tale contesto la valorizzazione degli strumenti sanzionatori diventa spesso il principale – e a volte l’unico – referente del legislatore e poco importa se da ciò digrada uno snaturamento del corretto funzionamento del diritto penale di derivazione costituzionale; in una condizione connotata da un crescente rigorismo repressivo scarso rilievo rivestono gli stravolgimenti della razionalità politico-criminale che, invece, dovrebbe rappresentare la ‘quintessenza’ della risposta statuale.

Un *modus operandi* che porta, inevitabilmente, ad interrogarsi sulle reali ragioni dell’emanazione della ‘novella’ incriminazione e, per come formulata, sugli aggiramenti dei principi costituzionali che governano il settore penale.

Si tratta, allora, di risolvere un quesito di fondo concernente la necessità dell’ennesima figura criminosa atteso che i fatti di femminicidio e, più in generale, di violenza contro la donna erano già coperti da numerose disposizioni di legge. Seri dubbi ci permettiamo avanzare sul fatto che la recente figura criminosa possa incidere sulla spinosa questione a fronte dei sicuri ‘guasti’ che arreca al corretto funzionamento del sistema penale.

Da un punto di vista metodologico, procederemo, pertanto, soffermandoci preliminarmente sul contesto di riferimento in quanto le disposizioni di cui all’art. 577-*bis* c.p. si pongono in linea con il particolare ‘momento storico’ che vive il diritto penale.

Richiameremo, poi, le varie forme della violenza (di genere, familiare, domestica, ecc.) utilizzate negli atti internazionali che fungono da presupposto degli interventi del legislatore interno. Conoscere le tipologie della violenza, del resto, potrebbe essere utile anche in sede di interpretazione dell’art. 577-*bis* c.p. che già *prima facie* denota rilevanti questioni dommatiche e politico-criminali.

E sempre nell’ottica di comprendere le ragioni della previsione della nuova figura delittuosa riteniamo di particolare importanza tenere presente il dato empirico-fenomenologico, spesso utilizzato nella (allarmistica) narrazione del circuito massmediale per ‘giustificare’ il

¹ Sulla necessità, derivante dagli obblighi sovranazionali assunti dal nostro Paese, della nuova fattispecie incriminatrice cfr. DI NICOLA TRAVAGLINI (2025b), p. 1.

varo della recente figura criminosa.

Infine, un cenno ai precedenti interventi legislativi (internazionali, europei e interni) ci consentirà di valutare il quadro normativo esistente e l'esigenza delle risposte 'articolate' con la legge n. 181/2025 introduttiva della fattispecie incriminatrice di femminicidio che, sul piano strutturale, richiama espressamente i concetti di 'odio', di 'discriminazione' o di 'prevaricazione' a più riprese adottati a livello sovranazionale.

2.

La nuova fattispecie incriminatrice e la relatività storica del diritto.

Un primo referente da prendere in considerazione per comprendere le ragioni dell'introduzione della fattispecie rubricata 'femminicidio', come si anticipava, è dato dalla realtà storica che funge da sovrastruttura, marxianamente intesa, dell'intervento legislativo.

L'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 577-*bis* c.p. 'è l'immagine della particolare situazione storica in cui versa il diritto penale che, 'smarrito' il ruolo assegnato dalle cogenti indicazioni costituzionali, risulta caratterizzato da un'*escalation* repressiva che coinvolge i settori più disparati e non solo la violenza di genere (dall'ordine pubblico all'ambiente, dalla violenza sessuale a quella sportiva, dalle lesioni personali ai fatti contro il patrimonio, solo per citarne alcuni). D'altra parte, è un dato inconfutabile che l'orizzonte storico-ideologico svolga un'azione di primo piano nelle situazioni sulla base delle quali l'uomo pensa ed agisce, ma in nessun altro luogo ciò ha forse tanto valore quanto nell'ambito del diritto², per cui il diritto penale traduce inevitabilmente le valutazioni politiche dominanti di ogni epoca³. I modi e i contenuti della produzione normativa non possono, pertanto, che riflettere rapporti sociali ed esigenze storicamente determinati⁴ e la legislazione penale diventa "specchio fedele della cultura e dei valori accolti in un ordinamento in un preciso momento storico"⁵. La legge – e ciò vale anche per la norma penale – "dovendosi adattare alle varie esigenze del momento, vincolata come è alle concezioni etico-morali-religiose e sociali, non può avere che un carattere di particolare contingenza"⁶.

Il nuovo art. 577-*bis* c.p. può essere letto, pertanto, come l'ennesima conferma delle torsioni che, da oltre un quarto di secolo, va subendo il sistema penale dello stato sociale di diritto. Sussiste un comune denominatore che attraversa l'intero operato del legislatore dell'ultimo trentennio – che involge anche la predisposizione di misure contro la violenza di genere – che lo allontana sempre più dai postulati del diritto penale moderno; e tutto ciò avviene con il 'beneplacito' della collettività che per fugare le proprie paure (amplificate oltremisura dai mezzi di comunicazione⁷) invoca azioni sempre più drastiche. Com'è stato efficacemente sostenuto, la diffusa condizione di incertezza (cognitiva, sociale, politica, ecc.) "fatalmente spinge a reclamare l'uso, con finalità ansiolitiche, dello strumento penale e dei suoi 'riti' intrisi di simbolismo (non soltanto, oggi, quelli fisiologicamente correlati al 'processo', ma anche quelli massmediatici, che tendono ad issarsi a nuovi 'produttori' di penalità)"⁸.

A venire in evidenza ancor prima degli (incerti) aspetti positivi e dei (sicuri) difetti dommatici e politico-criminali della nuova fattispecie incriminatrice – sui quali ci soffermeremo nel prosieguo – è la profonda trasformazione che attraversa il diritto penale; non più strumento che interviene per contrastare fatti connotati da dannosità sociale ma 'spauracchio', intriso di simbolismo repressivo portato dall'irragionevole livellamento 'verso l'alto' delle sanzioni astrattamente previste, utilizzato come 'normale' rimedio per calmare le ansie diffuse dipanandosi, dunque, in un orizzonte critico "che include il sempre più frequente uso del diritto penale come strumento di consenso politico o come mezzo pedagogico"⁹.

² WÜRTENBERGER (1965), p. 49.

³ STILE (1995), p. 288.

⁴ PULITANÒ (1976), p. 63.

⁵ PELISSERO (2011), p. 454.

⁶ GRAMATICA (1934), p. 7; non diversamente REINACH, (1989), p. 161 quando rimarca l'influenza sull'evoluzione del diritto ascrivibile alle concezioni etiche del momento, nonché ai rapporti e ai bisogni economici, per cui "il diritto positivo è soggetto ad un continuo mutamento, evolve costantemente; i suoi istituti nascono, muoiono e cambiano".

⁷ Sull'"allarme 'gonfiato' dalla stampa e dalla politica, patologia generale dell'informazione penale in Italia", cfr. DONINI (2025).

⁸ PIERGALLINI (2023).

⁹ FIANDACA (2025).

Non è un caso che il settore della sicurezza pubblica – variamente coniugato sulle contingenze del momento – sia assunto ad argomento centrale delle competizioni elettorali: oltre agli ambiti prima richiamati si pensi alla veemenza (funzionale a giustificare misure emergenziali) degli ‘scontri elettorali’¹⁰ in tema di ‘sicurezza urbana’ o in materia di trattamento dell’immigrazione clandestina, solo per riportare qualche ulteriore esempio.

L’uso (i.e. l’abuso) del diritto penale contribuisce in maniera determinante a rafforzare quel meccanismo della ‘politica come spettacolo’ anticipato da un illustre Maestro sul finire degli anni ‘90 del secolo scorso – ma di immanente attualità – quando affermava che “in essa il rapporto tra ‘politici’ e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico, invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo di legittimazione, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti”¹¹.

Il dichiarato scopo di voler debellare la violenza contro la donna, mediante l’uso dello strumento penale (ampiamente invocato dal circuito massmediale), nell’ispirare l’emanazione della nuova fattispecie incriminatrice ha finito, nel contempo, per svolgere un’azione cloriformizzante rispetto a questioni di più ampio respiro (ad esempio economico-sociali) che richiedono risposte di più difficile attuazione.

Non è qui in discussione la repressione di fatti di violenza contro la donna, ma i meccanismi di strumentalizzazione di tali fatti e del diritto penale.

Per mezzo di una preliminare opera di selezione delle notizie, sulla base della maggiore o minore notiziabilità e, successivamente, tramite prestabilite strategie comunicative, gli organi di informazione – in particolare la televisione – offrono il fianco al legislatore (oggi come in passato) per spostare le attenzioni della collettività e con esse le proprie responsabilità dagli irrisolti problemi di natura economico-sociale¹².

Il trattamento della violenza contro la donna rappresenta l’ennesima conferma del distorto uso del diritto penale finalizzato alla ricerca di consenso. Il ‘discorso penalistico’, infatti, viene ‘pilotato’ dai mezzi di comunicazione su argomenti di immediata usufruibilità distogliendo l’attenzione dell’opinione pubblica da temi di maggiore complessità¹³; è sufficiente richiamare, in senso paradigmatico, la narrazione allarmistica da parte dei numerosi *talk show* televisivi, degli episodi criminosi di violenza contro la donna a dimostrazione che il ‘penale’ paga in termini di *share* e, quindi, consente considerevoli ‘ritorni’ economici elargiti da una pubblicità sempre più invadente¹⁴.

3.

Le articolazioni della violenza contro le donne.

La nuova fattispecie incriminatrice, come si anticipava, richiama, sul piano strutturale, i concetti di ‘odio’, di ‘discriminazione’ o di ‘prevaricazione’ più volte impiegati nei provvedimenti sovranazionali.

I concetti appena evocati implicano un richiamo alle varie forme di ‘violenza contro le donne’; un *genus* piuttosto ampio che assume nei diversi atti, nazionali e internazionali, sfaccettature o specificazioni diverse che spesso si sovrappongono tra loro¹⁵.

¹⁰ Evidenzia l’appropriazione dei partiti politici dei temi della giustizia e della sicurezza, nelle competizioni elettorali a frequenza stagionale, DONINI (2023).

¹¹ BARATTA (1997), p. XVI.

¹² Un meccanismo poco originale, a ben vedere, storicamente ricco di esempi; basti pensare alla persecuzione delle streghe nel periodo del tardo medioevo operata non solo dalle classi inferiori che scaricavano la loro ira su “questi rappresentanti terreni dei poteri sovranazionali” sospetti di avere a che fare con la ‘magia nera’, e dunque causa delle proprie disgrazie, ma anche dalle autorità pubbliche. Queste ultime “sincere nel loro odio e nella loro paura del sovrannaturale, vedevano tuttavia nel sorgere di questo nuovo odio di massa – probabilmente in modo non del tutto consapevole – uno strumento per deviare da sé le responsabilità”, per le misere condizioni di vita delle persone, cfr. RUSCHE e KIRCHHEIMER (1968), p. 66.

¹³ Non è questa la sede per soffermarsi, neppure in via schematica, sul ruolo degli strumenti di informazione ma è sufficiente richiamare quanto già rilevato all’indomani del primo conflitto mondiale: “ciò che l’individuo fa si fonda non su una conoscenza diretta e certa, ma su immagini che egli si forma o che gli vengono date”, LIPPMAN (2004), pp. 19 e 229 ss.; nella stessa ottica, sulla conoscenza indiretta ricavata dai resoconti dei mass media, cfr. S. BENTIVEGNA (1994). Più in generale sulla strumentalizzazione dei mezzi di informazione nell’ambito di una vastissima letteratura si vedano le riflessioni svolte da McQUAIL (2007); CHOMSKY e HERMAN (2008), p. 17 ss.; CHOMSKY (2008), p. 35 ss.

¹⁴ Sull’“onnipotente ‘dio audienceometro’” quale “esclusivo metro per valutare la bontà o meno di un programma non più la sua qualità intrinseca, ma il livello di audience e di share – parole che pesano – e, quindi, degli introiti pubblicitari” v. MANTOVANI (2023), p. 162.

¹⁵ Evidenzia sul punto MERLI (2015), 1, p. 437, che nel complesso ambito della violenza di genere esiste uno stretto e significativo legame tra discriminazione e violenza contro le donne, e la consapevolezza di tale legame è diventata patrimonio comune. Essa, infatti, è legata alle

La Direttiva UE 2024/1385¹⁶, infatti, è stato segnalato, “fa esplicito riferimento alla possibile dimensione intersezionale della violenza contro le donne e della violenza domestica, che ricorre quando le stesse si intersecano con altri motivi di discriminazione di cui all’art. 21 della CDFUE, quali la razza, il colore della pelle, l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale (considerando 6)”¹⁷.

Le varie tipologie di violenza vengono descritte nella c.d. ‘Convenzione di Istanbul’¹⁸ che all’art. 3 lett. a) utilizza l’espressione ‘violenza nei confronti delle donne’ definendola come “violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica”; in tale forma di violenza rientrano anche le minacce, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che nella vita privata.

Lo stesso articolo alla lett. b) identifica, invece, la ‘violenza domestica’ in “tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner”; è ininfluente che l’agente condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

Secondo la lett. d) dell’art. 3 con l’espressione ‘violenza contro le donne basata sul genere’, viene designata, invece, “qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato”; più specificamente il termine ‘genere’ “si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini” (art. lett. c)¹⁹.

È stato rilevato sul punto – riprendendo la Convenzione di Istanbul – che il concetto di violenza di genere valorizza la ‘causa’ della violenza, evidenziandone il carattere strutturale e la matrice socioculturale: “la violenza è diretta contro una persona per ragioni legate al genere, intendendo con quest’ultima espressione i ruoli, i comportamenti e gli attributi che un certo modello socioculturale, che “motiva” l’agente e/o che quest’ultimo assume a parametro della propria condotta, considera appropriati per uomini e donne”²⁰.

Un’altra articolazione della ‘violenza’ nei confronti della donna si ricava dalla Convenzione CEDAW 1979 – adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite²¹ (ratificata in Italia con la legge 14 marzo 1985, n. 132), spesso descritta nei termini di carta internazionale dei diritti per le donne – che con “l’espressione “discriminazione contro le donne” indica ogni distinzione, esclusione o limitazione effettuata sulla base del sesso e che ha l’effetto o lo scopo di compromettere o nullificare il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato civile e sulla base della parità dell’uomo e della donna, dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel settore politico, economico, sociale, culturale, civile, o in ogni altro settore” (art. 1).

Da altra prospettiva è stato rimarcato il polimorfismo del fenomeno della violenza che risulta evidenziato, oltre che dall’analisi fenomenica, dalla letteratura criminologica e dai rapporti internazionali che hanno identificato almeno tre principali categorie ai fini dell’individuazione del concetto di femminicidio: “1) femminicidio “intimo”, commesso da partner o ex partner della vittima, spesso in situazioni di controllo, possesso o rifiuto; 2) femminicidio

strutture sociali e culturali delle relazioni donna/uomo, che pesano nei rapporti sociali come fattore cruciale per la costruzione della società, dell’egemonia politica e della cultura; alla posizione di marginalità della donna presente in ogni società; al ruolo che tradizionalmente le è riconosciuto nella società e nella cultura a dominanza maschile, sia dentro che fuori le mura domestiche, per ragioni di ordine storico, sociale o culturale.

¹⁶ Su cui v. *infra* § 6.1.

¹⁷ MASSARO (2025a) pp. 108-109.

¹⁸ Su cui v. *infra* § 6.

¹⁹ La nozione di ‘genere’, è stato rimarcato da GOISIS (2023), p. 4, nasce e viene elaborata essenzialmente nei Paesi di lingua anglofona – ‘genere’ è infatti “la traduzione italiana del termine inglese “gender” – deriva dalle discipline mediche e psicologiche”. Come la stessa A. osserva, il concetto di genere viene traghettato da discipline quali la medicina e la psicologia con lo scopo di ampliare la gamma dei fattori da tenere presente nel valutare la condizione delle donne, di tener conto dell’interconnessione di tali fattori e del loro radicamento nel tessuto sociale. Tessuto sociale in cui gli individui considerati, donne e uomini, non solo vivono le proprie vite ma costituiscono le proprie identità. Si tratta quindi di descrivere e analizzare i rapporti tra uomini e donne, non solo attraverso la ‘naturale’ categoria del sesso ma anche attraverso la categoria ‘sociale’ del genere, al fine di dimostrare come sia per nulla consequenziale il rapporto tra essere femmina/maschio, attribuzione di un sesso, e i contenuti dei significati socialmente e storicamente normati di tale appartenenza.

²⁰ MASSARO (2025b).

²¹ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, New York, 18 December 1979, in <https://www.ohchr.org>; per particolari riferimenti ai profili discriminatori AA.Vv., Corti (curatore), (2012).

“familiare”, perpetrato da altri membri della famiglia (padre, fratello, figlio), all’interno di dinamiche patriarcali o di dominio domestico; 3) femminicidio “non intimo” (o non relazionale), riconducibile ad autori estranei alla sfera affettiva della vittima, e talvolta connesso a violenza sessuale, tratta o prostituzione forzata, dinamiche di criminalità organizzata, delitti viziati da una concezione patriarcale del disonore e più in generale legati a contesti sociali e culturali in cui la vita della donna viene svalutata in quanto tale”²².

L’inciso “in quanto donna”²³ utilizzato nell’art. 577-*bis* c.p. potrebbe far pensare alla violenza di genere; tale conclusione può essere accolta solo in parte perché la fattispecie utilizza, ancora, locuzioni che nulla hanno a che vedere con la violenza di genere come nel caso dell’omicidio connesso “al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo” oppure “come atto di limitazione delle sue libertà individuali”.

La sinonimia tra violenza contro la donna, violenza di genere o violenza domestica, utilizzata nel linguaggio comune (ma lo stesso legislatore in alcuni casi non specifica a quale categoria faccia riferimento)²⁴ viene accolta nella fattispecie criminosa di cui all’art. 577-*bis* c.p. Se tale impostazione finisce per ampliare la portata del tipo criminoso, sanzionando qualunque tipologia di violenza, comporta, tuttavia, non poche difficoltà sul piano della interpretazione della fattispecie che – come avremo modo di evidenziare – presenta ampi margini di indeterminazione.

4.

Il ‘femminicidio’: il dato fenomenologico.

L’introduzione della nuova figura delittuosa pone, come si anticipava, un quesito di fondo concernente l’utilità di una specifica fattispecie per contrastare l’uccisione di una donna in considerazione del dato che l’ordinamento aveva già gli strumenti “in grado di intercettare la maggior parte delle condotte comunemente riconducibili, in senso lato, alla nozione di femminicidio”²⁵.

Si tratta di verificare, in primo luogo, se vi era un reale bisogno della nuova incriminazione oppure se quest’ultima rappresenti l’ennesima espressione di quell’impostazione tutta incentrata sul mero simbolismo sanzionatorio.

Da un punto di vista fenomenologico la questione dei femminicidi volontari commessi nel triennio 2022/2024 presenta i seguenti dati:

- nel 2022 si sono verificati in totale 130 femminicidi (di cui 106 in ambito familiare/affettivo e 61 da parte di ex partner);
- nel 2023 si sono verificati in totale 120 femminicidi (di cui 96 in ambito familiare/affettivo e 64 da parte di ex partner);
- nel 2024 si sono verificati in totale 111 femminicidi (di cui 96 in ambito familiare/affettivo e 59 da parte di ex partner)²⁶.

Nel corso del 2025 gli omicidi – tutti i casi di assassinio volontario indipendentemente dal genere della vittima – sono calati complessivamente del 15%, passando dai 335 del 2024 ai 286 dell’anno appena concluso, il numero più basso dell’ultimo decennio.

I dati indicano che la flessione riguarda in particolare i casi di femminicidio, diminuiti del 18% nel 2025 rispetto al 2024. Sono state infatti 97 le donne assassinate lo scorso anno rispetto alle 111 del 2024, alle 120 nel 2023 e alle 130 del 2022. Tra le 97 vittime del 2025 si segnala che 85 sono state uccise per mano di un soggetto riconducibile all’ambito familiare-affettivo, una casistica che segna un -16% rispetto al 2024²⁷.

I dati del Viminale, in riferimento agli omicidi e femminicidi, registrano un calo, rispettivamente, del 15% e del 18% rispetto al 2024.

Non si tratta di affrontare la questione in termini puramente numerici – quindi trattare

²² MONGILLO (2025), p. 6.

²³ Sulle ripercussioni che la locuzione comporta sul piano della determinatezza del tipo criminoso v. *infra* § 11.1.

²⁴ Rileva in proposito MASSARO (2025b) che: “Nel titolo di alcune delle più importanti leggi approvate in materia negli ultimi decenni si fa riferimento alla violenza di genere e/o alla violenza contro le donne, spesso accanto alla violenza domestica”.

²⁵ MONGILLO (2025), p. 4.

²⁶ Dati del Ministero dell’Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio analisi criminale, consultabili sul sito <https://www.interno.gov.it>.

²⁷ Dati del Ministero dell’Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio analisi criminale, consultabili sul sito <https://www.interno.gov.it>.

dell'aumento o diminuzione degli omicidi attraverso meccanismi da 'contabilità aziendale', perché "ce ne fosse anche uno solo, sarebbe lo stesso tragico e scandaloso"²⁸ – ma solo evidenziare come i dati vadano in controtendenza rispetto alle informazioni fornite all'opinione pubblica e come sia "la rappresentazione della criminalità a dominare, ancor prima che la repressione della criminalità"²⁹.

La situazione italiana, pertanto, non è neppure paragonabile a quei contesti come, ad esempio, "dell'inferno di Ciudad Juárez, la cittadina tra il Messico e gli USA teatro di omicidi sessisti seriali di centinaia di donne all'anno, oltre alle migliaia di donne scomparse tra gli anni '90 e i primi dieci anni del XXI secolo (...). I nostri poco più di 300 omicidi dolosi all'anno (in maggioranza a vittima maschile) sono numericamente una esiguità rispetto agli oltre 30.000 omicidi in Messico nel 2024 o agli oltre 400 omicidi annuali nella sola città di New York (dato del 2023)"³⁰.

Il dato empirico-fenomenologico contraddice quella lettura emergenziale – quotidianamente trasmessa alla generalità dei consociati – tale da richiedere, necessariamente, una nuova figura delittuosa; infatti, è stato sostenuto che in un contesto culturale e sociale, tipico di molti Paesi del Centro e Sud America, che hanno statistiche simili a quelle del Messico, la presenza di una forte componente discriminatoria, sessista, violenta contro le donne giustifica o comunque spiega un'operazione legislativa di costruzione (in anni passati, invero) di un delitto autonomo di femminicidio³¹. Le statistiche nazionali evidenziano un fenomeno criminologico diverso da quello che si rinviene nella realtà sudamericana (Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Salvador, Cile, Perù, Messico, Bolivia), dove la fattispecie di femminicidio è stata introdotta per giustificare l'emanazione di una specifica figura criminosa.

5. **I presupposti dell'introduzione della fattispecie di 'femminicidio': gli atti internazionali.**

La fattispecie di femminicidio, come si anticipava, affonda le radici in un substrato di numerose prese di posizione sovranazionali tra le quali assume particolare importanza la Convenzione CEDAW che si apre (art. 1) con la definizione del concetto di 'discriminazione contro le donne'.

L'aspetto discriminatorio viene ribadito dall'art. 2 lett. b) della Convenzione laddove prevede che gli Stati Parte adottino "appropriate misure legislative e di altro tipo, comprese delle sanzioni ove opportuno, che vietino ogni discriminazione contro le donne"; uguali indicazioni contro ogni atto discriminante si ricavano dalle lett. c, d, e, f, g) dello stesso articolo.

Uguualmente, l'art. 10 stabilisce che gli Stati Parte prendano "ogni misura appropriata per eliminare la discriminazione" nel settore dell'istruzione, nel settore dell'occupazione (art. 11), dell'assistenza sanitaria (art. 12), negli altri campi della vita economica e sociale (art. 13) o nelle zone rurali (art. 14) o, ancora, in ordine alle questioni relative al matrimonio e ai rapporti familiari (art. 16).

Nella stessa ottica si pongono:

- a) il Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne di cui alla Risoluzione adottata dall'Assemblea generale del 6 ottobre 1999;
- b) la Raccomandazione generale n. 12 (8a sessione, 1989) – 'Violenza contro le donne' che (nel richiamare gli artt. 2, 5, 11, 12 e 16 della Convenzione che impongono agli Stati Parti di adoperarsi per proteggere le donne dalla violenza di qualsiasi tipo esercitata all'interno della famiglia, sul posto di lavoro o in qualsiasi altro ambito della vita sociale) sollecita gli Stati Parti ad includere nei loro rapporti periodici al Comitato determinate informazioni, come ad esempio, quelle sulla legislazione volta a proteg-

²⁸ MERZAGORA (2021), p. 1.

²⁹ Ci limitiamo a richiamare alcuni 'classici' tra cui: MELOSSI (2002), p. 245; sui rischi di possibili sviamenti per effetto della rappresentazione mediatica della criminalità PALAZZO (2018), p. 2; PALIERO (2007), p. 289 ss.; sulla rappresentazione che può essere politicamente più importante dell'efficacia reale nonostante i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidano, cfr. PULITANÒ (2016).

³⁰ DONINI (2025).

³¹ Ancora DONINI (2025).

gere le donne dall'incidenza di ogni tipo di violenza e quelle sulle altre misure adottate per estirpare tale violenza;

- c) la Raccomandazione generale n. 19 (11a sessione, 1992) – ‘La violenza contro le donne’, che all’art. 16, lett. r) evidenzia tra le misure necessarie per superare la violenza familiare anche i) “Sanzioni penali ove necessario e mezzi di tutela civile”;
- d) la Raccomandazione generale n. 27 (47a sessione, 2010) sulle donne anziane e la protezione dei loro diritti umani;
- e) la Raccomandazione generale n. 28 (47a sessione, 2010) sugli obblighi fondamentali degli Stati Parti di cui all’articolo 2 della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne;
- f) la Dichiarazione di Vienna e il Programma d’azione (1993) dell’ONU ove – dopo aver rimarcato la preoccupazione per le varie forme di discriminazione e violenza alle quali le donne continuano ad essere esposte in tutto il mondo – si afferma che: 1) “La violenza di genere e tutte le forme di molestia e sfruttamento sessuale, incluse quelle derivanti da pregiudizi culturali e da traffici internazionali, sono incompatibili con la dignità e il valore della persona umana e devono essere eliminate” (parte prima punto 18);
- g) la Dichiarazione e la Piattaforma d’azione di Pechino (1995) dove i Governi partecipanti alla quarta Conferenza mondiale sulle donne affermano di: “Prevenire ed eliminare tutte le forme di violenza contro le donne e le bambine” (punto 22); di promuovere e proteggere tutti i diritti fondamentali delle donne e delle bambine (punto 31);
- h) la Raccomandazione generale n. 35/2017 - Comitato CEDAW, che aggiorna la Raccomandazione generale n. 19 sulla violenza contro le donne (prima richiamata) ove viene ribadito che la violenza di genere contro le donne è una forma di discriminazione e una violazione dei diritti umani, e indica agli Stati Parti le linee lungo le quali eliminare tale violenza;
- i) la Convenzione (n. 190) dell’Organizzazione internazionale del lavoro del 2019 sulla violenza e le molestie;

Va segnalato, con particolare riferimento all’introduzione del delitto di femminicidio che il Comitato per l’eliminazione della discriminazione contro le donne, istituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2007 (CEDAW), nel rapporto del 19 febbraio 2024 sull’Italia rileva “che il femminicidio non è definito come un reato specifico” [punto 27 lett. c)] e raccomanda di “Modificare il Codice penale per criminalizzare specificamente il femminicidio, compresa la violenza contro le persone LGBTI, e definire tutte le forme di violenza di genere contro le donne, che comprendono la violenza fisica, psicologica, sessuale, economica e domestica, come reati” [punto 28 lett. c)], in linea con la Raccomandazione generale n. 35 sulla violenza di genere contro le donne, aggiornando la Raccomandazione generale n. 19.

6.

L’azione del legislatore eurounitario.

Ancora più intenso può dirsi il contributo offerto in sede europea per contrastare la violenza di genere a partire sin dagli anni ’90 del secolo scorso³², anche se una tappa fondamentale si è avuta con la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza

³² Si v. nello specifico settore la Risoluzione sulla violenza contro le donne (1986 UE); il Gruppo di esperte nominate dal Comitato Guida per l’eguaglianza fra donne e uomini (CDEG) del Consiglio d’Europa: Sintesi del “Piano d’azione per combattere la violenza contro le donne” (1997 UE); la Risoluzione sulla “Necessità di organizzare una campagna a livello dell’Unione Europea per la totale intransigenza nei confronti della violenza contro le donne” (1997 UE); la Decisione n. 293/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 gennaio 2000 relativa ad un programma d’azione comunitaria sulle misure preventive intese a combattere la violenza contro i bambini, i giovani e le donne (2000-2003) – (programma DAPHNE); la Raccomandazione Rec(2002)5 sulla protezione delle donne dalla violenza;) la direttiva 2006/54/CE (recepita nell’ordinamento italiano con il d.lgs. n. 5/2010), concernente l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, definisce le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, di molestie e di molestie sessuali; la Raccomandazione CM/Rec (2007)17 sulle norme e meccanismi per la parità tra le donne e gli uomini; la Raccomandazione CM/Rec (2010)10 sul ruolo delle donne e degli uomini nella prevenzione e soluzione dei conflitti e nel consolidamento della pace, e le altre raccomandazioni pertinenti. Più in generale, si v. la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950) e in particolare gli artt. 2, 3, 4, e l’art. 14 che vieta ogni forma di discriminazione; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (2000/C 364/01) specialmente gli artt. 1 (inviolabilità della dignità umana), 2 (diritto alla vita), 4 (divieto a trattamenti inumani), e 21 (diritto alla non discriminazione fondata sul genere).

contro le donne e la violenza domestica del 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul, ratificata in Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77).

L'art. 1, infatti, stabilisce gli obiettivi della Convenzione, tra cui: proteggere le donne da ogni forma di violenza e prevenire, perseguire ed eliminare la violenza contro le donne e la violenza domestica anche attraverso la promozione della cooperazione internazionale (lett.a, c); contribuire ad eliminare ogni forma di discriminazione contro le donne (lett. b). La Convenzione prevede, sul terreno più propriamente penalistico, che le Parti adottino misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare fatti di violenza psicologica (art. 33), atti persecutori (art. 34), violenza fisica (art. 35), violenza sessuale, compreso lo stupro (art. 36), matrimonio forzato (art. 37), mutilazioni genitali femminili (art. 38), aborto forzato e sterilizzazione forzata (art. 39), molestie sessuali (art. 40), favoreggiamento o complicità e tentativo (art. 41). A supporto di tali fattispecie l'art. 45 della Convenzione ipotizza un sistema sanzionatorio improntato a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive che tengano conto della gravità del comportamento a cui si aggiungono numerose circostanze (art. 46).

Oltre alla Convenzione di Istanbul possono essere richiamate:

- la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 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, che – seppure indirettamente – opera riferimenti alla violenza di genere (considerando 12 e art. 11);
- la Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva sulle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio sulla posizione della vittima nel procedimento penale 2001/220/GAI) che rafforza le misure nazionali esistenti con norme minime di portata europea riguardo ai diritti, al sostegno e alla protezione delle vittime di reati in ogni paese dell'UE;
- la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sulla lotta alla violenza contro le donne (2013/2004(INL) che con la Raccomandazione 2, sulle misure di prevenzione e lotta, afferma che gli Stati membri devono sviluppare una serie di misure per prevenire e combattere la violenza di genere contro le donne e le ragazze;
- la Decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio del 7 dicembre 2020 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani;
- la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2021 sulle sfide future in relazione ai diritti delle donne in Europa che dedica un'intera sezione all'eliminazione della violenza di genere (punti 34 -41);
- la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti l'identificazione della violenza di genere come nuova sfera di criminalità tra quelle elencate all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE. Il considerando C) rimarca che la violenza di genere, sia online che offline, e la mancanza di accesso a una protezione adeguata costituiscono la manifestazione più grave della discriminazione di genere e rappresentano una violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, quali il diritto alla dignità umana, il diritto alla vita e all'integrità fisica e mentale, il divieto della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, il divieto della schiavitù e del lavoro forzato, il diritto alla libertà e alla sicurezza e il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il considerando AG) afferma che la lotta alla violenza di genere è una priorità fondamentale della strategia dell'Unione per la parità di genere e dell'azione esterna dell'Unione;
- la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 dicembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sulla lotta alla violenza di genere che (Raccomandazione 2) si prefigge di contrastare varie tipologie di violenza commesse con gli strumenti informatici come ad esempio: le varie forme di molestie online; gli atti persecutori online; la violazioni della vita privata che includono l'accesso a immagini o dati privati, la loro registrazione, condivisione, creazione e manipolazione, ivi compresi specificamente gli abusi sessuali basati sulle immagini, la creazione o distribuzione non consensuale di immagini private di natura sessuale, il *doxing* e il furto d'identità; la registrazione e condivisione di immagini di stupri o altre forme di aggressioni sessuali; le minacce di violenza e l'istigazione alla violenza, come le minacce di stupro, l'estorsione, l'estorsione di prestazioni sessuali o *sextorsion*, il ricatto nei confronti delle vittime, dei

loro figli o familiari; l'incitamento all'odio in chiave sessista; l'istigazione alla violenza autoinflitta, come suicidio o anoressia e danni psichici; l'uso di mezzi tecnologici per la tratta di esseri umani, anche per lo sfruttamento sessuale di donne e ragazze.

6.1. *La direttiva (UE) 2024/1385.*

Nell'ambito della predisposizione di mezzi di contrasto alla violenza di genere particolare rilevanza assume la Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 che si apre con il dichiarato scopo di prevenire e combattere efficacemente la violenza contro le donne e la violenza domestica in tutta l'Unione. Si tratta di uno strumento organico specificamente deputato non solo a reprimere ma anche a prevenire i fatti di violenza contro la donna in quanto tale³³.

A tal fine essa rafforza e introduce misure in relazione alla definizione dei reati e delle pene irrogabili, alla protezione delle vittime e all'accesso alla giustizia, all'assistenza alle vittime, ad una migliore raccolta di dati, alla prevenzione, al coordinamento e alla cooperazione" (considerando n. 1).

Per il conseguimento di tali condivisibili la direttiva (sotto lo specifico profilo del diritto penale sostanziale), nel prendere atto che "le disposizioni vigenti a livello dell'Unione e nazionale si sono rivelate insufficienti a combattere e prevenire efficacemente la violenza contro le donne e la violenza domestica" (considerando n. 5), prevede una serie di interventi – corredati da sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate (considerando n. 28, art. 10) – che possono essere così sintetizzati:

- emanazione di specifiche fattispecie di reato (artt. 3-9 – Capo 2 della Direttiva dedicato ai "reati di sfruttamento sessuale femminile e minorile e criminalità informatica");
- punibilità delle condotte offensive poste in essere attraverso Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC);
- previsione di misure per la rimozione di materiale online (art. 23);
- attivazione di forme di protezione immediata e di assistenza specifica (considerando n. 38 e succ.) per evitare il rischio di intimidazione, di ritorsione e di vittimizzazione secondaria e ripetuta e, dunque, protezione della dignità e dell'integrità fisica delle vittime (considerando n. 7, artt. 14-24) nonché previsione di misure di protezione, assistenza, prevenzione e interventi precoci (art. 1 lett. c);
- attivazione di interventi mirati per prevenire e ridurre al minimo il rischio che sia commessa violenza contro le donne o violenza domestica e il rischio di recidiva (art. 37).

Con riferimento alla emanazione di specifiche figure incriminatrici la direttiva stabilisce che gli Stati membri debbano incriminare le condotte intenzionali³⁴, per le ipotesi di: mutilazioni genitali femminili (art. 3); matrimonio forzato (art. 4); condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato (art. 5); *stalking* online (art. 6); molestie online (art. 7); istigazione alla violenza o all'odio online (art. 8); istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo (art. 9).

Il Capo 2 si completa con le disposizioni relative: all'entità delle sanzioni (art. 10); alle

³³ Il considerando 17 definisce la violenza di genere nei termini di violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti "reati d'onore". Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza.

³⁴ Il concetto di 'intenzionalità' viene utilizzato dal legislatore sovranazionale come mera volontà in contrapposizione alla negligenza e, quindi, non racchiude una particolare tipologia di dolo (appunto quello intenzionale); ciò per un duplice ordine di ragioni: a) l'uso del dolo intenzionale finirebbe per limitare il campo di azione dell'intervento laddove l'intera direttiva è strutturata per ampliare al massimo l'intervento sanzionatorio; b) in altre direttive (ad esempio come quella sulla tutela penale dell'ambiente, n. 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE) il concetto di "intenzionalità" racchiude anche il "nostro" dolo eventuale. Si stabilisce, infatti, che: "l'intenzione" potrebbe essere intesa come intenzione diretta a provocare il decesso di una persona o potrebbe comprendere anche una situazione in cui l'autore del reato, nonostante non volesse provocare il decesso di una persona, accetti comunque la probabilità di provocarlo, e agisca, o si astenga dall'agire, volontariamente e in violazione di un particolare obbligo, causando pertanto il decesso di una persona" (considerando 26).

circostanze aggravanti (art.11); alla giurisdizione (art. 12); alla prescrizione (art. 13).

In realtà, si tratta di condotte in linea di massima già punite dal nostro ordinamento, ora con norme specifiche altre volte con disposizioni ricavabili all'interno del codice penale, che vanno, tutt'al più, adeguate alle indicazioni della direttiva; non mancano, sotto altri profili, aspetti problematici che rendono difficoltoso il recepimento della direttiva come, ad esempio, nel caso delle 'molestie online'³⁵.

Sul piano sanzionatorio, la direttiva, oltre a chiedere sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, sollecita (art. 11) l'attivazione di una lunga serie di situazioni che possono essere previste come circostanze aggravanti dai singoli Stati.

Dagli atti sovranazionali appena richiamati discendono chiare 'indicazioni' verso l'attivazione di interventi sanzionatori; le categorie adoperate ('discriminazione', 'odio', 'prevaricazione' per definire le varie forme di violenza), però, difficilmente possono essere utilizzate nella redazione di singole fattispecie incriminatrici trattandosi di concetti ampi e sfuggenti più consoni alle scienze sociologiche che penalistiche.

7.

L'evoluzione normativa ante art. 577-bis c.p.

Il legislatore interno – come si anticipava – è intervenuto più volte per contrastare fatti di violenza contro la donna: invero, già con il d. lgs. n. 286/1998, (T.U. Imm.) all'art. 19 viene previsto il divieto di espulsione o di respingimento dello straniero verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali. L'art. 18 prevede, qualora siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, che il Questore, con il parere favorevole dell'autorità giudiziaria procedente ovvero su proposta di quest'ultima, rilasci un permesso di soggiorno per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza.

Vanno ancora richiamati i successivi provvedimenti e, in particolare:

- la l. n. 154/2001 (Misure contro la violenza nelle relazioni familiari) che all'art. 1 introduce nell'ordinamento la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare;
- la l. n. 7/2006 (Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile) che introduce gli artt. 583-bis e ter c.p. e prevede: a) una serie di interventi per promuovere e sostenere attività dirette alla prevenzione, all'assistenza alle vittime e all'eliminazione delle pratiche di mutilazione genitale femminile (art. 2); b) campagne informative rivolte agli immigrati dai Paesi in cui sono effettuate le pratiche di mutilazioni degli organi sessuali femminili; c) iniziative di sensibilizzazione e corsi di informazione per le donne infibulate in stato di gravidanza, finalizzati ad una corretta preparazione al parto (art. 3);
- il d.l. n. 11/2009, (conv. con mod. dalla l. n. 38/2009) concernente misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori. L'art. 1 modifica l'art. 576 co. 1 n. 5 c.p. e aggiunge il n. 5.1 con la previsione della pena dell'ergastolo qualora l'omicidio avvenga nei casi previsti dagli articoli 572, 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies; la stessa pena viene stabilita per l'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis nei confronti della stessa persona offesa. L'art.7 introduce la fattispecie delittuosa degli atti persecutori che è stata successivamente modificata prima dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (conv. dalla l. n. 94/2013) portando la pena originariamente prevista da quattro a cinque anni, poi dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (conv. dalla l.n. 119/2013, n. 119) che ha sostituito il

³⁵ Può essere richiamato sul punto il considerando n. 24 laddove afferma che le "molestie online (...) dovrebbero includere il fatto di attuare, in modo ripetuto o continuativo, comportamenti minacciosi nei confronti di una persona, almeno qualora tali comportamenti comportino il rischio di commettere reati tramite TIC, e se tali comportamenti *possono indurre tale persona a temere seriamente per la propria incolumità o per l'incolumità delle persone a carico* (corsivo aggiunto)". Il primo aspetto problematico che viene in evidenza è il rapporto tra la rubrica dell'art. 7 'molestie online' e i comportamenti minacciosi (lett. a) e i comportamenti minacciosi o ingiuriosi (lett. b); quasi che le molestie online siano equiparate ai due tipi di comportamento appena ricordati. Non si comprende, con i 'normali' principi che governano il diritto penale interno, l'uso della locuzione "molestie online" – utilizzata nella rubrica dell'art. 7 e nel considerando n. 24 – e i comportamenti minacciosi, trattandosi di ambiti completamente diversi; non a caso il codice penale dedica a tali fatti differenti fattispecie incriminatrici (art. 660 e art. 612 c.p.).

- secondo comma prevedendo un aumento di pena e modificato il quarto comma (con la previsione della remissione della querela solo processualmente). L'attuale regime sanzionatorio da un anno a sei anni e sei mesi (in luogo del precedente da sei mesi a cinque anni) è stato disposto dall'art. 9 co. 1. n. 69/2019;
- il d.l. n. 93/2013, (conv. con mod. dalla l. n. 119/2013) c.d. 'decreto femminicidio' che (oltre ad intervenire come anticipato sulla fattispecie degli atti persecutori) inasprisce le pene per le rapine commesse su persone di età superiore ai 65 anni o in presenza di persona al di sotto dei 18 anni (art. 7 co. 2 lett. b), modifica l'art. 572 c.p. Infatti, la legge di conversione (n. 119/13, art. 1 co. 1-*bis*) abroga il secondo comma dell'art. 572 c.p. – a distanza di appena un anno dal suo inserimento *ex art.* 4 l. n. 172/12 – e modifica l'art. 61 con l'introduzione (ad opera dell'art. 1 co. 1) del nuovo numero 11-*quinqüies* che così dispone: "l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza". La legge interviene anche nelle ipotesi di violenza sessuale; l'art. 1 co. 1-*ter* l. n. 119/13 sostituisce, invero, il n. 5 dell'art. 600-*ter* co. 1 con la seguente disposizione: "nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il tutore"³⁶;
 - il d. lgs. n. 80/2015 che all'art. 24 prevede norme di favore in tema di congedo di lavoro per le donne vittime di violenza di genere;
 - il d. lgs. n. 212/2015, che dà attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI;
 - la l. n. 232/2016 (legge di bilancio per il 2017) che prevede, all'art. 1 co. 359, stanziamenti di fondi per iniziative contro la violenza sessuale e di genere, dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi di assistenza alle donne vittime di violenza; nella stessa ottica può essere richiamata anche la legge 27 dicembre 2017, n. 205;
 - la l. n. 161/2017 che, nel modificare il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, prevede determinati strumenti preventivi per alcune categorie di soggetti [ad esempio quelli indiziati di atti persecutori (art. 1 lett. d)];
 - la l. n. 4/2018 che è intervenuta, seppure indirettamente, sulla questione della violenza contro le donne, modificando l'art. 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.p.r. n. 115/2002). L'art. 2 ha innovato l'art. 577 c.p. così stabilendo: "a) al primo comma, numero 1), dopo le parole: 'il discendente' sono aggiunte le seguenti: 'o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente'; b) al secondo comma, dopo le parole: 'il coniuge' sono inserite le seguenti: 'divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessate'. Ulteriori innovazioni sono state apportate al codice di rito e al codice civile in tema sequestro conservativo, provvisorio, indegnità a succedere, ecc.;
 - la l. n. 69/2019 (c.d. 'codice rosso') che ha apportato una serie di modifiche al sistema penale sostanziale, processuale, penitenziario e delle misure di prevenzione. Sul piano del diritto penale sostanziale vengono inserite nel codice penale le quattro nuove fattispecie di cui agli artt. 387-*bis*, 558-*bis*, 583-*quinqüies*, art. 612-*ter* c.p. Sul terreno del diritto penale, il legislatore – in linea con i precedenti interventi – ha operato secondo un duplice orientamento: inasprimento sanzionatorio della risposta statale contro determinati fatti di violenza ed emanazione di nuove fattispecie. In tale ottica, è stato rimarcato l'ennesimo inasprimento del regime delle sanzioni che vede: a) ritoccare le cornici edittali delle fattispecie già presenti nel sistema (si consideri ad esempio l'art. 572, co. 1 c.p. che ha visto il precedente regime sanzionatorio – reclusione da uno a cinque anni – passare per effetto della l. n. 172/2012 alla pena della reclusione da tre a sette anni); b) trasformare alcune circostanze in fattispecie autonome con conseguente esclusione della possibilità di bilanciamento (come accade con il 'nuovo'

³⁶ Nell'immediatezza della riforma, per un quadro d'insieme delle innovazioni di diritto penale, nell'ambito di molteplici voci, cfr. la Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione (Rel. n. III/03/2013 – Roma, 16 ottobre 2013) svolta da PISTORELLI (2013); RECCHIONE (2013); PAVICH (2013); BASILE (2013); LO MONTE (2013), ivi; sul piano processuale cfr. DE MARTINO (2013).

l'art. 583-*quinqües* c.p. relativo alla deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso); c) emanare nuove figure delittuose; d) prevedere nuove circostanze aggravanti (ad esempio la richiamata aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11-*quinqües* c.p.). Accanto alle nuove fattispecie vengono previsti vari inasprimenti sanzionatori e nuove circostanze in tema di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.). Inoltre è stato riveduto l'art. 577 c.p. con l'estensione del campo di applicazione delle aggravanti in relazione all'omicidio commesso in costanza di relazioni personali; è stato ritoccato, infine, l'art. 165 c.p. subordinando la sospensione condizionale della pena alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i reati di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 612-*bis*, 582 e 583-*quinqües* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1, nn. 2, 5, e 5.1, e 577, co. 1, n. 1, e co. 2, c.p.³⁷;

- la l. n. 238/2021 che modifica, con le disposizioni di cui all'art. 20 gli artt. 609-*ter*, *quater*, *quinqües* e *undecies*;
- la l.n. 234/2021 (legge di bilancio per l'anno 2022) che prevede all'art. 1 co. 149 (di modifica dell'art. 5 del d.l. n. 93/2013, n. 93, poi l. n. 119/2013) una serie di interventi per prevenire, sensibilizzare, promuovere, potenziare, azioni contro la violenza nei confronti della donna;
- la l. n. 53/2022 che – come riporta l'art. 1 – è volta a garantire un flusso informativo adeguato in relazione alla cadenza ed ai contenuti della violenza contro le donne al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno;
- la l. n. 12/2023 che istituisce una Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, chiamata ad una serie di compiti (elencati all'art. 2), tra cui: svolgere indagini sulle reali dimensioni, condizioni, qualità e cause del femminicidio (art. lett. a); monitorare la concreta attuazione della Convenzione di Istanbul (lett. b); accertare le possibili incongruità e carenze della normativa vigente rispetto al fine di tutelare la vittima della violenza e gli eventuali minori coinvolti (lett. c); analizzare gli episodi di femminicidio, verificatisi a partire dal 2016 allo scopo di orientare l'azione di prevenzione (lett. f);
- la l. n. 122/2023 che riconosce al procuratore della Repubblica il potere di revocare, con provvedimento motivato, l'assegnazione per la trattazione del procedimento qualora il P.M. non osservi le disposizioni dell'articolo 362, co. 1-*ter*, c.p.p. In particolare, il procuratore della repubblica interviene – nei casi in cui si procede per il delitto previsto dall'art. 575 c.p., nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., ovvero dagli artt. 582 e 583-*quinqües* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1 nn. 2, 5 e 5.1, e 577, co. 1 n. 1 e co. 2 c.p. – se il P.M. non procede celermente ai sensi dell'art. 362, co. 1-*ter*, c.p.p. entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato;
- la l. n. 168/2023, n. 168 che viene emanata per: fronteggiare l'aumento esponenziale degli omicidi di genere nel nostro Paese; rendere più efficace la protezione preventiva, rafforzando le misure contro la reiterazione dei reati a danno delle donne e inasprendo le pene nei confronti dei recidivi; ampliare la tutela, in generale, delle vittime di violenza. In particolare, l'art. 1 amplia l'ambito di applicazione della disciplina della misura di prevenzione dell'ammonimento del Questore, sia d'ufficio che su richiesta

³⁷ Lo MONTE (2021), p. 17; l'A. evidenzia, inoltre, che la legge interviene anche sul settore penitenziario modificando la l. n. 354/1975; infatti, le innovazioni concernono a) i benefici dell'assegnazione al lavoro all'esterno; b) la concessione degli stessi benefici richiede una preventiva valutazione da parte del magistrato o del tribunale di sorveglianza che riconosca la "positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis*" (art. 4-*bis*, co. 1-*quinqües*); c) l'art. 13-*bis* vede l'aggiunta del n. 1-*bis* con la previsione di percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, di assistenza psicologica e di recupero di soggetti condannati per i medesimi reati. In ordine alle misure preventive, infine, "per porre adeguati rimedi alle emergenti problematiche riguardo ai crimini riconducibili all'interno della categoria della violenza di genere", il legislatore ha modificato il Codice Antimafia (d.lgs. n. 159/ 2011) e accresciuto le possibilità di applicazione del divieto di cui all'art. 283-*ter* c.p.p. in tema di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, con la possibilità di applicare le procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. (c.d. braccialetto elettronico).

della persona offesa, e degli obblighi informativi nei confronti delle vittime di violenza, a carico delle forze dell'ordine, dei presidi sanitari e delle istituzioni pubbliche, per i fatti di reato (consumati o tentati) di cui agli artt. 610, 612, secondo comma, 612-*bis*, 612-*ter*, 614, 635 c.p. Il regime sanzionatorio viene incrementato (aumento di pena fino a 1/3) qualora il fatto sia commesso nell'ambito di violenza domestica da soggetto già ammonito, anche se la persona offesa è diversa da quella per la cui tutela è stato adottato l'ammonimento, per i reati previsti dagli artt. 581, 582, 610, 612 secondo comma, 614, 635, 612-*bis*, 612-*ter*. L'ambito di applicazione delle misure a sostegno delle vittime di violenza domestica o sessuale viene ampliato ai casi di: 1) violenza privata (610 c.p.); 2) minacce aggravate (art. 612, secondo comma, c.p.); 3) violazione di domicilio (art. 614 c.p.); 4) danneggiamento (art. 635 c.p.). Le disposizioni di cui all'art. 9 elevano la pena prevista per il reato di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. L'art. 15 ri-modifica l'art. 165 c.p. e, dunque, ai fini della sospensione della pena occorre il superamento con esito favorevole dei percorsi di recupero da parte dei soggetti condannati per i delitti di violenza domestica e di genere, riconoscendo al giudice il compito di accertare la partecipazione e il superamento del percorso, nonché di valutare il percorso intrapreso. Più specificamente la norma dispone che nei casi di condanna per il delitto previsto dall'art. 575, nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché agli artt. 582 e 583-*quinqüies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1 nn. 2, 5 e 5.1, e 577, co. 1 n. 1, e co. 2, la sospensione condizionale della pena è sempre subordinata alla partecipazione, con cadenza almeno bisettimanale, e al superamento con esito favorevole di specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, accertati e valutati dal giudice, anche in relazione alle circostanze poste a fondamento del giudizio formulato ai sensi dell'articolo 164 c.p.

8.

La legge 2 dicembre 2025, n. 181: cenni sulle innovazioni di diritto penale sostanziale.

In un tale contesto di continui ampliamenti dell'ambito del penalmente rilevante (nuove fattispecie incriminatrici, trasformazione di circostanze aggravanti in fattispecie autonome, modifiche in senso rigoroso di fattispecie precedentemente emanate, a tacere delle innovazioni apportate al sistema delle misure *ante delictum*, al codice di rito e in ambito penitenziario) corredato da un marcato inasprimento sanzionatorio anche delle figure criminose già presenti nel sistema penale – come dimostrato dall'evoluzione normativa appena richiamata – prende corpo la legge n. 181/2025 con la previsione della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 577-*bis* c.p.

Non diversamente dal passato, il provvedimento normativo da ultimo emanato interviene sul sistema penale, processuale, in materia di ordinamento penitenziario e in tema di misure cautelari.

In via di estrema sintesi e solo ai fini delle presenti riflessioni va sottolineato che, sul terreno del diritto penale sostanziale³⁸, l'art. 1 della legge n. 181/2025 – oltre ad introdurre [comma 1 lett. a) la fattispecie di femminicidio e al comma 1 lett. c) l'art. 572-*bis*³⁹] – modifica, ancora una volta, l'art. 572 inserendo: α) al comma 1 lett. b) la locuzione “ovvero non più convivente nel caso in cui l'agente e la vittima siano legati da vincoli nascenti dalla filiazione” dopo l'inciso “o comunque convivente”; β) e introducendo il seguente nuovo comma: “La pena è aumentata da un terzo alla metà quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazio-

³⁸ Sulle innovazioni apportate al codice di procedura penale cfr. LAZZERI (2025), punto 5.

³⁹ La nuova fattispecie reca: “Art. 572-*bis* (Confisca). – Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 572 è sempre ordinata la confisca dei beni, ivi compresi gli strumenti informatici o telematici o i telefoni cellulari, che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione del reato”.

ne delle sue libertà individuali”.

Tale disposizione mentre si pone come elemento costitutivo della fattispecie di femminicidio viene inserita come aggravante – c.d. aggravante di genere – nel corpo degli artt. 585, 593-ter, 609-ter (dopo il n. 5-bis ma il nuovo 5-ter prevede un aumento di pena di un terzo), 612-bis e 612-ter c.p.

Le fattispecie di maltrattamenti contro familiari o conviventi, violenza sessuale, atti persecutori e diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti vedono un forte aggravamento di pena⁴⁰ se il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio *in quanto donna*, o in relazione al rifiuto *della donna* di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali.

Una fugace riflessione sul punto va svolta: da un punto di vista fenomenologico è stato dimostrato che normalmente è la donna a subire determinati atti di violenza (si pensi ai maltrattamenti oppure agli atti persecutori o, ancora, alla divulgazione di atti sessualmente espliciti) ma ciò non porta ad escludere che vi possano essere ipotesi – seppure in numero molto inferiore – in cui sia l'uomo a subire determinati comportamenti. L'aggravamento di pena presenta profili di illegittimità costituzionale perché non si giustifica il diverso trattamento sanzionatorio quando il fatto è commesso contro la donna (in quanto tale) e non contro l'uomo.

Né, sotto questo profilo, aiuta – come si dimostrerà nel prosieguo⁴¹ – ad evitare i rischi di incostituzionalità per la disparità sanzionatoria l'inciso ‘in quanto donna’.

La previsione della confisca obbligatoria (“è sempre ordinata la confisca”) dei beni, ivi compresi gli strumenti informatici o telematici o i telefoni cellulari, che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione del reato va valutata positivamente perché – senza entrare nel merito della controversa natura giuridica⁴² di un istituto “ermafrodito”⁴³ – ribadisce “l'idea che il delitto non paga”⁴⁴.

Non si comprendono, invece, le ragioni per le quali la confisca (stabilita solo “per il delitto previsto dall'articolo 572” non sia stata estesa anche alle altre fattispecie concernenti lo stesso ambito (ad es. artt. 612-bis e ter c.p.).

Il ricco quadro normativo appena descritto, seppur in via del tutto schematica, e l'evoluzione dello stesso in un arco temporale alquanto ampio, testimoniano come il settore non sia privo di figure criminose in grado di fronteggiare il fenomeno; né tanto meno possa lamentare un regime sanzionatorio poco rigoroso. Anche sul piano processuale e in ordine alle misure preventive il legislatore ha previsto ‘percorsi’ particolari: si pensi al sintagma ‘codice rosso’⁴⁵.

9.

L'introduzione dell'art. 577-bis: il lemma ‘femminicidio’.

L'introduzione della nuova figura criminosa – che sin dalle prime battute ha ricevuto serrate censure da parte della dottrina⁴⁶ (anche se non sono mancate prese di posizione favorevo-

⁴⁰ Il nuovo regime sanzionatorio in caso di stalking può raggiungere un massimo di dieci anni e dieci mesi di reclusione; in ipotesi di violenza sessuale il massimo di pena raggiunge i sedici anni di reclusione, una pena, in quest'ultimo caso, prossima a quella dell'omicidio preterintenzionale che lascia seri dubbi sul rispetto della proporzione soprattutto dopo il recente intervento della Corte cost., 18 luglio 2025, n. 113; per ulteriori considerazioni sul punto v. *infra* § 11.4.

⁴¹ V. *infra* § 11.1.

⁴² Nel porre l'accento sulla problematica natura giuridica perché vive una “complessa oscillazione, originata dal sostrato ideologico da cui prende le mosse. Esattamente quella del bene strumento, del bene provento, del bene obiettivo e dunque della ablazione come sottrazione del mezzo, come sottrazione del risultato, come sottrazione dello scopo, secondo vincoli di causalità, di derivazione, vincoli di pertinenzialità” cfr. MUSCATIELLO (2013), p. 124.

⁴³ MUCCIARELLI e PALIERO (2015), p. 247.

⁴⁴ PULITANÒ (2019), p. 1 ss.

⁴⁵ La l. n. 69/2019, come anticipato, nel modificare il codice di rito si propone di velocizzare l'instaurazione del procedimento penale per i delitti di violenza domestica e di genere e, conseguentemente, accelerare l'eventuale adozione di provvedimenti di protezione delle vittime; in proposito cfr. ALGERI (2019), p. 1363 ss.; la locuzione ‘codice rosso’, allude a un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione dei procedimenti in materia di ‘violenza di genere’ al fine di una più incisiva protezione della vittima, cfr. GATTA (2019).

⁴⁶ In via di prima elencazione, con riserva di richiamare nel prosieguo le varie osservazioni, per delle prese di posizioni critiche più o meno accentuate cfr. FIANDACA (2025); DONINI (2025); MONGILLO (2025); MASSARO (2025b); DOCUMENTO (2025); GATTA (2025a); D. PULITANÒ (2025a), p. 1 ss.; BARTOLI (2025); PASINI (2025); GAMBARDILLA (2025); PESTELLI (2025); PELISSERO (2025), p. 557 ss.; ROMANO (2025); sulla “contrapposizione di approcchi” cfr. PULITANÒ (2025b).

li⁴⁷), della magistratura⁴⁸ e dell'avvocatura⁴⁹ – rappresenta il normale esito di un percorso che si snoda lungo un comune denominatore che, supportato da un crescente regime sanzionatorio improntato alla mera deterrenza, individua negli strumenti penalistici la 'consueta' (e spesso l'unica) terapia in grado di curare qualunque patologia.

Prima di soffermarci sulla struttura della nuova figura criminosa una breve considerazione va svolta, limitatamente al coteo penalistico, intorno al lemma 'femminicidio', tralasciando, pertanto, l'analisi delle implicazioni antropologiche⁵⁰ e psico-sociologiche che connotano il concetto e la sua evoluzione⁵¹, la cui nascita può farsi risalire ai primi inizi dell'800 laddove si parlava di *femicide*⁵².

In via di premessa va segnalato che il termine 'femminicidio' è stato qualificato come "una parola orrenda"⁵³ o etichettato come un "brutto neologismo" perché evoca una dimensione senza anima, meno completa, rispetto al più nobile e ricco termine 'donna', per cui sarebbe stato più appropriato il "lemma 'ginecidio'"⁵⁴.

Nella stessa ottica altra dottrina ha evidenziato l'accezione in negativo che è "connessa al carattere apparentemente autocontraddittorio del termine, che, con l'etimo femmina, rimanda a ciò che vi è di biologicamente dato nel rapporto uomo-donna, e non a ciò che vi è socialmente e culturalmente costruito, è che quando la si dice o la si sente, se ne dice o se ne sente soltanto metà, femmina, e si trascura l'altra metà, l'uccisione, dall'etimo latino "cidio" (un derivato di "càedere": uccidere)"⁵⁵.

Il termine 'femminicidio'⁵⁶ pur essendo entrato nel linguaggio comune viene scarsamente utilizzato nelle disposizioni normative sia a livello interno che sovranazionale che, normalmente, fanno riferimento alla violenza di genere, familiare o domestica.

Sul piano internazionale il lemma 'femminicidio' viene impiegato – come abbiamo visto – dal Comitato Cedaw, nel rapporto del 19 febbraio 2024 sull'Italia, che ne raccomanda l'inserimento nel codice penale come figura autonoma di reato.

A livello europeo lo si rinviene, invece:

- nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 ottobre 2007 sugli assassinii di donne (femminicidi) in Messico e America Centrale e sul ruolo dell'Unione europea nella lotta contro tale fenomeno⁵⁷;

⁴⁷ Secondo PECORELLA (2025) la nuova fattispecie finisce per rafforzare la tutela delle donne rispetto a determinate forme di violenza; meno positivo, invece, il giudizio rispetto al testo di legge ritenuto "pasticciato e sovrabbondante"; MENDITTO (2025b), p. 4 ss.; DI NICOLA TRAVAGLINI (2025b), p. 27, secondo cui l'introduzione dell'art. 577-bis c.p. costituisce una misura oggettiva, positiva e ragionevole ai sensi: - dell'art. 3, co. 2 Cost.; - dell'art. 4, paragrafo 4, della Convenzione di Istanbul; - dell'art. 5 della CEDAW e dell'art. 12 della Convenzione di Istanbul che affermano esplicitamente il dovere dello Stato di "modificare le pratiche legali o consuetudinarie che favoriscono la persistenza e la tolleranza della violenza contro le donne", adottando dunque norme specifiche di genere poiché la modifica dei modelli socioculturali richiede misure appropriate. Infatti, il 19 febbraio 2024 l'VIII Rapporto sull'Italia della Cedaw ha sollecitato l'approvazione del delitto di femminicidio.

⁴⁸ PARERE ANM (2025) che sottolinea i potenziali profili di illegittimità costituzionale in riferimento al principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale; nello stesso senso l'Aggiornamento (2025).

⁴⁹ PARERE GIUNTA (2025).

⁵⁰ Per un'ampia indagine antropologica sul femminicidio LAGARDE Y DE LOS RIOS (2011); sul tema nell'ambito di un ampio dibattito cfr. BALDRY (2008); SPINELLI (2008); BALDRY e PORCARO e FERRARO (2011), p. 13 ss.; GINO e FREILONE e BIONDI e CECCARELLI e VEGGI e ZARA (2019), p. 131 ss.

⁵¹ Per un inquadramento del concetto di femminicidio e per la diversità dei significati che il termine evidenzia cfr. MERLI (2015), p. 443 ss.; viene evidenziato in proposito che si tratta di una parola nuova utilizzata per indicare un fenomeno vecchio, profondamente radicato nella storia, e spesso legittimato a livello culturale; un fenomeno sempre esistito, in tutte le culture, soprattutto in ambito familiare, ignorato o sottovalutato, e solo da poco percepito come intollerabile e oggetto di denuncia sociale in tutta la sua diffusione e drammaticità (la violenza contro le donne attraversa la storia come un fenomeno carsico, che talvolta sparisce e talaltra emerge visibile, ed è divenuto visibile in Europa a partire dagli anni '70-'80, p. 447). Sul concetto di femminicidio che si estende al di là della definizione giuridica di assassinio ed include quelle situazioni in cui la morte della donna rappresenta l'esito e/o la conseguenza di atteggiamenti o pratiche sociali misogine oppure la forma più violenta di comportamento sessista, tale da essere riconosciuto come una brutale espressione di odio verso le donne, cfr. RADFORD e RUSSELL (1992).

⁵² CORRY (1801), p. 60, "This species of delinquency may be denominated femicide; for the monster who betrayed a credulous virgin, and configns her to infamy, is in reality a most relentless murderer".

⁵³ MERZAGORA (2020), p. 55.

⁵⁴ LO MONTE (2013), p. 4.

⁵⁵ MERLI (2015), p. 444.

⁵⁶ Sul femminicidio quale fenomeno sociale profondamente radicato pressoché in ogni parte del mondo, le cui forme di manifestazione sovente sono connotate da specificità culturali tali da renderlo pervasivo e proteiforme cfr. CORN (2025) p. 1.

⁵⁷ Al considerando E) viene affermato che: "il termine "femminicidio" deriva dalla definizione di violenza contro le donne stabilita all'art. 1 della Convenzione di Belém do Pará quale qualsiasi atto o comportamento basato sul genere che causi morte, danni o sofferenze fisiche, sessuali o psicologiche alla donna, sia nell'ambito pubblico che in quello privato e che la sua punizione ed eliminazione rappresentano un obbligo e devono costituire una priorità per qualsiasi stato di diritto". Al considerando M) si afferma che nella lotta contro il femminicidio e l'impunità si devono prendere in considerazione il rafforzamento delle misure di prevenzione, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione a

- nella Relazione annuale sui diritti umani nel mondo nel 2010 e la politica dell'Unione europea in materia, comprese le conseguenze per la politica strategica dell'UE in materia di diritti umani⁵⁸;
- nella Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul e altre misure per combattere la violenza di genere [2019/2855(RSP)] ove si afferma che "il fenomeno del femminicidio in Europa, (...) rappresenta la forma più estrema di violenza contro le donne" (considerando V-1)⁵⁹.

La richiamata direttiva del 2024 non utilizza il termine nell'articolato ma una sola volta nel considerando 9 ove si asserisce che nella definizione di violenza contro le donne rientrano infine alcuni reati previsti dagli ordinamenti nazionali. Si pensi ad esempio al femminicidio, allo stupro, alle molestie sessuali, all'abuso sessuale, allo stalking, ai matrimoni precoci, all'aborto forzato, alla sterilizzazione forzata e a diverse forme di violenza online, come le molestie sessuali online e il cyberbullismo. Tale 'silenzio', è stato evidenziato, non va interpretato come una svista, bensì come un'assenza di condivisione circa la necessità di prevedere questa condotta delittuosa come una fattispecie autonoma di reato⁶⁰.

Lo stesso può dirsi a livello interno ove il d.l. n. 93/13 (poi l. n. 119/2013) pur essendo stato etichettato come decreto-femminicidio non impiega il termine nelle varie disposizioni. Né qualche esplicito richiamo si rinviene nel c.d. codice rosso (l. n. 69/2019) nonostante si tratti di normativa appositamente emanata a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

Il termine viene impiegato nel d.d.l. 764 S (4 gennaio 2016), poi non trasformato in legge, che prevedeva di inserire l'art. 613-*bis* (rubricato 'Reato di femminicidio') costruito come circostanza aggravante nonostante la rubrica riportasse 'reato'⁶¹.

Un riferimento al femminicidio si aveva anche nel d.d.l. n. 2424 S (26 maggio 2016)⁶² recante: "Modifiche al codice civile e al codice di procedura penale in materia di indegnità a succedere, in particolare sulla esclusione dalla successione dell'autore di omicidio nei confronti del coniuge e femminicidio".

Allo stesso modo il d.d.l. n. 2434 S (19 marzo 2018) concernente "Disposizioni per contrastare la discriminazione di genere e per la prevenzione ed il contrasto al femminicidio" richiama il 'femminicidio' solo nella rubrica del disegno di legge. Con tale disegno di legge venivano previste delle modifiche al codice penale (con l'introduzione di un nuovo art. 610-*bis*)⁶³ e al codice di rito e tutta una serie di misure promozionali e campagne di sensibilizzazione per fronteggiare la "discriminazione di genere" definita nei termini di "distinzione o limitazione basata sul sesso, o sull'orientamento di genere, che ha lo scopo o l'effetto di compromettere o

livello legislativo, l'agevolazione delle denunce e le misure di protezione delle denunciati, nonché il rafforzamento del sistema giudiziario e delle procedure giudiziarie.

⁵⁸ Al punto F-9 viene evidenziata la viva preoccupazione per l'aumento della violenza fondata sul genere in numerose parti del mondo, che rappresenta uno dei sintomi della crisi mondiale, e in particolare per la crescente incidenza di femminicidi (omicidi di donne e ragazze) in alcuni paesi dell'America latina, i quali si verificano su uno sfondo di violenza generalizzata e di discriminazione strutturale; condanna energeticamente tutte le forme di violenza fondata sul genere e il delitto aberrante di femminicidio.

⁵⁹ Al considerando E) si definisce il femminicidio come "la morte violenta di una donna per motivi di genere, che avvenga nell'ambito della famiglia, di un'unione domestica o di qualsiasi altra relazione interpersonale, nella comunità, a opera di qualsiasi individuo, o quando è perpetrata o tollerata dallo Stato o da suoi agenti, per azione o omissione".

⁶⁰ CORN (2025), p. 5.

⁶¹ "Art. 613-bis. - (Reato di femminicidio). - La pena è aumentata da un terzo fino alla metà se i reati previsti dagli articoli 575, 581, 582, 584, 586, 594, 595, 600, 600-bis, 600-ter, 601, 605, 609-bis, 609 quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies, 610, 612, 612-bis e 613, commessi a danno di donne, sono tali da provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale psicologica o economica, ivi compresi quegli atti idonei a creare la coercizione o la privazione della libertà". Nei lavori parlamentari viene affermata la necessità di "creare un deterrente per una serie di condotte che merita tutela da parte dell'ordinamento penale, è necessario non prevedere semplicemente una specifica aggravante per il reato di omicidio nei confronti delle donne (cosiddetto 'femminicidio'), ma un'aggravante da inserire nel titolo XII del codice penale (delitti contro la persona). Così facendo si prevederebbe una specifica aggravante ogni volta che un soggetto commetta reati di 'violenza' rivolti contro una donna tali da determinarne danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica od economica, oppure idonei a creare la coercizione o la privazione della libertà di vita, pubblica o privata" in <https://www.senato.it>.

⁶² Il d.d.l. prevedeva di modificare il codice civile inserendo con l'art.1 (*Modifica al codice civile in materia di indegnità a succedere*) il seguente: "Art. 463-bis. - (Casi di sospensione dalla successione ereditaria). -- 1. È sospeso dalla successione il coniuge o la parte dell'unione civile, indagato per omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile, fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento. In tali casi il tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, su istanza delle parti o anche d'ufficio, nomina un curatore dell'eredità". Con l'art. 2 (*Modifiche al codice di procedura penale in materia di indegnità*) si voleva innovare il codice di procedura penale inserendo il seguente: "Art. 533-bis. - (*Indegnità a succedere*). - 1. Quando pronuncia sentenza di condanna per una delle ipotesi previste dall'articolo 463-bis del codice civile, il giudice dichiara l'indegnità a succedere". 2. Al comma 1-bis dell'articolo 444 del codice di procedura penale, dopo le parole: '51, commi 3-bis e 3-quater,' sono inserite le seguenti: "le fattispecie di cui all'articolo 463-bis del codice civile".

⁶³ "Art 610-bis. - (Violenza psicologica). - Chiunque con violenza o minaccia compromette seriamente l'integrità psicologica di una persona è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se la condotta è riconducibile a taluno dei delitti di cui all'articolo 572 la pena è aumentata".

annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte della persona dei diritti umani e delle libertà fondamentali" (art. 1 co. 2 lett. c).

10.

La nuova fattispecie: gli aspetti problematici.

La nuova fattispecie da un punto di vista strutturale presenta, accanto ad alcuni aspetti lineari, non pochi profili di complessa soluzione.

In ordine alla *ratio* va segnalato che il legislatore attraverso la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 577-*bis* c.p., rubricata "Femminicidio" – collocata nel Titolo XII (Dei delitti contro la persona), Capo I (Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale) – si prefigge di approntare "un intervento ampio e sistematico per rispondere alle esigenze di tutela contro il fenomeno di drammatica attualità delle condotte e manifestazioni di prevaricazione e violenza commesse nei confronti delle donne"⁶⁴. Ragioni sistematiche consigliavano, a nostro avviso, che la nuova fattispecie fosse collocata non dopo le circostanze aggravanti dell'omicidio (artt. 576 e 577) ma dopo l'art. 575 in quanto il femminicidio si connota per essere una fattispecie speciale rispetto all'omicidio comune e non una circostanza aggravante dello stesso⁶⁵.

Gli eventuali dubbi se fattispecie autonoma o circostanza aggravante non hanno ragione d'essere perché dai lavori parlamentari (il titolo del d.d.l. S. 1433 reca infatti: "Introduzione del delitto di femminicidio") si ricava che il legislatore ha inteso colmare una lacuna dell'ordinamento prevedendo una autonoma figura criminosa di femminicidio. Inoltre, nel Dossier A.C. 2528 si legge (nel commento dell'art. 1 co.1 lett. a), rubricato 'Introduzione del reato di femminicidio'): "Nel dettaglio si introduce una fattispecie specifica di omicidio, volta a sanzionare con la pena dell'ergastolo chiunque cagioni la morte di una donna".

In particolare, viene segnalato che la tipizzazione del femminicidio è ritenuta di prioritaria importanza, in quanto punta a proteggere la donna indipendentemente dall'esistenza di vincoli familiari, all'interno di ogni rapporto affettivo, anche non formalizzato, distinguendo così gli omicidi che maturano nell'ambito delle relazioni diseguali di potere tra uomini e donne. Inoltre, vengono colpite determinate condotte che intendono discriminare la donna in quanto tale o sono compiute con odio nei confronti della stessa e quando, altresì, si tratta di comportamenti che sono finalizzati a reprimere i diritti, le libertà e le espressioni della personalità di una persona perché appartenente al genere femminile⁶⁶.

Il legislatore, dunque, non opta per una specifica categoria di violenza nei confronti della donna (domestica o familiare, di genere, discriminatoria) ma estende l'intervento sanzionatorio a qualunque forma o tipologia della stessa; si tratta, pertanto, di una sorta di omicidio – già disciplinato dall'art. 575 c.p. – al 'femminile' per la presenza di specifici motivi.

Non diversamente, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 577-*bis* c.p. non pone alcun problema in relazione all'individuazione del soggetto attivo trattandosi di un reato comune

⁶⁴ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 117 – Introduzione del delitto di femminicidio nel codice penale in (7 marzo 2025) <https://www.governo.it>.

⁶⁵ Non è questa la sede per approfondire la questione, assai controversa, concernente la distinzione tra circostanza (aggravante o attenuante) e fattispecie autonoma come si ricava dagli artt. 61 ("Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali"), 62 ("Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali") e 84 co. 1 c.p. ("Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato"). Si tratta di un problema "tanto controverso quanto carico di implicazioni" (MARINUCCI e DOLCINI e GATTA, (2021), p. 634) dommatiche e politico-criminali, con ovvie ricadute sul piano applicativo (le circostanze, com'è noto, hanno un particolare regime in tema di elemento soggettivo, di concorso e sotto il profilo processuale della contestazione all'imputato) (MANTOVANI e FLORA (2025), p. 463 e p. 390 ss.); ulteriori conseguenze si hanno sul piano del momento consumativo, della prescrizione, del concorso di persone e dell'applicabilità della legge penale italiana; questione ancor più complessa è la qualificazione in termini autonomi o essenziali dei reati aggravati dall'evento (PADOVANI (2019), p. 303). È appena il caso di evidenziare che il legislatore, spesso, attraverso una tecnica di normazione "non soddisfacente" (PULITANÒ (2023), p. 327), prevede "fattispecie ostinatamente dubbie" (BARTOLI (2003), p. 306; BASILE (2011), p. 40, con ampia nota bibliografica a cui si rinvia), con il risultato che lo stesso fatto materiale possa essere considerato ora come elemento costitutivo ora come circostanza del reato, senza fornire alcun criterio probante, ma una pluralità di "indicazioni ambigue meramente indizianti che si prestano a interpretazioni equivocate" (PALAZZO (2017), p. 517), e che non sempre conducono "a soluzioni sistematiche del tutto univoche e incontrovertibili" (DE FRANCESCO (2013), p. 8). Da qui la conclusione che qualunque impostazione adottata "non sfugge alla censura di circolo vizioso" (PULITANÒ (2023), p. 326). Viene così rimesso all'attività ermeneutica stabilire quando si è in presenza dell'uno o dell'altra – vale a dire, quando l'esistenza di particolari circostanze del fatto dia luogo "a un'autonoma fattispecie criminosa, che è quanto dire un diverso titolo di reato" (FIORE e FIORE (2023), p. 480) – laddove la risoluzione del problema involge scelte di fondo in ordine alla rilevanza edittale di una determinata figura criminosa e alla sua dimensione offensiva.

⁶⁶ A.S. 1433 - Senato della Repubblica (A.C. 2528 Camera dei Deputati): "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime". Nota di lettura n. 239, in <https://www.senato.it>.

che si apre con il classico ‘chiunque’.

Anche l’individuazione del bene giuridico salvaguardato dalla nuova figura delittuosa non desta problemi di sorta risultando facilmente individuabile, non diversamente dall’art. 575 c.p., nella salvaguardia della vita tutelata, a norma dell’art. 32 Cost., innanzitutto come diritto individuale, supremo e personalissimo, e altresì, in termini rafforzati e non antitetici, come interesse della collettività⁶⁷; la distruzione del bene vita determina la natura di reato di danno del femminicidio.

Parafrasando un illustre Maestro, quando commenta la figura dell’omicidio di cui all’art. 575 c.p., l’oggetto materiale va individuato nella donna e l’evento è rappresentato dalla morte della ‘donna’, vale a dire la c.d. morte clinica che si verifica con la perdita, totale e irreversibile, della capacità dell’organismo di mantenere autonomamente la propria unità funzionale, coincidente con la c.d. morte encefalica; nemmeno l’accertamento del nesso causale (naturalistico in caso di azione e normativo in caso di omissione) tra condotta ed evento presenta delle difficoltà una volta chiarita la portata della condotta⁶⁸.

Trattandosi di reato ad evento naturalistico alcuna difficoltà si rinviene nell’ammissibilità del tentativo (attivo o omissivo) e conseguentemente della desistenza e del recesso attivo.

11.

I profili oscuri: l’individuazione del soggetto passivo.

Lo stesso non può dirsi, però, in ordine all’individuazione del soggetto passivo, titolare del bene della vita; le questioni, invero, attengono non tanto all’individuazione della ‘donna’⁶⁹ in quanto *cisgender* ma alla categoria *transgender* o transessuale.

Il concetto di donna, associato a quello di femminicidio che compare nella rubrica, è stato evidenziato, fa pensare ad una nozione fondata sul sesso biologico⁷⁰

È stato rilevato in proposito che spetterà alla giurisprudenza delineare i contorni della fattispecie, pur se “deve tenersi conto del dato anagrafico del sesso, sicché solo in presenza di una persona di sesso femminile (‘donna’), eventualmente risultante tale all’esito del procedimento previsto dalla l. n. 164/1982 che disciplina, appunto, la ‘rettificazione dell’attribuzione del sesso’”⁷¹.

Restano fuori dalla portata della fattispecie, pertanto, tutte quelle figure che non rientrano nei parametri normativi (l.n.164/1982) oppure si trovano in uno stadio di transizione di genere (terapie ormonali e interventi chirurgici da uomo a donna) in via di completamento.

Paradossalmente la norma finisce per discriminare quelle persone nei cui confronti il fatto è commesso “come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione” e che già vivono una disforia di genere⁷² le quali, pur ‘vivendosi’ donne, stanno attraversando quella fase (spesso non breve) di ‘trasformazione’ biologica-identitaria non ancora compiuta⁷³. Alla luce del principio di legalità in materia penale e del divieto di analogia *in malam partem*, dunque, la nuova fattispecie non potrebbe applicarsi in caso di uccisione di una persona che non sia biologicamente donna “ma che *si senta e sia percepita* dall’autore come donna, e che sia uccisa proprio in quanto tale. Se anche poi si dovesse accogliere per via interpretativa

⁶⁷ MANTOVANI (2022), p. 100.

⁶⁸ MANTOVANI (2022), p. 101.

⁶⁹ Il riferimento alla ‘donna’ come persona offesa, è stato rimarcato, di per sé consente di ritenere la rispondenza al principio di uguaglianza, in considerazione dei successivi richiami alla specificità della condotta omicidiaria ancorata alla sola appartenenza al genere femminile che, in quanto tale, è ritenuto di particolare offensività da MENDITTO (2025a).

⁷⁰ GATTA (2025a).

⁷¹ MENDITTO (2025b) p. 16; di diverso avviso il PARERE ANM (2025), secondo cui il concetto di donna appare indeterminato, alludendo semplicemente al genere femminile, peraltro non tenendo conto di quanto già previsto in materia di rettificazione di attribuzione di sesso dalla legge n. 164/1982 e al nuovo concetto di identità sessuale come delineato anche attraverso le sentenze della Corte Costituzionale.

⁷² Secondo il DSM-5-Tr (2022), p. 511, la disforia di genere “si riferisce alla sofferenza che può accompagnare l’incongruenza tra il genere vissuto o espresso e il genere assegnato”.

⁷³ Può essere richiamata in proposito la decisione della Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2015, n. 221) in quando afferma che la legge n. 164/1982 accoglie un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero ‘naturalmente’ evolutisi, “sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale”; nello stesso senso cfr. Id., sentenza 13 luglio 2017 n. 180, ivi, con nota di GUARINI (2018), secondo la quale agli effetti della rettificazione è necessario, e sufficiente, l’accertamento dell’intervenuta oggettiva transizione dell’identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata, potendo questo percorso compiersi già mediante trattamenti ormonali e sostegno psicologico-comportamentale, quindi anche senza un intervento di adeguamento chirurgico; ugualmente, più di recente, Id., sentenza 3 luglio 2024, n. 143, ivi.

un concetto normativo (e non descrittivo) di “donna”, ne resterebbero comunque escluse le persone *transgender* in fase di transizione”⁷⁴.

La lacuna non appare di poco momento perché possono restare coinvolte persone che già vivono momenti di forte stress o ansia e per tali ragioni si sottopongono a trattamenti di psicoterapia cognitivo-comportamentale, anche prodromici a terapie di affermazione di genere o interventi di chirurgia di genere, con il rischio di ‘sentirsi’ ulteriormente discriminate dal legislatore.

11.1. *La condotta punibile.*

L’aspetto di maggiore problematicità si rinviene, però, nell’individuazione della condotta; la norma punisce il fatto commesso:

‘come atto’ di odio o di discriminazione o di prevaricazione o

‘come atto’ di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o

‘come atto’ di limitazione delle sue libertà individuali.

L’inciso ‘come atto’⁷⁵ (non a caso ripetuto ben tre volte) fa sì che possano distinguersi, all’interno della fattispecie, tre diversi ambiti caratterizzati da specifiche modalità che qualificano la struttura della fattispecie incriminatrice.

La locuzione ‘come atto’, ponendosi in termini di *complemento predicativo del soggetto*, va a connotare la condotta; aggiunge, cioè, qualcosa all’azione subita dal soggetto e completa (specificando) la portata del verbo commettere: è come se la disposizione affermasse ‘cagiona con odio’ la morte di una donna. La locuzione ‘come atto di’ finisce per esplicitare l’atto del cagionare.

L’uso della disgiuntiva ‘o’ fa sì che le condotte siano alternative e che la fattispecie sia collocabile all’interno della categoria dei reati cd. a norma mista alternativa o norma a più fattispecie, essendo unica la norma incriminatrice e, quindi, unico il reato con la conseguenza che lo stesso possa essere commesso con condotte fungibili⁷⁶.

La norma sembra descrivere una sorta di manifesto psico-antropologico⁷⁷ più che una fattispecie incriminatrice rispettosa del principio di legalità (sub specie tassatività-determinatezza dell’illecito penale⁷⁸) da cui discendono evidenti difficoltà nella fase applicativa⁷⁹.

Invero, spetterà al giudice stabilire se la condotta posta in essere dall’agente era corroborata da ‘odio’, da ‘discriminazione’, da ‘prevaricazione’ verso la vittima “in quanto

⁷⁴ GATTA (2025a).

⁷⁵ Sulla portata del sintagma ‘come atto’ v. *infra* § 11.2.

⁷⁶ MANTOVANI e FLORA (2025), p. 463.

⁷⁷ Critiche sul piano della tassatività del precetto e quello correlato della verificabilità processuale, con riferimento all’espressione contenuta nel disegno di legge – ‘atti di discriminazione o di odio verso la vittima in quanto donna’ – che introduce nel diritto penale categorie di natura eminentemente socio-psicologica, difficili da circoscrivere con la chiarezza richiesta dal principio di legalità e ancora più refrattari alla verifica probatoria secondo i canoni del processo penale, solleva MONGILLO (2025), p. 8.

⁷⁸ Come già posto in risalto, seppure in tutt’altro settore, la fattispecie incriminatrice, così come formulata, potrà resistere al vaglio di costituzionalità solo in virtù dell’orientamento ‘conservativo’ della Corte costituzionale sul ‘diritto vivente’ che, in definitiva, lascia all’interpretazione uniforme e costante della giurisprudenza, in particolare di legittimità, il compito – che dovrebbe essere del legislatore – di descrivere in termini chiari e precisi le singole fattispecie criminose, da PATRONO (2016), p. 10. In effetti va segnalata una sorta di ritrosia della Corte costituzionale ad intervenire sui profili di indeterminazione del tipo criminoso; è stato affermato (Corte cost., 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 5) che la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità per seguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato. È rispettato il principio di legalità quando la descrizione normativa consente di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo (Corte cost., 6 febbraio 1995, n. 34; 12 gennaio 1995, n. 31; 25 marzo 1993, n. 122). In tal modo – è stato specificato in una successiva decisione (Corte cost., 18 agosto 2008, n. 327) – risultano soddisfatti i due obiettivi fondamentali sottesi al principio di determinatezza: obiettivi consistenti per un verso, nell’evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra lecito e illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

⁷⁹ Evidenzia le carenze sotto il profilo della determinatezza e dell’afferrabilità processuale il DOCUMENTO (2025).

donna”. Tralasciando l’approfondimento etimologico dei termini, si tratta di ‘entità’ che appartengono al foro interno delle persone e, in quanto tali, di difficile dimostrazione nel processo⁸⁰.

L’inciso ‘in quanto donna’ presenta oggettive difficoltà sul piano dell’accertamento; è stato segnalato, infatti, che “non è agevole ipotizzare – o comunque dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio in un processo penale – che un uomo uccida una donna per il solo fatto di essere donna”⁸¹.

Allo stesso modo i concetti di ‘controllo’, ‘possesso’, ‘dominio’ (che sembrano essere posti in una logica ascendente, dalla situazione meno grave a quella più grave) sono privi di qualunque connotazione oggettiva soprattutto quando l’omicidio non è il frutto di un ‘percorso’ finalizzato al controllo (o al possesso oppure al dominio) ma scaturisce da improvvise convinzioni o determinazioni dell’agente. In altri termini, se l’omicidio avvenisse dopo una serie di atti posti in essere dal partner funzionali a ‘controllare’ la vittima (si pensi ad esempio a colui che impone o vieta, in un dato arco temporale, determinati comportamenti alla vittima) la prova diventerebbe meno complessa rispetto al fatto commesso in assenza di tali ‘segnali’.

Il compito che attende il giudice, dunque, non è tra i più semplici dovendo dimostrare ai fini della sussistenza della tipicità del fatto che il comportamento dell’agente sia stato posto in essere con odio, discriminazione, ecc. trovando applicazione, altrimenti, l’art. 575 c.p. per effetto della clausola di riserva di cui al secondo alinea del comma 1 dell’art. 577-*bis* c.p. L’atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa, è stato evidenziato, “posto alla base del femminicidio, trasforma il giudice in un palombaro dell’animo umano, chiamandolo a un accertamento impossibile o arbitrario”⁸².

Sotto questo specifico profilo va tenuto nel debito conto che per come è formulata la condotta dall’art. 577-*bis* – descrivendo una norma mista alternativa – non rilevano le differenti modalità di realizzazione del fatto essendo fungibili tra loro e, quindi, il reato può venire ad esistenza indifferentemente con una o più condotte tipizzate dalla norma⁸³. Nel caso di specie, dunque, è indifferente stabilire se il ‘femminicidio’ sia stato commesso con odio oppure per discriminazione o, ancora, per prevaricazione evitando, così, al giudice di operare difficoltosi distinguo tra i concetti stessi.

Allo stesso modo ininfluyente si presenta la valutazione da parte del giudice delle diverse caratteristiche dei fatti commessi o della gravità degli stessi con riguardo al controllo, al possesso o al dominio; distinzione che normalmente rileva ai fini della commisurazione della pena⁸⁴ ma non nel caso di femminicidio per la previsione della pena dell’ergastolo per tutte le diverse condotte.

I concetti di ‘possesso’ e ‘dominio’ (in particolare il secondo) non pare siano molto distanti da quel “totale stato di soggezione” di cui all’art. 603 c.p. poi, com’è noto, dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza 9 aprile 1981, n. 96.

Lo stato di dominio (non rilevano le modalità di instaurazione e cioè se sul piano psichico o fisico e più verosimilmente attraverso entrambe le modalità) ha molti punti in comune con il “ridurre la vittima da persona capace a persona in totale stato di soggezione. Questo totale stato di soggezione (...) annienterebbe il determinismo della vittima sostituendo il determinismo del plagiante a quello del plagiato in guisa da ridurre questo ultimo nello stato di cosa che pensa e agisce come pensa e agisce il plagiante. In altre parole, sarebbe il plagiante a formare la volontà sua e del plagiato, questi essendo solo un mezzo fisico per compiere

⁸⁰ Rimarca alcune ambiguità semantiche presenti nella fattispecie (si pensi alla “motivazione di genere” o all’“odio/discriminazione”) che aprono la strada a letture giurisprudenziali disomogenee e potenzialmente arbitrarie MONGILLO (2025), p. 10. Per un diverso ordine di idee cfr. MENDITTO, (2025a), cit., laddove afferma che la formula ‘il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna’, appare tipizzante perché richiama nozioni note al diritto penale (ad esempio, art. 604-*bis* c.p.); nella stessa ottica cfr. DI NICOLA TRAVAGLINI (2025b), p. 30, quando sostiene che lo specifico movente soggettivo dell’autore può essere provato facilmente per ogni delitto ed evincibile dalla sua stessa dinamica. In ordine al richiamo della fattispecie in tema di “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa” (604-*bis* c.p.) è stato evidenziato (PARERE ANM (2025), p. 2) che la fattispecie prevede, però, un reato di pericolo e di mera condotta che si inserisce in un contesto ben delineato. Con riferimento al reato di nuovo conio, invece, gli atti di discriminazione e di odio della donna in quanto donna divengono indeterminati ed incerti. Sulle “componenti meramente soggettive, psicologiche, di difficile accertamento e differenziazione” cfr. BARTOLI (2025), p. 14.

⁸¹ MONGILLO (2025), p. 10; la locuzione ‘in quanto donna’ è stata ritenuta, invece, “espressione che appare definita e comprensibile perché ancorata alle fonti sovranazionali” da MENDITTO (2025a).

⁸² PUGIOTTO (2025).

⁸³ In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 1856, Unipol.

⁸⁴ MARINUCCI e DOLCINI e GATTA (2021), p. 610.

le attività volute dal plagiante”⁸⁵.

Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale (punto 14) a proposito dell’art. 603 c.p. ben si attagliano anche al concetto di ‘dominio’ e potrebbero portare alle stesse conclusioni registrate in tema di incostituzionalità della fattispecie di plagio. Lo stato di ‘dominio’ non sembra essere molto distante dal concetto di plagio anche sul piano della accertabilità; la Corte nella richiamata sentenza ha affermato che si tratta di “un’ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata”.

Non diversamente le altre formule utilizzate dal legislatore in ordine alla condotta punita non sono meno problematiche; il comportamento sanzionato consiste nel fatto di uccidere la vittima perché si è rifiutata “di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali”.

Due questioni solleva a nostro avviso la locuzione appena richiamata: la prima attiene all’individuazione del ‘rapporto affettivo’ (atteso che i termini ‘instaurare’ e “mantenere” attengono all’inizio (costituire, fondare, istituire, avviare) e alla continuazione (conservazione, rimanere in essere, permanere, persistere, restare) dello stesso; la seconda concerne l’individuazione dell’ambito di operatività della formula ‘come atto di limitazione delle sue libertà individuali’.

Il ‘rapporto affettivo’ sembra richiamare la ‘relazione affettiva’ utilizzata dal legislatore in tema di atti persecutori, verso la quale, una parte della dottrina ha sollevato censure di indeterminatezza perché la norma finisce per affidare al magistero penale l’individuazione della portata della locuzione. Il concetto di ‘relazione affettiva’, utilizzato nella fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p., secondo questa impostazione, include qualunque tipo di rapporto affettivo, anche di tipo amicale, e se tutto ciò può essere valutato – nell’ottica repressiva della norma – addirittura in termini positivi nella misura in cui amplia la portata della fattispecie, indirizzandosi verso qualunque persona, resta irrisolto il problema di stabilire quando si ha una ‘relazione affettiva’⁸⁶.

L’espressione “come atto di limitazione delle sue libertà individuali” rappresenta una formula di chiusura e, dunque, chiamata a sanzionare tutto ciò che non rientri nelle ipotesi previste dalle altre condotte ampliando così la portata del tipo criminoso fino a reprimere qualunque fatto in grado di limitare la libertà della donna.

11.2. *(segue) elemento psicologico e movente nel femminicidio.*

La particolare formulazione della nuova fattispecie solleva non poche questioni interpretative in ordine all’elemento psicologico.

Ai fini della corretta individuazione del dolo occorre tenere presente che “l’elemento autenticamente oggettivo, che si tratti di donna, non esprime in realtà alcun significato, costituendo piuttosto l’aggancio per attribuire rilevanza alla dimensione soggettiva psico-motivazionale dell’autore, che invece è determinante”. Secondo questa ricostruzione non si è potuto attribuire rilevanza alla donna in termini oggettivi perché “la fattispecie sarebbe stata affetta da irragionevolezza per violazione del principio di eguaglianza, determinando un trattamento ‘di favore’ della donna ‘in quanto donna’ senza che possa trovare alcuna giustificazione. Insomma, dalla formulazione emerge come si tratti di un reato nella sostanza riconducibile al paradigma dei reati discriminatori o di odio, un paradigma che concentra il disvalore più che sul lato dell’offesa oggettiva sull’autore”⁸⁷.

⁸⁵ Così Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, punto 12; inoltre, evidenzia la sentenza che non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l’azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l’esistenza di questo stato sia necessaria la continuità dell’azione plagiante nel senso che, se la volontà del plagiante non si dirige più verso il plagiato, cessi lo stato di totale soggezione di questo. Non è dato pertanto conoscere se l’effetto dell’azione plagiante sia permanente e duraturo o se può venir meno in qualunque momento per volontà del plagiante o anche perché non persiste l’attività di questo o per altre cause. Nemmeno si conosce se il risorgere della facoltà di determinismo del plagiato possa essere la conseguenza di un mutamento del determinismo del plagiante o di una diversa direzione data al determinismo di questo.

⁸⁶ Lo MONTE (2010), p. 490.

⁸⁷ Per entrambe le citazioni cfr. BARTOLI (2025), p. 7.

Per evitare rischi di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza e per ‘giustificare’ l'*automatismo* della pena (fissa) dell'ergastolo⁸⁸ la fattispecie incriminatrice è stata, pertanto, ‘arricchita’ di alcuni elementi (motivo o movente⁸⁹) di natura soggettiva (odio, discriminazione, gelosia, vendetta, cupidigia, ecc.); meglio, com'è stato segnalato, di elementi ‘soggettivi oggettivizzati’⁹⁰.

Il legislatore, infatti, ha inserito nell'ambito del ‘tipo’ criminoso il movente o i motivi a delinquere⁹¹, con il rischio di ‘spostare’ l'accertamento dal fatto all'autore. I motivi, invero, assumono particolare importanza “sia in una concezione deterministica, sia in una concezione indeterministica del diritto penale, trovando collocazione nella ‘teoria del reo’ o nella ‘teoria del reato’ a seconda della propensione legislativa per un diritto penale dell'autore o del fatto”.

La collocazione del movente all'interno del fatto tipico lascia trasparire l'idea che il legislatore abbia privilegiato cadenze da diritto penale a base soggettivistica⁹² dove assume particolare rilevanza la personalità dell'agente, “con conseguente spostamento del giudizio di disvalore dal fatto e dal fare al modo di concepire, di pensare, direi anche di valutare e quindi nella sostanza di essere dell'autore”⁹³.

L'omicidio commesso con odio (così come con prevaricazione, con discriminazione, ecc.) giustifica la pena dell'ergastolo in quanto l'uccisione è stata posta in essere da un soggetto che ha agito con particolare ‘malvagità’⁹⁴.

In tal modo, però, la valutazione dei motivi che attiene alla commisurazione della pena (“non essendosi dubbio che chi, ad es., ruba per curare i figli ammalati è meno colpevole di chi ruba per gozzovigliare”⁹⁵) finisce per ‘colorare’ il fatto tipico, laddove “il dolo come volontà del fatto non va confuso col *motivo o movente* dell'azione delittuosa”⁹⁶.

La valorizzazione del movente (o dei motivi) dispiega ulteriori effetti anche sull'accertamento dell'elemento psicologico; a venire in evidenza è il rapporto tra movente e dolo perché “se quantomeno a livello definitorio è chiara la distinzione tra dolo e motivi, non paiono ad oggi del tutto pacifiche le reciproche interrelazioni tra l'uno e gli altri”⁹⁷.

In proposito la dottrina, anche richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, sostiene che l'indagine sul movente deve avere carattere sussidiario rispetto all'accertamento del dolo “raggiunto autonomamente per altra via”⁹⁸ e solo qualora l'indagine limitata alle circostanze estrinseche e obiettive non consente un sicuro giudizio è necessario (ai fini dell'accertamento del dolo) “in via del tutto sussidiaria ed integrativa della prova, l'esame del movente ispiratore del delitto, che deve essere aderente alla dinamica del fatto e dei comportamenti del soggetto attivo e del soggetto passivo”⁹⁹. Del resto, l'assenza di prova del movente non si risolve nell'affermazione probatoria di assenza di dolo¹⁰⁰; affermano i giudici di legittimità che il movente è la causa psichica della condotta umana e lo stimolo che induce l'individuo ad agire e, perciò, è distinto dal dolo che è l'elemento costitutivo del reato e riguarda

⁸⁸ Su cui v. *infra* § 11.4.

⁸⁹ Il motivo o il movente “è la causa psichica, conscia o inconscia, della condotta umana, cioè la forza psichica, lo stimolo, che ha indotto l'individuo ad agire, la molla che ha fatto scattare la volontà”, così MANTOVANI e FLORA, (2025), p. 584, e consiste in quei fatti raggruppati, dalla psicologia, nella categoria degli ‘affetti’, vale a dire in impulsi, istinti, sentimenti (vendetta, gelosia, sadismo, onore, cupidigia, istinto di conservazione, brama sessuale, amore, altruismo, patriottismo, ecc.).

⁹⁰ BARTOLI (2025), p. 7.

⁹¹ Secondo la psicoanalisi o psicologia del profondo il motivo o movente può essere anche inconscio e, dunque, ignoto allo stesso autore del reato con la conseguenza che: “in sede di valutazione della capacità criminale possano assumere rilevanza anche i motivi inconsapevoli, non è però scontato come talvolta si ritiene”, cfr. FIANDACA e MUSCO (2019), p. 805.

⁹² Evidenza “il *rischio* di inaccettabili degenerazioni verso forme di responsabilità d'autore” VENEZIANI (2000), p. 92.

⁹³ BARTOLI (2025), p. 11.

⁹⁴ Com'è stato evidenziato, VENEZIANI (2000), p. 108, “non vi sono difficoltà ad ammettere che un'uccisione motivata da odio razziale denoti una colpevolezza particolarmente elevata (l'autore disconosce ai soggetti facenti parte di un certo gruppo il diritto di esistere) (...) tuttavia, proprio perché non sembra privo di problemi far dipendere la misura della pena dall'insieme delle motivazioni dell'autore il legislatore che intenda ricorrere a simili modelli di omicidio, puniti più o meno gravemente a seconda dei motivi *latu sensu* intesi (e pur variamente tipicizzati che hanno spinto alla realizzazione del fatto, dovrebbe fare i conti con (i) non lievi ostacoli”. In particolare, il legislatore dovrebbe confrontarsi “con le difficoltà di isolare un unico movente, o fine; con la necessità di misurarsi con motivazioni, fra loro sovrapposte; con le possibili ‘ambivalenze’ di non poche situazioni motivazionali, suscettibili di essere lette a favore o contro il reo in termini di minore o maggiore improverabilità a seconda dell'ottica che si intende adottare”.

⁹⁵ MANTOVANI e FLORA (2025), p. 584.

⁹⁶ FIANDACA e MUSCO (2019), p. 375.

⁹⁷ Così VENEZIANI (2000), p. 91.

⁹⁸ MARINUCCI e DOLCINI e GATTA (2021), p. 402.

⁹⁹ Cass. pen., sez. II, 17 febbraio 1993, n. 3957, Tonsig.

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449, Spaccarotella.

la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento¹⁰¹; le cause psichiche dell'agire umano, poi, non sono necessariamente razionali, ma al contrario sono aperte alle ispirazioni e impulsi più vari e misteriosi, insondabili come la complessità dell'animo umano. Occorre distinguere tra il movente con la sua apparente irrazionalità, attinente al foro interno dell'agente conoscibile solo nella misura in cui trovi riscontro in una rappresentazione esterna, dal dolo quale elemento psicologico del fatto reato storicamente accaduto e, perciò, fenomenicamente rilevabile, escludendo che dall'irrazionalità del primo potesse dedursi l'inesistenza del secondo e l'involontarietà della stessa condotta¹⁰².

Nell'ipotesi di femminicidio, avendo il legislatore 'oggettivizzato' il movente, il compito del giudice diventa ancora più complesso dovendo provare non solo il dolo, la cui prova – "trattandosi di inferire un processo psicologico interno da fatti esterni conformi a fattispecie di reato"¹⁰³ – è di per sé articolata ma anche il movente che, come evidenziato, si caratterizza ancor di più per essere un elemento appartenente al foro interno dell'agente.

Il rischio è quello di un'applicazione della norma "in forma estesa dalla giurisprudenza, per cui si qualificherà come femminicidio la mera uccisione di una donna, neutralizzando nella sostanza gli elementi specializzanti a carattere soggettivo"¹⁰⁴; e un sicuro apporto all'ampliamento della portata della fattispecie incriminatrice verrebbe dalla ricostruzione dell'elemento psicologico nei termini di dolo generico.

Un limite ad ingiustificate dilatazioni applicative va rinvenuto nella motivazione (artt. 116 co. 6 Cost e 546 c.p.p.)¹⁰⁵ posta alla base della decisione del giudice dal quale ricavare il percorso svolto¹⁰⁶, tenendo presente i noti presupposti in tema di accertamento del dolo e cioè che:

il dolo dovendo abbracciare il fatto tipico (come si ricava del resto dall'art. 47 c.p. laddove stabilisce che il dolo è escluso dall'errore 'sul fatto' che costituisce reato) fa sì che l'oggetto sia "costituito da tutti gli elementi obiettivi positivamente richiesti per l'integrazione delle singole figure di reato (...). Di conseguenza, il dolo deve più precisamente abbracciare le diverse componenti in cui il fatto tipico può articolarsi: e cioè la condotta, le circostanze antecedenti e concomitanti all'azione tipizzate dalla norma incriminatrice, l'evento naturalistico"¹⁰⁷;

è ammissibile il ricorso a massime di esperienza altrimenti il dolo si trasformerebbe in una *probatio diabolica*, mentre sono inammissibili schemi presuntivi o congetture che cozzano con il dolo inteso come coscienza e volontà¹⁰⁸;

il dolo si 'obiettivizza' nelle modalità concrete della condotta e, quindi, non potrà mai essere ritenuto 'implicitamente' sussistente, una volta che sia stata accertata l'esistenza dei requisiti oggettivi della fattispecie, con conseguente esclusione del c.d. *dolus in re ipsa*¹⁰⁹.

11.3. *L'accertamento del femminicidio: uno sguardo di diritto comparato.*

Ai fini dell'accertamento della volontà omicida e ancor di più dei motivi di odio, di discriminazione, di prevaricazione, ecc., assume particolare rilevanza il comportamento tenuto dall'agente antecedentemente (soprattutto) o successivamente alla commissione del fatto di reato. L'uccisione della donna si pone, normalmente, come l'atto finale di un rapporto alterato intervallato da precedenti momenti di violenza fisica o psichica¹¹⁰.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. 1, 11 novembre 1993, Hasani.

¹⁰² Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449, cit.; più recentemente Cass. pen., sez. V, 3 marzo 2017, n. 22995.

¹⁰³ FIANDACA e MUSCO (2019), p. 390.

¹⁰⁴ BARTOLI (2025), p. 9; viene rilevato, inoltre, che, da un lato, gli elementi costitutivi soggettivi sono così complessi da accertare, che nella prassi accadrà che ci si schiacci sul dato oggettivo della donna in quanto donna e, dall'altro, il clima che si respira è da caccia alle streghe, con la conseguenza che accertamenti complessi saranno condotti più sull'onda emotiva che in termini razionali (p. 10).

¹⁰⁵ "Motivare una decisione significa spiegarla, giustificarla, per mettere il destinatario nelle condizioni, se del caso, di criticarla, per consentire in particolare al destinatario una difesa effettiva", BRICCHETTI (2019).

¹⁰⁶ Vanno evitate motivazioni con clausole di stile (Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 18180, Venezia. Secondo cui il giudice è tenuto a motivare sulle forme di estrinsecazione del comportamento incriminato, al fine di valutarne la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e, conseguentemente, il bisogno di pena, essendo insufficiente il richiamo a mere clausole di stile) concise, apparenti, illogiche o incongrue (Cass. pen., sez. IV, 18 ottobre 2019, n. 42892).

¹⁰⁷ FIANDACA e MUSCO (2019), p. 377.

¹⁰⁸ Una recente decisione dei giudici di legittimità (Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2026, n. 5697) si è soffermata sulla distinzione tra congetture e massime di esperienza affermando che le prime sono ipotesi non verificabili o non fondate sull'*id quod plerumque accidit*, prive del radicamento nella regolarità causale dell'esperienza che caratterizza le seconde.

¹⁰⁹ FIORE e FIORE (2023), p. 258.

¹¹⁰ È il concetto stesso di femminicidio che, come sottolineato da RADFORD e RUSSELL (1992) p. 38, "si estende al di là della definizione

Si tratta di circostanze ritenute di estrema importanza e per questo inserite espressamente nel testo di legge in quegli ordinamenti come Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Salvador, Cile, Perù, Messico, Bolivia, Brasile, dove la fattispecie di femminicidio è stata introdotta da tempo che – come si accennava in precedenza¹¹¹ – vivono un fenomeno criminologico diffuso.

Per il ruolo che rivestono sotto il profilo dell'accertamento del 'fatto' di femminicidio estrapoliamo alcuni riferimenti¹¹² ove il 'pregresso' tra autore e vittima viene valorizzato nella descrizione del 'tipo' criminoso con un duplice positivo effetto: a) 'aiuta' il giudice nella individuazione della condotta punibile; b) evita – restringendo la discrezionalità del giudicante – il rischio di esiti contraddittori.

L'art. 325 del *Código penal federal* messicano, del 1931 poi modificato nel 2024 – dopo aver affermato che: "Commette il delitto di femminicidio¹¹³ chi priva una donna della sua vita per ragioni di genere" – specifica che sussistono le ragioni di genere quando: a) la vittima presenta segni di violenza sessuale di qualsiasi tipo; b) alla vittima sono state inflitte lesioni o mutilazioni infamanti o degradanti, precedenti o posteriori alla privazione della vita o atti di necrofilia; c) esistono antefatti o dati di qualsiasi tipo di violenza in ambito familiare, lavorativo, scolastico del soggetto attivo nei confronti della vittima; d) esistono dati che provano che sussistevano minacce poste in relazione con l'atto delittuoso, di molestia, o di lesioni commesse dal soggetto attivo nei confronti della vittima.

Allo stesso modo la *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres* (n. 8589), approvata dall'Assemblea legislativa della Repubblica del Costa Rica il 27 aprile 2007, introduttiva del reato di 'femicidio' (femicidio), stabilisce all'art. 21-*bis*, introdotto con la riforma del 2021, che sarà punito (reclusione da venti a trentacinque anni) chiunque uccida una donna maggiore o minore di età, quando si verifichi una delle seguenti circostanze: a) quando l'autore del reato si sia approfittato di una relazione o legame di fiducia, amicizia, parentela, autorità o di una relazione di potere che aveva con la donna vittima, o quando ciò accada all'interno delle relazioni familiari di consanguineità o affinità fino al terzo grado, che abbiano o meno condiviso lo stesso domicilio; b) quando l'autore del reato abbia precedenti di violenza perpetrata contro la donna vittima, nell'ambito familiare, lavorativo, scolastico, comunitario o religioso, anche se i fatti non sono stati denunciati in precedenza; c) quando l'autore del reato sia un cliente sfruttatore sessuale, trafficante o protettore della donna vittima; d) quando la donna vittima si sia rifiutata di stabilire o ripristinare con l'autore del reato una relazione o un legame di coppia permanente o occasionale, o di avere qualsiasi tipo di contatto sessuale; e) quando l'autore del reato compie l'atto per preparare, facilitare, consumare o occultare un reato di natura sessuale.

Ugualmente si verifica, in Guatemala, con la *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer* (Decreto N. 22-2008, del 9 aprile 2008) che nel disciplinare il reato di femicidio – definito come "la morte violenta di una donna, provocata nel contesto delle relazioni disuguali di potere tra uomini e donne, nell'esercizio del potere di genere contro le donne" (art. 3 lett. c) – stabilisce (all'art. 6) che commette il reato di femminicidio chi, nell'ambito delle relazioni di potere diseguali tra uomini e donne, cagiona la morte di una donna, a causa del suo essere donna, avvalendosi di una delle seguenti circostanze: "b) Mantenere, nel momento in cui si perpetra il fatto, o aver mantenuto con la vittima, relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o fidanzamento, di amicizia, di compagnia o di relazione lavorativa. c) Come risultato della ripetuta manifestazione di violenza nei confronti della vittima. d) Come risultato di rituali di gruppo, con o senza l'uso di armi di qualsiasi tipo. e) In disprezzo del corpo della vittima per soddisfare istinti sessuali, o commettendo atti di mutilazione genitale o di qualsiasi altro tipo di mutilazione".

Nella Repubblica di El Salvador il femminicidio è disciplinato dalla *Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres*, promulgata il 25 novembre 2010, che all'art. 45 sanziona con la pena detentiva da venti a trentacinque anni chiunque cagiona la morte di una donna, manifestando motivi di odio o spregio per la sua condizione di donna. "Si consi-

giuridica di assassinio ed include quelle situazioni in cui la morte della donna rappresenta l'esito/la conseguenza di atteggiamenti o pratiche sociali misogine".

¹¹¹ V. *supra* § 4; in dottrina cfr. DONINI (2025).

¹¹² Per il testo completo delle disposizioni si rinvia al *Dossier* A.C. 2528, cit.; in dottrina per una panoramica sulle varie legislazioni cfr. TOLEDO VASQUEZ (2014), p. 203 ss.

¹¹³ Il concetto di 'violenza femminicida' (*violencia feminicida*) è stato introdotto nel sistema messicano con la *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, del 19 dicembre 2006 (in vigore dal 2 febbraio 2007).

dera che esiste odio o spregio per la condizione di donna quando sussista una qualsiasi delle seguenti circostanze: a) che la morte sia stata preceduta da violenze commesse dall'autore nei confronti della donna, indipendentemente dal fatto che sia stata denunciata o meno dalla vittima; b) che l'autore abbia approfittato di qualsiasi condizione di rischio o vulnerabilità fisica o psichica in cui si trovava la donna vittima; c) che l'autore abbia approfittato della superiorità generata dalle relazioni diseguali di potere basate sul genere; d) che prima della morte della donna l'autore abbia commesso contro di essa una qualsiasi condotta qualificata come reato contro la libertà sessuale; e) che la morte sia stata preceduta da mutilazione".

Formule sostanzialmente simili vengono utilizzate anche nell'ordinamento peruviano ove il reato di femminicidio è stato originariamente previsto con la *Ley que modifica el artículo 107 del Código Penal*, (Ley n. 29819), promulgata il 26 dicembre 2011, successivamente modificata con la Ley n. 30068 del 2013 che ha introdotto un apposito articolo (108-A), all'interno del codice penale, dedicato esclusivamente al reato di femminicidio che punisce con la pena detentiva non inferiore a quindici anni: "chiunque uccida una donna a causa della sua condizione di donna (*condición de tal*), in uno dei seguenti contesti: - violenza familiare; - coazione, molestia o stalking sessuale; - abuso di potere, di fiducia o di qualsiasi altra posizione o relazione che conferisca autorità all'autore; - qualsiasi forma di discriminazione nei confronti della donna, indipendentemente dal fatto che esista o sia esistita una relazione coniugale o di convivenza con l'agente".

Nell'ordinamento del Nicaragua il reato di femminicidio è disciplinato dall'art. 9 della *Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley No. 641, 'Código Penal'* (Ley No. 779), promulgata il 20 febbraio 2012, che così dispone: "Commette il reato di femminicidio ed è punito con la pena detentiva non inferiore a quindici anni l'uomo che, nell'ambito delle relazioni disuguali di potere tra uomini e donne, provoca la morte di una donna sia in ambito pubblico che privato". La norma poi richiama varie circostanze nell'ambito della quali si verifica il fatto, tra cui: avere avuto con la vittima, al momento della commissione del reato o precedentemente, relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o fidanzamento, amicizia, relazioni lavorative, educative o di tutela; il fatto costituisce il risultato della manifestazione reiterata di violenza contro la vittima; ovvero il risultato di rituali di gruppo, di bande, usando o meno armi di qualsiasi tipo; il reato è commesso in spregio del corpo della vittima allo scopo di soddisfare istinti sessuali, o di compiere atti di mutilazione genitale o qualsiasi altra forma di mutilazione; ovvero per misoginia. La disciplina del femminicidio è stata successivamente modificata nel 2021 dalla Ley n. 1058 che, però, non è entrata in vigore.

L'ordinamento giuridico boliviano ha previsto il reato di femminicidio con la *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia - Ley 348* (9 marzo 2013). L'art. 84 della legge ha modificato il Codice penale ed ha introdotto l'art. 252-*bis* che punisce, con la pena del carcere di trent'anni, senza diritto ad indulto, chi uccide una donna, in una qualsiasi delle seguenti circostanze: l'autore sia o sia stato coniuge o convivente della vittima, o sia stato legato a lei da una relazione analoga di affetto o intimità, anche senza convivenza; la vittima si trovava in stato di gravidanza; la vittima si trovava in una situazione o relazione di subordinazione o dipendenza rispetto all'autore, oppure aveva con lui una relazione di amicizia, lavorativa o di compagnia; ovvero si trovava in una situazione di vulnerabilità; anteriormente al fatto dell'omicidio, la donna sia stata vittima di violenza fisica, psicologica, sessuale o economica, commessa dallo stesso aggressore; il fatto sia stato preceduto da un reato contro la libertà individuale o la libertà sessuale; la morte sia connessa al reato di tratta o traffico di persone oppure sia il risultato di rituali di gruppo o pratiche culturali.

La Ley n. 21212, promulgata il 2 marzo 2020, in Cile, ha modificato *el código penal, el código procesal penal y la ley n° 18.216 en materia de tipificación del feminicidio*, disciplinando il reato di femminicidio agli articoli da 390-*bis* a 390-*quater*. In particolare, per quel che concerne le presenti riflessioni, l'art. 390-*ter* stabilisce: "L'uomo che uccide una donna a causa del suo genere sarà punito con la pena della reclusione maggiore nel suo grado massimo fino a reclusione perpetua. Si considererà che ci sia motivo di genere quando la morte avviene in una delle seguenti circostanze": 1. come conseguenza del rifiuto di stabilire con l'autore una relazione sentimentale o sessuale; 2. come conseguenza del fatto che la vittima eserciti o abbia esercitato la prostituzione, o altro lavoro o mestiere di natura sessuale; 3. quando il reato è stato commesso dopo aver esercitato contro la vittima qualsiasi forma di violenza sessuale; 4. il fatto è stato commesso a motivo dell'orientamento sessuale, identità di genere o espressione di genere della vittima; 5. il fatto è stato commesso in qualsiasi situazione in cui si verificano

circostanze di manifesta subordinazione dovute alle disuguaglianze di potere tra l'aggressore e la vittima, o motivato da un'evidente intenzione di discriminazione". L'art. 390-*quater* prevede poi delle circostanze aggravanti come nel caso in cui il reato sia stato commesso nel contesto di violenza fisica o psicologica abituale dell'autore contro la vittima.

In Brasile il reato di femminicidio veniva introdotto dalla legge 13.104 del 2015 poi divenuto figura autonoma con la legge 14.994 del 2024 punita con la reclusione da venti a quaranta anni. Il nuovo articolo 121-A del codice penale definisce il femminicidio come "uccidere una donna per ragioni legate al suo sesso". Le ragioni implicano: violenza domestica e familiare; disprezzo o discriminazione nei confronti della condizione della donna. La pena è aumentata in presenza di determinate aggravanti, tra cui: quando il fatto si verifica durante la gravidanza, nei 3 mesi successivi al parto o se la vittima è madre o tutrice di un bambino, adolescente o persona con disabilità di qualsiasi età; nei confronti di persona di età inferiore a 14 anni, superiore a 60 anni, affetta da disabilità o da patologie degenerative che determinino una condizione limitante o di vulnerabilità fisica o psichica; in presenza fisica o virtuale di un discendente o ascendente della vittima.

11.4.. *Il regime sanzionatorio: la valorizzazione della deterrenza.*

L'art. 577-*bis* c.p. sanziona il femminicidio con la pena fissa dell'ergastolo, arricchito inoltre dalle richiamate (co. 2) circostanze aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p. Non mancano altre ipotesi in cui l'ordinamento mette in mostra "l'esibizione di massima severità"¹¹⁴, ma a venire in rilievo è in primo luogo il dato che nel caso di femminicidio viene prevista in modo indefettibile l'infliczione dell'ergastolo¹¹⁵.

Tralasciando la nota questione relativa alla costituzionalità dell'ergastolo in riferimento all'art. 27 Cost., va segnalato che nelle altre ipotesi di omicidio la pena dell'ergastolo viene comminata solo in seguito alla sussistenza di determinate circostanze aggravanti. Infatti, è stato evidenziato il rischio di collisione con il principio di eguaglianza sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio derivante in situazioni simili a causa della contemporanea vigenza degli artt. 575 e 577-*bis* c.p., non potendosi ammettere una diversa considerazione della gravità del reato per il fatto che colpisce la vita di una donna, anziché quella di un uomo¹¹⁶.

Occorre, inoltre, tenere presente il principio di diritto assunto dalla Corte costituzionale quando afferma l'importanza che la pena appaia una risposta "il più possibile 'individualizzata', e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost."¹¹⁷.

La questione della pena 'fissa' (anche in rapporto alla discrezionalità riconosciuta al giudice all'atto della commisurazione della stessa, artt. 132, 133, 133-*bis* c.p.) è stata affrontata, a più riprese, dalla Corte costituzionale; un cenno va fatto alle conclusioni raggiunte per la particolare rilevanza in ordine al regime sanzionatorio previsto dalla fattispecie di femminicidio.

La Corte già nel 1963¹¹⁸ evidenziava l'importanza della "mobilità della pena, cioè la predefinizione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo"; successivamente (dopo aver ravvisato nell'art. 133 c.p. la funzione di garantire una più efficiente ed equilibrata giustizia) rimarcava il "processo di individualizzazione della

¹¹⁴ Si v. PULITANÒ (2025b) laddove sostiene che non si verifica alcuna novità sostanziale per la risposta punitiva ai fatti più gravi, come l'uccisione di donne di famiglie islamiche, uccise per essersi ribellate all'autoritarismo patriarcale della loro cultura tradizionale; in tali casi la possibilità di condanna all'ergastolo è già iscritta nella normativa vigente.

¹¹⁵ Nel *Dossier* – "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime", A.S. n. 1433, in <https://www.senato.it>, viene sostenuto che la pena dell'ergastolo, come sanzione base per un fatto di reato, è prevista con riferimento a limitate fattispecie incriminatrici, poste a salvaguardia di beni giuridici particolarmente rilevanti, come la personalità internazionale e la personalità interna dello Stato; tra tali figure di reato si possono richiamare gli artt. 242, 276, 284, 285, 286, 295 c.p.

¹¹⁶ PARERE ANM (2025), p. 12. Sostiene ROMANO (2025), a dimostrazione della violazione del principio di eguaglianza che, diversamente dall'ipotesi di femminicidio, se un uomo o se una donna uccide un uomo in base alle sole finalità indicate nell'art. 577-*bis* c.p., potrebbe essere punito con una pena che va da ventuno a ventiquattro anni.

¹¹⁷ Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222.

¹¹⁸ Corte cost., 15 maggio 1963, n. 67.

pena¹¹⁹. L'attribuzione al giudice, nella sua determinazione in concreto, di una certa discrezionalità nella commisurazione tra il minimo e il massimo previsti dalla legge costituisce per i giudici della Consulta “naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale”¹²⁰ rispetto ai quali “l’attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l’uniformità” (sent. n. 104/1968). Discende da tutto ciò – e la corte con la decisione n. 222/2018 riprende quanto affermato nella sentenza n. 50/1980 – che in “linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale; ed il dubbio di illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”¹²¹.

Nel caso di cui all’art. 577-*bis* c.p. i paventati dubbi di costituzionalità potranno essere superati attraverso la dimostrazione che la pena dell’ergastolo è ‘proporzionata’ rispetto all’omicidio commesso per odio, per discriminazione, prevaricazione, ecc.; una tale eventuale soluzione risolve, però, solo i dubbi in relazione al principio di proporzione non in ordine al finalismo rieducativo e neppure per quanto concerne il principio di uguaglianza in relazione allo stesso fatto commesso da una donna o da un uomo rispetto ad altro uomo.

Considerazioni per molti versi analoghe possono svolgersi anche in ordine alla disposizione di cui al co. 3 dell’art. 577-*bis* c.p. laddove stabilisce che la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro (quando ricorre una sola circostanza attenuante ovvero quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente) con la conseguenza che tale previsione si porrebbe in contrasto con la regola generale stabilita dall’art. 65, co. 1, n. 2 c.p., secondo cui la pena dell’ergastolo – quando ricorra una sola circostanza attenuante – è sostituita con la reclusione da venti a ventiquattro anni di reclusione¹²². Dunque, alla luce del disposto dell’art. 23 c.p., “viene sostanzialmente introdotta una pena fissa, in contrasto con i principi costituzionali nella misura in cui non consente l’individualizzazione della risposta sanzionatoria”¹²³.

I commi 3 e 4 dell’art. 577-*bis* c.p. attengono alla disciplina relativa al meccanismo di bilanciamento tra circostanze aggravanti ed attenuanti. Nello specifico il co. 3 dell’art. 577-*bis* c.p. stabilisce che la pena non può comunque essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione quando: a) ricorre una sola circostanza attenuante; b) una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti stabilite dagli artt. 576 e 577 c.p. e l’attenuante è ritenuta prevalente; il co. 4 stabilisce, invece, che la pena non può essere inferiore a quindici anni di reclusione quando: a) ricorrono più circostanze attenuanti; b) più circostanze attenuanti concorrono con taluna delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p., e le prime sono ritenute prevalenti. In tema di circostanze, com’è stato segnalato, in caso di pluralità di circostanze attenuanti, ovvero di prevalenza di queste ultime su eventuali aggravanti, la pena non potrebbe essere comunque inferiore a quindici anni di reclusione. Anche in questo caso il legislatore introduce un’anomala “blindatura” al giudizio di bilanciamento delle circostanze, impedendo che la loro applicazione possa produrre l’effetto di diminuire la pena al di sotto del limite minimo di quindici anni di reclusione, in deroga a quanto previsto in via generale dall’art. 67 co. 1 c.p., con il risultato finale di prevedere una cornice edittale dai quindici ai ventiquattro anni di reclusione in caso di applicazione di plurime circostanze attenuanti ovvero di prevalenza di queste sulle pur configurabili aggravanti¹²⁴.

La scelta del legislatore con la previsione dell’ergastolo (e delle circostanze aggravanti che si riflettono sulla fase dell’esecuzione della pena e sulla valutazione per la concessione dei benefici penitenziari) è improntata alla mera deterrenza.

Si tratta di una scelta ‘semplicitistica’ perché la storia ha dimostrato che sbrigativi irrigidimenti sanzionatori, quantunque ispirati al perseguimento della deterrenza, non risolvono

¹¹⁹ Corte cost., 16 luglio 1968, n. 104.

¹²⁰ Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50.

¹²¹ Sulla questione della proporzionalità della pena da ultimo cfr. Corte cost., 18 luglio 2025, n. 113, con nota di GATTA, (2025b) secondo cui la Corte fa un importante passo in avanti nel riconoscimento del principio di proporzionalità della pena e del correlativo diritto individuale a non subire pene sproporzionate alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso.

¹²² PARERE ANM (2025), p. 8.

¹²³ ROMANO (2025).

¹²⁴ PARERE ANM (2025), p. 8.

la questione¹²⁵; nel tardo medioevo, ad esempio, si riteneva che “il carattere pubblico delle esecuzioni ne aumentasse il valore deterrente: i ladri venivano più spesso lasciati penzolare in aria che sepolti cosicché ognuno potesse vederli e temere un simile destino. Ma tutto il sistema era espressione di sadismo, mentre l’effetto terroristico era trascurabile”¹²⁶; dunque, l’ennesima esibizione delle note ‘urla contro i bravi’ di manzoniana memoria.

La scelta del legislatore appare censurabile anche da altro punto di vista: l’effetto perseguito attraverso la minaccia della pena incontra un limite nella funzione rieducativa e nella prevenzione speciale e generale (art. 27 co. 3 Cost.); discende da ciò che l’effetto deterrente nei confronti dei consociati non potrà essere indiscriminato come in uno Stato autoritario¹²⁷.

Ugualmente si orienta la Corte costituzionale quando evidenzia che il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non possa spingersi fino al punto da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell’istituto della pena¹²⁸.

Se non si rispettano le indicazioni costituzionali in tema di finalismo rieducativo della pena e, quindi, del corretto uso della prevenzione generale negativa, si aprono pericolose prospettive più consone ad un ‘diritto penale di lotta’, intendendo con tale locuzione la “radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell’idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell’orientamento alle conseguenze. Adesso è il diritto stesso, nella sua “progettualità” prima ancora che nella sua “funzione”, ad essere concepito come il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla “giusta” regolazione di rapporti”¹²⁹.

L’aspirazione della portata deterrente della pena – seppure sotto le mentite spoglie della prevenzione generale – nella logica del diritto penale di lotta, divora i principi fondamentali (colpevolezza, proporzione, rieducazione etc.), “trattando sempre i singoli come mezzi, non come fini, o richiede motivazioni occulte, presunzioni, inversioni di oneri probatori, omessi controlli di garanzia. Tutto questo è una perversione della giustizia penale”¹³⁰.

L’intervento penalistico, allora, va attivato alla luce dei principi costituzionali espressivi di un sistema di valori in grado di limitare l’intervento del legislatore e contestualmente assicurare un sicuro fondamento ontologico all’opera di penalizzazione. Il fenomeno criminoso, è stato limpidamente sostenuto, non si vince “se non con una fedeltà intransigente alla legalità costituzionale”¹³¹.

12. Una fattispecie (in)utile?

Alla luce delle riflessioni sinora svolte possiamo risolvere il quesito iniziale sulla necessità di una fattispecie *ad hoc* per contrastare le ipotesi di femminicidio.

I ‘fautori’ riconoscono alla nuova figura delittuosa ricadute positive; in primo luogo, l’espressa previsione di una fattispecie criminosa autonoma consentirà di “nominare un fenomeno radicato e, a tutti gli operatori del diritto e a ogni livello, di riconoscerlo e approfondire le ragioni strutturali della specifica violenza contro le donne di cui si alimenta il femminicidio”¹³². Nella stessa ottica viene ribadito il ‘potere di nominazione’ che “esprime, nell’ambito giuridico, gli schemi con cui viene consacrato l’ordine stabilito, necessariamente fondato sulla realtà sociale e da questa riconosciuto, e fissa categorie di pensiero che lo riproducono”¹³³.

Nel medesimo ordine di idee possono collocarsi le dichiarazioni del Guardasigilli quando afferma che: “Il reato di femminicidio non cambia molto la pena, ma è un

¹²⁵ Sostiene BARTOLI (2025), p. 3 che il rigorismo sanzionatorio non sortirà alcun effetto nella diminuzione del fenomeno che s’intende contrastare.

¹²⁶ RUSCHE e KIRCHHEIMER (1968), p. 67.

¹²⁷ MARINUCCI e DOLCINI e GATTA (2021), p. 9; FIORE e FIORE (2023), p. 65.

¹²⁸ Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183; per un commento alla decisione cfr. LEO (2011).

¹²⁹ DONINI (2018), p. 1 ss.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ BARATTA, (1999), p. 113.

¹³² MENDITTO (2025a) secondo cui nominare ‘il femminicidio’ nel codice penale, inteso nel suo nucleo come uccisione di una donna per ragioni legate alla sua appartenenza di sesso, favorirà un’evoluzione complessiva esattamente come l’aver nominato ‘la mafia’ nel 1982, con l’introduzione dell’art. 416-bis c.p.

¹³³ DI NICOLA TRAVAGLINI (2025b), p. 4; ID. (2025a) ove viene ribadita anche l’importanza culturale dell’introduzione del femminicidio nel codice penale.

messaggio di attenzione”, oppure quando sostiene che: “il reato di femminicidio è un segnale culturale” con cui il governo vuole “far capire che la donna è protetta in quanto tale. È una forma di attenzione, non di debolezza”¹³⁴.

Giustificare l’emanazione della nuova fattispecie perché mette *in vetrina* il ‘problema’ della violenza contro la donna ci sembra un’operazione secondaria rispetto al reale ruolo del diritto penale, la cui attivazione risulta giustificata quando sanziona fatti connotati da dannosità sociale. L’esigenza di nominazione – che tutt’al più può spiegare la scelta del legislatore di contrastare il femminicidio attraverso una nuova fattispecie e non mediante la previsione di una circostanza aggravante della figura di omicidio di cui all’art. 575 c.p. – può aggiungersi alla reale portata della fattispecie incriminatrice come effetto naturale ma non può rappresentare lo scopo della norma incriminatrice.

La risposta in ordine alla necessità della nuova figura criminosa va rinvenuta, in primo luogo, nella verifica della sussistenza di strumenti sanzionatori a tutela della donna.

Sotto questo profilo, va ribadito che “il reato di femminicidio esiste già”¹³⁵ e che il nostro ordinamento, come anticipato, già copre la gran parte dei fatti di violenza contro la donna; del resto, i richiami all’evoluzione normativa hanno evidenziato l’entità dei provvedimenti e il rigore sanzionatorio per assicurare particolare tutela alla donna. Non pare, pertanto, che l’ordinamento fosse sprovvisto di ‘rimedi’ repressivi per contrastare le varie forme di violenza.

Un secondo aspetto da considerare ai fini della ‘giustificabilità’ dell’art. 577-*bis* c.p. è dato dall’effettività della risposta statuale; la nuova fattispecie non pare possa assicurare una maggiore tutela anche in considerazione dell’inefficacia della deterrenza perseguita dalla pena dell’ergastolo¹³⁶. Si potrebbe obiettare che solo l’applicazione della nuova figura delittuosa dirà se la minaccia dell’ergastolo sortirà gli effetti desiderati; certamente è così, ma la storia ha anche dimostrato che dal rigore sanzionatorio (anche quello più esasperato) discendono scarsi risultati.

Non sono pochi, da altro punto di vista, i possibili effetti negativi connessi alla nuova fattispecie che presenta, del resto, come si è avuto modo di rilevare, marcate carenze strutturali. Ora, senza riproporre quanto già evidenziato con riferimento al principio di legalità (tassatività-determinatezza) per il rischio di dar vita a decisioni contrastanti nonostante i migliori propositi del giudice, a venire in rilievo, quale naturale ricaduta della proliferazione delle fattispecie incriminatrici, sono i problemi di c.d. tipicità doppia o plurima¹³⁷ che scaturiscono proprio dalla stratificazione di norme per fatti già coperti da altre previsioni sanzionatorie, spesso redatte in assenza di un disegno organico ma frutto di improvvisazione¹³⁸. Il legislatore repubblicano, riproponendo un meccanismo già utilizzato nel codice Rocco, ha finito per ampliare il sistema delle incriminazioni demandando al giudice un ampio potere di scelta intorno alla norma da applicare al caso verificatosi in concreto.

La nuova fattispecie, inoltre, finisce per rafforzare l’idea di un sotto-sistema normativo, già delineato dalla l. n. 69/2019 (c.d. ‘codice rosso’), che va ad incidere negativamente sulla sistematica penalistica che, invece, valorizza unitarietà e coerenza¹³⁹.

In sintesi, com’è stato sostenuto, la nuova fattispecie: a) non ha una base criminologica adeguata nella realtà nazionale, b) differenzia ingiustamente tra i generi, c) aggrava senza nessuna necessità pene già elevatissime¹⁴⁰.

Inoltre, va segnalato che alla base dell’emanazione della nuova fattispecie è possibile rinvenire un duplice ‘malinteso’:

- una sorta di sopravvalutazione del ruolo del diritto penale laddove la questione della violenza contro la donna va risolto con strumenti diversi. I numerosissimi scritti sul tema rimarcano che i gravi e complessi avvenimenti sussumibili nell’ampio concetto

¹³⁴ Intervista rilasciata dal Ministro NORDIO (2025).

¹³⁵ DONINI (2025).

¹³⁶ Si veda in proposito il DOCUMENTO (2025) laddove afferma che gli effetti di deterrenza non hanno mai ricevuto alcuna conferma, come emerge, del resto, dall’esperienza degli Stati Sudamericani, che hanno variamente incriminato il reato di femminicidio in presenza di un numero elevatissimo di donne assassinate.

¹³⁷ Lo evidenziava già SGUBBI (1981), p. 319 ss.

¹³⁸ Non è privo di rilievo, quale caratteristica della recente legislazione penale e, dunque, anche delle risposte di contrasto alla violenza contro la donna, l’uso della decretazione di urgenza - e quindi il ricorso a disposizioni frettolosamente emanate e, pertanto, poco ponderate con evidenti carenze tecnico-linguistiche - ancorata ad ipotizzate emergenze da fronteggiare con interventi straordinari, nonostante le chiare indicazioni della Corte costituzionale che in maniera ripetuta ha segnalato i confini e, dunque, i criteri legittimanti l’uso di uno “strumento eccezionale, quale il decreto-legge”, cfr. Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29; Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171.

¹³⁹ ROMANO (1987), p. 3.

¹⁴⁰ DONINI (2025).

della violenza di genere non possono essere affrontati nei termini di mera questione di sicurezza pubblica o trattati esclusivamente con lo strumento penale, perché si tratta di una questione la cui soluzione – senza ripudiare l'uso del diritto penale che è chiamato a 'fare la propria parte' ma non può essere inteso come la panacea – richiede un approccio di più ampio respiro per i marcati riflessi di natura socio-culturale. Valga sul punto quanto sostenuto nel Documento redatto da studiose penaliste ove si afferma: “osservando la realtà, si può constatare come qualsiasi intervento repressivo svincolato da azioni di perequazione sociale ed economica e da strategie di prevenzione, di tipo innanzitutto culturale, risulti del tutto inefficace”¹⁴¹;

- l'incapacità del legislatore di resistere alle sirene del populismo¹⁴², che caratterizza la normazione penale dell'ultimo trentennio. L'emancipazione della nuova fattispecie di femminicidio contribuisce – si ribadisce, oggi come in passato – a radicare quel meccanismo, avulso da qualunque capacità di incidere sul fenomeno criminoso, orientato alla ricerca, prima, e alla gestione, poi, del consenso collettivo: il diritto penale finisce, così, per ergersi, per usare una felice espressione, a “fabbrica di illusioni”¹⁴³. In una tale ottica può essere letta: 1) la valorizzazione del simbolismo repressivo e con essa la strumentalizzazione delle sollecitazioni sovranazionali (internazionali ed europee) finalizzate a contrastare la violenza nei confronti della donna e, 2) il perseguimento di mere finalità rasserenatrici dell'opinione pubblica – che, “come una belva, ha bisogno di essere tranquillizzata a proposito di fatti che essa non voglia odiare, mentre ha bisogno di essere aizzata a proposito di fatti che essa vuole odiare”¹⁴⁴ – perfino a costo di prefigurare nuove figure delittuose (a dir poco) di problematica applicabilità¹⁴⁵.

Anche a voler salvare i *desiderata* del legislatore non può sottacersi che, come scriveva Ovidio nel *Metamorphosēon*, ‘*Verum velle parum est*’.

Bibliografia

AA.VV. (2012): *Universo femminile. La CEDAW tra diritto e politiche*, CORTI, Ines (curatore), (Camerino, Centro Edizioni Università di Macerata)

ALGERI, Lorenzo (2019): “Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”, in *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1363 ss.

BALDRY, Anna C. e PORCARO, Cesare e FERRARO, Eugenio (2011): “Donne uccise e donne maltrattate. Stesso passato ma anche stesso destino?”, *Rassegna italiana di criminologia*, 4, pp. 13 ss.

BALDRY, Anna Costanza (2008): *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, (Milano, Franco Angeli)

BARATTA, Alessandro (1997): “Prefazione” a *La perenne emergenza*, di MOCCIA, Sergio, 2^a ed., (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

BARATTA, Alessandro (1999): “Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale”, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, MOCCIA, Sergio (curatore), (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

¹⁴¹ DOCUMENTO (2025).

¹⁴² Per un “un delitto populista e simbolico” cfr. DONINI (2025); descrive il reato di femminicidio nei termini di una mimosa appassita che emana il maleodorante odore di populismo penale e un reato-spot, annunciato a ridosso della Festa internazionale della donna “come la réclame del panettone alla vigilia di Natale”, PUGIOTTO (2025); più in generale, nell'ambito di una vasta letteratura cfr. FERRAJOLI (2019), p. 79, quando sostiene che da molti anni l'uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali – in breve il populismo penale – forma un tratto caratteristico delle nostre politiche securitarie.

¹⁴³ MUSCO (2004), p. 125; ID. (1993), p. 85 ss.

¹⁴⁴ PASOLINI (2015), p. 154.

¹⁴⁵ Sul tema, oltre agli A. richiamati alla nota 13, per un ampio quadro delle cause e degli effetti della paura nell'opera di penalizzazione, cfr. BIANCHETTI (2018); CORNELLI (2008), p. 38 ss.; ID. (2016); BONINI (2018), p. 146 ss.

BARTOLI, Roberto (2003): “Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?”, in *Diritto penale e processo*, 3, pp. 302 ss.

BARTOLI, Roberto (2025): “Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?”, in *Sistema Penale*, 15 luglio

BASILE, Fabio (2013): “Violenza sulle donne: modi e limiti dell’intervento penale”, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre, pp. 1 ss.

BASILE, Fabio, (2011): “Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte”, in AA.Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, (Torino, Giappichelli), pp. 11 ss.

BENTIVEGNA, Sara (curatrice), (1994): *Mediare la realtà. Mass media, sistema politico e opinione pubblica*, (Milano, Franco Angeli)

BIANCHETTI, Raffaele (2018): *La paura del crimine. Un’indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell’insicurezza*, (Milano, Giuffrè)

BONINI, Sergio (2018): *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico*, (Napoli, Editoriale Scientifica)

BRICCHETTI, Renato (2019): “Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell’atto d’impugnazione”, in *Sistema penale*, 16 dicembre

CHOMSKY, Noam (2008): *Capire il potere*, (Milano, Il Saggiatore)

CHOMSKY, Noam e HERMAN, Edward S. (2008): *La fabbrica del consenso. La politica e i mass media*, (Milano, Il Saggiatore)

CORN, Emanuele (2025): “Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una morte annunciata”, in *Sistema penale*, 12 dicembre

CORNELLI, Roberto (2008): *Paura e ordine nella modernità*, (Milano, Giuffrè)

CORNELLI, Roberto (2016): “La paura nel campo penale”, in *Questione giustizia*, 7 settembre

CORRY, Jhon (1809): *The Satirical Review of London at the Commencement of the Nineteenth Century*, (Kearsley, Dutton)

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2013): *Diritto penale. 2. Forme del reato*, (Torino, Giappichelli)

DE MARTINO, Paolo (2013): “Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE”, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 ottobre 2013

DI NICOLA TRAVAGLINI, Paola (2025a): “Il ddl sul femminicidio ha un valore epocale”, in *micromega.net*, 21 marzo

DI NICOLA TRAVAGLINI, Paola (2025): “Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere”, in *Sistema penale*, 5, pp. 1ss.

DOCUMENTO (2025): “Contro l’introduzione del delitto di femminicidio: documento sottoscritto da oltre settanta professoress, ricercatrici e studiose penaliste” - *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, in *Sistema penale*, 28 maggio

DONINI, Massimo (2018): “Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra applicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie”, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile, 1 ss.

DONINI, Massimo (2023): “Il penale come religione di massa e l’ennesima riforma della giustizia”, in *Sistema penale*, 18 luglio

DONINI, Massimo (2025): “Perché non introdurre un reato di femminicidio che c’è già”, in *Sistema penale*, 18 marzo

DSM-5-TR, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (2022): (Milano, Raffaello Cortina Editore)

FERRAJOLI, Luigi (2019): “Il populismo penale nell’età dei populismi politici”, in *Questione giustizia*, 1, pp. 79 ss.

FIANDACA, Giovanni (2025): “Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio”, in *Sistema penale*, 14 marzo

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., (Bologna, Zanichelli)

IORE Carlo e IORE, Stefano (2023): *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., (Torino, Utet)

GAMBARDELLA, Marco (2025) “Il delitto di femminicidio: il “fatto è commesso come atto” e altre amenità nel disegno di legge all’esame della Camera dei Deputati”, in *Penale diritto e procedura*, 21 ottobre

GATTA, Gian Luigi (2019): “Il testo del disegno di legge “Codice rosso” (revenge porn, costrizione o induzione al matrimonio, deformazione/sfregio del viso, e molto altro ancora)”, in *Diritto penale contemporaneo*. 15 aprile

GATTA, Gian Luigi (2025a): “Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra *real politik* e principi costituzionali”, in *Sistema penale*, 20 giugno

GATTA, Gian Luigi (2025b): “Un’importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali”, in *Sistema penale*, 21 luglio

GINO, Sarah e FREILONE, Franco e BIONDI, Eleonora e CECCARELLI, Dario e VEGGI, Sara e ZARA Georgia (2019): “Dall’intimate partner violence al femminicidio: relazioni che uccidono”, in *Rassegna italiana di criminologia*, 13, pp. 131 ss.

GOISIS, Luciana (2023): “Genere e diritto penale. Il crimine d’odio misogino”, in *Questione giustizia*, 2 febbraio GRAMATICA, Filippo (1934): *Principi di diritto penale soggettivo* (Torino, Fratelli Boccia)

GUARINI, Cosimo Pietro (2018): “«Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso”, in *Federalismi.it*, 11 aprile

LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela (2011): *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, (Città del Messico, Siglo XXI Editores)

LAZZERI, Francesco (2025): “In G.U. la l. 2 dicembre 2025, n. 181 (c.d. legge sul femminicidio): una panoramica dei profili penalistici sostanziali e processuali”, in, *Sistema penale*, 3 dicembre

LEO, Guglielmo (2011): “Corte cost. 10 giugno 2011, n. 183, Pres. Maddalena, Rel. Lattanzi (sul riconoscimento di attenuanti generiche al recidivo reiterato). Costituzionalmente illegittimo l’art. 62 bis, co. 2 c.p. nella parte in cui vieta di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato in base al comportamento tenuto dopo la commissione del reato”, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno

LIPPMAN, Walter (2004) *Pubblica opinione* (Roma, Donzelli)

LO MONTE, Elio (2010): “Una nuova figura criminosa: lo ‘stalking’ (art. 612-bis c.p.). Ovvero un altro, inutile, ‘guazzabuglio normativo’”, in *Indice penale*, 2, pp. 479 ss.

LO MONTE, Elio (2013): “*Repetita (non) iuvant*: una riflessione ‘a caldo’ sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13 in tema di ‘femminicidio’”, *Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre

LO MONTE, Elio (2021): *L’art. 612-ter c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti tra buoni propositi, denegato diritto all’oblio e “morti social”* (Torino, Giappichelli)

MANTOVANI, Ferrando e FLORA, Giovanni (2025): *Diritto penale*, 13^a ed., (Padova, Cedam)

MANTOVANI, Ferrando (2022): *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, 8^a ed., (Padova, Cedam)

MANTOVANI, Ferrando (2023): *Prontuario di stupidologia, (teorica ed applicata)* (Pisa, ETS)

MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio e GATTA, Gian Luigi (2021) *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10^a (Milano, Giuffrè)

MASSARO, Antonella (2025a): “La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull’ordinamento italiano”, in *Sistema penale*, 26 marzo

MASSARO, Antonella (2025b): “Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio”, in *Sistema penale*, 25 giugno

MCQUAIL, Denis (2007): *Sociologia dei media*, (Bologna, Il Mulino)

MELOSSI, Dario (2002): *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, (Milano, Mondadori)

MENDITTO, Francesco (2025a): “Riflessioni sul delitto di femminicidio”, in *Sistema penale*, 2 aprile 2025

MENDITTO, Francesco (2025b): “Valutazioni e proposte sul DDL avente ad oggetto l’introduzione del delitto di femminicidio”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4 novembre, 1 ss.

MERLI, Antonella (2015): “Violenza di genere e femminicidio”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 1, pp. 429 ss.

MERZAGORA, Isabella (2021): “Il femminicidio e l’idealismo pervertito”, in *Sistema penale*, 24 febbraio

MONGILLO, Vincenzo (2025): “Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva”, in *Sistema penale*, 12 giugno

MUCCIARELLI, Francesco e PALIERO, Carlo Enrico (2015): “Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 4, 245 ss.

MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno (2013): “La confisca nel nuovo pensiero ambientale (il mio nome è nessuno)”, in ROMANO, Bartolomeo (curatore), *I reati ambientali alla luce del diritto dell’Unione Europea*, (Padova, Cedam).

MUSCO, Enzo (1993): “Consenso e legislazione penale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 85 ss.

MUSCO, Enzo (2004): *L’illusione penalistica*, (Milano, Giuffrè)

NORDIO, Carlo, (2025): “Intervista” a ‘*Il Foglio*’ in <https://www.ilmfoglio.it>, 7 giugno

PADOVANI, Tullio (2019): *Diritto penale*, 12^a ed., (Milano, Giuffrè)

PALAZZO, Francesco (2017): *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., (Torino, Giappichelli)

PALAZZO, Francesco Carlo (2018): “Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)”, in *Rivista di diritto dei media*, 3, pp. 1 ss.

PALIERO, Carlo Enrico (2007): “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)”, in G. FORTI, Gabrio e BERTOLINO, Marta (curatori) *Scritti per Federico Stella*, I, pp. 289 ss., (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

PARERE ANM (2025): “Commissione Diritto e Procedura penale”, in *Sistema penale*, 15 maggio

PARERE GIUNTA dell’Unione delle Camere Penali Italiane (2025): “Osservazioni al DDL C2528 intitolato “Introduzione del delitto di omicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime”, in *Sistema penale*, 20 ottobre

PASINI, Cecilia (2025): “Il nuovo delitto di femminicidio: alcune riflessioni sulla proposta di legge alla luce di un’indagine empirica sulla recente giurisprudenza della Corte d’Assise di Milano”, in *Sistema penale*, 2 ottobre

PASOLINI, Pier Paolo (2015): *Il caos* (Milano, Mondadori)

PATRONO, Paolo (2016): “I nuovi delitti contro l’ambiente: il tradimento di un’attesa riforma”, in *lalegislazionepenale.eu*, 11 gennaio

PAVICH, Giuseppe (2013): “Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili”, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 settembre

PECORELLA, Claudia (2025): Perché può essere utile una fattispecie di femminicidio, in *Sistema penale*, 2 giugno

PELISSERO, Marco (2011): “Il diritto penale politico tra esigenze di normalizzazione ed istanze deflattive. Il contributo di Mario Romano”, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), I, pp. 454 ss.

PELISSERO, Marco (2025): Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere, in *Diritto penale e processo*, 5, pp. 557 ss.

PESTELLI, Giacomo (2025): “Il nuovo d.d.l. su femminicidio e codice rosso: sarà vera gloria?”, in *altalex.com*, 4 aprile

PIERGALLINI, Carlo, (2023): “Il “penale” senza “diritto”?”, in *Sistema penale*, 4 maggio

PISTORELLI, Luca (2013): “Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l’altro di “violenza di genere” e di reati che coinvolgono i minori”, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre

PUGIOTTO, Andrea (2025): “La mimosa all’occhiello del populismo penale (prima parte)”, in *Sistema penale*, 2 aprile

PULITANÒ, Domenico (1976): *L’errore di diritto nella teoria del reato*, (Milano, Giuffrè)

PULITANÒ, Domenico (2016): “Intervento”, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre

PULITANÒ, Domenico (2019): “Sullo statuto costituzionale delle confische”, in *giurisprudenzapenale.com.*, 15 gennaio

PULITANÒ, Domenico (2023): *Diritto penale*, 10^a ed., (Torino, Giappichelli)

PULITANÒ, Domenico (2025a): “Femminicidio ed ergastolo”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3, pp. 1 ss.

PULITANÒ, Domenico (2025b): “Messaggi normativi e messaggi culturali. La discussione sul femminicidio”, in *Sistema penale*, 21 giugno

RADFORD, Jill e RUSSELL, Diana E. H. (1992): *Femicide: The Politics of Women Killing*, (Boston, Twayne)

RECCHIONE, Sandra (2013): *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 settembre

REINACH, Adolf (1989): “I fondamenti a priori del diritto civile” (1913), in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di CARRINO, Agostino (curatore) (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

ROMANO, Bartolomeo (2025): “Il femminicidio: tra ragioni politiche e principi del diritto penale”, in *Rivista penale di diritto e procedura*, 16 dicembre

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto (1968): *Pena e struttura sociale*, (Bologna, Il Mulino)

SGUBBI, Filippo (1981): “Meccanismo di “aggiramento” della legalità e della tassatività nel codice Rocco”, in *Questione criminale*, pp. 317 ss.

SPINELLI, Barbara (2008): *Femminicidio: dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, Franco Angeli

STILE, Alfonso Maria (1995): *Relazione di sintesi a Valori e principi del la codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del Convegno di Firenze, 19-20 Novembre 1993, (Padova, Cedam)

TANZINI, Simona (2020): *Conosci l'estate?*, (Palermo, Sellerio)

TOLEDO VASQUEZ, Patsili (2014): *Femicidio/Feminicidio*, (Buenos Aires, Didot)

VENEZIANI, Paolo (2000): *Motivi e colpevolezza*, (Torino, Giappichelli)

WÜRTEMBERGER, Thomas (1965): *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, (Milano, Giuffrè)

QUESTIONI DI DIRITTO PENALE PROCESSUALE
CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL
CRIMINAL PROCEDURE ISSUES

- 154 **Divieti probatori: dove trovarli? Gli *screenshots* dei messaggi di testo tra corrispondenza e documenti**
Prohibiciones probatorias: ¿dónde encontrarlas? Las capturas de pantalla de los mensajes de texto entre correspondencia y documentos
Exclusionary Rules: Where to Find them? Screenshots of Text Messages between Correspondence and Documents
Riccardo Santostefano

Divieti probatori: dove trovarli?

Gli screenshots dei messaggi di testo tra corrispondenza e documenti

*Prohibiciones probatorias: ¿dónde encontrarlas?
 Las capturas de pantalla de los mensajes de texto entre correspondencia
 y documentos*

*Exclusionary Rules: Where to Find them?
 Screenshots of Text Messages Between Correspondence and Documents*

RICCARDO SANTOSTEFANO

*Dottorando in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria
 r.santostefano@unirc.it*

INUTILIZZABILITÀ,
 CORRISPONDENZA

INUTILIZABILIDAD,
 CORRESPONDENCIA

EXCLUSIONARY RULES,
 CORRESPONDENCE

ABSTRACTS

Per effettuare *screenshots* di *chat* archiviate in un dispositivo dell'indagato è necessaria l'autorizzazione del p.m.; senza questa, l'attività della p.g. è illegittima per contrasto con l'art. 15 Cost. Ma illegittimità e inutilizzabilità si pongono su piani diversi. Individuato il mezzo di ricerca della prova idoneo all'apprensione delle *chat*, il contributo affronta il tema dell'esistenza di divieti probatori riferibili all'inosservanza delle regole di ammissione e acquisizione di uno *screenshot*. Tutto ruota attorno alla distinzione tra documento e corrispondenza, che nel rilievo fotografico di una *chat* corrispondono rispettivamente a contenitore e contenuto. La proposta è quella di considerare lo *screenshot* come prova documentale di corrispondenza: in caso di apprensione illegittima delle *chat* si applica l'art. 240, co. 2, c.p.p., da cui deriva l'inutilizzabilità "rafforzata".

Para realizar capturas de pantalla de chats almacenados en un dispositivo del investigado, se requiere la autorización del fiscal; sin esta, la actividad de la policía judicial es ilegítima por contravenir el art. 15 de la Constitución. Pero la ilegitimidad y la inutilidad se sitúan en planos diferentes. Una vez identificados los medios de búsqueda de pruebas adecuados para la obtención de los chats, el artículo aborda la cuestión de la existencia de prohibiciones probatorias relativas al incumplimiento de las normas de admisión y adquisición de una captura de pantalla. Todo gira en torno a la distinción entre documento y correspondencia, que en el registro fotográfico de un chat corresponden respectivamente a contenedor y contenido. La propuesta es considerar la captura de pantalla como prueba documental de correspondencia: en caso de obtención ilegítima de los chats, se aplica el art. 240, apdo. 2, de la LECrim, del que se deriva la inutilizabilidad «reforzada».

To take screenshots of chats stored on a suspect's device, authorisation is required from the Public Prosecutor; without this, the activity of the Judicial Police is unlawful as it contravenes Article 15 of the Constitution. However, illegality and unusability are on different levels. Having identified the means of searching for evidence suitable for obtaining the chats, the paper addresses the issue of the existence of exclusionary rules to non-compliance with the rules for the admission and acquisition of a screenshot. Everything revolves around the distinction between document and correspondence, which in the photographic recording of a chat correspond respectively to container and content. The proposal is to consider the screenshot as documentary evidence of correspondence: in the event of unlawful seizure of the chats, Article 240(2) of the Code of Criminal Procedure applies, from which "reinforced" inapplicability derives.

SOMMARIO

1. La giurisprudenza in tema di inutilizzabilità degli *screenshots*. – 2. Art. 189 c.p.p. e riserva di legge: un binomio incompatibile. – 3. Esistono divieti probatori costituzionali? – 3.1. Le conseguenze della violazione del principio di non sostituibilità. – 4. Il sequestro di corrispondenza “statica”. – 4.1. Documenti e corrispondenza. – 4.2. L'applicabilità dell'art. 253 c.p.p. – 5. Apprensione della cosa e acquisizione della prova. – 6. Le sanzioni per l'apprensione illegittima.

1.

La giurisprudenza in tema di inutilizzabilità degli *screenshots*.

Un orientamento giurisprudenziale consolidato ritiene inutilizzabile il contenuto di *chat* estrapolate dallo *smartphone* dell'indagato/imputato mediante rilievi fotografici (c.d. *screenshots*) compiuti dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, senza che sia stato disposto il sequestro del dispositivo e delle *chat* stesse e in assenza dell'intervento del pubblico ministero¹.

L'inutilizzabilità c.d. patologica² dei risultati probatori deriva dalla riconosciuta violazione – da parte degli organi di polizia giudiziaria – delle garanzie di cui all'art. 15 Cost.³ Sulla scia della sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2023⁴, infatti, la giurisprudenza di legittimità ritiene applicabile, per l'apprensione delle conversazioni archiviate su piattaforme di messaggistica istantanea⁵ (es. *WhatsApp*⁶), l'art. 254 c.p.p.: l'assenza di un provvedimento del pubblico ministero rende non solo illegittima l'attività d'indagine, ma anche inutilizzabile il risultato probatorio.

Siffatte conclusioni discendono, da un lato, dall'adesione alla teoria della prova incostituzionale⁷ – filo conduttore delle pronunce in questione – dall'altro, dall'applicazione del c.d. principio di non sostituibilità, secondo cui «non è consentito alla polizia giudiziaria, in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, scostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di conseguire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con gli atti tipici, eludano tuttavia le garanzie costituzionali dettate dalla legge per questi ultimi»⁸.

2.

Art. 189 c.p.p. e riserva di legge: un binomio incompatibile.

La giurisprudenza appena citata, in tal modo, si discosta da quell'orientamento che aveva ritenuto di poter trarre argomenti diversi dall'art. 189 c.p.p., affermando l'utilizzabilità degli

¹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 15 maggio 2024, n. 25549, in *C.E.D. Cass.*, n. 286467; Cass., sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, in *Cass. pen.*, 2024, p. 3417 e ss.; Cass., sez. VI, 11 settembre 2024, in *C.E.D. Cass.*, n. 287039; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, in *C.E.D. Cass.*, n. 287504; Cass., sez. IV, 20 giugno 2025, n. 31878, in *JusDi*, 28 settembre 2025.

² La distinzione tra inutilizzabilità fisiologica e patologica è stata formulata da AMODIO, (1989), pp. 172-173. Sul punto, v. anche CAPONE (2012), p. 210, il quale evidenzia come in alcuni casi – «cioè quando la fonte di prova è vietata in sé» – la differenza tra inutilizzabilità fisiologica e patologica si assottiglia. In generale, sull'inutilizzabilità, v. NOBILI (1991), c. 641 e ss.; GALANTINI (1992); ID. (1997), pp. 699-700; ID. (2012), pp. 82-84; ID. (2019), pp. 57 e ss.; GRIFANTINI (1993), pp. 242 e ss.; SCELLA (2002); ID. (2008), pp. 479 e ss.; CONTI (2007), pp. 339 e ss.; ID. (2010), pp. 781 e ss.; DINACCI (2008); ILLUMINATI (2010), pp. 534-536.

³ Su cui, fra gli altri, BASCHIERI (1949), pp. 87 e ss., il quale considera la libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni come «proiezione spirituale» della persona (p. 88); espressione poi ripresa da ITALIA (1963), p. 60 e BRICOLA (1967), p. 1120. Per considerazioni anche di stampo processual-penalistico sull'art. 15 Cost., v. PACE (1977), pp. 80 e ss.

⁴ V. Corte cost., sent. n. 170 del 2023, in *Giur. Cost.*, 2023, p. 2154 e ss., con nota di CAMPIGLI (2023) p. 2105 e ss. Su cui v. *infra*, § 4.1.

⁵ Per una definizione in merito, v. TORRE (2020), p. 1279: si tratta di «un sistema di comunicazione che sfrutta la Rete (Internet o una rete locale) per consentire ai suoi utilizzatori lo scambio in tempo reale di brevi messaggi» che, inoltre, «si caratterizza per la brevità dei messaggi, la velocità della loro consegna, nonché [tendenzialmente n.d.a.] per la modalità sincrona dell'interazione».

⁶ In tema, v. DEL COCO (2018), p. 532 e ss.

⁷ Emerge chiaramente il riferimento a questa teoria, per esempio, in Cass., sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, cit., p. 3420: «rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le “prove oggettivamente vietate”, ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla “legge” e, a maggior ragione, come in precedenza detto, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione». Secondo i giudici di legittimità, i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 34 del 1973 «hanno consentito l'elaborazione della categoria delle prove cosiddette incostituzionali, cioè di prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in violazione dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione, da considerarsi perciò inutilizzabili nel processo». Sulla prova incostituzionale, v. *infra*, § 3. e nt. 27.

⁸ Così Cass., sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, cit., p. 7. Sul punto, fra gli altri, TONINI e CONTI (2025a), pp. 207 e ss.; inoltre, v. CONTI, (2024), p. 460, che analizza nel dettaglio l'importanza e i rischi del «vaglio sulla effettiva atipicità della prova»; in tema, v. anche SCALFATI e SERVI (2009), p. 27, nonché SPANGHER (2001), pp. 2827 e ss. Sulla sentenza citata, v. FILIPPI (2025); PARODI (2025); ODDIS (2025), pp. 5 e ss.; BALLESI (2025); ALBANESE (2024), pp. 1517 e ss. e TORRE (2025), pp. 761 e ss.

screenshots sul presupposto che si trattasse della «legittima assunzione di una prova atipica»⁹.

Si trattava di un esempio di quella prassi giurisprudenziale che manifesta una «attrazione fatale»¹⁰ verso l'art. 189 c.p.p., impiegato come «grimaldello» per l'introduzione nel dibattimento di risultati emersi dall'impiego di mezzi atipici di ricerca della prova¹¹.

Invero, seguendo quello che è stato definito come «percorso metodologico virtuoso»¹² elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, una volta accertata l'atipicità del mezzo, è necessario procedere a un'indagine in merito all'eventuale compressione delle libertà fondamentali dell'indagato/imputato dovuta all'impiego di questo strumento e al suo grado di incidenza, al fine di individuare i confini del legittimo uso del mezzo innominato¹³.

Un punto appare incontrovertibile: dinanzi alla riconosciuta atipicità di un atto d'indagine che incida almeno sul «nucleo centrale»¹⁴ delle garanzie costituzionali di cui agli articoli 13, 14 o 15 Cost., risulta inconferente il richiamo all'art. 189 c.p.p.¹⁵. La struttura di tale norma non legittima la formazione di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali e l'impiego di mezzi di ricerca atipici parimenti violativi delle garanzie costituzionali¹⁶: la formulazione generica dell'art. 189 c.p.p. – ossia, la sua «esile impalcatura»¹⁷ – non appare rispettosa della doppia riserva di legge e di giurisdizione¹⁸; la tutela delle libertà fondamentali sopra richiamate impone una puntuale individuazione dei casi e dei modi delle relative limitazioni, oltre all'intervento dell'autorità giudiziaria sorretto da adeguata motivazione¹⁹.

Tutt'al più, l'art. 189 c.p.p. può costituire un'attuazione della riserva di legge soltanto parziale, tratteggiando – seppur in modo vago – i «modi» con cui dovrebbe procedersi alla compressione di una libertà fondamentale mediante un mezzo atipico (contraddittorio preventivo

⁹ In termini, nuovamente, Cass., sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, cit., p. 5, che richiama le statuizioni della Corte d'Appello di Lecce, sezione distaccata di Taranto. Letteralmente fiumi di inchiostro sono stati riversati in tema di prove non disciplinate dalla legge. In quest'ambito, fra gli altri, si segnalano TONINI e CONTI (2025a), pp. 162 e ss.; CONTI (2023), pp. 2601 e ss.; MAZZA (2022), pp. 59 e ss., che considera l'art. 189 c.p.p. come «atto di fede del legislatore per la scienza»; MARCOLINI (2017), pp. 695 e ss.; SCALFATI e SERVI (2009), p. 25 e ss.; NOBILI (1990a), pp. 397 e ss.

¹⁰ Così, testualmente, MAGGIO (2019), p. 81.

¹¹ Si pensi al caso delle videoregistrazioni in luoghi pubblici o in luoghi c.d. riservati (cfr. Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937, con note di RUGGERI (2006), pp. 3945 e ss. e DI BITONTO (2006), pp. 3950 e ss.) e al c.d. agente segreto attrezzato per il suono (l'espressione è di SCAPARONE (1988), p. 247), in caso di ascolto non contestuale della p.g. (cfr. Cass., sez. II, 14 ottobre 2010, n. 7, Biffis e Cass., sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, Angelini, entrambe in *Il Foro Italiano*, 2011, p. 223 e ss., con nota di TURCO (2011), pp. 230 e ss.). Seppure in tali casi sia richiesto il decreto del p.m. per considerare utilizzabili i risultati di tali mezzi di prova (non indispensabile per le videoregistrazioni in luoghi pubblici), comunque viene ritenuto applicabile l'art. 189 c.p.p. Larga parte della dottrina ha rilevato una scarsa compatibilità fra l'atipicità probatoria cristallizzata nell'art. 189 c.p.p. e i mezzi di ricerca della prova non previsti dalla legge. Sul punto, fra gli altri, v. LARONGA (2002), p. 3058; NICOLICCHIA (2020), p. 13, il quale mette in dubbio la validità del concetto di atto investigativo atipico. Non dubitano dell'applicabilità dell'art. 189 c.p.p. anche ai mezzi di ricerca della prova, CAMON, (1999), p. 1192, che prospetta una lettura «libera» dell'art. 189 c.p.p.; CAPRIOLI (2002), p. 2189; FILIPPI (2001), p. 92; MARINELLI (1998), p. 1270; TONINI e CONTI (2025a), p. 165. Nello stesso senso, con alcune precisazioni, SCALFATI e SERVI (2009), p. 32.

¹² Così CONTI, (2024), p. 451, che ne tratteggia in maniera chiara i passaggi.

¹³ Sul punto, si rinvia a CONTI (2019), pp. 1579 e ss. In questo contributo, l'Autrice distingue quattro possibili esiti del percorso valutativo del giudice, che dipendono dalla effettiva atipicità del mezzo impiegato e dal grado di lesione dei diritti che questo comporta. Così, è possibile distinguere mezzi che: 1) non limitano diritti fondamentali (es. videoriprese in un luogo pubblico), per cui non è prevista alcuna riserva di giurisdizione: possono essere utilizzati direttamente dalla p.g.; 2) limitano diritti «emergenti», non protetti da riserva di legge (es. *privacy* nei luoghi «riservati», non domiciliari), ovvero limitano diritti fondamentali in via «periferica», per i quali è sufficiente un decreto motivato del p.m.; 3) limitano diritti fondamentali protetti da doppia riserva, che necessitano di una previsione normativa e di un provvedimento motivato del giudice; 4) incidono sul nucleo duro dei diritti fondamentali e, pertanto, risultano ontologicamente non disciplinabili, nel rispetto del principio di proporzionalità (es. lesioni della cd. inviolabilità della psiche, come il *keylogger*, lo *screenshot* da remoto o lo *screencast*). Tale ricostruzione ha il merito di tracciare una via nell'orizzonte oscuro dell'atipicità dei mezzi, ritenendo necessaria una motivazione rafforzata da parte del giudice sui passaggi logici da seguire, ma presenta alcuni profili problematici sui quali in tale sede non è possibile soffermarsi. Ci si limita soltanto a richiamare l'ipotesi indicata *supra* al n. 2), che pare accantonare la necessità di rispettare, oltre alla riserva di giurisdizione, anche la riserva di legge.

¹⁴ La specificazione si spiega in ragione di quell'orientamento dottrinale, che ha trovato alcune conferme in giurisprudenza, in base al quale una compressione solo «marginale» di uno dei diritti fondamentali sopra richiamati sarebbe legittima a fronte di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (ossia, anche del p.m.), senza la necessità che sia rispettata la riserva di legge. Sul punto, si rinvia al n. 2 della nota precedente (nt. 13) e, quindi, nuovamente, a CONTI (2019), pp. 1579 e ss.; Id. (2024), p. 450.

¹⁵ V. *infra*, nt. 27, in merito alla c.d. prova incostituzionale.

¹⁶ V. DINACCI (1994), c. 69, secondo cui «se è vero che l'art. 189 c. p. p. prevede la possibilità di assumere prove non disciplinate dalla legge, è anche vero che tale disciplina trova un limite in quei settori che il Costituente ha voluto tutelare in modo particolare attraverso un'espressa riserva di legge». Nello stesso senso, CONTI (2024), p. 453.

¹⁷ Espressione di CONTI (2024), p. 453.

¹⁸ La riserva di legge assoluta ha la sua ragion d'essere in quanto le limitazioni all'indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, costituito dalle libertà inviolabili costituzionalmente garantite, risultano ammissibili solo nei casi e con le modalità individuate in un atto di «autogoverno della collettività». In termini, nuovamente PRINCIPATO (2022), p. 61, che rinvia a CRISAFULLI (1993), p. 64.

¹⁹ Sul punto, per tutti, v. nuovamente PRINCIPATO, (2022), p. 60 e ss. Per un'analisi critica dei rapporti fra gli articoli 13, 14 e 15 Cost. v. PACE (2002), pp. 1070 e ss.

dinanzi al giudice). In ogni caso, difetta certamente la pur indispensabile indicazione dei “casi” delle limitazioni²⁰.

La conclusione è evidente: l'incidenza degli *screenshots* sulla segretezza della corrispondenza²¹ porta ad escludere il legittimo ingresso in dibattito, per il tramite dell'art. 189 c.p.p.²², delle *chat* in tal modo estrapolate²³.

3.

Esistono divieti probatori costituzionali?

Una volta stabilita l'illegittimità dell'acquisizione, il problema tuttavia non è chiuso, anzi, in un certo senso, si apre. Rimane infatti la questione della sorte dell'attività investigativa e, in generale, dei risultati probatori ottenuti (con mezzi tipici o atipici) in dispregio dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti²⁴, quali appunto gli *screenshots* di conversazioni archiviate, acquisiti direttamente e solamente dalla polizia giudiziaria, in assenza di un provvedimento di sequestro e del “contenitore” (lo *smartphone*) e del “contenuto” (le *chat*).

La difficoltà di individuare una copertura normativa che sancisca in modo inequivocabile l'inutilizzabilità delle prove violative dei diritti fondamentali è questione più che nota²⁵, su cui la dottrina incentra i suoi sforzi di ricostruzione da diverso tempo: è in quest'ambito che si sviluppa il dibattito in merito alle prove illecite²⁶ e alle prove incostituzionali²⁷.

L'inutilizzabilità dei risultati probatori ottenuti in violazione di norme incriminatrici o norme costituzionali è sostenuta da chi ammette la possibilità di individuare divieti probatori

²⁰ In dottrina, al contrario, si è tentato di sostenere come l'art. 189 c.p.p. sia idoneo a individuare i “casi” richiesti dalla riserva di legge costituzionale, ma non i “modi”. In questo senso, v. CAMON (1999), p. 1196: «*in effetti, sarebbe già discutibile sostenere che l'art. 189, con quell'accenno sulla possibilità di assumere una prova atipica quando «essa risult[is] idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudic[hi] la libertà morale della persona», basti per colmare la riserva di legge (art. 14 Cost.) sui «casi» in cui si può restringere la libertà di domicilio; ma anche ammesso che questa prima riserva risulti rispettata, di certo l'art. 189 c.p.p. non dice nulla circa i «modi» della compressione.*»

²¹ Sulla differenza tra diritto alla segretezza delle comunicazioni, diritto al segreto sull'oggetto della comunicazione, diritto alla riservatezza e diritto alla *privacy*, v. CAPRIOLI (2021), pp. 1141 e ss.

²² L'art. 189 c.p.p., alla luce di quanto finora considerato, non può essere impiegato per autorizzare mezzi di ricerca della prova atipici lesivi dei diritti fondamentali. Ma, qualora ciò dovesse accadere, la medesima disposizione non autorizza a considerare inutilizzabili i risultati probatori ottenuti, ciò «*finché l'art. 189 c.p.p. non sia dichiarato illegittimo «nella parte in cui» non esclude prove ottenute con interferenze indebite nella vita privata»* (CORDERO (2012), p. 851). Nello stesso senso, fra gli altri, DANIELE (2013), p. 370 e CAPRIOLI (2008), pp. 1836 e ss.

²³ Cfr., nuovamente, Cass., sez. II, 15 maggio 2024, n. 25549, cit., p. 4; Cass., sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, cit., p. 3417 e ss. e Cass., Sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, cit. p. 7.

²⁴ Nel senso di una loro inutilizzabilità GREVI (1973), pp. 317 ss. *Contra* CORDERO (1961), pp. 72-73 (saggio poi confluito in CORDERO (1963), pp. 147 e ss., il quale critica il tentativo operato dalla dottrina tedesca di individuare i divieti probatori nei precetti costituzionali; lo stesso Autore, in CORDERO, (2012), p. 639 e ss., considera una “fiaba” l'asserita irrilevanza (oggi diremmo inutilizzabilità) processuale delle prove ottenute in modi lesivi degli interessi tutelati dagli articoli 13, 14 e 15 Cost.; sulla stessa linea, di recente, ALONZI, (2019), p. 1442. In argomento, v. anche ALLENA (1989), pp. 506 e ss. e CAMON (2006), pp. 1192 e ss. Inoltre, v. *infra*, nt. 27-28.

²⁵ La questione fondamentale concerne il modo con cui individuare correttamente la presenza di divieti probatori. Tendenzialmente, possono isolarsi tre orientamenti. Il primo predilige la necessità di individuare un potere istruttorio, in assenza del quale l'atto è inutilizzabile (v., per tutti, CORDERO (1963), p. 120); il secondo fa riferimento alla *ratio* del divieto, ossia alla natura dell'interesse tutelato dalla norma che lo prevede (GALANTINI (1997), p. 694.); il terzo sostiene che i divieti devono individuarsi in base alla lettera della legge e alla presenza o meno di presupposti per lo svolgimento di un certo atto probatorio (v. NOBILI (1990b), p. 411; Id., (1991), c. 646). Sul punto, v. anche SCELLA, (2002), pp. 152 e ss e Id. (2008), p. 485, che, dopo aver ricostruito il dibattito, presta adesione alla prima tesi. Inoltre, il dibattito più importante riguarda altri due aspetti: i) la necessità o meno che vi sia una espressa previsione di inutilizzabilità; ii) se la fonte dei divieti probatori possa essere la sola legge processuale, ovvero anche la legge sostanziale o la Costituzione. Per una panoramica su tali argomenti, senza pretesa di esaustività, v. CAPRIOLI (2000), p. 226 e ss., ma anche RUGGERI (2001), pp. 47 e ss. e, nuovamente, SCELLA (2002), pp. 1 e ss., che trattano l'argomento anche in una prospettiva storico-comparativa.

²⁶ Ha sostenuto l'inutilizzabilità processuale delle prove illecitamente acquisite, PACE (1977), pp. 109 e ss.; nello stesso senso, v. NOBILI (1990b), pp. 412-413. In giurisprudenza, nel senso della inutilizzabilità delle prove illecite, fra i pochi precedenti v. Cass., Sez. V, 30 maggio 2014, n. 35681, in *C.E.D. Cass.*, n. 261445, nonché Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, *ivi*, n. 224182. *Contra* CORDERO, (1961), pp. 68 e ss.; di recente, fra gli altri, GALANTINI (2019), pp. 64-65. A testimonianza dell'attualità del dibattito sul punto, v., fra gli altri, CABIALE (2025), che evidenzia come per prova “illecita” si intenda non più soltanto quella formata in violazione di norme incriminatrici, ma anche in violazione di norme civili o amministrative.

²⁷ Sull'argomento, fra gli altri, v. CAPRIOLI (2000), p. 236 e ss.; nonché, più di recente, CONTI (2024), p. 453: «*il volto in negativo dei paradigmi acquisitivi ricavabili dalla Costituzione in materia di diritti fondamentali è quello della prova incostituzionale: quando non esiste una norma di rango legislativo che integri i suddetti requisiti, l'acquisizione non può che considerarsi vietata; dal silenzio del legislatore si ricava, così, un divieto probatorio. Come è noto, in presenza di un simile sbarramento, il destino dell'atto è segnato: qualora il confine sia oltrepassato, si intravede il volto implacabile dell'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*». Per altri contributi sul tema, v. GRIFANTINI, (1993), pp. 242 e ss.; GALANTINI (1997), pp. 699-700; Id. (2022); MAINARDIS (2000), p. 382; COMOGGIO (2011), pp. 30 e ss.; Id. (1996), p. 1548; ZAPPULLA (1996), p. 1883. Più di recente, v. MURRO (2024), pp. 239 ss. Per alcune celebri “aperture” giurisprudenziali verso la prova incostituzionale, v. Corte cost., n. 34 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, p. 300 e ss.; Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in *Foro Italiano*, 1998, p. 87; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21. Più di recente, v. Cass., sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 15836, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2279, con nota di MARINELLI (2023), nonché la più volte citata Cass., sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, cit., p. 3417 e ss., con nota di FILIPPI (2024a), p. 3424 e ss.

in norme extra-processuali, ovvero direttamente dalla Costituzione²⁸ (ancorché da disposizioni non specificamente indirizzate a regolare il diritto delle prove o il processo penale²⁹), appellandosi anche ad una necessaria coerenza ordinamentale.

In senso contrario milita un condivisibile orientamento secondo cui la prova, pur ottenuta mediante la commissione di un reato o violando un diritto fondamentale, va considerata utilizzabile ai fini della decisione³⁰, se una norma di carattere processuale non ne sancisca in via espressa l'inutilizzabilità³¹ o comunque non ne vieti l'acquisizione³².

A sostegno di questa tesi possono essere messi in evidenza due dati normativi. Nell'art. 191 c.p.p., di recente, è stato aggiunto il comma 2 *bis*³³ che prevede l'inutilizzabilità di dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, «salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Il contenuto di questo comma corrobora la tesi ora esposta, lì dove prevede in modo espresso la sanzione dell'inutilizzabilità a qualsiasi fine di prove derivanti da un particolare delitto (art. 613 *bis* c.p.): dunque non tutte le prove illecite sono inutilizzabili, ma soltanto quelle che il legislatore processuale ha inteso considerare come tali. Al contrario, se fosse sempre inutilizzabile una prova illecita, l'introduzione di tale specificazione per il delitto di tortura (così come quella concernente i documenti illegali, *ex* art. 240, co. 2, c.p.p.) risulterebbe del tutto pleonastica³⁴. Inoltre, l'art. 606, co. 1, lett. c), c.p.p., nel consentire il ricorso per cassazione per far valere l'inosservanza di norme stabilite a pena di inutilizzabilità, fa riferimento esclusivamente ed espressamente alle norme "processuali"³⁵.

Dunque, se le norme di rito, disciplinando un determinato procedimento di formazione o di ricerca della prova, non affiancano alle indicazioni relative all'*an* o al *quomodo* dell'atto³⁶ la previsione di un divieto che, in caso di inosservanza, inibisca l'acquisizione³⁷, non può ritenersi

²⁸ In giurisprudenza, considera precettive anche in ambito processualpenalistico le norme costituzionali Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, cit., p. 87. *Contra*, in dottrina, CAPRIOLI (2000), p. 243, sulla scia di CORDERO (1961), p. 73. La questione, però, concerne non tanto e non solo il carattere immediatamente precettivo dei diritti fondamentali, bensì la possibilità di considerare le disposizioni costituzionali che li riconoscono come norme di carattere processuale in grado di sancire, in via diretta, divieti di acquisizione probatoria. In questo senso, v. ILLUMINATI (2010), p. 524. Sul punto, cfr. PACE (1974), pp. 313-315, secondo cui il divieto di utilizzazione di prove illecite discende, in via diretta, da norme e principi generali dell'ordinamento, volti a impedire abusi di potere pubblico e privato: le regole sullo stato di diritto e il divieto di ragion fattasi. Inoltre, CAMON (1999), pp. 1206-1207 ammette la prova incostituzionale mediante un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 191 c.p.p.

²⁹ Il riferimento è agli articoli 13, 14 e 15 Cost. Questi, nel riconoscere libertà fondamentali in capo ai consociati, contengono la possibilità di una loro limitazione, ma non si riferiscono direttamente e solamente a compressioni verificabili all'interno del processo penale, sancendo invece un presidio generale contro ogni illegittima aggressione a tali libertà che possa verificarsi in qualsiasi luogo o occasione. Al contrario, un reale divieto probatorio di matrice processualpenalistica rinvenibile nella Costituzione è sancito dall'art. 111, co. 4, Cost.: «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore»; sul punto, v. MOSCARINI (2014), pp. 83-84.

³⁰ In questi termini, v. nuovamente CORDERO (2012), p. 634 e ss.; ID. (1961), pp. 77 e ss. Nello stesso senso, v. GALANTINI (1997), p. 699; ID. (2012), p. 76. Ha evidenziato l'attualità del pensiero di Franco Cordero sul punto, di recente, FERRUA (2020), pp. 1249 e ss.

³¹ Ritene necessaria una norma processuale anche ILLUMINATI (2010), p. 524: «per quanto riguarda l'identificazione dei divieti cui fa riferimento l'art. 191 c.p.p. occorre precisare che, trattandosi di violazione di norme concernenti l'acquisizione delle prove, essi possono essere stabiliti esclusivamente dalla legge processuale, cui spetta determinare i criteri di ammissibilità». Tuttavia, lo stesso Autore sembra ammettere la prova incostituzionale, lì dove considera come "processuali" anche le norme della Costituzione dettate a tutela di diritti inviolabili. All'interno del codice di procedura penale si rinvencono norme che in via espressa sanciscono l'inutilizzabilità di una prova frutto di una pratica illecita. Ad esempio, l'art. 103, co. 7, c.p.p. prevede che "non possono essere utilizzati" i risultati dei mezzi di ricerca della prova indicati nei precedenti commi ed eseguiti in violazione delle regole ivi previste. Al tempo stesso, l'art. 240, co. 2, c.p.p. prescrive espressamente l'inutilizzabilità del contenuto di conversazioni o comunicazioni formate o acquisite illegalmente. Ciò conferma l'indispensabilità di una norma processuale che in via espressa sancisca l'inutilizzabilità di una prova illecitamente ottenuta; altrimenti, quell'elemento sarà utilizzabile.

³² Sulle diverse accezioni riferibili al termine "acquisite", v. FERRUA (2017), pp. 252 e ss.

³³ Comma aggiunto dall'art. 2 della legge n. 110 del 14 luglio 2017, con decorrenza dal 18 luglio 2017.

³⁴ In termini, GALANTINI (2012), pp. 73-74. Sull'art. 191, co. 2 *bis*, c.p.p., v. ROMANELLI (2018), pp. 259 e ss. e BRONZO e COLAIACOVO (2021), pp. 311 e ss.

³⁵ Nello stesso senso, v. CAMON (2023), p. 350.

³⁶ Un esempio del primo caso è il disposto dell'art. 240 c.p.p.; invece, per la seconda ipotesi, si vedano gli artt. 188 e 271, co. 1-3, c.p.p. Tuttavia, la dottrina non è unanime nel ritenere configurabili divieti probatori anche nel *quomodo*. In questo senso si esprime Franco Cordero, il quale però in CORDERO (2012), p. 629 così afferma: «sappiamo, infine, come talvolta risultino escluse prove in abstracto ammissibili. Dipende dal modo d'acquistarle [...]». Evidenzia la resistenza logico sintattica delle previsioni di divieti probatori previsti per prove ammissibili CAPONE (2025), p. 13: «parlare di "divieto di acquisizione" con riferimento a una prova ammissibile è incongruo se supponiamo che l'effetto dell'ammissione della prova sia proprio il dovere di acquisirla»; sul punto, v. NOBILI (1991), c. 646; GRIFANTINI (1993), pp. 243-245; ILLUMINATI (2010), p. 533; SCELLA (2002), pp. 164 e ss.

³⁷ Ciò non significa che i divieti probatori sono presenti solo lì dove una norma preveda regole "a pena di inutilizzabilità", potendo questi ricavarsi anche da una differente formulazione della disposizione. Per dirla con Cordero: l'inutilizzabilità si deduce da limiti intrinseci al processo, «sia pure non esplicitamente previsti ma ricostruibili sulla scorta di una sensibile esplorazione interpretativa» (CORDERO (1961), p. 79). Quest'affermazione - poi rivista dal medesimo Autore in CORDERO (2012), pp. 612 e ss. - non va travisata né strumentalizzata: si intende che il divieto deve derivare comunque da una norma processuale, anche se a primo impatto non pare riferita all'utilizzabilità di una prova. Divieti probatori ricavabili dalla formulazione normativa sono presenti, ad esempio, negli artt. 188 e 224 *bis*, co. 4, c.p.p.: qui non si prevede

operante la scura dell'inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.*³⁸.

3.1.

Le conseguenze della violazione del principio di non sostituibilità.

Nella prospettiva della ricerca di un divieto, un filone dottrinale ritiene che, dinanzi a un mezzo certamente atipico, debba farsi leva sul già citato principio di non sostituibilità³⁹.

Senza dubbio si trovano all'interno del codice di rito diverse disposizioni che sanciscono in modo espresso il canone di non sostituibilità (es. artt. 240, co. 2 e 191, co. 2 *bis*, c.p.p.); tuttavia, la possibilità di riconoscere un principio generale del sistema, valido anche al di là delle ipotesi previste, non implica valutazioni in merito alle conseguenze processuali di una sua eventuale trasgressione⁴⁰. In altri termini, se anche si volesse considerare ricavabile dal sistema questo principio, non si potrebbe *ipso facto* considerare inutilizzabile una prova in quanto ottenuta in violazione dello stesso; manca, anche in questo caso, una previsione espressa⁴¹.

A ben guardare, una siffatta applicazione del principio di non sostituibilità per i mezzi di prova o di ricerca della prova incidenti sui diritti fondamentali torna inevitabilmente ad appoggiarsi alla teoria della prova incostituzionale: viste le norme costituzionali che impongono l'attuazione della doppia riserva per le limitazioni delle libertà ivi riconosciute, attività atipiche ovvero elusive di tale disciplina risultano illegittime e perciò, secondo l'orientamento che si intende criticare, anche inutilizzabili⁴².

Tuttavia, soffermando l'attenzione sui due commi dell'art. 15 Cost., occorre osservare, da un lato, che il loro contenuto «*vale certamente a dimostrare che una norma di legge ordinaria, la quale facesse salve le prove assunte in violazione della segretezza, sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale, ma non che di esso il giudice penale possa fare diretta e immediata applicazione al fine di estromettere la prova*»⁴³ che, contro una norma di legge, sia stata tuttavia acquisita. Dall'altro che, pur accogliendo la tesi della diretta applicazione dei precetti costituzionali⁴⁴, questi possono condurre all'immediato riconoscimento dei diritti che ne costituiscono il contenuto, ma non anche a ricavarne l'inutilizzabilità processuale degli elementi probatori ottenuti al prezzo di una loro violazione⁴⁵.

Senza dubbio gli articoli 13, 14 e 15 Cost. individuano i confini delle legittime compressioni delle libertà ivi previste; un'attività che andasse oltre questi o comunque non li rispettasse, risulterebbe lesiva di un diritto fondamentale e andrebbe censurata e punita, così come andrebbero perseguiti disciplinarmente, penalmente e civilmente, laddove previsto, gli autori⁴⁶.

una disciplina a pena di inutilizzabilità, ma vi sono espressioni (come «non possono...» e «non possono in alcun modo essere disposte...») che si riferiscono a un divieto di compiere certi atti e di acquisire prove con certe modalità; in termini, NOBILI (1991), c. 648.

³⁸ V. CORDERO (1961), pp. 69-70: «*se la prova è un tipico fenomeno giudiziale, è ovvio che se ne cerchi la disciplina all'interno del processo; in altre parole, l'eventuale inammissibilità d'un apporto istruttorio alle cui radici si riscontri un contegno illecito, non trae origine da una reazione dell'ordinamento alla condotta contra ius, bensì dall'esistenza, nel caso singolo, d'un limite probatorio più o meno esplicitamente statuito*».

³⁹ Per tutti, nuovamente, TONINI e CONTI (2025a), p. 207 e ss. Sul concetto di «non sostituibilità» cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio, cit., p. 30. Il principio trova il suo fondamento, anzitutto, in un generale divieto per i pubblici poteri di sviare dalle proprie funzioni, ma ancor di più nel canone di legalità probatoria che informa il diritto processuale penale italiano e che trova conferma nel disposto dell'art. 111, co. 1, Cost., il quale invoca il «giusto processo regolato dalla legge».

⁴⁰ Vigé il principio di tassatività delle ipotesi di inutilizzabilità. Sul punto, cfr. Corte cost., sent. n. 219 del 2019, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2581. Si veda l'art. 2 n. 7 della legge-delega per l'emanazione del codice del 1988 (l. 16 febbraio 1987, n. 81): l'indicazione è quella di configurare una «*previsione espressa sia delle cause d'invalidità degli atti che delle conseguenti sanzioni processuali*». In dottrina, v. GALANTINI (1997), p. 698, ove si evidenzia come la tassatività dell'inutilizzabilità si attegga in modo diverso da quella della nullità ed è correlata alla tassatività dei divieti.

⁴¹ Al fine di giustificare la sanzione dell'inutilizzabilità come reazione all'elusione di una disciplina tipica, si invoca la violazione di un «*divieto probatorio insito nel sistema*» (Cosi, TONINI e CONTI (2025a), p. 212). È vero che tale articolo sconta un «deficit di tipicità» (così, CONTI (2007a), p. 57) proprio nella parte in cui rinvia alla «legge» senza ulteriori specificazioni, ma, posta l'esigenza di ricondurre l'inutilizzabilità a specifici divieti, occorrerebbe evitare di ricorrere alla scorciatoia dei divieti ricavati dal sistema (in tema cfr. ancora NOBILI (1990), pp. 408 e ss.).

⁴² Sul punto, per tutti, CONTI (2024), p. 453.

⁴³ Così, CAPRIOLI (2000), p. 240. Difatti, seppur appare indubbia la natura processuale del co. 2 dell'art. 15 Cost., in ogni caso non può da ciò ricavarsi che le prove acquisite in violazione della segretezza possano essere ritenute inutilizzabili dal giudice in via diretta per violazione di detta disposizione. In questo senso, anche CORDERO (2012), p. 639.

⁴⁴ Sul punto, fra gli altri, v. ZAGREBELSKY (1987), pp. 104-105; BIN (2010), pp. 201 ss.; MANNELLA (2010).

⁴⁵ Ragionando altrimenti, si incapperebbe in quel «salto logico» messo in evidenza dalla dottrina già sotto la vigenza del vecchio codice di procedura penale, ove non era ancora presente l'autonoma categoria dell'inutilizzabilità. In questi termini, CORDERO (1961), p. 73: «*Si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa; ma s'incorre in un salto logico, quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare, come processualmente irrilevante, ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive*».

⁴⁶ In questo senso v., nuovamente, CORDERO (1961), pp. 76-77: «*In parole povere, il legislatore punisce l'autore d'una perquisizione illecitamente eseguita, ma non ripudia le prove che ne rappresentano il compendio (sempre che non si verta in uno dei casi, per i quali è comminato in abstracto un divieto di sequestro)*». In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., sez. V, 10 ottobre 2019, in *C.E.D. Cass.*, n. 277432.

Tuttavia, il piano della legittima compressione dei diritti fondamentali e il piano dell'utilizzabilità probatoria dei risultati d'indagine abusivi sono diversi e non consentono di desumere automaticamente dall'uno soluzioni spendibili sull'altro piano, perché entrano in gioco altri valori – ad es. l'irrimediabile pregiudizio per l'accertamento – che richiedono sempre un oculato bilanciamento. Basti pensare all'art. 270 o all'art. 224-*bis* c.p.p.

4.

Il sequestro di corrispondenza “statica”.

Per ridurre al minimo possibili controversie giudiziarie, la giurisprudenza di legittimità indica agli Uffici di Procura il procedimento da rispettare al fine di non vanificare l'attività investigativa e consentire l'utilizzo in giudizio di quanto acquisito dal dispositivo elettronico. Considerato che, per ottenere le *chat*, occorre un sequestro di corrispondenza⁴⁷, anche la messaggistica istantanea archiviata negli *smartphone* «richiede l'assoggettamento alla disciplina dell'art. 254 cod. proc. pen. che impone la necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria»⁴⁸. Ciò costituisce la premessa per argomentare l'illegittimità delle attività eventualmente compiute dalla p.g. di propria iniziativa, in assenza di un precedente sequestro del dispositivo elettronico e senza attendere alcuna autorizzazione del p.m. per accedere al contenuto (come invece richiesto dalla disciplina di cui agli articoli 254, co. 2, e 353 c.p.p.).

In alcune circostanze, i giudici di Piazza Cavour affermano che «resta imprescindibile, onde prevenire il rischio di abusi, che in situazioni del genere la polizia giudiziaria abbia il dovere di procedere al sequestro del telefono senza poter accedere al suo contenuto, prima di una formale autorizzazione da parte del pubblico ministero»⁴⁹. In tale passaggio si intravede la distinzione tra “contenitore” (*smartphone*) e “contenuto” (dati informatici ivi presenti). Tale distinzione – seppur riferita alle regole concernenti il sequestro di corrispondenza ai sensi degli artt. 254 e 353 c.p.p. – ha una certa importanza in quanto comporta una differenziazione dei rispettivi sequestri da eseguire in base al diverso oggetto (*smartphone* e dati), in linea con le coordinate ermeneutiche emerse nell'ambito della giurisprudenza costituzionale⁵⁰ e della dottrina più attenta⁵¹.

Il costante riferimento alla necessità di una formale autorizzazione da parte del pubblico ministero, quindi, discende dalla ritenuta applicabilità dell'art. 254 c.p.p. Tali indicazioni paiono portare il lettore e l'interprete verso una procedimentalizzazione che, se venisse seguita nei minimi dettagli dagli operanti e dal pubblico ministero, desterebbe non poche perplessità: anche se la polizia giudiziaria agisse in ossequio alle indicazioni contenute nei primi due commi dell'art. 254 c.p.p., l'estrapolazione delle *chat* mediante *screenshots* – autorizzata dal p.m. – avverrebbe comunque in dispregio dei diritti fondamentali del titolare dello *smartphone*, in quanto posta in essere in base ad una disciplina che, con riferimento alla libertà e segretezza della corrispondenza “statica”, non può costituire l'attuazione della riserva di legge di cui all'art. 15 Cost.⁵².

Al fine di giustificare questa affermazione, occorre procedere con ordine e interrogarsi, anzitutto, sulla ragione giuridica che spinge la giurisprudenza a ritenere applicabile proprio la disciplina prevista dall'art. 254 c.p.p. Il richiamo a tale norma, invero, pare potersi interpretare in due modi, nessuno dei quali appare immune da censure.

In primo luogo, si può supporre che venga ritenuta applicabile la disciplina dedicata al “sequestro di corrispondenza” poiché l'acquisizione di messaggistica colta in una dimensione “statica” potrebbe assimilarsi al mezzo tipico di ricerca della prova cristallizzato nella disposizione sopra richiamata⁵³, oltre che ad un'attività d'indagine tipizzata della p.g. (art. 353

⁴⁷ In questo senso, con un *obiter dictum* privo di ulteriori indicazioni, Corte cost., sent. n. 170 del 2023, cit., p. 2176: «La conclusione è, dunque, che, per questo verso, si è al cospetto di sequestri di corrispondenza». Alla medesima conclusione – ossia che il potere di sequestro può impiegarsi per la corrispondenza già pervenuta al destinatario o rinvenuta presso un terzo – pare giungere ITALIA (1963), p. 167, il quale però evidenzia come il diritto alla segretezza della corrispondenza si estingue con la presa di conoscenza del destinatario: «allorché il destinatario ha preso conoscenza della corrispondenza [...] egli avrà, sulla corrispondenza e comunicazioni “aperte”, non più un diritto alla segretezza, ma un diritto alla riservatezza».

⁴⁸ Per tutti, v. Cass., Sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, cit., p. 5.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁰ Si richiama, ancora una volta, Corte Cost., sent. n. 170 del 2023, cit.

⁵¹ Sul punto, fra gli altri, LORENZETTO (2010), pp. 1522 e ss.; SIGNORATO (2018), pp. 217 e ss.; MURRO (2024), pp. 133 e ss.; DE FLAMMINEIS (2024), p. 6.

⁵² Nello stesso senso, v. FILIPPI (2025a), p. 3.

⁵³ È questo, come visto, il primo passaggio logico necessario che deve affrontare l'interprete dinanzi ad un mezzo di ricerca della prova

c.p.p.)⁵⁴.

In realtà, gli *screenshots* effettuati dalla polizia giudiziaria risultano scarsamente idonei a identificarsi nello schema legale predisposto dall'art. 254 c.p.p. o dall'art. 254 *bis* c.p.p. (comunque non richiamato dall'attuale giurisprudenza): questi ultimi, in maniera espressa, fanno riferimento al sequestro di corrispondenza (anche telematica) «presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni». L'estrapolazione di *chat* già archiviate riguarda, invece, un'attività investigativa svolta in via diretta sul dispositivo elettronico di proprietà del soggetto destinatario del sequestro, senza un'interlocuzione con i cc.dd. *service providers*. Si tratta di un aspetto determinante e dirimente che vale ad escludere la possibilità di ritenere assimilabile lo *screenshot* effettuato sullo *smartphone* al sequestro di corrispondenza codicistico: l'art. 254 c.p.p. (così come l'articolo successivo) è inapplicabile per la prima ipotesi.

Un orientamento dottrinale⁵⁵, al contrario, considera possibile e necessaria, per un'adeguata tutela dei diritti fondamentali, l'applicazione dell'art. 254 c.p.p. Tuttavia, il nobile proposito e lo strumento dell'interpretazione costituzionalmente conforme non consentono di snaturare i tratti caratteristici di una disposizione – ancorché obsoleta – arrivando al punto di fornirne un'interpretazione *contra legem*.

Vero è che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2023, occorre tenere in debito conto l'equiparazione tra messaggi in transito e messaggi già ricevuti e archiviati⁵⁶; nondimeno, anche a voler portare agli estremi un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 254 c.p.p., il dato letterale di quest'ultimo – ancoraggio e limite necessario per l'interprete – appare insuperabile. La disposizione in questione, infatti, contiene inequivoci riferimenti alla sola corrispondenza ancora *in itinere*: il sequestro ivi previsto è riferito agli oggetti di corrispondenza che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere «spediti dall'imputato o a lui diretti», tra i quali rientrano quelli «inoltrati» per via telematica, in seguito alla novella del 2008⁵⁷.

Una conferma deriva proprio dalle considerazioni della Consulta, secondo cui l'art. 254 c.p.p. «regola esclusivamente il sequestro di corrispondenza operato presso i gestori di servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni: dunque, il sequestro di corrispondenza in itinere, che interrompe il flusso comunicativo»⁵⁸.

In secondo luogo, le differenze dei tratti tipici dei mezzi di ricerca della prova in questione appena messe in evidenza escludono anche che l'acquisizione di messaggistica “statica” possa trattarsi come un “caso simile”, ovvero una “materia analoga” al sequestro di corrispondenza disciplinato dall'art. 254 c.p.p.⁵⁹. Peraltro, tale articolo, come gli altri concernenti mezzi di

apparentemente privo di una disciplina specifica: verificare la possibilità di sussumerlo in una fattispecie tipica.

⁵⁴ Invero, pare opportuno ricordare come l'operazione ermeneutica da compiere al fine di verificare l'effettiva tipicità o atipicità dello strumento investigativo in questione richieda un'attenta analisi e comparazione tra la disciplina prevista dalla legge e le caratteristiche ontologiche del mezzo “nuovo”, al fine di rispettare il sistema di legalità probatoria e il già citato principio di non sostituibilità. Anticipa valutazioni in questo senso, pur ancora in assenza dell'art. 189 c.p.p., CORDERO (1963), p. 32, nt. 81. Nelle opinioni espresse dal medesimo Autore in merito al codice Rocco si rinvengono anche tracce del principio di non sostituibilità: v. CORDERO (1963), p. 69: «nel valutare l'ammissibilità delle prove innominate, occorre guardare alle norme che reggono il sistema»; nonché, p. 95: «la testimonianza è inammissibile, ogniquale volta l'escussione del testimone introdurrebbe per via obliqua una prova, che la legge non consente di acquisire: così non è ammessa la testimonianza in ordine al contenuto d'un documento non suscettibile di sequestro, sul quale l'autore d'una perquisizione illegittima abbia posto gli occhi. Analogo è il caso del dialogo telefonico tra il difensore e la parte, intercettato da un privato o da funzionari di polizia giudiziaria». L'inammissibilità, qui, deriva dal fatto che della prova che si vuole introdurre non è consentita l'acquisizione *ex lege*; diverso, come si vedrà, è il caso di una prova ottenuta «per via obliqua», ma che pure si sarebbe potuta acquisire legittimamente (v. *infra*).

⁵⁵ V., fra gli altri, ALBANESE (2024), p. 1517 e ss. e TORRE (2025), p. 761 e ss. Quest'ultimo riconosce la forzatura interpretativa dell'orientamento giurisprudenziale che, in tali casi, ritiene applicabile l'art. 254 c.p.p.; tuttavia, guarda ciò con favore, considerandolo un esempio di «interpretazione terapeutica», giustificabile in ragione dei valori costituzionali (art. 15 Cost.) che si celano dietro l'acquisizione processuale della corrispondenza, ovunque essa si trovi». Per i rapporti fra gli artt. 253 e 254 c.p.p. v. *infra*, nt. 87.

⁵⁶ Sul punto, v. anche l'art. 2 della Direttiva 2002/58 ove, alla lett. d), si definisce comunicazione «ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico [...]». Il riferimento alle informazioni “scambiate” o “trasmesse” richiama a conversazioni concluse e, quindi, già archiviate.

⁵⁷ Si fa riferimento alla legge 18 marzo 2008, n. 48 “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno”, su cui v., fra gli altri, LUPARIA DONATI (2008), pp. 717 e ss. Con questa riforma il legislatore è intervenuto in materia (tra l'altro) di sequestri e perquisizioni, al fine di adeguare alcuni aspetti essenziali della disciplina codicistica alle istanze delle indagini digitali, ma nulla ha previsto per il sequestro di corrispondenza già giunta a destinazione, intendendo fare riferimento, con la riforma dell'art. 254 c.p.p. e l'introduzione dell'art. 254 *bis* c.p.p., come detto, esclusivamente agli oggetti di corrispondenza ancora in transito (colti, cioè, in una prospettiva “dinamica”). Su questo, v. RIVELLO (2023), pp. 3360 e ss.; MURRO (2024), pp. 155 e ss.

⁵⁸ V. Corte cost., sent. n. 170 del 2023, cit.

⁵⁹ Anche a voler tralasciare le plurime e autorevoli voci che – in modo condivisibile – si pongono in una prospettiva negativa rispetto all'ammissibilità di un'analogia nell'ambito del diritto processuale penale (sul punto, v. MAZZA (2013), pp. 5-7-8 e DELLA TORRE (2022), pp. 43-44; un accenno anche in CAMON (1999), p. 1197, comunque, detto tipo di operazione ermeneutica presuppone la presenza di una lacuna

ricerca della prova che incidono su diritti fondamentali, ha natura eccezionale. La lacuna legislativa, quindi, non può considerarsi involontaria, anche perché, dinanzi ad una riserva di legge rafforzata, è ammesso soltanto ciò che è previsto dal legislatore, essendo illegittime tutte le attività compiute al di fuori di tale perimetro⁶⁰. Quanto detto, perciò, esclude in radice l'applicazione analogica dell'art. 254 c.p.p. al sequestro di corrispondenza telematica già archiviata.

Vista l'inapplicabilità degli articoli 254 e 254 *bis* c.p.p. al caso di specie, pare doversi concludere per l'attuale assenza, nel sistema, di una disciplina idonea a legittimare, ai sensi dell'art. 15 Cost., l'acquisizione di messaggistica istantanea già archiviata all'interno di un dispositivo elettronico⁶¹.

4.1. Documenti e corrispondenza.

Nell'affrontare la questione sull'utilizzabilità degli *screenshots* effettuati dalla p.g., la giurisprudenza di legittimità richiama costantemente le considerazioni contenute nella sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale⁶², secondo cui «*posta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione WhatsApp (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) rientrano [...] a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi*»⁶³.

In queste poche righe si condensa la “rivoluzione” interpretativa – ma, come si dirà, parziale – della Consulta, a fronte di un precedente indirizzo giurisprudenziale secondo cui i messaggi *WhatsApp* e gli *sms* conservati nella memoria di un telefono cellulare avrebbero avuto natura di documenti, ai sensi dell'articolo 234 c.p.p.⁶⁴, e come tali sarebbero stati legittimamente acquisibili mediante la mera riproduzione fotografica (*screenshot*) anche da parte della polizia giudiziaria. Secondo tale indirizzo, superato dalla Corte costituzionale, non avrebbero potuto trovare applicazione né la disciplina delle intercettazioni (art. 266 e ss. c.p.p.), né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza (art. 254 c.p.p.)⁶⁵, trattandosi non di captazione di

legislativa involontaria e la non eccezionalità della disposizione da cui trarre la relativa disciplina giuridica. Aspetti che, nel caso di specie, non paiono sussistere.

⁶⁰ In termini, v. Cass., Sez. Un., 12 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 luglio 2012, con nota di LEO (2012), p. 9: «*in materia presidiata dalla riserva di legge e di giurisdizione, non è consentita interpretazione analogica o estensiva di discipline specificamente dettate per singoli settori*». Si evidenzia, nuovamente, l'impossibilità di applicare in tali casi l'art. 189 c.p.p. Tuttavia, l'illegittimità dell'attività, come visto, non comporta necessariamente l'inutilizzabilità dell'elemento probatorio ottenuto.

⁶¹ Sul punto v., nuovamente, MURRO (2024), p. 160. Secondo l'Autrice, «*bisognerà, quindi, verificare se l'assenza, nel dettato normativo vigente, di una riserva di legge e (anche) di giurisdizione, sia compatibile con il recente approdo della Consulta, ovvero se l'estensione delle garanzie di cui all'art 15 Cost. alle comunicazioni archiviate nello smartphone non rischi di rendere illegittime le attività di acquisizione di tali dati*». Accedendo alla tesi – a dire il vero piuttosto “frettolosa” – secondo cui non vi è attualmente nel sistema una disciplina che consenta l'acquisizione delle *chat* archiviate, l'unica ipotesi di inutilizzabilità degli *screenshots* in tal modo effettuati può discendere dalla considerazione positiva circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento della c.d. prova incostituzionale, corredata dalla sussistenza del principio di non sostituibilità da cui si ricava un divieto probatorio: la violazione dell'art. 15 Cost. integra un'attività di acquisizione contraria a tale divieto, poiché la Costituzione è “legge” che “vieta” (Cosi, NOBILI (1990b), p. 413, seppur con riferimento alle norme incriminatrici.), con conseguente applicazione dell'art. 191 c.p.p.; l'estrapolazione delle *chat* sarebbe dovuta avvenire tramite un sequestro corredata dalle dovute garanzie e, poiché così non è stato, il risultato è inutilizzabile.

⁶² V. Corte cost., sent. n. 170 del 2023, cit. Sul punto, fra gli altri, v. CURTOTTI (2023), pp. 708 e ss., con un approccio critico rispetto alla ricostruzione fornita tanto dalla Procura di Firenze, quanto dalla Corte costituzionale; GUZZETTA (2023); per una prospettiva di diritto costituzionale, v., fra gli altri, D'ANDREA (2023), pp. 1713 e ss. e SCOPELLITI (2023), pp. 283 e ss.

⁶³ Ci permettiamo di rilevare un profilo di ambiguità che permea tale premessa della Corte. Estendere la tutela costituzionale ai messaggi *WhatsApp* in quanto assimilabili a lettere o biglietti chiusi consiste in una conferma del tradizionale orientamento secondo cui la missiva chiusa, pur se giunta a destinazione, è ancora corrispondenza, ma, non appena aperta dal destinatario, diventa documento (per tutti, ITALIA (1963), pp. 29-30). Ebbene, le considerazioni della Corte costituzionale finiscono per sovrapporre due piani che la dottrina teneva ben distinti: un conto è una lettera ricevuta, ma non ancora letta; un altro è una lettera ricevuta, aperta e poi conservata in un luogo riservato (come il domicilio o una cassaforte ivi presente). Secondo l'orientamento tradizionale, solo nel primo caso la missiva riceve tutela dall'art. 15 Cost., in quanto, nel secondo caso, ciò che rileva è che il messaggio sia stato letto, diventando a quel punto un documento. È irrilevante il fatto che lo stesso venga custodito in un luogo “protetto” e accessibile al solo destinatario, poiché la violazione di ciò attiene alla tutela della riservatezza o, a seconda dei casi, del domicilio. Seguendo tale impostazione risalente, le medesime considerazioni si sarebbero potute estendere alle conversazioni telematiche: l'*sms* recapitato al destinatario, ma non ancora letto, è corrispondenza; una volta letto, diventa un documento, pur se rimane conservato in un'*app* o in un *server* accessibile solo con credenziali personali (del tutto assimilabili alla già menzionata cassaforte). Il superamento di tale orientamento, allora, non può derivare dall'assimilazione dei messaggi *WhatsApp* ai biglietti chiusi, poiché questi non sono più “chiusi” una volta letti e archiviati in una memoria digitale, ma sono solo ivi “conservati”; bensì, deriva da un radicale cambio di prospettiva, che, però, viene dalla Consulta esplicitato solo nel prosieguo della motivazione: i biglietti aperti e letti continuano a costituire corrispondenza fin quando non abbiano perso la loro attualità.

⁶⁴ Di «*ipertrofia concettuale cui è andata incontro la nozione di documento*» parla DEL COCO (2019), p. 17.

⁶⁵ In senso conforme, TORRE (2020), p. 1283; MINAFRA (2018), p. 1718.

un flusso di comunicazioni in corso, bensì di mera documentazione *ex post* di detti flussi⁶⁶.

La Consulta ha specificato gli aspetti che in punto di segretezza caratterizzano anche questi innovativi oggetti di corrispondenza. Nel caso delle *e-mail*, la riservatezza della comunicazione è «assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali» e, con riferimento ad un messaggio *WhatsApp*, questo, «spedito tramite tecniche che assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione». La nozione di «corrispondenza», quindi, presenta una portata tale da ricomprendere le forme di scambio di pensiero a distanza che prendono il nome di messaggistica istantanea e che costituiscono «altrettante «versioni contemporanee» della corrispondenza epistolare e telegrafica». Ma il punto di svolta è un altro: per il Giudice delle leggi, i messaggi «aperti» e letti, epistolari o telematici, mantengono il carattere di corrispondenza di cui deve continuare a tutelarsi la segretezza. La garanzia dell'art. 15 Cost. «rimane valida finché la comunicazione conservi carattere di attualità e di interesse per i corrispondenti, venendo meno solo quando il decorso del tempo o altra causa abbia trasformato il messaggio in documento «storico», cui può attribuirsi un valore retrospettivo, affettivo, collezionistico, artistico, scientifico o probatorio»⁶⁷.

Risolta in tal modo dalla Consulta la questione relativa al risalente dibattito circa i limiti temporali finali della tutela accordata dall'art. 15 Cost.⁶⁸, risultano coerenti le considerazioni svolte dalla giurisprudenza, relative, da un lato, all'impossibilità di considerare le *chat WhatsApp* alla stregua di documenti al fine di assicurarle al procedimento e, dall'altro, alla necessità di estendere a queste ultime la tutela costituzionale della libertà e segretezza della corrispondenza.

Simili rilievi sono stati svolti dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con le sentenze «gemelle» nn. 23755 e 23756 del 29 febbraio 2024⁶⁹, in tema di acquisizione tramite Ordine europeo di indagini (c.d. O.E.I.) di comunicazioni svolte su c.d. criptofonini, già intercettate e deciptate dall'autorità giudiziaria francese. In particolare, in detta pronuncia si evidenzia come «quando la prova documentale ha ad oggetto comunicazioni scambiate in modo riservato tra un numero determinato di persone, indipendentemente dal mezzo tecnico impiegato a tal fine, occorre assicurare la tutela prevista dall'art. 15 Cost. in materia di «corrispondenza»»⁷⁰.

Tuttavia, proprio da questo passaggio emerge l'ambiguità che aleggia su tale argomento anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale: secondo le Sezioni Unite si tratta comunque di una «prova documentale», pur se avente ad oggetto uno scambio di comunicazioni⁷¹. Questa circostanza consente di mettere in evidenza l'esistenza di una «prova documentale

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. V, 14 febbraio 2023, n. 24824, in *Quot. Giur.*, 2023; Cass., sez. II, 1 luglio 2022, n. 39529, *ivi*, 2022; Cass., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417, *ivi*, 2022; Cass., sez. V, 10 marzo 2021, n. 17552, *ivi*, 2021; Cass., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822, *ivi*, 2020. Di recente, in senso contrario, ossia in favore dell'applicabilità dell'art. 234 c.p.p. cfr. Cass., sez. VI, 10 luglio 2025, n. 30456, in www.osservatoriofamiglia.it, 15 settembre 2025.

⁶⁷ V. Cass., sez. VI, 20 novembre 2024, n. 1269, cit., p. 5. Del resto, anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non ha avuto incertezze nel ricondurre sotto il cono di protezione dell'art. 8 CEDU – ove pure si fa riferimento alla «corrispondenza» *tout court* – i messaggi di posta elettronica (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, par. 72; Corte EDU, sez. IV, sentenza 3 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito*, par. 41), gli *sms* (Corte EDU, sez. V, sentenza 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*, par. 48) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite *Internet* (Corte EDU, Grande Camera, sentenza *Barbulescu*, cit., par. 74). La Corte costituzionale, quindi, conclude nel senso che l'art. 15 Cost. tutela la corrispondenza – ivi compresa quella elettronica – «anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento «storico». *Contra*, come detto, ITALIA (1963), pp. 29-30, secondo cui in seguito all'apertura della missiva da parte del destinatario, questa diventa un documento.

⁶⁸ La posizione oggi assunta dalla Consulta era già stata sostenuta diffusamente in dottrina. Si vedano, sul punto, le acute riflessioni di CAPRIOLI (2000), p. 96 e ss. Inoltre, ZACCHÉ (2013), p. 110 – richiamando, tra le altre, le considerazioni sulla segretezza della missiva espresse da ANTOLISEI (2008), p. 253 – evidenzia che «Se, dunque, il segreto viene meno solo quando la missiva perde il valore di comunicazione attuale, per acquisire un significato meramente retrospettivo, affettivo, storico, ecc., ciò significa che la posta elettronica già letta e archiviata dal destinatario nell'apposita cartella, finché attuale, risulta coperta dall'art. 15 Cost. e, come tale, andrebbe assunta». Per approfondimenti sul punto, v. ZACCHÉ (2013), p. 110, nt. 74 e 75. Pare opportuno evidenziare come posizioni contrarie a tale approccio ermeneutico siano state, nel tempo, pur autorevolmente sostenute. Oltre al contributo già citato di Vittorio Italia, si veda, ad es., PACE (1977), p. 91, secondo cui non sarebbe qualificabile come violazione del diritto tutelato dall'art. 15 Cost. «l'abusiva cognizione – da parte di un terzo – del contenuto di una corrispondenza ormai recapitata e già letta dal destinatario».

⁶⁹ V. Cass., Sez. Un., sentenze del 29 febbraio 2024, Gjuzi e Giorgi, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2575 e ss. con nota di NAPPI (2024). Sul punto, inoltre, v. GRIFFO (2025a), pp. 508 e ss.; DANIELE (2024).

⁷⁰ In questi termini, Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, Giorgi, cit., p. 2590.

⁷¹ Su questo, occorre una precisazione. Lo *screenshot* in sé, come atto compiuto al di fuori e al di là di un procedimento penale, comunemente effettuato dai consociati per le più disparate ragioni (tra cui archiviare sul dispositivo una porzione di conversazione ritenuta interessante, ovvero rendere edotti altri del contenuto della *chat*), può considerarsi compatibile con la sopra delineata nozione di documento, una volta introdotto per qualsiasi motivo in un procedimento penale. Si pensi a tale esempio: la persona offesa, costituita parte civile, intende chiedere

di corrispondenza”, senza che ciò si traduca in una contraddizione in termini.

Per dimostrare ciò occorre ricordare, anzitutto, la fondamentale distinzione, di cui vi è traccia anche nella Relazione illustrativa al codice del 1988⁷², tra documento e documentazione⁷³: quest’ultima riguarda le rappresentazioni di atti del procedimento, ma non può e non deve essere confusa con il primo, che concerne la rappresentazione di fatti, persone o cose preesistenti non tanto al processo strettamente inteso, quanto all’intero procedimento⁷⁴. In altri termini, la documentazione costituisce un atto «con cui un soggetto del procedimento, dotato di specifici poteri investigativi, vuole trasmettere conoscenza a un altro soggetto del procedimento»⁷⁵; il documento, invece, è una *res* idonea a rappresentare un fatto estraneo a quel procedimento, proveniente da soggetti ai quali, in quell’ambito, non sono riconosciuti specifici poteri investigativi o di accertamento⁷⁶.

I moderni rilievi fotografici effettuati dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa costituiscono veri e propri atti di indagine, la cui esecuzione è destinata in modo fisiologico a confluire nella documentazione del procedimento, ossia in verbali o annotazioni ove si dà atto dell’attività espletata.

Quanto detto, però, si riferisce esclusivamente all’atto di esecuzione degli *screenshots*, non anche al loro contenuto, che è comunque precostituito, in quanto consiste in *chat* archiviate in un dispositivo elettronico. Tale peculiarità delle conversazioni ormai concluse – in effetti formate fuori e a prescindere da un procedimento penale – porta a ritenere che le stesse, una volta ottenute dalla p.g. nel rispetto delle garanzie costituzionali, continuino ad avere caratteristiche ontologiche documentali.

Il dato normativo conferma tale impostazione. In particolare, l’art. 240 c.p.p. considera “documenti”, fra gli altri, i contenuti di conversazioni, relativi al traffico telefonico e telematico, illegalmente acquisiti⁷⁷. La disposizione ora richiamata, sia per la rubrica che per l’*intento legis*, pare far riferimento esclusivamente alle intercettazioni illegali⁷⁸, ma la formulazione letterale smentisce tale ricostruzione essendo ben più ampia e facendo ricadere nel perimetro normativo qualsiasi documento, supporto o atto concernente dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni.

Ad ogni modo, il carattere documentale delle intercettazioni, ai sensi dell’art. 240 c.p.p., non discende certamente dalla loro “illegalità”, ma dalle caratteristiche del “contenitore” nel quale confluisce quanto ottenuto a seguito di un’attività captativa. Questo contenitore è idoneo a “rappresentare” e incorporare il contenuto e la trascrizione delle conversazioni, ovvero l’audio delle stesse: si tratta proprio di una prova documentale di corrispondenza.

Dunque, se le intercettazioni extra-procedimentali – che per definizione captano comu-

l’ammissione di *screenshots* relativi a *chat* intervenute fra la stessa e l’imputato o terzi soggetti, volontariamente estrapolati dal proprio cellulare. In una simile ipotesi non pare revocabile in dubbio la qualificazione come documenti di queste riproduzioni fotografiche del contenuto di conversazioni. Nessuna garanzia costituzionale è intaccata, poiché la salvaguardia della riservatezza dell’altro interlocutore trova un limite nella volontà della parte, meritevole di tutela, di impiegare in giudizio dette conversazioni a proprio favore. Risulta, quindi, pienamente applicabile un mezzo di prova tipico – in specie, la prova documentale – per l’acquisizione in giudizio di siffatti *screenshots* (in termini dubitativi PARODI (2025), p. 4, il quale conclude nel senso della sufficienza del consenso della persona offesa per un’acquisizione diretta da parte della p.g.). Il giudice non può far altro che ammettere tali documenti e acquisirli al fascicolo dibattimentale. Tutt’al più, le questioni concernenti queste prove documentali riguardano “soltanto” la loro attendibilità in generale, l’attendibilità del loro contenuto e, quindi, la loro “forza” probatoria. In altri termini, il giudice si troverà dinanzi a interrogativi attinenti esclusivamente all’ultimo momento della sequenza procedimentale – la valutazione – non figurando problemi di ammissione e acquisizione (salvo quanto previsto dall’art. 240 c.p.p.).

⁷² Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. N. 1-2, p. 67, ove si evidenzia che «le norme sui documenti sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso. Sono, pertanto, del tutto estranei alla disciplina degli art. 234 ss. i verbali degli atti compiuti in fasi anteriori al medesimo processo».

⁷³ Distinzione non percepibile “in natura”, ma frutto di una costruzione normativa; in questo senso, CORBO (2009), p. 322 e nt. 16. Sul punto, TONINI e CONTI (2025b), p. 389. Nella giurisprudenza di legittimità, puntuali indicazioni in merito a tale distinzione sono contenute nella già citata Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco, cit. Inoltre, v. CAMON (2006), pp. 1550 e ss., ove l’Autore, fra le altre cose, chiarisce la distinzione fra “atto” e “documentazione dell’atto” (p. 1557); nonché LARONGA (2004), p. 8, che evidenzia come la distinzione tra questi due termini trova il suo fondamento non tanto nelle caratteristiche intrinseche dell’oggetto rappresentativo, quanto piuttosto nella relazione che si instaura tra esso ed il singolo procedimento in cui se ne fa uso.

⁷⁴ Cfr. Corte cost., n. 170 del 2023, cit., secondo cui «degradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall’art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all’invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione».

⁷⁵ In questo senso, CORBO (2009), p. 325.

⁷⁶ Per una distinzione tra documento e documentazione informatica, v. TONINI e CONTI (2025a), pp. 457-458, ove nell’esemplificare il documento informatico si fa riferimento ad una *mail* dell’imputato alla madre.

⁷⁷ Cfr. ALGERI (2023), pp. 3244-3245. Per un’esauritiva disamina di tale articolo v. ZACCHE (2012), pp. 219 e ss.

⁷⁸ Evidenzia l’infelice utilizzo di tale termine CONTI (2007b), p. 161.

nicazioni – vengono considerate dall'ordinamento alla stregua di documenti, *a fortiori* tale qualificazione dev'essere attribuita alle conversazioni ormai concluse e archiviate⁷⁹. La corrispondenza “statica”, entità formatasi fuori e a prescindere dal procedimento, una volta ottenuta nel rispetto delle garanzie costituzionali, conserva la sua natura di entità rappresentativa di un qualcosa di differente da un atto endoprocedimentale.

Un esempio. Qualora, in seguito a una perquisizione domiciliare, gli operanti rinvenivano nella stanza dell'imputato numerose lettere cartacee (“attuali”) da cui emerge uno scambio epistolare tra lo stesso e la persona offesa, devono procedere al sequestro⁸⁰. Eseguita l'apprensione coattiva della corrispondenza nel rispetto della doppia riserva, le lettere mantengono le loro caratteristiche: si tratta di basi materiali in cui sono incorporate, con metodo analogico, rappresentazioni di comunicazioni di pensiero fra due soggetti, svoltesi fuori dal procedimento.

Il recente approdo della Corte costituzionale, come detto, supera l'orientamento risalente secondo cui «una lettera dissuggellata e aperta dal destinatario è un “documento” ma non è “corrispondenza” ai sensi dell'art. 15 della Costituzione»⁸¹. Tuttavia, non può accantonarsi del tutto questa impostazione: una lettera aperta dal destinatario costituisce corrispondenza con riferimento all'esercizio del potere pubblico per la sua apprensione; ma, se e quando ottenuta, è da considerarsi documento.

In sintesi, nella fase di ricerca della prova, affinché la p.g. possa assicurare al procedimento missive su carta o conversazioni telematiche – formate al di fuori del procedimento e incorporate su una base materiale, analogica o digitale – occorre fare riferimento al “contenuto” delle stesse, che trova piena copertura nell'art. 15 Cost. Ma una volta ottenuta la corrispondenza, per la sua acquisizione è necessario riferirsi al “contenitore”⁸².

Quanto finora considerato vale anche per le *chat* archiviate in un dispositivo elettronico. Una volta apprese, continuano a rappresentare conversazioni tra soggetti esaurite prima del procedimento. Esattamente allo stesso modo della corrispondenza cartacea rinvenuta durante una perquisizione, le *chat* assumono natura documentale dopo esser state assicurate alla giustizia nel rispetto della doppia riserva e al solo fine di una loro acquisizione formale. Spesso, in tali casi, le conversazioni sono contenute in documenti informatici⁸³, ossia rappresentazioni di fatti incorporati in una base materiale con metodo digitale⁸⁴.

La “rivoluzione” della sentenza n. 170 del 2023 della Consulta, quindi, è stata solo parziale: si è chiarito che anche per ottenere la messaggistica istantanea già archiviata è necessario rispettare la doppia riserva di cui all'art. 15 Cost.⁸⁵. Per il resto, però, nulla è cambiato: le *chat* ottenute entrano in giudizio come semplici documenti contenenti conversazioni, senza la necessità di ulteriori cautele.

4.2. *L'applicabilità dell'art. 253 c.p.p.*

Dopo aver distinto le caratteristiche della *res* da apprendere da quelle della *res* da acquisire occorre soffermarsi sul mezzo di ricerca della prova idoneo a ottenere le *chat* archiviate.

L'art. 254 c.p.p. prevede presupposti *ad hoc* per la limitazione della corrispondenza in transito; è evidente il carattere di specialità rispetto alla generale previsione dell'art. 253 c.p.p.

⁷⁹ Non vale a smentire tale ricostruzione la considerazione per cui, all'interno dell'art. 240 c.p.p., non rientrano le intercettazioni comunque autorizzate dall'a.g., ma eseguite senza l'osservanza della disciplina prevista. Si tratta, in questo caso, di un atto del procedimento, poiché la captazione delle conversazioni avviene in tempo reale ed è autorizzata proprio in funzione di quel procedimento in corso. Il risultato e il contenuto delle intercettazioni, quindi, confluisce nella documentazione degli atti d'indagine e non può assimilarsi alla disciplina dell'art. 234 c.p.p.: per l'esecuzione delle operazioni captative *contra legem* si applica solo l'art. 271 c.p.p. In termini, TONINI e CONTI (2025b), p. 403, ma anche CANTONE (2020), p. 380.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 253 c.p.p., v. *infra*, § 4.2.

⁸¹ Così ITALIA (1963), pp. 29-30.

⁸² Si riprenderà la differenza tra apprensione della *res* e acquisizione della prova *infra*, § 5.

⁸³ Per una differenza tra documento analogico tradizionale e documento digitale contenuto nella corrispondenza *e-mail* v. MANCUSO (2019), p. 502.

⁸⁴ In termini, TONINI e CONTI (2025b), p. 392, ove, tra i documenti informatici, si inserisce anche il messaggio *WhatsApp*; secondo tale dottrina, la differenza tra documento tradizionale e documento informatico sta nel metodo di incorporamento, non nel metodo di rappresentazione (TONINI e CONTI (2025a), pp. 450-451, nt. 528).

⁸⁵ In senso critico rispetto alla soluzione fornita dalla Consulta si pone CURTOTTI (2023), pp. 715-716, che propone un diverso criterio rispetto alla “attualità” per comprendere quando si tratti di documento o meno: «occorre valutare se lo scopo comunicativo si sia esaurito o no»; pertanto, «il momento che va dalla spedizione all'arrivo è corrispondenza. Il momento che va dall'arrivo alla lettura è corrispondenza. Il momento che va dalla lettura all'archiviazione è corrispondenza. Poi, di solito, il resto è documento».

Tuttavia, il silenzio normativo con riferimento alla corrispondenza “statica” consente di ritenere applicabile, per l'apprensione di *chat* archiviate, proprio la norma generale sul sequestro probatorio⁸⁶, che non presenta differenze in base alle *res* oggetto di ablazione⁸⁷. L'art. 253 c.p.p. – guardato con “lenti” costituzionali – prescrive i casi, i modi e l'autorizzazione necessaria per il sequestro probatorio, costituendo attuazione della doppia riserva richiesta dall'art. 15 Cost.: per effettuare un sequestro finalizzato all'accertamento del fatto si richiede un decreto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione)⁸⁸, che può e deve riguardare esclusivamente il corpo del reato, ovvero le cose pertinenti al reato (riserva di legge)⁸⁹.

Il contenuto delle *chat WhatsApp* o delle *e-mail*, preconstituito rispetto al procedimento, può costituire oggetto di sequestro in qualità di “cosa pertinente al reato”⁹⁰ necessaria per l'accertamento dei fatti, ma, a tal fine, rimane indispensabile, per la sua legittima apprensione, un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. In particolare, occorre procedere prima al sequestro del dispositivo elettronico; successivamente, ad una copia dei dati in esso contenuti, sulla cui base si esegue una perquisizione⁹¹; rinvenuti i dati comunicativi statici di interesse per il procedimento, deve procedersi al sequestro degli stessi ai sensi dell'art. 253 c.p.p. Per ciascuno dei tre provvedimenti (la perquisizione e i due ablatori) è comunque necessario l'intervento (anche *ex post*) del p.m.⁹²; eventuali lacune procedurali rendono senza alcun dubbio illegittima

⁸⁶ Già secondo l'interpretazione di Cass., Sez. Un., 12 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, cit., «nessuna speciale ragione di tutela [...] interferisce con l'adozione di un ordinario provvedimento di sequestro da eseguire in qualsiasi luogo ove si trovino lettere o pieghi non ancora avviati dal mittente al destinatario o già da quest'ultimo ricevuti». Tuttavia, questa conclusione discende dal fatto che, in adesione all'orientamento tradizionale, secondo i giudici di legittimità del 2012 quella già letta non è più “corrispondenza”. Ciò che si vuole sostenere ora, invece, è che la corrispondenza già letta non è più quella indicata dall'art. 254 c.p.p., ma, continuando a mantenere le sue caratteristiche, rientra nel perimetro applicativo dell'art. 253 c.p.p. In senso contrario, v. TORRE (2025), p. 766.

⁸⁷ Sul sequestro “istruttorio” v., per tutti, CORDERO (2012), pp. 835 e ss. Di recente, GRIFFO (2025b). Vero è che l'art. 254 c.p.p. presenta ulteriori cautele rispetto all'art. 253 c.p.p.: i) la p.g. non ha un potere di iniziativa; ii) è richiesto il *fumus* in relazione alla provenienza della corrispondenza dall'imputato, ovvero al fatto che sia lui il destinatario. Per certi versi, invece, tale norma appare più ampia di quella che la precede: è sequestrabile la corrispondenza che abbia, comunque, una «relazione con il reato». Ad ogni modo, le maggiori garanzie si giustificano storicamente in ragione della «particolare “vulnerabilità” dei messaggi nel momento in cui sono “corrisposti”, per il maggior rischio di captazione o apprensione da parte di terzi» (così TORRE (2025), p. 766). Nonostante questa esigenza non sussista per la corrispondenza statica, parte della dottrina invoca la necessità di un ripensamento dell'istituto del sequestro, tramite cui valorizzare non tanto l'oggetto dell'apprensione quanto l'interesse leso dal sequestro (BACCARI (2024), p. 882). In ragione di ciò, sarebbe opportuno, in attesa dell'intervento del legislatore, applicare l'art. 254 c.p.p. anche alla corrispondenza statica, superando il dato letterale (nuovamente TORRE (2025), p. 766). Invero, come già detto (v., *supra*, § 4.), tale operazione ermeneutica è del tutto arbitraria e avulsa dalle logiche dell'ordinamento. Al contrario, poiché l'esigenza che giustifica i presupposti dell'art. 254 c.p.p. non sussiste per la corrispondenza statica – in quanto tale già giunta a destinazione – risulta applicabile l'art. 253 c.p.p.

⁸⁸ Pare opportuno rilevare come, attualmente, il dibattito si incentri sulla necessità di un intervento del giudice per il sequestro dei dati informatici, non ritenendosi più bastevole un decreto del pubblico ministero. In termini, C.G.U.E., 4 ottobre 2024, causa C-406/22, in *Quest. Giust.*, 7 ottobre 2024. Nella giurisprudenza interna, in senso conforme, v. Cass., sez. VI, 8 aprile 2025, n. 13585, in *Sist. pen. web*, 19 maggio 2025, con nota di MALACARNE (2025); in senso difforme v. Cass., sez. V, 28 gennaio 2025, n. 8376, in *Giur. pen. web*, 2 aprile 2025, con nota di FILIPPI (2025b). In dottrina, ritengono necessario l'intervento del g.i.p. per sequestrare il contenuto di dispositivi FILIPPI (2024c); ODDIS (2025), pp. 11-12; CHELO (2022), pp. 1588 ss.; ID. (2023), p. 1753; CURTOTTI (2024), p. 2703; DINACCI (2025); ID. (2024), pp. 11 e 26, il quale, nel riferirsi alle recenti pronunce della C.G.U.E., rileva l'enunciazione da parte dei giudici europei di un'inutilizzabilità di derivazione comunitaria; MURRO (2024), pp. 253 ss. Del resto, pare che il legislatore abbia intenzione di recepire gli insegnamenti della Corte di Giustizia e i rilievi della dottrina, innalzando le garanzie per l'acquisizione dei dati informatici contenuti in uno *smartphone*; su questo, v. *infra* nt. 92. Nel frattempo, la giurisprudenza sta individuando rimedi per così dire creativi: cfr. Cass., sez. VI, 1 aprile 2025, n. 13585, in *Class. pen.*, 2025, pp. 3214 e ss. Su tale ultima pronuncia v. SCHIAVONE (2026), pp. 161 e ss.

⁸⁹ Del resto, MURRO (2024), p. 162 (nt. 174) richiama alcune pronunce che già ritenevano applicabile l'art. 253 c.p.p. ai dati contenuti in uno *smartphone*: Cass., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 278124, ove si ritiene che l'acquisizione *ex post* di un dato conservato nella memoria del telefono documenti un flusso già avvenuto, per il quale opera la disciplina del sequestro probatorio. In senso conforme, anche Cass., sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, in *C.E.D. Cass.*, n. 276227; Cass., sez. III, 16 aprile 2019, n. 29426, *ivi*, n. 276358. Già in dottrina si era ipotizzata la possibilità di ritenere applicabile a casi del genere una disciplina derivante dal combinato disposto degli articoli 253, 254, co. 2, e 353, co. 2, c.p.p.: in questi termini, MINAFRA (2018), p. 1725: «ne deriva che per l'acquisizione dei messaggi informatici custoditi nel telefono sequestrato, l'ingerenza nella sfera privata della persona trova un'adeguata tutela legale soltanto se si ragiona, in via analogica, nei termini del combinato disposto degli artt. 253, 254, 2° comma, e 353, 2° comma, c.p.p. che estende le cautele delle prime norme al sequestro di tutti i plichi e lettere “chiusi o sigillati”, ovunque ritrovati». Tuttavia, in senso critico rispetto alla compatibilità fra il disposto dell'art. 253 c.p.p. e l'art. 15 Cost. DINACCI, (2024), p. 6. Pare certamente opportuno che, in un futuro prossimo, si proceda a positivizzare una disciplina sulla falsariga di quella prevista per le intercettazioni o per i tabulati telefonici, con l'indicazione dei reati che giustificano l'impiego di detto mezzo di ricerca della prova e un intervento del giudice; purtroppo, in assenza di una tale previsione, rimane attualmente applicabile l'art. 253 c.p.p.

⁹⁰ Sulla ormai pacifica possibilità di considerare i dati informatici e telematici come corpo del reato o cose pertinenti al reato, suscettibili di un sequestro autonomo rispetto al supporto che li contiene v. SIGNORATO (2018), pp. 218-219. Per una esaustiva definizione giurisprudenziale delle “cose pertinenti al reato”, v. COLAIACOVO (2020), p. 431. Non considera sequestrabile come cosa pertinente al reato lo *smartphone* contenente corrispondenza in forma digitale, TORRE (2025), p. 766.

⁹¹ In termini, per tutti, v. MURRO (2024), pp. 130 e ss. Un tema attuale riguarda la corretta modalità con cui procedere alla ricerca dei dati rilevanti per quella specifica indagine, per evitare ingerenze sproporzionate nella vita privata; sul punto, v. TOSELLI (2024). La giurisprudenza, finora, richiede solo che il decreto di sequestro contenga l'indicazione dei criteri di selezione dei dati, senza tuttavia individuarli. Solo sporadicamente si richiama l'utilizzo di parole chiave: cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI, 29 gennaio 2025, n. 17677, in *C.E.D. Cass.*, n. 288139.

⁹² Per la necessità di un intervento del giudice, v. *supra*, nt. 88. Con riferimento alla procedura da seguire per i sequestri dei dispositivi

l'attività espletata.

In sintesi, per il sequestro della corrispondenza “statica” deve escludersi l'applicabilità degli artt. 353 e 254 c.p.p. (sostenuta dall'attuale giurisprudenza), in quanto si tratterebbe comunque di un'attività illegittima poiché contraria alla riserva di legge: queste norme non disciplinano il “caso” dell'apprensione di *chat* archiviate. Dunque, esistono tipi differenti di “corrispondenza”, che comportano l'applicazione di norme diverse in materia di sequestri: la corrispondenza in transito presso i cc.dd. *service providers*, ossia intesa in senso “dinamico” (art. 254 c.p.p.); e la corrispondenza “statica” (art. 253 c.p.p.).

5.

Apprensione della cosa e acquisizione della prova.

Il sequestro riguarda sempre e solo prove “precostituite”, cioè extra-procedimentali⁹³. Anche l'estrapolazione delle *chat* mediante *screenshots*, compiuta dalla p.g., ha ad oggetto un qualcosa formatosi fuori dalle indagini e dal giudizio: non a caso, la Corte costituzionale ha indicato quale mezzo da impiegare per l'acquisizione della corrispondenza “statica” proprio il sequestro.

Lo *screenshot* – che non è un atto di sequestro, ma un rilievo fotografico – non consente di acquisire in via diretta la *chat*⁹⁴, ma solo di effettuare una sorta di “copia” della stessa; e, come visto, in quella circostanza non si tratta della copia di un mero documento, ma della copia di “corrispondenza”. Ecco che l'atto con cui questa si ottiene deve rispettare le garanzie costituzionali.

Ma occorre tenere distinte la fase di ricerca della prova e la fase di acquisizione processuale di quanto rinvenuto⁹⁵.

Un conto è l'atto con cui si effettua lo *screenshot* e il verbale che lo documenta; un altro è la *res* frutto del rilievo fotografico⁹⁶. *Come entra nel giudizio quest'ultima?* Il quesito e la risposta sono analoghi a quelli concernenti la sorte dell'oggetto di un generico sequestro, che per l'appunto è cosa diversa dal destino riservato al verbale delle relative operazioni⁹⁷.

Si intravedono due strade, che è preferibile analizzare anzitutto con un riferimento al sequestro *ex* art. 254 c.p.p., per poi verificare la possibilità di estendere le considerazioni al sequestro di corrispondenza telematica già archiviata.

Da un lato, considerando in modo generico le conversazioni ottenute presso i *service providers* come “cose pertinenti al reato”, potrebbe ritenersi che il loro contenuto entri in giudizio tramite gli artt. 416, co. 2⁹⁸ o 431, co. 1, lett. h), che sanciscono l'inserimento all'interno del fascicolo processuale⁹⁹ del corpo del reato e, appunto, delle cose pertinenti al reato.

Dall'altro, anche se le operazioni di sequestro confluiscono nella “documentazione” degli atti d'indagine, dal punto di vista materiale, come detto, ciò che si ottiene (un foglio, cartaceo o digitale, contenete un messaggio) è nient'altro che un documento (art. 234 c.p.p.)¹⁰⁰: quei fogli o *files* rappresentano il contenuto di una missiva preesistente al procedimento¹⁰¹. Ciò è

elettronici e del loro contenuto, non può non accennarsi al d.d.l. A.S. 806, nel testo integralmente sostituito dall'emendamento 1.100, volto all'introduzione nel codice di rito dell'art. 254 *ter* c.p.p. Già numerosa si presenta la letteratura sul punto, ma per tutti v. MURRO (2024), pp. 253 e ss. Nello specifico, il disegno di legge presenta una proceduralizzazione che suddivide in tre distinte fasi le operazioni investigative: a) sequestro del dispositivo; b) copia ed analisi dei dati; c) acquisizione di quelli di rilievo investigativo. Il tutto presidiato dall'attuazione della riserva di giurisdizione analoga a quella prevista per le intercettazioni e per l'acquisizione di tabulati di traffico telefonico e telematico: si richiede, di regola, un decreto motivato del giudice per le indagini preliminari. Per un approfondimento sugli aspetti salienti del d.d.l. e le criticità emerse finora, v. GRIECO (2025); DELLA TORRE (2025); SIGNORATO (2025); MELILLO (2025).

⁹³ Sul punto v., fra gli altri, CORDERO (1963), pp. 99 e ss. È bene evidenziare che «la prova documentale è per sua natura da annoverarsi fra le prove precostituite» (così DE GIULI (1901), p. 583).

⁹⁴ In generale, per l'acquisizione del contenuto di uno *smartphone* difetta la conseguenza “classica” del sequestro: spossessamento e vincolo d'indisponibilità. Sul punto, fra gli altri, MURRO (2024), p. 149.

⁹⁵ Come osserva anche CORDERO (1963), pp. 111-112: «sequestro e acquisizione della prova non si implicano reciprocamente».

⁹⁶ Nel senso di tenere distinte le «cose relative ad atti» e gli «atti» compiuti per ottenerle (i sequestri, che sono irripetibili) v. FRIGO (1990), p. 720.

⁹⁷ Evidenzia la distinzione tra le varie lettere dell'art. 431 c.p.p. applicabili per l'ingresso del verbale e dell'oggetto del sequestro NAPPI (2004), p. 303. Inoltre, specifica la necessità di tenere distinti il *verbale dal reperto*, BRONZO (2017), pp. 17-18 nt. 54.

⁹⁸ Richiamato dall'art. 442 c.p.p., che indica il materiale da utilizzare per la decisione nel giudizio abbreviato.

⁹⁹ Sul fascicolo per il dibattimento, per tutti, BRONZO (2017).

¹⁰⁰ In tema di prova documentale, fra gli altri, v. BRUNO (2008), pp. 384 e ss.; nonché, LARONGA (2004) e CANTONE (2004). Più di recente, TONINI e CONTI (2025a), pp. 450 e ss.; ZACCHÈ (2012); VELE (2022). Interessanti riflessioni su tale mezzo di prova si rinvencono, con riferimento al codice di procedura penale del 1865, in DE GIULI (1901), pp. 582 e ss.

¹⁰¹ Questo è ancor più evidente lì dove si considerino le caratteristiche funzionali che storicamente la dottrina riconosce al “documento”, ossia

dirimente poiché, nonostante qualche voce dottrinale consideri ammissibili per il tramite degli artt. 416 e 431 c.p.p. anche i documenti probatori (se pertinenti al reato)¹⁰², l'opinione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza non condivide la riconducibilità di questi alla disciplina relativa alla formazione del fascicolo dibattimentale (o per il giudizio abbreviato)¹⁰³. Secondo tale condivisibile impostazione, la corrispondenza già sequestrata ai sensi dell'art. 254 c.p.p., se qualificabile come documento, dovrà essere acquisita in dibattimento *ex* artt. 493 e 495 c.p.p.¹⁰⁴, ossia mediante una richiesta di ammissione da parte del p.m. concernente una prova documentale di corrispondenza.

Avendo poc'anzi qualificato, in generale, la corrispondenza già oggetto di sequestro in termini di documento¹⁰⁵, quanto detto finora può estendersi, ancora una volta, alle *chat* archiviate in un dispositivo elettronico: apprese ai sensi dell'art. 253 c.p.p., devono essere ammesse e acquisite in dibattimento nel rispetto della disciplina sulla prova documentale.

6. Le sanzioni per l'apprensione illegittima.

La base giuridica su cui poggia l'inutilizzabilità degli *screenshots* eseguiti dalla p.g., come detto, è la violazione degli artt. 15 Cost. e 254 c.p.p.: l'apprensione non rispetta la riserva di giurisdizione, poiché è eseguita in assenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

In effetti, lo stesso Franco Cordero – fermo sostenitore della validità del sequestro (ove consentito) in seguito a perquisizione illegittima – ritiene necessaria, ai fini dell'ammissibilità (e quindi utilizzabilità) di una prova reale, la legittimità del sequestro: «*Se l'acquisizione suppone il potere di disporre jure della cosa altrui, tra i requisiti d'ammissibilità della prova reale figura la legittima apprensione da parte del giudice*»¹⁰⁶. A ben vedere, però, la questione centrale in merito all'apprensione delle *chat* non concerne un sequestro illegittimo o invalido, ma, al contrario, un'apprensione coattiva operata senza impiegare il mezzo di ricerca della prova previsto in tali circostanze dal codice (il sequestro).

Si potrebbe pensare che, come per il sequestro eseguito a seguito di perquisizione illegittima¹⁰⁷, anche per l'acquisizione degli *screenshots* senza sequestro difetti la previsione espressa di

la capacità di rappresentare, dimostrare e informare in relazione al fatto cui si riferisce (in termini, per tutti, LARONGA (2004), p. 1). Sul punto, v. *supra*, § 4.1.

¹⁰² In questo senso, fra gli altri, A. NAPPI (2004), p. 134: è possibile «*inserire nel fascicolo dibattimentale qualsiasi oggetto significativo a fini di prova, anche quando non sia stato acquisito per mezzo di sequestro, ma in seguito a produzione di parte. Tra questi oggetti, ovviamente, possono essere ricompresi anche i documenti [...]*». *Contra*, BRONZO (2017), p. 17. L'inserimento nel fascicolo non denota automaticamente l'utilizzabilità: è necessario l'ulteriore passaggio individuabile nella «lettura» (art. 511 c.p.p.); in questo senso, AMODIO (1989), p. 181, nonché BLAIOTTA (2020), p. 877.

¹⁰³ Cfr., per tutti, Corte cost., sent. n. 142 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1986 e 2632 (con nota di MAZZA (1992)), ove si è fornita un'interpretazione estensiva della nozione di documento: «*l'art. 234 c.p.p. identifica e definisce il documento in ragione della sua attitudine a rappresentare, senza discriminare tra i diversi mezzi di rappresentazione e le differenti realtà rappresentate e, in particolare, senza operare una distinzione tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni*». In termini, TONINI (1990), pp. 2212 e ss. In senso contrario, v. NAPPI (2004), pp. 455 e ss.; SQUASSONI (1990), p. 647.

¹⁰⁴ In termini, BRICCHETTI (2023), pp. 3215-3216, ma anche BRONZO (2017), p. 17, secondo cui «*il combinato disposto degli artt. 234, 493, 495, 515 disegna insomma un percorso acquisitivo speciale rispetto a quello dell'art. 431, comma 1, lett. h)*».

¹⁰⁵ V. *supra*, § 4.1.

¹⁰⁶ Così, CORDERO (1963), p. 133. In termini, v. Cass., sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, cit., ove, per escludere l'operatività del *male captum*, si evidenzia come «*nel caso di specie è la stessa acquisizione dei dati a risultare illegittima*».

¹⁰⁷ Ci si riferisce all'atavica questione concernente l'utilizzabilità della *res* sequestrata a seguito di una perquisizione illegittima. Le Sezioni Unite, diversi anni fa, parevano aver sopito il dibattito (Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3268, con nota di VESSICHELLI, (1996)) sancendo la legittimità – in ogni caso – del sequestro del corpo di reato, costituendo questo un «atto dovuto» ed essendo del tutto irrilevante la modalità con cui si sia pervenuti a tale apprensione coattiva. Il pensiero non può non rivolgersi alla celebre opinione di Cordero sul *male captum bene retentum*, già evocata: CORDERO (1961), p. 77: «*il problema giuridico (ci rifacciamo, è ovvio, alla valutazione processuale d'ammissibilità, non a quella d'eventuale illiceità della condotta) non concerne il come è stato rintracciato un certo oggetto: è importante, viceversa, assodare se ne sia consentita in astratto l'apprensione, a prezzo, ove occorra, dell'uso di mezzi coercitivi diretti a sopraffare l'altrui resistenza. Se la risposta è affermativa, un problema d'ammissibilità non si pone neppure, giacché nulla impedisce di trattenere, grazie ad un sequestro ritualmente eseguito, ciò di cui il magistrato od un funzionario di polizia giudiziaria si siano illegittimamente impossessati: male captum, bene retentum*». Negli stessi termini, v. CAPRIOLI (2000), p. 226 e ss. Per recenti considerazioni sul tema, v. DINACCI (2023) (contributo confluito poi CATALANO e FERRUA (2023), pp. 311 e ss.) e SANTORIELLO (2024). In giurisprudenza, v. Corte cost., sent. n. 332 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2821; Corte cost., sent. n. 219 del 2019, *ivi*, 2019, p. 2575 e ss. (su questa, v. CASIRAGHI (2019)) e Corte cost., sent. n. 247 del 2022, in *Cass. pen.*, 2023, p. 800 e ss.; cfr., inoltre, Cass., sez. II, 29 novembre 2011, n. 44877, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3828; Cass., sez. VI, 12 settembre 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 275029; Cass., sez. II, 19 aprile 2023, n. 24492, in *Cass. pen.*, 2023, p. 4106; nonché, più di recente, Cass., sez. II, 16 maggio 2024, n. 25639, in *Dir. & Giust.*, 9 agosto 2024. La teoria opposta al *male captum* è quella dei *fruits of the poisonous tree* di matrice anglo-americana. Una prima traccia di questa teoria si riscontra nella decisione della Corte Suprema Federale nordamericana sul caso *Silverthorne Lumber Co., contro Stati*

un divieto probatorio, unico presupposto di operatività dell'art. 191 c.p.p. In tal senso potrebbero valere le precedenti riflessioni svolte in merito al principio di non sostituibilità e all'impossibilità che si ricavi dallo stesso un divieto probatorio implicito¹⁰⁸. Inoltre, nella disciplina sui sequestri non si rinviene una disposizione che vieti l'utilizzo processuale di una *res* ottenuta, ad esempio, in assenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria¹⁰⁹; tale divieto non è ricavabile neppure in via indiretta dall'art. 253 c.p.p.¹¹⁰. Le conclusioni, quindi, potrebbero essere analoghe a quelle compiute con riferimento alla prova illecita o incostituzionale¹¹¹: l'assenza di una norma processuale contenente uno specifico divieto probatorio rende utilizzabili le *chat* acquisite mediante *screenshots*¹¹².

Uniti, 251 U.S. 385-392 (1920), ove, fra le altre cose, è stato evidenziato che: «*the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it*». Le medesime considerazioni sono state riprese dal Giudice Frankfurter nel caso *Nardone contro Stati Uniti*, 308 US 338 (1939); nell'*opinion* del Giudice Frankfurter compare per la prima volta il riferimento al *fruit of the poisonous tree* e si precisa che «*evidence procured by tapping wires in violation of the Communications Act of 1934 is inadmissible. This applies not only to the intercepted conversations themselves, but also, by implication, to evidence procured through the use of knowledge gained from such conversations*». Sul punto, inoltre, v. COMOGGIO (1996), pp. 1547 e ss.; ZAPPULLA (1996), pp. 1878 e ss., che pare accedere ad una posizione intermedia fra *male captum* e *poisoned tree doctrine*, sottolineando le differenti conseguenze sul provvedimento ablatorio in base ad un'attività di perquisizione svolta ai sensi dell'art. 252 c.p.p. oppure in assenza di un originario legame teleologico fra perquisizione e sequestro; CONTI (2007a), pp. 353 ss.; FANCHIOTTI (2018), pp. 205 e ss. Nel senso dell'impossibilità di considerare valida la dottrina del frutto dell'albero avvelenato nel nostro ordinamento, v., per tutti, CORDERO (1963), p. 630.

¹⁰⁸ Sul punto, v. *supra* § 3.1.

¹⁰⁹ Tenta di individuare un divieto probatorio implicito nell'art. 253 c.p.p. GRIFANTINI (1993), p. 248. In realtà, l'equivoco su cui si fonda questa tesi sta nell'asserita possibilità di individuare in via implicita un divieto nelle norme che subordinano il compimento o l'uso di un atto a particolari forme, casi o presupposti: così ragionando, però, si tradisce la stessa *ratio* dell'inutilizzabilità (che deve rimanere una conseguenza eccezionale) e si rischia di ampliare a dismisura i divieti, lasciando all'interprete la possibilità di individuarli di volta in volta (sostituendosi, di fatto al legislatore), con un *vulnus* alla certezza del diritto e un'attuazione non uniforme delle regole processuali. Ad ogni modo, ricavare un divieto dall'inosservanza di una certa forma per il compimento di un atto significa confondere due categorie che, come visto, devono mantenersi ben distinte: illegittimità e inutilizzabilità.

¹¹⁰ Per «divieti indiretti» possono intendersi quelli ricavabili da disposizioni dettate in chiave di «permessione», ancorché subordinate a determinate condizioni o presupposti. Così inteso l'art. 253 c.p.p., ne deriverebbe il divieto di usare i risultati delle apprensioni coattive che non avvengano nelle forme ivi previste. Considera esistenti nel codice di rito divieti espressi in modo indiretto, con alcune precisazioni, NOBILI (1991), c. 647-648: «*pongono dei divieti in forma c.d. indiretta, le disposizioni in cui la potestà d'accertamento è consentito si espliciti solo tramite predeterminati mezzi probatori e, perciò, con divieto per i residui*». Contra, SCELLA (2002), p. 155. Tenzialmente, la formula iniziale con cui si rappresenta la sussistenza di un potere a determinate condizioni è la seguente: «se x + y, allora P» (dove P è il potere); che diventa «se non x + y, allora non P». Però, il primo enunciato non sempre può trasformarsi nel secondo; l'Autore indica almeno due ordini di ragioni, elaborate nella teoria generale del diritto, a sostegno di tale ultima affermazione: «*per un verso, non è chiaro se le ordinarie regole d'inferenza logica, valide per il discorso cognitivo, siano estensibili al discorso prescrittivo; per altro vero, non può dirsi affatto pacifico che il legislatore, pronunciando un dato enunciato normativo, abbia voluto, sia pur implicitamente, pronunciare pure la derivazione logica dell'enunciato normativo posto*». Occorre, quindi, abbandonare «*la pretesa di ravvisare un divieto probatorio ogni qualvolta l'atto di prova sia consentito solo in presenza di alcune condizioni*».

¹¹¹ Per tutti, CORDERO (1961), pp. 68 e ss. e ID. (1963), p. 613: «*Fin quando nessuna norma lo dica, non è sostenibile che accidentali abusi polizieschi inquinino, escludendole dal processo, cose passibili d'apprensione coattiva*». Deve darsi conto di un opposto orientamento sostenuto da autorevole dottrina, secondo cui «*l'esistenza di norme speciali contenenti altresì la sanzione non dimostra che quando, invece, difetta una previsione (speciale) di inutilizzabilità resti perciò esclusa la norma sanzionatoria generale*», cioè l'art. 191 c.p.p. (così NOBILI (1991), c. 647).

¹¹² Come più volte sottolineato, «*finché non si dimostri che la valutazione d'illiceità dell'atto implica quella d'inammissibilità (recte: d'inutilizzabilità) della prova*» risulta illogico considerare non utilizzabile ai fini della decisione una prova illegittimamente ottenuta (Così, CORDERO (1964), p. 34). Pertanto, affinché il rilievo fotografico delle *chat WhatsApp* possa considerarsi inutilizzabile «*bisogna dunque cercare una norma processuale che statuisca: «l'atto è illecito e le conseguenze che di fatto ne derivano sono processualmente irrilevanti e cioè inefficaci»*. Fuori di una simile ricerca, l'argomento è apodittico, mentre appare falso se una norma di quel contenuto non esiste» (V., nuovamente, CORDERO (1964), p. 34). L'assenza di un tale divieto probatorio in materia di sequestri è confermata dal raffronto di tale disciplina con quella delle intercettazioni (sul punto, senza pretesa di esaustività, SCARPINO e CASCIARO (2023); BENE *et al.*, (2018); APRILE e SPEZIA (2004); BALDUCCI (2002); PARODI (2002); DI MARTINO e PROCACCIANI (2001). Il rigoroso rispetto delle regole procedurali in materia di intercettazioni è richiesto non soltanto a pena di illegittimità dell'attività compiuta, con lesione di un diritto fondamentale, ma anche (ed espressamente) a pena di inutilizzabilità dei risultati ottenuti. L'art. 271 c.p.p. – norma di chiusura, in senso formale e sostanziale – è posto a presidio della correttezza delle operazioni captative e ricollega a violazioni procedurali la perdita di qualsiasi valore probatorio dei risultati ottenuti (infatti, è rubricato «divieti di utilizzazione»); sul punto, fra gli altri, v. RUGGERI (2001), pp. 5 e ss.; FILIPPI (2023), pp. 3654 e ss.; MARI (2020), pp. 624-626; NOCERINO e ZAMPINI (2021), pp. 1411 e ss. Tuttavia, in coerenza con la tassatività dei divieti probatori e con il carattere eccezionale che contraddistingue la sanzione dell'inutilizzabilità, non ogni violazione del paradigma normativo sulle intercettazioni comporta l'impossibilità di utilizzare i risultati in giudizio. Il primo comma dell'art. 271 c.p.p., nell'individuare la disciplina da rispettare a pena di inutilizzabilità, rinvia ai «casi consentiti dalla legge» (art. 266 c.p.p.), all'art. 267 c.p.p., nonché all'art. 268, co. 1 e 3, c.p.p.; ciò significa che, in caso di mancato rispetto di ulteriori regole, oltre quelle a cui si rinvia, non risulterà applicabile l'art. 191 c.p.p., con piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. A questo punto è possibile domandarsi: *perché prevedere una norma ad hoc sul divieto di utilizzazione delle intercettazioni se il nostro ordinamento già conosce il paradigma della prova incostituzionale?* Potrebbe sostenersi che l'art. 271 c.p.p. è necessario nella misura in cui prevede ipotesi di inutilizzabilità concernenti il *quomodo* e non, come dovrebbe essere, l'*an*. Eppure, sono proprio le prime righe del co. 1 di detto articolo a smentire tale ricostruzione: si fa riferimento a intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge, ossia in assenza dei presupposti legali; questo riguarda certamente l'*an*. A questo punto, i termini del discorso si spostano da un piano giuridico a uno strettamente logico: le intercettazioni incidono massimamente sulla libertà di cui all'art. 15 Cost. (e, in certi casi, sull'art. 14 Cost.); il legislatore ha predisposto una disciplina affinché le relative operazioni si svolgano nel rispetto dei diritti altrui e in attuazione della riserva di legge e di giurisdizione; postulando l'esistenza del paradigma della prova incostituzionale, qualsiasi scostamento dalla proceduralizzazione prevista dalla legge produrrebbe un risultato probatorio in dispregio di un diritto fondamentale e, per questo, inutilizzabile. Come può notarsi, le premesse e le conclusioni si rivelano invalide e sono smentite dal dato normativo. Si è già detto che non ogni violazione del procedimento intercettivo

In realtà, l'opposta conclusione cui perviene il consolidato orientamento giurisprudenziale – ossia l'inutilizzabilità degli *screenshots* – può essere condivisa sulla base di un diverso percorso argomentativo.

Il *focus* va posto, anzitutto, sull'esatta qualificazione di quanto estrapolato dallo *smartphone*.

Sono già state esposte le ragioni per cui, a parere di chi scrive, la corrispondenza "statica", una volta assicurata al procedimento nel rispetto delle garanzie costituzionali, debba considerarsi come documento (v. *supra*, § 4.1.): è fra le norme concernenti la prova documentale e la sua ammissione/acquisizione che deve condursi l'indagine volta a verificare la presenza di un divieto probatorio.

In questo ambito, torna in rilievo il già citato art. 240 c.p.p. Tale disposizione, come visto, riguarda non soltanto le intercettazioni illegalmente effettuate al di fuori di un procedimento, ma anche qualsiasi altro documento, atto o supporto concernente dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi al traffico telematico o telefonico, illegalmente acquisito: vi rientra perciò anche la corrispondenza non più *in itinere* ottenuta *contra legem*.

Qualcuno potrebbe obiettare che la "acquisizione" dell'art. 240 c.p.p. si riferisce comunque a un'attività extra-procedimentale, con la conseguenza che eventuali illegalità compiute nell'ambito di quello specifico procedimento non rientrerebbero nel perimetro normativo.

Ma sarebbe un paradosso. Il termine 'acquisizione', seppur in tal caso non impiegato nel suo esatto significato tecnico-giuridico, non è accompagnato da ulteriori specificazioni. Si riferisce, quindi, genericamente all'apprensione, da parte di privati o di soggetti pubblici, di conversazioni telematiche o telefoniche di cui il destinatario dei messaggi abbia già letto il contenuto. Circoscrivere l'inutilizzabilità di queste solo ai casi in cui siano reperite al di fuori del procedimento porterebbe a un risultato paradossale: nel procedimento in corso, ove vengono ottenute illegalmente, queste conversazioni sarebbero utilizzabili, ma in differenti procedimenti penali no.

Con l'introduzione di tale disposizione, l'intenzione del legislatore fu senza dubbio quella di tutelare il diritto alla riservatezza contro indebite diffusioni di informazioni delicate, ottenute illegittimamente da privati o da organi pubblici "deviati"¹¹³. Tuttavia, il suo campo di applicazione, vista la formulazione letterale, non è così specifico e non circoscrive il perimetro applicativo solo a queste particolari ipotesi. Il criterio d'interpretazione della *voluntas legis* deve essere oggettivato e considerato sempre alla luce del criterio letterale¹¹⁴. In questa prospettiva il dato normativo appare molto ampio e volto a sanzionare una serie di violazioni della libertà e segretezza della corrispondenza, fra cui un'illegale apprensione da parte della p.g. che, nel procedimento in cui agisce, non rispetti le regole procedurali volte all'acquisizione del contenuto di conversazioni telematiche già concluse (ossia, della corrispondenza "statica").

Volendo sintetizzare: le *chat WhatsApp* fra l'imputato e terzi soggetti, concluse e archiviate, costituiscono corrispondenza "statica" formata fuori dal procedimento; l'acquisizione delle *chat* senza sequestro è *contra legem*, poiché non vengono rispettate le cautele procedurali previste dall'art. 253 c.p.p. (norma applicabile alla corrispondenza "statica", almeno fin quando

denota l'inutilizzabilità: la necessità di prevedere una norma che nei suoi quattro commi elevi a "divieti probatori" solo alcune violazioni della disciplina si pone ad ulteriore suffragio della considerazione per cui il fenomeno dell'inutilizzabilità riveste un carattere eccezionale, tassativo e squisitamente processuale e che solo la presenza di divieti "diretti", previsti dalla legge sul rito, possono escludere una prova dal processo. Non basta, quindi, una qualsiasi attività compiuta in aperto contrasto con l'art. 15 Cost. per decretare l'inutilizzabilità del risultato ottenuto, né è sufficiente che non vengano rispettate le condizioni previste *ex lege* per quell'atto probatorio, ma c'è bisogno di una base normativa che disciplini le conseguenze processuali di quell'attività illegittima: non esiste la "prova incostituzionale". Infine, se per le intercettazioni – mezzo di ricerca della prova che incide in massima parte su un diritto fondamentale – si è resa necessaria una previsione normativa che individuasse in modo tassativo i divieti di utilizzazione (distinguendo anche fra corpo del reato e cosa pertinente al reato), l'assenza di una simile norma nella disciplina dei sequestri porta a ritenere che, se anche l'attività di apprensione coattiva si discosti dal modello predisposto *ex lege*, dinanzi al corpo del reato o alle cose pertinenti al reato non può operare l'inutilizzabilità.

¹¹³ Rappresenta la reazione distratta del legislatore allo scandalo Telecom-Sismi. Fin dai giorni successivi all'approvazione della riforma, la dottrina espresse forti critiche: v., ad esempio, GIOSTRA (2006), pp. 3492 e ss. e CAPRIOLI (2009), pp. 133 e ss.

¹¹⁴ Oltre l'intenzione storico-soggettiva del legislatore, «i testi legali valgono nella misura delle cose dette» (CORDERO (2012), p. 614); negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 19357, in *Sist. pen. web*, p. 15. La relazione illustrativa al disegno di legge sulla riformulazione dell'art. 240 c.p.p. (v. www.giustizia.it – DDL di conversione in legge del DL 259/2006 sul riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche – Relazione) specifica che la finalità è introdurre «misure volte a rafforzare il contrasto all'illegale detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni illecitamente effettuate, nonché documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni e di apprestare più incisive misure atte ad evitare l'indebita diffusione e comunicazione di dati od elementi concernenti i medesimi dati». Ma anche in questa relazione si percepisce l'ampiezza della previsione di legge: «L'articolo 1 sostituisce l'articolo 240 del codice di procedura penale, assimilando al trattamento già previsto per i documenti anonimi gli esiti delle intercettazioni illecitamente effettuate e dei dati relativi al traffico telefonico illecitamente acquisiti»: si fa riferimento ai "dati relativi al traffico telefonico illecitamente acquisiti", tra cui rientra l'illecita acquisizione delle *chat* archiviate.

il legislatore non intervenga sul punto¹¹⁵) e poiché è violato il principio di non sostituibilità. Tutto ciò rimane sul piano sostanziale, senza intaccare quello processuale, poiché il carattere illegittimo dell'attività non è idoneo a fondare – di per sé solo – divieti probatori rilevanti *ex art. 191 c.p.p.*¹¹⁶.

Allora, per verificarne l'utilizzabilità¹¹⁷, determinante risulta la qualificazione attribuita agli *screenshots* dopo il loro compimento: si tratta, come visto, di documenti che contengono “conversazioni o comunicazioni relative al traffico telematico”. Si applica, dunque, l'art. 240 c.p.p. Le conseguenze sono estreme e rappresentano un *unicum* nel sistema: l'inutilizzabilità c.d. rafforzata¹¹⁸. Con tale locuzione ci si riferisce non soltanto a un divieto probatorio (*ex art. 191 c.p.p.*), ma anche alla necessità che quanto a disposizione del p.m. venga prima secretato e poi distrutto, perfino se costituente corpo del reato¹¹⁹: si esclude qualsiasi potere istruttorio del giudice con riferimento a questa tipologia di documenti.

Bibliografia

ALBANESE, Daniele (2024): “La “nuova” corrispondenza nel processo penale, tra recenti sviluppi giurisprudenziali e scenari *de lege ferenda*”, in *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1517-1530.

ALGERI, Lorenzo (2023): “art. 240 c.p.p.”, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, pp. 3241-3247.

ALLEN, Gianni (1989): “Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale”, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 506-528.

ALONZI, Fabio (2019): “L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata”, in *Revista brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, pp. 1412-1448.

AMODIO, Ennio (1989): “Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti”, in AA.Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale*, a cura di E. Amodio, (Milano, Giuffrè), pp. 169-191.

ANTOLISEI, Francesco (2008): *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, (Milano, Giuffrè).

APRILE, Ercole e SPEZIA, Filippo (2004): *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali: innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, (Milano, Giuffrè).

BACCARI, Gian Marco (2024): “Lo scambio di messaggi *WhatsApp* costituisce “corrispondenza””, in *Processo penale e giustizia*, pp. 877-884.

¹¹⁵ V. *supra*, nt. 88 e 92.

¹¹⁶ Come visto, neppure l'art. 253 c.p.p. include un divieto probatorio. Tale articolo può considerarsi come *lex minus quam perfecta*: si tratta di una norma giuridica che prevede un obbligo e una sanzione in caso di violazione (nel nostro caso, di carattere sostanziale), ma non l'eliminazione dell'atto compiuto. Si distingue dalle *leges perfectae* e *imperfectae* e con esse compone la tripartizione che tradizionalmente si ricava da un passo dei *Tituli ex Corpore Ulpiani* (*Ulp.ep. 1*). Riporta il passaggio in latino Tuzov (2009), p. 158. È, ancora una volta, CORDERO (1964), p. 40, prima, e in CORDERO (2012), p. 614, poi, a evocare questa categoria appartenente al diritto romano per riferirla, però, proprio all'art. 191 c.p.p. al fine di escludere l'applicabilità di tale norma per fondare l'invalidità del sequestro in caso di perquisizione illegittima.

¹¹⁷ Non opera, qui, il *male captum, bene retentum*; ma occorre concentrarsi sul motivo di questa inoperatività. Infatti, in tema di “corrispondenza informatica” la regola del *male captum* è stata messa in discussione di recente da un'altra pronuncia della Corte di cassazione, già citata: Cass., 21 maggio 2024, n. 31180, cit., p. 3417 e ss. con nota di FILIPPI (2024a), pp. 3424 e ss., ove si è evidenziato che l'illegittimità dell'acquisizione dei dati comunicativi contenuti in uno *smartphone* esclude l'operatività del *male captum* in quanto, di per sé, si pone in contrasto con l'art. 15 Cost.; sulla medesima pronuncia, v. FILIPPI (2024b). Tuttavia, quanto sancito dalla sentenza richiamata costituisce l'ennesima applicazione della teoria della prova incostituzionale, finora criticata. Ebbene, la non applicazione del *male captum* non deriva dall'incostituzionalità della prova, ma dalla presenza di una norma processuale che sancisce l'inutilizzabilità di quanto ottenuto illegalmente: l'art. 240 c.p.p.

¹¹⁸ Quest'espressione è stata coniata in dottrina all'indomani della novella legislativa dell'art. 240 c.p.p. Per tutti, v. TONINI e CONTI (2025a), p. 474.

¹¹⁹ È evidente la differenza di disciplina rispetto agli artt. 103 e 271 c.p.p., i quali prevedono divieti probatori concernenti anche il *quomodo*, ma fanno salvo il corpo del reato. Queste previsioni si spiegano alla luce del fatto che distruggere quegli elementi «*precluderebbe irrimediabilmente il risultato a cui cospira l'opera istruttorie*» (in termini, CORDERO (1961), p. 77). Tale esigenza, però, nel caso dell'art. 240 c.p.p. risulta cedevole nel bilanciamento effettuato dal legislatore, volto a tutelare massimamente la riservatezza a fronte di possibili diffusioni mediatiche di informazioni. Tuttavia, deve evidenziarsi come sul punto sia intervenuta la Consulta (Corte cost., sent. n. 173 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3536 e ss., con nota di CESARI (2009)) rafforzando il contenuto rappresentativo del verbale, che diviene un surrogato del corpo del reato, proprio al fine di garantire comunque un diritto alla prova e all'accertamento dei fatti.

BALDUCCI, Paola (2002): “Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria” (Milano, Giuffrè).

BALLESI, Francesca (2025): “La sentenza n. 1269/2025 della Corte di cassazione ed i limiti all’acquisizione nel processo penale della messaggistica istantanea mediante *screenshot*”, in *Giurisprudenza Penale web*, 25 febbraio, pp. 1-7.

BASCHIERI, Gastone (1949): *La Costituzione italiana. Commento analitico*, (Firenze, Noccioli).

BENE, Teresa (2018): *L’intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, (Bari, Cacucci).

BIN, Roberto (2010): “L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge”, in AA.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, (Napoli, Jovene), pp. 201-225.

BLAIOTTA, Rocco (2020): “art. 431 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. III, a cura di G. Andreazza e alt., pp. 874-899.

BRICCHETTI, Renato (2023): “art. 431 c.p.p.”, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo II, pp. 3193-3219.

BRICOLA, Franco (1967): “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1079-1140.

BRONZO, Pasquale (2017): *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, (Milano, Giuffrè).

BRONZO, Pasquale e COLAIACOVO, Guido (2021): “Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, pp. 311-341.

BRUNO, Pierfrancesco (2008): “Prova documentale”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, (Torino, UTET), vol. X, pp. 384-395.

CABIALE, Andrea (2025): “La prova illecita nel procedimento penale: quesiti tradizionali e possibili nuovi scenari”, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 10 aprile, pp. 1-26

CAMON, Alberto (1999): “Le riprese visive come mezzo d’indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali”, in *Cassazione penale*, 4, pp. 1188-1216.

CAMON, Alberto (2006): “Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi

nuovi”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1550-1569.

CAMON, Alberto (2023): “Le prove”, in AA. Vv. *Fondamenti di procedura penale*, (Milano, Giuffrè), pp. 325-438.

CAMPIGLI, Virginia (2023): “Le intercettazioni e il sequestro di corrispondenza dei parlamentari: per evitare che la prerogativa si trasformi in privilegio”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 2105-2122.

CANTONE, Raffaele (2004): *La prova documentale*, (Milano, Giuffrè).

CANTONE, Raffaele (2020): “art. 240 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, coord. di P. Bronzo ed E. Gallucci, Milano, 2020, p. 375-380.

CAPONE, Arturo (2012): *L’invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, (Padova, CEDAM).

CAPONE, Arturo (2025): “La prova come atto processuale”, in *Archivio penale web*, 2, pp. 1-19, poi in AA.Vv., *Prova e ragionamento probatorio nel pensiero di Franco Cordero*, a cura di V. Aiuti, F. Caprioli e K. Natali, (Torino, Giappichelli), 2026, pp. 95-114.

CAPRIOLI, Francesco (2000): *Colloqui riservati e prova penale*, (Torino, Giappichelli).

CAPRIOLI, Francesco (2002): “Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per “immagini””, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2189-2207.

CAPRIOLI, Francesco (2008): “Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l’uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1832-1844.

CAPRIOLI, Francesco (2009): “Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime”, in AA. Vv., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni (atti del convegno di Milano 5-7 ottobre 2007)*, (Milano, Giuffrè), pp. 133-149.

CAPRIOLI, Francesco (2021): “Intercettazioni e tutela della privacy nella cornice costituzionale”, in *Cassazione penale*, 4, pp. 1141-1152.

CATALANO, Elena Maria e FERRUA, Paolo (2023): *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, (Torino, Giappichelli).

CESARI, Claudia (2009): “Su captazioni e dossier illeciti, un intervento non risolutivo”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3536-3550.

CHELO, Andrea (2022): “Sequestro probatorio di strumenti di comunicazione: l’imprescindibilità di una riforma”, in *Diritto penale e processo*, 12, pp. 1583-1592.

CHELO, Andrea (2023): “Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail e WhatsApp già letti?”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, pp. 1746-1756.

COLAIACOVO, Guido (2020): “art. 253 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, a cura di M.V. Ambrosone e altri, (Milano, Giuffrè), pp. 431-450.

COMOGLIO, Luigi Paolo (2011): “L’inutilizzabilità “assoluta” delle prove “incostituzionali””, in *Rivista di diritto processuale*, pp. 30-46.

COMOGLIO, Luigi Paolo (1996): “Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro”, in *Cassazione penale*, pp. 1547-1561.

CONTI, Carlotta (2007a): *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, (Padova, CEDAM).

CONTI, Carlotta (2007b), “Le intercettazioni “illegali”: *lapsus linguae* o nuova categoria sanzionatoria”, in *Diritto penale e processo*, pp. 158-165.

CONTI, Carlotta (2010): “Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità”, in *Diritto penale e processo*, pp. 781-797.

CONTI, Carlotta (2019): “Sicurezza e riservatezza”, in *Diritto penale e processo*, pp. 1572-1585.

CONTI, Carlotta (2023): “art. 189 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, (Milano, Giuffrè), pp. 2601-2622.

CONTI, Carlotta (2024): “Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra costituzione e legge ordinaria”, in *Cassazione penale*, 2, pp. 451-472.

CORBO, Antonio (2009): “I documenti”, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Tomo I, Vol. II: *Prove e misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, (Torino, UTET), pp. 317-384.

CORDERO, Franco (1961): *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, pp. 68-86

- CORDERO, Franco (1963): *Tre studi sulle prove penali*, (Milano, Giuffrè).
- CORDERO, Franco (1964): *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, pp. 33-41.
- CORDERO, Franco (2012): *Procedura penale*, (Milano, Giuffrè).
- CRISAFULLI, Vezio (1993): *Lezioni di diritto costituzionale*, VI ed., (Padova, CEDAM).
- CURTOTTI, Daniela (2023): *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni "apparenti": quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, pp. 708-717.
- CURTOTTI, Daniela (2024): "Brevi note in tema di proporzionalità del decreto di sequestro probatorio", in *Giurisprudenza italiana*, pp. 2700-2703.
- D'ANDREA, Antonio (2023): "I fatti dietro gli "emoticon", la Corte "copre" qualsiasi condotta del parlamentare veicolata consapevolmente tramite *Whatsapp*", in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1713-1746.
- DANIELE, Marcello (2013): "Indagini informatiche lesive della riservatezza. verso un'inutilizzabilità convenzionale?", in *Cassazione penale*, pp. 367-375.
- DANIELE, Marcello (2024): "Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini", in *Sistema penale web*, 17 luglio, pp. 1-16.
- DE FLAMMINEIS, Siro (2024): "Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale", in *Sistema penale web*, 8 marzo, pp. 1-24.
- DE GIULI, Enrico (1901): "Della prova documentale", voce *Prova penale*, Tit. VI, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XIII, p. IV, (Milano, Società Editrice Libreria), pp. 582-588.
- DEL COCO, Rosita (2018): "L'utilizzo probatorio dei dati *whatsapp* tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali", in *Processo penale e giustizia*, 3, pp. 532-541.
- DEL COCO, Rosita (2019): "Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore", in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scafati, (Torino, Giappichelli), pp. 3-32.
- DELLA TORRE, Jacopo (2022): "Quale spazio per i *tools* di riconoscimento facciale nella giustizia penale?", in AA. Vv., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo e L. Pressacco, (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 7-62.
- DELLA TORRE, Jacopo (2025): "Spunti di riflessione sulla proposta di legge in materia di sequestro di dispositivi e di dati", in *Sistema penale web*, Genova, 19 giugno.
- DI BITONTO, Maria Lucia Antonietta (2006): "Le riprese visive domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite", in *Cassazione penale*, 12, pp. 3950-3962.
- DI MARTINO, Corrada e PROCACCIANTI, Teresa (2001): *Le intercettazioni telefoniche*, (Padova, CEDAM).
- DINACCI, Filippo Raffaele (1994): "L'irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti", in *Giurisprudenza italiana*, II, cc. 65-72.
- DINACCI, Filippo Raffaele (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale*, (Milano, Giuffrè).
- DINACCI, Filippo Raffaele (2023): "L'inutilizzabilità e il *male captum bene retentum*: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze", in *Archivio penale web*, 2, pp. 1-30.
- DINACCI, Filippo Raffaele (2024): "I modi acquisitivi della messaggistica *chat* o *e-mail*: verso letture rispettose dei principi", in *Archivio penale web*, 1, pp. 1-27.
- DINACCI, Filippo Raffaele (2025): "Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria", in *Archivio penale web*, 1, pp. 1-40.

FANCHIOTTI, Vittorio (2018), “Non c’è albero cattivo che dia frutti buoni”, in *Archivio della nuova procedura penale*, 3, pp. 205-209.

FERRUA, Paolo (2017): *La prova nel processo penale, vol. I, Struttura e procedimento*, (Torino, Giappichelli).

FERRUA, Paolo (2020): “Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un’illustre teoria”, in *Diritto penale e processo*, 9, pp. 1249-1257.

FILIPPI, Leonardo (2001): “L’home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?”, in *Diritto penale e processo*, 1, pp. 87-97.

FILIPPI, Leonardo (2023): “art. 271 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, pp. 3654-3674.

FILIPPI, Leonardo (2024a): ““Mettere il p.m. al suo posto” (ovvero la prova incostituzionale per *contempt of court* da parte del p.m.)”, in *Cassazione penale*, 11, p. 3424-3433.

FILIPPI, Leonardo (2024b): “Quando il PM tenta di eludere l’inutilizzabilità dichiarata dal giudice”, in *il Quotidiano giuridico*, 26 agosto, pp. 1-3.

FILIPPI, Leonardo (2024c): “La CGUE mette i paletti all’accesso ai dati del cellulare”, in *il Quotidiano giuridico*, 10 ottobre, pp. 1-3.

FILIPPI, Leonardo (2025a): “Inutilizzabili gli *screenshot* estratti dalla polizia giudiziaria dal cellulare dell’indagato con il suo consenso”, in *il Quotidiano Giuridico*, 17 gennaio, pp. 1-4.

FILIPPI, Leonardo (2025b): “Ma davvero per il sequestro della corrispondenza basta il decreto del P.M.?” in *Giurisprudenza penale web*, 2 aprile, pp. 1-5.

FRIGO, Giuseppe (1990): “art. 431 c.p.p.”, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, (Torino, UTET), IV, pp. 712-734.

GALANTINI, Novella (1992): *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, (Verona, CEDAM).

GALANTINI, Novella, (1997): “Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)”, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. I, (Milano, Giuffrè), pp. 690-709.

GALANTINI, Novella (2012): “Inutilizzabilità della prova e diritto vivente”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 64-90.

GALANTINI, Novella (2019): “L’inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2019, pp. 57-71.

GALANTINI, Novella (2022): “L’art. 191 c.p.p. a confronto con la “inutilizzabilità derivata” in un nuovo giudizio costituzionale”, in *Sistema penale web*, 18 gennaio, pp. 1-13.

GIOSTRA, Glauco (2006), “Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?”, in *Cassazione penale*, 11, p. 3492-3495.

GREVI, Vittorio (1973): “Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 317-342.

GRIECO, Sarah (2025): “Le nuove frontiere del concetto di “corrispondenza” nel processo penale”, in *Rivista penale diritto e procedura*, 28 aprile, pp. 1-33.

GRIFANTINI, Fabio Maria (1993): “Inutilizzabilità”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, (Torino, UTET), pp. 242-258.

GRIFFO, Mario (2025a): “Criptofonini ecc., dalle sezioni unite una chiave di lettura per decifrare le prassi”, in *Cassazione penale*, pp. 508-528.

GRIFFO, Mario (2025b): “La Corte di cassazione fissa i criteri per il sequestro dei dati informatici e telematici (prima ed a prescindere dall’intervento del legislatore)”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3 giugno, pp. 1-11.

GUZZETTA, Giovanni (2023): “La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull’art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023”, in *federalismi.it*, 21, pp.81-88.

ILLUMINATI, Giulio (2010): “L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 521-546.

ITALIA, Vittorio (1963): *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, (Milano, Giuffrè).

LARONGA, Antonio (2002): “L’utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.”, in *Cassazione penale*, pp. 3050-3060.

LARONGA, Antonio (2004): *La prova documentale nel processo penale*, (Torino, UTET).

LEO, Guglielmo (2012): “Le Sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti”, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 ottobre.

LORENZETTO, Elisa (2010): “Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su *computer* in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia”, in *Cassazione penale*, 4, pp. 1522-1533.

LUPÀRIA DONATI, LUCA (2008): “La ratifica della convenzione *Cybercrime* del Consiglio d’Europa. I profili processuali”, in *Diritto penale e processo*, 6, pp. 717-723.

MAGGIO, Paola (2019): “La registrazione occulta curata da una persona presente al colloquio”, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, (Torino, Giappichelli), pp. 61-100.

MAINARDIS, Cesare (2000): “L’inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali”, in *Quaderni costituzionali*, pp. 371-394.

MALACARNE, Alessandro (2025): “La Cassazione sul sequestro dello *smartphone*”, in *Sistema penale web*, 19 maggio, pp. 1-6.

MANCUSO, Enrico Maria (2019): “L’acquisizione di contenuti *e-mail*”, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, (Torino, Giappichelli), pp. 497-534.

MANNELLA, Federica (2010): “Giudice comune e Costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale”, in *federalismi.it*, 24, pp. 1-26.

MARCOLINI, Stefano (2017): “Prove atipiche”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, pp. 695-706.

MARI, Attilio (2020): “art. 271 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, a cura di M.V. Ambrosone e al., (Milano, Giuffrè), pp. 624-626.

MARINELLI, Claudio (2023): “Inutilizzabilità dei dati di geolocalizzazione, contenuti in tabulati telefonici, acquisiti dalla p.g. senza autorizzazione”, in *Cassazione penale*, 7-8, pp. 2279-2294.

MARINELLI, Claudio (1998), *Le “intercettazioni di immagini” tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1265-1271.

MAZZA, Oliviero (1992): “Formazione del fascicolo dibattimentale ed acquisizione di documenti dichiarativi”, *Cassazione penale*, pp. 2632-2635.

MAZZA Oliviero (2013): “I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione”, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 4-12.

MAZZA Oliviero (2022): “Critica delle prove atipiche nella deriva giurisprudenziale”, in *Diritto di Difesa*, pp. 59-71.

MELILLO, Giovanni (2025): “Memoria illustrativa sulle novità contenute nella proposta di legge AC 1822, approvata dal Senato della Repubblica il 10 aprile 2024, relativa alla modifica del codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informatici o telematici o memorie digitali”, in *Sistema penale web*, 29 maggio, pp. 1-18.

MINAFRA, Mena (2018): “Prove e messaggi telematici remoti. Sul giusto metodo acquisitivo della corrispondenza informatica “statica””, in *Giurisprudenza italiana*, 7, pp. 1718-1726.

MOSCARINI, Paolo (2014): *Principi delle prove penali*, (Torino, Giappichelli).

MURRO, Ottavia (2024): *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, (Milano, Giuffrè).

NAPPI, Aniello (2004): *Guida al nuovo codice di procedura penale*, (Milano, Giuffrè).

NAPPI, Aniello (2024): “Le Sezioni Unite sui criptofonini: *plus dixerunt quam voluerunt?*”, in *Cassazione penale*, 9, pp. 2575-2604.

NICOLICCHIA, Fabio (2020): *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, (Milano, Wolters Kluwer Italia).

NOBILI, Massimo (1990a): “art. 189 c.p.p.”, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, (Torino, UTET), pp. 397-400.

NOBILI, Massimo (1990b): “art. 191 c.p.p.”, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, (Torino, UTET), pp. 408-414.

NOBILI, Massimo (1991): “*Divieti probatori e sanzioni*”, in *Giustizia penale*, 1991, III, c. 639-652.

NOCERINO, Wanda e ZAMPINI, Andrea (2021): “Vecchi e nuovi limiti di utilizzabilità delle intercettazioni nel sistema italiano”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, pp. 1411-1452.

ODDIS, Michele (2025): “L’acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale: tra cortocircuiti processuali e prospettive *de iure condendo*”, in *Sistema Penale web*, 6, pp. 5-16.

PACE Alessandro (1974): “Libertà personale (dir. cost.)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, (Milano, Giuffrè), pp. 287-315.

PACE, Alessandro (1977): “Commento all’art. 15 Cost.”, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, a cura di G. Branca, (Bologna, Zanichelli), pp. 80-113.

PACE, Alessandro (2002): “Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1070-1080.

PARODI, Cesare (2025): “Acquisizione di screenshot da parte della P.G.: il consenso del proprietario del device non è sufficiente”, in *IUS Penale*, 31 gennaio.

PARODI, Cesare (2002): *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, (Torino, Giappichelli).

PRINCIPATO, Luigi (2022): “I diritti della sfera civile nella dimensione individuale”, in *Trattato di diritto costituzionale*, a cura di M. Benvenuti e R. Bifulco, Vol. III, (Torino, Giappichelli).

RIVELLO, Pier Paolo (2023): “art. 254 c.p.p.”, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, (Milano, Giuffrè), pp. 3360-3366.

ROMANELLI, Bartolomeo (2018): “Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria”, in *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda, F. Giunta e G. Varraso, (Milano, Wolters Kluwer Italia).

RUGGERI, Francesca (2001): *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, (Milano, Giuffrè).

RUGGERI, Francesca (2006): “Riprese visive e inammissibilità della prova”, in *Cassazione penale*, 12, pp. 3945-3949.

SANTORIELLO, Ciro (2024): “L’inutilizzabilità presa sul serio”, in *Archivio penale web*, 3, pp. 1-22.

SCALFATI, Adolfo e SERVI, Diletta (2009): “Premesse sulla prova penale”, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Tomo I, Vol. II: *Prove e misure cautelari, Le prove*, a cura di A. Scalfati, (Torino, UTET), pp. 3-85.

SCAPARONE, Metello (1988): “In tema di indagini di polizia giudiziaria condotte per mezzo di un agente segreto “attrezzato per il suono””, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 247-250.

SCARPINO, Daniele e CASCIARO, Giuseppe (2023): “La disciplina delle intercettazioni telefoniche ed ambientali”, in *Rivista penale diritto e procedura*, 20 gennaio, pp. 1-171.

SCELLA, Andrea (2002): *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, (Torino, Giappichelli).

SCELLA, Andrea (2008): “Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)”, in *Enciclopedia del diritto*, (Milano, Giuffrè), pp. 479-496.

SCHIAVONE, Susanna (2026): “L’incompetenza funzionale del p.m. travolge il sequestro probatorio”, in *Cassazione penale*, 2026, pp. 161-171.

SCOPELLITI, DEMETRIO (2023): “Le prerogative parlamentari ancora in precario equilibrio tra i poteri dello Stato. Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2023”, in *Rassegna parlamentare*, 2023, pp. 281-310.

SIGNORATO, Silvia (2018): *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, (Torino, Giappichelli).

SIGNORATO, Silvia (2025): “Il sequestro di dispositivi e informazioni digitali”, in *Sistema penale web*, 11 giugno 2025.

SPANGHER, Giorgio (2001): “«E pur si muove»: dal *male captum bene retentum* alle *exclusionary rules*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2827-2829.

TONINI, Paolo (1990): “Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte”, in *Cassazione penale*, pp. 2212-2218.

TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta (2025a): *Il diritto delle prove penali*, (Milano, Giuffrè).

TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta (2025b): *Manuale di procedura penale*, (Milano, Giuffrè).

TORRE, Marco (2017): *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, (Milano, Giuffrè).

TORRE, Marco (2020): “WhatsApp e l’acquisizione processuale della messaggistica istantanea”, in *Diritto penale e processo*, 9, pp. 1279-1284.

TORRE, Marco (2025): “L’acquisizione dei contenuti delle chat di whatsapp nel prisma della legalità probatoria: la Cassazione recepisce la decisione della Consulta e anticipa il legislatore”, in *Diritto penale e processo*, 6, pp. 761-772.

TOSELLI, Pier Luca (2024): “La “copia mezzo” nelle indagini digitali: le regole della giurisprudenza”, in *Agenda Digitale*, 6 novembre, pp. 1-31.

TURCO, ELGA (2011): “La fonoregistrazione di colloqui «pilotata» dalla polizia giudiziaria: scatta l’inutilizzabilità in assenza del decreto autorizzativo”, in *Il Foro Italiano*, pp. 230-233.

TUZOV, DANIIL (2009): “La nullità *per legem* nell’esperienza romana. Un’ipotesi in materia di *leges perfectae*”, in *Revue internationale des droits de l’antiquité*, pp. 155-191.

VELE, Antonio (2022), *La prova documentale nel processo penale*, (Bari, Cacucci).

VESSICHELLI, Maria (1996): “Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima”, in *Cassazione penale*, pp. 3274-3275.

ZACCHÉ, Francesco (2013): “L’acquisizione della posta elettronica nel processo penale”, in *Processo penale e giustizia*, pp. 103-111.

ZACCHÉ, Francesco (2012): “La prova documentale”, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti e G.P. Voena, (Milano, Giuffrè).

ZAGREBELSKY, Gustavo (1987): *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, (Torino, UTET).

ZAPPULLA, Angelo (1996): “Le indagini per la formazione della *notitia criminis*: il caso della perquisizione seguita da sequestro”, in *Cassazione penale*, pp. 1878-1892.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>