

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**1/2026**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPER

A. PUGLIESE, <i>Processo penale telematico. I principi, le questioni aperte, i casi problematici di deposito, i recenti orientamenti di legittimità</i> .....	5
M.C. TRIMBOLI, <i>La Cassazione sul concorso esterno in associazione terroristica: necessaria una interazione effettiva tra il sodalizio e il concorrente</i> .....	29
F. MUCCIARELLI, <i>La multiforme causalità dell'addebito colposo: nozione e accertamento</i> .....	43
G. FIORELLI, <i>Accesso alla rete Internet e tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute: una "connessione lenta"</i> .....	69
F. MACRÌ, <i>La centralità del consenso nella recente riforma francese dei reati sessuali: una svolta importante di cui il legislatore italiano dovrebbe tenere conto</i> .....	89
P. DI NICOLA TRAVAGLINI, <i>Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell'uomo cacciatore e della donna preda</i> .....	115

### SCHEDE

G.L. GATTA, <i>Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato</i> .....	167
M. GIALUZ, A. MALACARNE, <i>Un recente progetto di riforma della procedura penale spagnola tra spinte europee e resistenze legate allo status ordinamentale del Ministerio Fiscal</i> .....	181
G.L. GATTA, <i>Femminicidio o omicidio se il marito tenta di uccidere la moglie dopo aver scoperto che si prostituisce? Note a margine del caso di Ventimiglia</i> .....	195
C. MELONI, <i>La Camera Preliminare della Corte Penale Internazionale ha deferito l'Italia all'Assemblea degli Stati parte per la mancata cooperazione nel caso Almasri</i> .....	201
G.L. GATTA, <i>Violenza sessuale: il modello del dissenso "alla tedesca" nell'emendamento della Sen. Bongiorno al disegno di legge all'esame del Senato</i> .....	203
E. GRISONICH, <i>Il caso Diaco e Lenchi c. Italia: un'importante spinta verso la risoluzione di un difetto strutturale del patrocinio a spese dello Stato</i> .....	207

## PROCESSO PENALE TELEMATICO. I PRINCIPI, LE QUESTIONI APERTE, I CASI PROBLEMATICI DI DEPOSITO, I RECENTI ORIENTAMENTI DI LEGITTIMITÀ

di Antonio Pugliese

*Con il passaggio al processo penale telematico emergono diversi dubbi applicativi, questioni dagli immediati risvolti pratici e in grado di impattare, direttamente e giornalmente, sugli operatori del diritto. Il tema, per questa ragione, è fra quelli che può condurre a fraintendimenti e ciò consiglia di meditare circa l'approccio più opportuno. Una tentazione è quella di ritenere l'ambito attinente ai depositi di esclusivo appannaggio della prassi. Una questione da risolversi "d'esperienza", in sostanza. L'idea alla base del presente, invece, muove dalla prospettiva inversa. Si ritiene che nei (nuovi) principi ispiratori degli atti possano essere ritrovate le ragioni a sostegno della risoluzione dei possibili casi concreti. Da questa visuale, l'interprete, idealmente, potrebbe affrancare il dubbio dal singolo episodio, ricercando conforto in una ricostruzione teorica astratta. Con questo spirito, lo scritto appunterà le sue riflessioni sugli odierni principi ispiratori della materia, anche per il tramite della recente giurisprudenza di legittimità.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le direttrici fondamentali. – 3. Raccordi funzionali: brevi cenni sugli artt. 172 e 175 c.p.p. – 4. Premesse sul deposito telematico degli atti e i casi (eccezionali) di presentazione analogica. – 4.1. Alcuni singoli casi: costituzione di parte civile, memorie d'udienza, querele, sottoscrizione degli atti. – 4.2. Il deposito delle impugnazioni: Sezioni Unite 11 dicembre 2025, informazione provvisoria n. 19/2025. – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Il sistema processuale penale è alle prese da qualche tempo con il passaggio al telematico. Nato dalle ceneri dell'esperienza pandemica<sup>1</sup>, abita oramai quotidianamente

---

<sup>1</sup> Relativamente alle riforme normative che si sono accumulate nel settore del processo penale telematico si può operare una *summa divisio* tra le disposizioni adottate prima del periodo pandemico e quelle varate nel corso della emergenza Covid-19. Tra le prime, meritano di essere menzionati il Regolamento eIDAS (910/2014/UE); il Codice della amministrazione digitale (CAD): d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82; il d.m. 21 febbraio 2011 n. 44; il d.l. 12 ottobre 2012, n. 179 (art. 16, comma 4, notificazioni a persona diversa dall'imputato), convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012 n. 221.

Nel corso della emergenza pandemica, si può guardare principalmente alle seguenti fonti: l'art. 83, comma 12-quater.1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27, al cui comma 12-quater.1 (per quel che concerne il deposito memorie, documenti e istanze); il d.l. 28

gli uffici giudiziari, eppure il confronto con il nuovo strumento non è valso a superare per ciò solo i diversi quesiti che vi ruotano attorno. Molti fra questi affondano le radici in timori connessi all'esercizio del diritto di difesa, in ragione delle incertezze applicative legate al nuovo strumento<sup>2</sup>. Si tratta, per la gran parte, della preoccupazione di non inciampare in ipotesi invalidanti legate allo strumento telematico e, quindi, in un certo senso, nuove per gli operatori del diritto. Si discute, a ben vedere, di preoccupazioni legittime e che hanno di già animato (e animano) gli altri rami della giurisdizione che, prima del penale, hanno vissuto la transizione telematica. Uno sguardo sommario al processo civile e a quello amministrativo<sup>3</sup>, per esempio, lascia emergere come, in quelle sedi, numerosi dilemmi interpretativi si siano spesso appuntati su temi contigui a quelli delle patologie degli atti. Il terreno di scontro si è prevalentemente incentrato sui rischi di incorrere in qualche invalidità connessa all'utilizzo delle modalità telematiche: nullità

ottobre 2020, n. 137 (il c.d. Decreto Ristori) e il d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (c.d. Decreto Ristori bis), per quanto riguarda il deposito di memorie, documenti, udienze a distanza, atti di impugnazione, sospensione termini misure cautelari (entrambi i decreti, convertiti con la l. 18 dicembre 2020, n. 176; il d.m. 13 gennaio 2021, per quel che concerne le denunce ex art. 333 c.p.p., querele ex art. 336 c.p.p. e relative procure speciali, nomine difensive, rinunce o revocche di cui all'art. 107 c.p.p.

In dottrina si guardi, fra gli altri, DELVECCHIO, [L'informatizzazione della giustizia penale](#), in Dir. pen. cont. - Riv. Trim., 2021, 2, p. 60 s.; GALGANI, *Digitalizzazione penale: e processo riflessioni sul dover essere di una "cartografia" nuova*, in disCrimen, 3 giugno 2021; PROCACCINO, *Between a rock and a hard place. La faticosa "digitalizzazione" del processo penale tra fonti tradizionali e soft law*, in Cass. pen., 2021, p. 1432.

Si vedano, inoltre, a cura dei Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura, il documento dedicato alla Giustizia digitale, Roma 2022, nel quale si segnala il contributo di GIORDANO, *La giurisprudenza sul PPT: linee di indirizzo della giurisprudenza di legittimità*, pp. 37-106 (il documento è rinvenibile all'indirizzo [https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm\\_q15\\_v1.pdf](https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm_q15_v1.pdf)).

<sup>2</sup> Osservato dalla prospettiva degli uffici giudiziari, invece, la questione è principalmente legata a questioni organizzative, talune delle quali possono ugualmente impattare sull'esercizio effettivo della giurisdizione. Lo si intuisce, ad esempio, anche solo limitandosi a osservare certi provvedimenti di alcuni uffici che hanno, chi più chi meno, ritardato il passaggio al telematico, dal lato degli utenti cc.dd. interni. Si veda, a mo' d'esempio, il Decreto del Presidente del Tribunale di Brindisi del 3.04.2025, num. 835, che riapre alla telematizzazione dal lato interno, dopo un periodo cuscinetto attribuito ad asseriti malfunzionamenti ex art. 175-bis c.p.p.

<sup>3</sup> Sommarariamente, il sistema di deposito nel PCT si basa sulla creazione della c.d. "busta telematica", vale a dire – seppur in maniera imprecisa – un file crittografato che contiene i documenti informatici da inviare al Tribunale, creata a mezzo di appositi software per la redazione degli atti. La "busta telematica" viene così trasmessa al Tribunale competente che provvederà, dopo i controlli opportuni, ad abilitare l'utente alla visione del fascicolo da remoto. Ogni ulteriore attività di deposito di regola continuerà per il tramite dello stesso meccanismo brevemente enunciato. Si creeranno tante "buste telematiche" quanto saranno i depositi desiderati. Questi, poi, al di là dell'utilizzo di singoli applicativi privati, sono comunque visionabili a mezzo del portale dei servizi telematici del ministero, previo login dell'utente secondo la propria qualifica.

La scelta tecnica accolta per il ramo civilistico non è stata ripresa nella giurisdizione amministrativa, che ha preferito un metodo differente di deposito e visione dei fascicoli. In questo ramo della giurisdizione sono reperibili sul portale della giustizia amministrativa appositi "moduli di deposito", ossia dei pdf editabili che l'utente deve compilare secondo le istruzioni reperibili sullo stesso portale e dunque trasmettere, una volta firmato digitalmente, a mezzo pec, agli indirizzi deputati a ricevere i depositi. Chiaramente la spiegazione è parziale e inidonea a chiarire l'intera procedura di deposito. Vale dunque la pena rinviare, per il PAT, alla pagina dedicata del portale della giustizia amministrativa: <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/PAT+Istruzioni+per+Compilazione+Moduli+Deposito+v9.2+%281%29.pdf/f529b338-a052-b411-87d3-a8367f5abea9?t=1661847795095>.

delle notifiche; tardività di un deposito con conseguenti inammissibilità; validità della firma digitale; attestazione di conformità di taluni allegati, solo per fare alcuni ricorrenti esempi<sup>4</sup>.

L'osservazione delle *consorelle* giurisdizioni telematiche può essere di utile raffronto, nella consapevolezza, ovviamente, della intrinseca diversità dei riti e delle tecniche di telematizzazione prescelte dal legislatore. Sotto questo ultimo versante, va sottolineato come la c.d. Riforma Cartabia (d.lgs 150/2022) abbia dato vita una cornice normativa nuova e generale in tema di atti, oggi intesi come "telematici". Si è trattato di una svolta epocale, che ha condotto a un libro II del codice di tutt'altro respiro e che, similmente a quanto accadde con la riforma del 1989 in tema di prove<sup>5</sup>, contiene oggi i "principi generali in materia di atti"<sup>6</sup>. Alla serie di norme, primarie, in materia di principi generali, si è poi affiancata la disciplina regolamentare contenente le disposizioni di "ingaggio" con lo strumento telematico. Una guida, con ovvie semplificazioni, asservita alle disposizioni generali e codicistiche in materia e non in grado di sostituirsi a queste. L'assunto, che potrebbe apparire scontato, conserva, in verità, una particolare carica garantista, potendo, all'occorrenza, disinnescare eventuali esiti invalidanti cui si potrebbe pervenire se si seguisse acriticamente il dettame regolamentare. È con queste premesse che va affrontata ogni questione connessa alla digitalizzazione della giustizia penale, con la consapevolezza che quello telematico ambisce ad essere<sup>7</sup> l'esclusivo metodo di deposito<sup>8</sup>, ma senza che ciò comporti una correlata e inevitabile rinuncia a

---

<sup>4</sup> Le citazioni potrebbero essere altre ancora, fra queste: l'assenza di attestazione di conformità degli atti e dei documenti per i quali sarebbe richiesta; la carenza di firma digitale sull'atto ovvero utilizzo di firme digitali difformi dal paradigma tecnico; il deposito di un atto digitale e però ottenuto dalla scansione di uno analogico e via discorrendo. In questi ambiti, si vedano G. OTTOBRE, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1 settembre 2020, pag. 1015 s.; I. FEDELE, *Le attestazioni di conformità del difensore nella disciplina speciale sul processo civile telematico*, in *Il Processo Telematico*, 12 febbraio 2020. In giurisprudenza, fra le altre, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22438. Solo a mo' d'esempio, ha lungamente appassionato il settore amministrativistico la questione dell'assenza di firma digitale sul file relativo al ricorso, non nativo digitale, ma poi apposta in calce all'interno del "modulo di deposito". La giurisprudenza si è chiesta se questa seconda sottoscrizione potesse "sanare" la mancanza della prima ovvero se, diversamente, l'atto fosse da ritenersi invalido. Infine, all'esito di una complessa *querelle* giurisprudenziale, i giudici amministrativi hanno ritenuto di sposare un minor formalismo, salvando la sostanza dell'atto. Si veda, fra gli altri, Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541, ove si è affermato il seguente principio: «Nel processo amministrativo telematico il mancato deposito digitale o l'assenza della firma digitale non danno luogo a inesistenza, abnormità o nullità degli atti, ma solo a una situazione di irregolarità»; oppure T.a.r. Sardegna, sez. I, 12 settembre 2017, n. 580 e, più di recente, T.a.r. Lazio, 18 agosto 2022, n. 11189.

<sup>5</sup> La riforma del 1988/89 ha costituito, se vista dal punto di vista della trattazione del sistema delle prove nel processo penale, una innovazione di sicuro spessore. Come noto, si è dedicato al tema della prova un intero libro, il Terzo, contenente a sua volta una prima parte dedicata, giustappunto, ai principi generali sulle prove. Un richiamo che riporta alla mente quanto fatto in materia di atti. Si veda, senza pretesa di esaustività, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, serie generale, 24 ottobre 1998, n. 250, p. 58 s.; P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2014; V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, 9a ed., Cedam, 2018, p. 305 s.

<sup>6</sup> In senso ampio, quindi della loro forma, del deposito e della tenuta del fascicolo.

<sup>7</sup> Per il tempo in cui andrà pienamente a regime.

<sup>8</sup> Salve le eccezioni, indicate sempre nell'art. 111-bis c.p.p. e di cui si dirà nel prosieguo.

taluni principi ispiratori del rito, ovvero al proliferare di indeterminate cause di invalidità degli atti. L'assunto andrà ampiamente ripreso, vale però la pena precisare sin da ora, in relazione alla patologia che maggiormente viene in rilievo quando si parli di deposito degli atti, come la transizione al digitale non costituisca «una nuova generalizzata ipotesi di inammissibilità»<sup>9</sup>.

Chiarito che non si tratta più, quindi, di un problema di *an* (il processo penale transiterà per la gran parte al digitale), ma di *quomodo*, il presente scritto, muovendo dalle direttrici fondamentali della Riforma, intende saggiare in che modo questa viva nella prassi giudiziaria. Nel far ciò, si osserverà come la più recente giurisprudenza di legittimità abbia inteso affrontare i primi quesiti derivanti dal passaggio obbligatorio al telematico (*infra*, §§ 4; 4.1; 4.2). La disamina delle questioni sin qui dibattute nel diritto vivente verrà affiancata dall'uso critico dei principi generali regolatori della materia, al fine di rintracciare un auspicato e nuovo baricentro nell'ambito della giustizia digitale, ove i diritti della difesa possano continuare a trovare esplicitazione nel nuovo contesto (telematico) di riferimento.

## 2. Le direttrici fondamentali.

Come noto, quella penale è solo l'ultima delle giurisdizioni passate al telematico. A differenza delle conversioni al digitale realizzatesi in ambiti processuali extrapenali, quest'ultima ha potuto crescere in un'incubatrice rara (e non certo in senso positivo): la pandemia. La distanza sociale imposta durante l'emergenza sanitaria ha favorito il veloce proliferare di disposizioni d'urgenza, tese a garantire comunque il funzionamento della macchina giudiziaria. Si è trattato di una sorta di azione enzimatica, che ha favorito la crescita di soluzioni improntate tutte alla telematizzazione di fatto. Come accade in situazioni emergenziali, quelle iniziative non erano organiche, spesso diversificate<sup>10</sup> nella Penisola; eppure, diedero prova della fattibilità tecnica e pratica di ricorrere a strumenti informatici di gestione del rito. Apparve quindi necessaria una riforma organica, in grado di superare la frammentarietà che sino a quel punto contraddistingueva la disciplina emergenziale. L'ambizione era quella di

---

<sup>9</sup> M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, in M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale, Volume I, Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, Giappichelli, 2024, p. 191.

<sup>10</sup> Fra le prime soluzioni, in alcuni uffici giudiziari s'è fatto strada il deposito a mezzo mail (ordinaria, su caselle che gli uffici giudiziari via via hanno attivato) dei singoli atti. Istruttivo, a tal proposito, il provvedimento del Tribunale di Bologna, n. 272 del 4 maggio 2020, sulle modalità d'accesso e deposito atti presso le cancellerie penali dibattimentali, ove si affermava la ritualità «del deposito delle liste testimoniali mediante invio via mail»; così ancora nel successivo provvedimento n. 167/2020, del 12 ottobre 2020, stesso ufficio giudiziario. Le nuove soluzioni non hanno riguardato solo i depositi. In seguito, e in ordine alla trattazione delle udienze, come si vedrà oltre, si optò per una precisa distribuzione di queste ad orari prestabiliti, onde evitare assembramenti. La soluzione è andata con il tempo affinandosi, abbinando anche la pubblicazione di puntuali ruoli d'udienza sui vari siti istituzionali della giurisdizione. I ruoli delle udienze penali della Corte d'Appello di Bologna, ad esempio, sono ancora reperibili sul portale istituzionale della Corte, ove vengono aggiornati. Similmente accade per il Tribunale di Bologna.

superare la babele di disposizioni che, a macchia di leopardo, aveva improvvisamente invaso gli uffici giudiziari. Alla logica puntiforme occorreva sostituirne una di sistema, un nuovo *ecosistema digitale*<sup>11</sup>.

Muove da qui la scelta di creare un gruppo unitario di norme generali, dentro cui le soluzioni di dettaglio – sia quelle novellate, sia quelle già esistenti e non abrogate – potessero inserirsi e assumere un significato a volte nuovo, ma coerente col nuovo *ecosistema* di riferimento, improntato alla neutralità digitale. L’approdo è il risultato ineludibile del precipitato primario. Avendo scelto di non recepire soluzioni informatiche specifiche, si è a quel punto preferito adottare locuzioni di scopo. Per dirla altrimenti, non si rinviene nel testo codicistico l’indicazione di una tecnica precisa di deposito. È però preteso il raggiungimento di determinati obiettivi minimi, che rassicurino il sistema del corretto approvvigionamento degli atti. A mo’ d’esempio, la formazione dell’atto digitale deve avvenire secondo modalità che ne assicurino *l’autenticità, l’integrità, la leggibilità, la reperibilità, l’interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza*<sup>12</sup>. Per il deposito, occorre inoltre che le modalità adottate siano tali da garantire l’identità del mittente e del destinatario, e così via. Come si è sostenuto, «vale, dunque, in generale, una condizionata libertà di forme: ogni soluzione digitale percorribile è accettata, purché assicurati i requisiti prescritti dalla disposizione»<sup>13</sup>. L’escamotage legislativo evita l’obsolescenza degli strumenti tecnici ed è più in linea con una legislazione codicistica, vale a dire un *corpus* omogeneo di leggi stabili, o che ambiscono ad esserlo. Ne deriva che gli adeguamenti tecnici, qualora dovessero essere necessari, saranno possibili anche solo ricorrendo a un’opera regolamentare.

Rilevante è poi l’assenza di nuove previsioni invalidanti nel codice di rito, in ragione solo del passaggio al telematico. In definitiva, restano ferme le patologie degli atti già note, che al più potranno vedersi adattate alla casistica generata con il tempo dalla transizione al digitale. Lo strumento, in effetti, può essere condizionante e, dunque, nuovi scenari verranno aperti su questo fronte. Per queste ragioni, non escono di per sé

<sup>11</sup> Cfr. B. GALGANI, *Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questione giustizia*, 2021; ID., *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega “Cartabia”*, in A. MARANDOLA (a cura di), *“Riforma Cartabia” e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Cedam, Padova, 2022, p. 37 s. Sia consentito anche un rinvio a M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, in M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale, Volume I, Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, Giappichelli, 2024; L. TAVASSI, *Il labirinto telematico per la trasmissione degli atti*, in *Diritto di Difesa*, fasc. 1-2, 2024, p. 71 ss.

Peraltro, quel tipo di legislazione soffre di uno svantaggio al trascorrere del tempo. Una normazione siffatta difetta dei giusti anticorpi per affrontare i molteplici mutamenti tecnici correlati all’avanzare delle tecnologie. In buona sostanza, il tempo l’avrebbe erosa. La legislazione emergenziale, per esempio, ha fatto ampio uso delle PEC, letteralmente proliferate. Al tempo della stesura della riforma, quindi, le si sarebbe potute elevare a regola, inserendo l’obbligatorietà del deposito via PEC entro il codice di rito. Una soluzione di questo tipo avrebbe sicuramente destato meno dilemmi di quelli che continuano a porre le piattaforme di deposito, ma con un importante limite. L’eventuale obsolescenza della tecnica avrebbe imposto di mettere mano al codice.

<sup>12</sup> Così nell’art. 110 c.p.p.

<sup>13</sup> Sia concesso un rinvio a M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, op. cit., p. 190.

risolti tutti i dubbi che, naturalmente, una novella così concepita è in grado di portare. Da questa scelta legislativa si può però trarre una spinta ulteriore per favorire la transizione al digitale, ovvero per superare, nel rispetto delle legittime aspettative connesse all'esercizio del diritto di difesa, alcune perplessità applicative possibili, come disvela la lettura di recenti approdi giurisprudenziali. Prima di esaminarli, vanno individuate alcune altre direttrici da rinvenirsi in due importanti disposizioni di raccordo, anch'esse pensate come un ponte verso il processo penale digitalizzato.

### 3. Raccordi funzionali: brevi cenni sugli artt. 172 e 175 c.p.p.

Nell'ambito della nuova cornice edittale sugli atti, a due previsioni è affidato il compito di assicurare un necessario quanto delicato raccordo in punto di termini processuali e depositi in caso di malfunzionamenti dei sistemi informatici. Il riferimento è alla riformulazione dell'art. 172 e del successivo art. 175-*bis*, di nuovo conio.

La prima delle due disposizioni si inserisce come istituto di semplificazione, traendo ispirazione anche dall'esperienza "telematica" già acquisita in altri rami della giurisdizione. Come noto, il comma 6 dell'art. 172, così come letto negli anni da costante giurisprudenza, indica lo scadere del termine per un deposito in corrispondenza «del momento in cui secondo i regolamenti l'ufficio viene chiuso al pubblico». In assenza di alcuna modifica normativa, ciò avrebbe imposto, anche per la presentazione telematica di atti, la medesima scadenza, con esiti, però, paradossali. Quel lemma normativo nasce e si giustifica perché chiamato a disciplinare il contatto necessario tra l'utenza e le cancellerie e non potendo acconsentire, nel contesto di depositi analogici, un accesso ai locali dell'ufficio giudiziario alcuni minuti prima della mezzanotte del giorno di scadenza. In buona sostanza, si tratta di una regola d'ordine.

A fronte di ciò, il passaggio al processo penale telematico ha come presupposto il superamento del contatto necessario fra utenti e cancelleria. La regola diviene la presentazione a mezzo di strumenti telematici e, di contro, quella "a mani" è vissuta nel codice come eccezione, connessa a taluni presupposti. Singole esigenze processuali, atti compiuti personalmente dalla parte o, in ultimo, eventuali malfunzionamenti dei sistemi informatici potranno giustificare una deviazione dal binario digitale. Al di fuori di queste (non infinite) ipotesi, i depositi non necessiteranno dell'accesso in cancelleria. Ciò, come si diceva, ha delle conseguenze sull'organizzazione del lavoro e la permanenza del limite orario appena menzionato avrebbe fatto fatica a giustificarsi. Queste ragioni, nel nuovo contesto digitale di riferimento, hanno suggerito di consentire depositi telematici sino alla mezzanotte del giorno di scadenza, costruendo una cerniera *ad hoc* fra il nuovo orizzonte orario per la presentazione degli atti e il lavoro degli uffici<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Precisazione normativa quanto mai utile per evitare fraintendimenti che di certo sarebbero proliferati. Basta guardare, ancora, alle consorelle giurisdizioni per accorgersene, qui venendo in rilievo quella amministrativa. Cfr. Tar Catania, sez. III, 16 febbraio 2023, n. 474 «il deposito degli atti processuali, con il processo amministrativo telematico (PAT), è possibile fino alle ore 24.00; ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12.00 (id est, l'orario

Il raccordo è consentito a mezzo del nuovo comma 6-*bis* dell'art. 172, nell'ambito del quale è precisato come «il termine per fare dichiarazioni, depositare documenti o compiere altri atti (...) con modalità telematiche si considera scaduto se l'accettazione da parte del sistema informatico avviene entro le ore 24 dell'ultimo giorno utile». Chiude il cerchio il successivo comma 6-*ter*, ove si precisa che «i termini decorrenti dal deposito telematico, quando lo stesso è effettuato fuori dall'orario di ufficio stabilito dal regolamento, si computano dalla data della prima apertura immediatamente successiva dell'ufficio». Il senso della disposizione appare chiaro. Il termine per la parte è rispettato ove abbia provveduto al deposito entro la mezzanotte dell'ultimo giorno utile; la cancelleria lavorerà quel deposito a far data dal primo giorno di apertura successivo. La mediazione appare un compromesso utile, salvando il maggior termine per le parti, senza recare pregiudizio all'organizzazione degli uffici giudiziari.

Nondimeno, non sono mancate, di recente, pronunce di merito che hanno posto un dubbio sul ragionamento esposto, avendo però condotto verso interventi di legittimità riparatori, che conviene riprendere. È accaduto, per esempio, che venisse dichiarata inammissibile una richiesta di rescissione del giudicato in quanto pervenuta oltre il trentesimo giorno dalla notifica al condannato dell'ordine di carcerazione. Il presupposto dell'inammissibilità era da rinvenirsi, secondo il ragionamento poi censurato in Cassazione, nella circostanza che l'atto veniva accettato dalla cancelleria in un giorno successivo a quello ultimo di scadenza, seppure depositato entro il limite<sup>15</sup>.

Degna di nota si mostra la pronuncia della Corte di cassazione, nell'ambito della quale la regola enucleata all'art. 172, co. 6-*bis* viene assunta a principio generale in tema di presentazione degli scritti, facendo così salvo l'atto basandosi sul tempo dell'avvenuto invio e accettazione da parte del sistema, non anche ad opera della cancelleria. Peraltro, la sentenza in commento si riconosce anche per via di alcune considerazioni di più ampio respiro e utili nelle fasi di transizione, agganciandosi a un intendimento che appartiene alla recente giurisprudenza dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, nel caso *Patricolo ed altri c. Italia*, del 23 maggio 2024. In base alle parole del giudice di Strasburgo, adattate a cura della Corte di legittimità al contesto qui sotto esame, occorrerebbe «una certa flessibilità da parte dei giudici nel valutare i requisiti del deposito dei ricorsi durante la fase di transizione dal procedimento cartaceo a quello telematico» (così ripreso nelle parole di Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 47737/2024). Tale approccio può essere condiviso, mostrandosi rispettoso della *ratio legis*.

---

previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del PAT), si considera - ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche - effettuato il giorno successivo, ed è quindi tardivo. Il termine ultimo di deposito alle ore 12.00, quindi, permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del PAT, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del collegio giudicante». Si vedano in argomento anche Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2022, n. 7977; Cons. Stato, sez. V, n. 10636 del 2022; Ta.r. per il Lazio, sez. III, n. 3507 del 2022.

<sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 47737/2024. Più nel dettaglio, «la Corte di merito aveva erroneamente fatto riferimento al momento in cui il deposito era stato accettato dall'ufficio destinatario (il 1° marzo 2024), anziché a quello in cui era stato inviato alla Corte d'appello, ossia il 28/02/2024, ultimo giorno utile, per come risultava dall'estratto del Portale di deposito degli atti penali allegato al ricorso»

Sotto altra prospettiva, il richiamo all'art. 172 c.p.p. può valere anche a fondare una richiesta di rimessione nel termine. Per meglio dire, può accadere, come nel caso posto all'attenzione della Cassazione nella recente sentenza n. 9958/2025, che a fronte di un deposito regolarmente effettuato, questo venga rifiutato per ragioni connesse a possibili disallineamenti del sistema di ricezione dei depositi. Il caso di specie prendeva le mosse dal "rifiuto"<sup>16</sup> di un ricorso per Cassazione e che, a seguito di una verifica che il ricorrente effettuava nell'immediatezza presso la cancelleria, apprendeva essere dovuto «al mancato allineamento tra i dati del procedimento di primo grado e quelli d'appello, non risultando il numero di registro notizie di reato presente nei registri informatici». Ragioni che, se da un lato sospinsero il difensore per il deposito immediato di altro ricorso (seppur formalmente fuori termine), contestualmente suggerirono di argomentare per la correttezza del primo «effettuato ai sensi dell'art. 172, comma 6-bis, cod. proc. pen.». In base a ciò, richiedeva di tenere buono l'atto originariamente presentato, sulla base della ricevuta di prima accettazione prodotta dal sistema, ovvero, e in conseguenza, di essere rimesso in termini in relazione al secondo ricorso depositato in reiterazione del primo. La Corte di cassazione infine approda a quest'ultima soluzione, ritenendo «l'inosservanza del termine (...) [dovuto] a causa di forza maggiore, di natura oggettiva e insuscettibile di essere tempestivamente impedita o rimossa dal difensore»<sup>17</sup>. Una causa di forza maggiore tutta dovuta sì a un malfunzionamento del sistema, ma soltanto in riferimento a un singolo caso. Discorso a parte va fatto per i casi di malfunzionamenti (generalizzato) dei sistemi informatici come struttura, siano essi a livello centrale, ovvero periferico, secondo le linee guida proprie dell'art. 175-bis c.p.p.

La circostanza che i depositi debbono occorrere telematicamente, come si è appena intuito, pone il sistema innanzi alla sfida dei malfunzionamenti. Con questa consapevolezza, il legislatore della riforma introduce nelle maglie del codice l'art. 175-bis c.p.p., teso a normare l'attività giudiziaria conseguente all'accertamento dell'esistenza di un impedimento informatico. Premesso che i cattivi funzionamenti utili ai fini della norma possono essere tanto a livello centrale (attestati sul portale dei servizi telematici del ministero), quanto a livello locale (e qui attestati dal dirigente dell'ufficio giudiziario), ove si verificassero il legislatore ha inteso assicurare la operatività della macchina giudiziaria. In altre parole, i malfunzionamenti non divengono per ciò solo cause di rinvio e/o di rimessione nei termini, anzi, qualora si presentassero, imporrebbero depositi analogici, così invertendo il rapporto tra regola ed eccezione. Sul punto, conviene precisare che rientra nel concetto di «dirigente dell'ufficio giudiziario», evocato nella disciplina, anche il Procuratore della Repubblica, come di recente affermato dalla Corte di cassazione e, per converso, non è pensabile che altro organo dubiti dell'esistenza o della rilevanza dell'accertato malfunzionamento<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Da parte del sistema telematico di presentazione degli atti nel processo penale.

<sup>17</sup> Così in Cass. Pen. sez. II, n. 9958/2025.

<sup>18</sup> Cass. Pen., sez. II, n. 42873/24. In argomento, si veda, F. IANNONE, *I malfunzionamenti dei sistemi informatici della Giustizia*, in *Giustizia Insieme*, link: <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/3361-i-malfunzionamenti-dei-sistemi-informatici-della-justizia-fernanda-iannone>.

#### 4. Premesse sul deposito telematico degli atti e i casi (eccezionali) di presentazione analogica.

Come si è avvertito, a mezzo delle disposizioni sul deposito (telematico) degli atti processuali<sup>19</sup> – insieme alla disciplina sulla forma degli stessi<sup>20</sup> – il codice cambia veste<sup>21</sup> e introduce una serie di principi generali in materia.

La via ordinaria di deposito diviene quella telematica<sup>22</sup>, come esce plasticamente rappresentato dall'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente» entro l'art. 111-*bis* c.p.p.<sup>23</sup>. Il tutto, come detto, secondo un principio di *neutralità digitale*, essendo dettati i principi e le finalità che l'attività di deposito deve garantire<sup>24</sup>.

Dinanzi a questa regola, resistono delle eccezioni, sempre contenute nell'art. 111-*bis* c.p.p.

Sul presupposto che, talvolta, il deposito telematico difficilmente si concilierebbe con taluni *bisogni* processuali, si enucleano casi in grado di supportare la presentazione “a mani” di taluni atti e documenti. È ciò che il legislatore prevede nel comma 3 dell'art. 111-*bis* c.p.p., ove si citano «atti o documenti che, per loro natura o per specifiche esigenze processuali, non possono essere acquisiti in copia informatica».

Il primo dei riferimenti, quello sulla «natura» dell'atto, rimanda ad una *impossibilità tecnica alla conversione* e pone minori dilemmi. Si pensi, a mo' d'esempio, all'esibizione e conseguente acquisizione al fascicolo di documenti che vanno acquisiti in originale, ad esempio perché si deduce la loro falsità<sup>25</sup> ovvero produzioni di mappali o singoli manufatti che vanno acquisiti, per esempio, quale corpo del reato e via discorrendo. Il tutto, pur sempre rammentando che, di fianco all'utilizzo dell'originale,

<sup>19</sup> V. anche B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 114.

<sup>20</sup> In chiave diacronica, poi, è sempre utile riferirsi a F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990.

<sup>21</sup> In ordine, prima della modifica normativa, il blocco di artt. 109-133 non disciplinava, in termini unitari, l'attività di deposito. Questa era al più ricavabile da alcune singole disposizioni, quali, ad esempio, l'art. 121, in merito alle memorie di parte, ove si fa espresso richiamo al *deposito in cancelleria*. Similmente si afferma all'art. 127, in ordine alla presentazione *in cancelleria* di memorie e documenti sino a cinque giorni prima dell'udienza camerale. In materia, fra gli altri, G. P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, 11<sup>a</sup> ed., Padova, 2023, p. 157 s.

<sup>22</sup> Sul punto, la legge-delega (art. 1, comma 5, lett. a, legge 27 settembre 2021, n. 134) affidava al delegato il compito di «prevedere che nei procedimenti penali in ogni stato e grado il deposito di atti e documenti, le comunicazioni e le notificazioni siano effettuati con modalità telematiche». Affermazione che si ritrova, con qualche divergenza testuale, anche al successivo art. 1, comma 5, lett. f.

<sup>23</sup> Al netto del recente D.M. 27.12.2024, n. 206, recante "Regolamento concernente modifiche al decreto 29 dicembre 2023, n. 217 in materia di processo penale telematico" (G.U. 30.12.2024, n. 304) 30 dicembre 2024, che distribuisce nuovamente il passaggio al telematico secondo fasi o uffici giudiziari.

<sup>24</sup> Alla lettera, l'art. 111-*bis* c.p.p. rammenta come “*Il deposito telematico assicura la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché l'identità del mittente e del destinatario, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici*”. Si veda anche B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, cit.

<sup>25</sup> Cenni rinvenibili pure nella *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022; ovvero in Corte Suprema di Cassazione, ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa. La “riforma Cartabia”*, 5 gennaio 2023, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023.

sarà reso in ogni caso disponibile alle parti una copia informatica del documento o una traccia informatica<sup>26</sup> dell'esistenza dell'originale agli atti, da inserire nel fascicolo telematico<sup>27</sup> «senza ritardo».

Diviene più intricato il panorama quando, superato il perimetro disegnato dalla «natura dell'atto», si approdi alle «specifiche esigenze processuali» in grado di sorreggere un deposito «a mani». Qui i dilemmi maggiori si presentano in ragione del bisogno di garantire la funzionalità del sistema. Per completezza, occorre prendere coscienza dei possibili approcci ermeneutici volti a limitare, per come possibile, la presentazione analogica degli atti. Valutazioni siffatte è possibile si fondino sul seguente assioma: ammettere la presentazione di memorie cartacee rischia di compromettere la funzionalità complessiva del processo telematico, mal conciliandosi con l'ecosistema digitale di riferimento.

È compito dell'interprete, dunque, quello di riempire di contenuto la costruzione normativa «specifiche esigenze processuali». La quadratura del cerchio passa per la gran parte da qui. La lettura coerente del lemma normativo consente di evitare approdi irrazionali e ciò sia se visti dalla prospettiva della digitalizzazione<sup>28</sup> sia, ancor più, da quella offerta muovendo dai diritti partecipativi delle parti, dovendosi pur sempre rammentare che è la tecnica informatica asservita al processo, ai suoi equilibri e alle superiori aspettative che in esso vengono riposte e non il contrario.

Chiarito ciò, una possibile opzione esegetica potrebbe trovare fondamento nell'oggettivazione della clausola normativa<sup>29</sup>, vale a dire «dovendo assecondare singole esigenze del procedimento non ovviabili in altro modo. Tale lettura finisce per contenere – sul piano testuale – anche quelle scelte delle parti (soggettive e strategiche) che trovino come punto di ricaduta una esigenza processuale non ovviabile in altra maniera»<sup>30</sup>.

Simile interpretazione si presta ad essere applicata alle diverse norme apparentemente non toccate dalla riforma ma che ora debbono essere rilette alla luce delle disposizioni generali sugli atti. È questo soprattutto il caso<sup>31</sup> del deposito (non

<sup>26</sup> In questo caso sarà necessario predisporre un indice degli atti contenuti al fascicolo del Tribunale, secondo il disposto dell'art. 111 ter, co. 3 «(...) salvo che per loro natura o per specifiche esigenze processuali non possano essere acquisiti o convertiti in copia informatica. In tal caso, nel fascicolo informatico è inserito elenco dettagliato degli atti e dei documenti acquisiti in forma di documento analogico».

<sup>27</sup> Il tema è in parte estraneo al presente e tuttavia conviene ricordare che la tenuta del fascicolo informatico, nella prospettiva del codice, dovrà essere garantita anche per le volte in cui dovesse procedersi all'acquisizione di un atto o di un documento sul suo supporto analogico. In questi casi la cancelleria dovrà curare l'immissione di una copia informatica nel fascicolo telematico di riferimento. Si veda l'art. 111 ter, comma 3, c.p.p., che alla lettera rammenta come *“Gli atti e i documenti formati e depositati in forma di documento analogico sono convertiti, senza ritardo, in documento informatico e inseriti nel fascicolo informatico, secondo quanto previsto dal comma 1, salvo che per loro natura o per specifiche esigenze processuali non possano essere acquisiti o convertiti in copia informatica. In tal caso, nel fascicolo informatico è inserito elenco dettagliato degli atti e dei documenti acquisiti in forma di documento analogico”*.

<sup>28</sup> Come di primo acchito si è portati a credere.

<sup>29</sup> Come pure suggerisce l'espressione normativa.

<sup>30</sup> M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, op. cit., p. 194.

<sup>31</sup> Ma non solo. Si pensi ai bisogni legati alla fase istruttoria, quali l'esibizione di un documento per il suo riconoscimento e futura acquisizione (ex artt. 234 e 239).

telematico) dell'ampia serie di atti dei quali ad oggi è consentita la presentazione in udienza: dichiarazione di costituzione di parte civile e memorie *ex art. 121 c.p.p.*, fra gli altri. Singoli "casi problematici" di deposito, parte dei quali ha già visto l'intervento del giudice della nomofilachia, i cui intendimenti conviene riprendere.

#### 4.1. Alcuni singoli casi: costituzione di parte civile, memorie d'udienza, querele, sottoscrizione degli atti.

Il passaggio al telematico impone una rilettura di qualche espressione comune nel codice e non modificata in sede di riforma. Il richiamo è alle volte in cui il legislatore processuale si riferisca alla presentazione di scritti «nella cancelleria del giudice». Coerenza sistemica impone di interpretare la locuzione codicistica come «a mezzo di sistemi informatici di trasmissione». Detto altrimenti, i passaggi normativi nei quali ci si riferisce alla cancelleria, implicano ora l'uso dello strumento telematico. Del resto, a prima vista, non vi sono ragioni per invocare la clausola derogatoria, non parendo ricorrere «oggettive» ragioni processuali che depongano in senso difforme.

La prospettiva diviene meno chiara ove sia ammessa *ex lege* la consegna di un atto anche in udienza. Si prenda ad esempio la dichiarazione di costituzione di parte civile, la cui possibilità di presentazione direttamente davanti al giudice è prevista dall'art. 78 c.p.p. Impedirne il deposito sotto forma di documento analogico rischierebbe di produrre almeno due distorsioni processuali: 1) abrogare, implicitamente, una porzione di una norma esistente; 2) facilitare il verificarsi di una ipotesi di decadenza, per la parte che scegliesse di depositare la dichiarazione in udienza. Alla luce di ciò, identiche ragioni di coerenza impongono di risolvere l'antinomia in senso opposto. In altre parole, l'interpretazione logica suggerisce, almeno fino a che non sarà possibile un deposito contestuale e digitale in udienza (e, a ben vedere, anche allora, invariato il testo legislativo), di acconsentire alla consegna in aula dell'atto. A nulla rilevarebbe la critica basata sulla possibilità di presentare la dichiarazione fuori udienza<sup>32</sup>: quest'ultima, infatti, rimane solo una delle possibilità concesse alla parte, che ben deve continuare a poter scegliere anche l'altra alternativa prevista dalla legge. In casi come questo, la decisione di presentare la dichiarazione *ex art. 78 c.p.p.* direttamente in udienza, in formato analogico, potrebbe rientrare tra quelle *specifiche esigenze del procedimento non diversamente oviabili* per garantire l'esercizio dell'azione civile nei modi previsti dalla legge. La conclusione, peraltro, non contrasta con le disposizioni relative alla tenuta del fascicolo digitale, in virtù dell'art. 110, comma 4 e 111-ter, comma 3, c.p.p., secondo i quali «gli atti redatti in forma di documento analogico sono convertiti senza ritardo in

---

<sup>32</sup>Del resto, è normale che le previsioni sulla forma degli atti e sulle modalità di deposito debbano tener conto della realtà. Obiezioni di questo tipo degradano ingiustificatamente la dialettica processuale, che è fatta anche di strategie. Nel solco di ciò che è ammesso per legge, va preservata la libera scelta di difendersi nelle modalità che si ritengono più opportune. È a ben vedere anche questa una forma di estrinsecazione del diritto di difesa.

copia informatica ad opera dell'ufficio che li ha formati o ricevuti» e «inseriti nel fascicolo informatico»<sup>33</sup>.

Eppure, a fronte di ciò, si segnala nella giurisprudenza di merito un recente precedente in tema di inammissibilità della costituzione di parte civile per via della asserita mancanza «dei presupposti di cui all'art. 122, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., che prevede il deposito della procura speciale in copia informatica autenticata con firma digitale o altra firma elettronica qualificata». In buona sostanza, si tratta di una declaratoria che fonda la sua ragione fondativa sulla telematizzazione della giustizia penale ma che, come si vedrà, non va condivisa. La pronuncia offre occasione per un necessario approfondimento su un tema di estrema attualità e delicatissimo, nella dinamica processuale. Va premesso che la sentenza della Cassazione alla quale si deve intendere riferita questa parte dello scritto<sup>34</sup>, invero, non sposa il provvedimento impugnato e, anzi, offre diversi spunti di riflessione nel senso delle cose sin qui esposte. Ciò ha un valore certamente interpretativo, senza tuttavia avere avuto alcuna incidenza sul singolo processo. Occorre infatti considerare che «l'ordinanza di esclusione della parte civile, di regola non rientrante nel novero dei provvedimenti impugnabili, è suscettibile di ricorso per cassazione ove affetta da abnormità (...)»<sup>35</sup>. Ciò dovrebbe consigliare fra i giudici del merito, pertanto, valutazioni ancora più caute, attesi gli esiti nefasti cui si può pervenire percorrendo alcune strade interpretative.

Al di là dell'inammissibilità del ricorso, in ragione dell'inoppugnabilità del provvedimento di esclusione della parte civile<sup>36</sup>, la Corte ha ritenuto doveroso chiarire i termini del rapporto fra gli artt. 122, comma 2-*bis*, e gli artt. 111-*bis* e *ter* c.p.p. La prima delle due disposizioni citate prescrive il deposito di copia informatica della procura e con le modalità dell'art. 111-*bis* c.p.p. Come si è avvertito, però, è consigliabile una lettura delle disposizioni in materia di processo penale telematico nel loro complesso, atteso il nuovo sistema (digitale) di riferimento. Procedendo in questo senso, la Cassazione si limita a rammentare che proprio nell'art. 111-*bis* e 111 *ter* c.p.p., in tema di deposito e fascicoli informatici, vi sono ampi margini per ritenere che resistano, se giustificate, ipotesi in cui è possibile un deposito analogico, prova ne sia che l'aggiornamento del fascicolo è vissuto come adempimento successivo alla presentazione di un atto eventualmente occorsa "a mani". Oltre a ciò, pure a volere osservare singolarmente l'art. 122, comma 2-*bis*, c.p.p., nel dire della Corte, andrebbe preso atto dell'assenza di una qualche ipotesi invalidante espressa a suo presidio. Di per sé, l'ultimo dato evocato dovrebbe essere sufficiente per escludere approdi simili a quelli oggetto del ricorso per Cassazione.

Al di là del provvedimento da cui origina la pronuncia dei giudici di legittimità, conviene tornare sulla necessità di garantire connessioni logiche, ispirate dalla

---

<sup>33</sup> Perché ha come presupposto il corretto utilizzo di una eccezione alla regola.

<sup>34</sup> Si tratta di Cass. Pen., Sez. II, num. 18264/2025.

<sup>35</sup> Così, Cass. Pen., Sez. IV, n. 17697/2024.

<sup>36</sup> Orientamento che, in parte qua, vedremo già essere posto in crisi da Cass. pen., sez. V, ud. 6 maggio 2025 (dep. 4 luglio 2025), n. 24708, seppur con riferimento specifico ad alcune pieghe del processo penale telematico.

sistemica del codice, fra le norme che saranno chiamate a relazionarsi con i nuovi principi sugli atti e questi ultimi. Vivere atomisticamente ogni singola disposizione è, come si è avvertito, contrario al senso più profondo della riforma. Quando si parla di *ecosistema digitale*, si allude proprio a questo: all'insieme di interazioni possibili tra principi generali sugli atti e singole disposizioni codicistiche. Così, le disposizioni sul conferimento della procura vanno lette in uno con quelle in tema di costituzione di parte civile. L'art. 78, comma 1 lett. c), individua fra le formalità della costituzione della parte, «l'indicazione della procura speciale». Sempre l'art. 78, comma 1-bis, ammette il conferimento della procura nelle forme dell'art. 100 c.p.p., vale a dire anche a margine o in calce all'atto di costituzione di parte civile. Atto che, di per sé, è possibile presentare anche in udienza, giusto il richiamo all'art. 78, comma 1, in vigore. Ciò basta, anzitutto, per un primo approdo. Qualora la costituenda parte civile (*rectius*: il difensore munito di procura speciale) intenda depositare in udienza con apposizione a margine o in calce della procura, non potrà in nessun caso esservi dubbio sul perfezionamento dell'atto stesso. La *ratio* delle norme non solo consiglia, bensì doverosamente conduce verso questa e solo questa soluzione. Nel momento in cui si afferma che l'atto è depositabile in udienza e che, fra le formalità, v'è l'indicazione della procura speciale, si finisce col dire che quest'ultima non può che assumere la forma dell'atto cui si connette immediatamente: analogica. Se così non fosse, meglio ribadire, occorrerebbe seriamente dubitare della ultrattività degli artt. 78 e 100 c.p.p. a seguito dell'introduzione del processo penale telematico. Come si è avvertito, però, non v'è dubbio alcuno circa l'attuale coerenza delle disposizioni citate, sicché quella appena avanzata si mostra come l'unica lettura possibile.

Peraltro, come si è già scritto, il passaggio al telematico consiglia di osservare le prassi degli altri riti già informatizzati. Nel caso di specie, viene in ausilio l'art. 83 c.p.c., in base al quale «[l]a procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce (...)». Il principio, spendibile nella sede processuale penale anche per il tramite di quello del raggiungimento dello scopo, suggerisce di leggere allo stesso modo il caso della procura speciale per la costituzione di parte civile rilasciata su foglio separato, quindi non graficamente congiunto all'atto ma depositato in uno con la dichiarazione di costituzione presentata in udienza.

L'art. 122 c.p.p. disciplina, in via residuale, il sol caso del deposito autonomo della procura speciale, vale a dire a prescindere e non insieme ad altro atto che si fondi su quest'ultima. Detto altrimenti, il difensore che volesse preparare il campo per un rito speciale e che intendesse depositare anzitempo la necessaria procura *ad hoc*, dovrà farlo telematicamente. La precisazione, che si aggiunge all'art. 111-bis c.p.p., è parsa utile al legislatore in ragione della peculiarità dell'atto in sé considerato. La procura, infatti, è rilasciata, nella assoluta maggioranza dei casi, su supporto cartaceo. La circostanza avrebbe potuto far ritenere che, in riferimento a quest'ultima si ricadesse sempre in una eccezione al deposito telematico, per il ricorrere implicito di una *specifica ragione processuale* connessa, qui, alla raccolta della nomina. La novella, avendo precisato quanto detto, vale a superare, *per tabulas*, il possibile fraintendimento, imponendo il deposito telematico della procura, isolatamente intesa. Altro esempio potrebbe essere quello del

difensore in procinto di subentrare nella difesa tecnica ed altri se ne potrebbero fare. In questi casi, la nomina fiduciaria diverrebbe l'unico atto da depositare, anche solo per potere fare accesso al fascicolo processuale. Ebbene, anche nel caso in cui il difensore avesse raccolto la procura in formato analogico, si curerà di convertirla in file digitale, così procedendo al suo deposito.

Sul punto, si mostra risolutiva la recente Cass. pen., sez. V, ud. 6 maggio 2025 (dep. 4 luglio 2025), n. 24708, la quale ha causticamente chiosato: «l'ordinanza con la quale il giudice escluda la costituzione di parte civile avvenuta direttamente in udienza per violazione della previsione di cui all'art. 111-*bis* c.p.p., che prescrive come obbligatorio il deposito telematico degli atti processuali, è abnorme per avere fatto riferimento a una normativa estranea alla situazione processuale da regolare, e quindi tale da risultare "extra-vagante" rispetto al sistema processuale». Il passaggio argomentativo rafforza gli approdi cui si perviene nel presente scritto, pur senza contraddire la copiosa giurisprudenza tesa a scartare la possibilità di impugnare l'ordinanza di esclusione della parte civile. Conviene richiamare i passaggi argomentativi più rilevanti della citata sentenza, in grado di pesare, e non poco, sui futuri equilibri processuali nel nuovo contesto telematico di riferimento. La Corte chiarisce così che «(...) l'art. 78 cod. proc. pen. (...) nel disciplinare le modalità di costituzione della parte civile nel processo penale, prevede (...) che la costituzione di parte civile (...) deve essere "depositata nella cancelleria del giudice che procede o presentata in udienza". La riforma "Cartabia" non ha introdotto modifiche alla disciplina dell'attività di udienza (...) tra cui non può non farsi rientrare, (...), la costituzione di parte civile (...)»<sup>37</sup>.

Dubbi applicativi non minori potrebbero sorgere in riferimento al deposito delle memorie *ex art.* 121 c.p.p. La parte, infatti, pur non venendo necessariamente in rilievo alcuna ipotesi di decadenza, potrebbe avere un interesse strategico a presentarne una proprio in udienza, ad esempio per accompagnare la discussione<sup>38</sup>. A ben vedere, resistono ancora, nel tessuto normativo, ragioni eventualmente a sostegno di una simile scelta processuale. Anzitutto, resta in vigore l'art. 482 c.p.p., secondo cui le parti hanno il diritto di rendere a verbale le dichiarazioni che ritengono opportune, nonché quello di allegare delle memorie scritte a sostegno delle proprie richieste e conclusioni<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sempre secondo Cass. Pen., sez. V, 24708/2025, il principio di diritto che deve essere, quindi, affermato, è che «il deposito di atti, memorie o documenti difensivi è sempre ammesso anche in forma cartacea (c.d. analogica) nel corso delle udienze in camera di consiglio e dibattimentali.» (...) Con la conseguenza che «l'ordinanza con la quale il giudice escluda la costituzione di parte civile avvenuta direttamente in udienza per violazione della previsione di cui all'art. 111-*bis* cod. proc. pen., che prescrive come obbligatorio il deposito telematico degli atti processuali, è abnorme per avere fatto riferimento a una normativa estranea alla situazione processuale da regolare, e quindi tale da risultare "extra-vagante" rispetto al sistema processuale».

<sup>38</sup> Pure a vantaggio di un *effetto a sorpresa* consentito dalle norme processuali. Si consideri, infatti, che il sistema è spesso sprovvisto di termini decadenziali. In senso opposto, nei casi di udienza *ex art.* 127 c.p.p. vi è l'obbligo di presentare gli scritti almeno cinque gironi prima dell'udienza. In questo caso, dovrà intendersi per via telematica.

<sup>39</sup> Approdo che va ancor più ponderato in ragione dei soggetti processuali. Ed infatti, se a volere depositare una memoria dovesse essere l'imputato (*rectius*: la sua difesa), ciò potrebbe ritenersi equivalente a

In casi siffatti quei dubbi ricordati più sopra nel testo acquistano plasticità. Come si diceva, ci si può scontrare col timore che il deposito di memorie cartacee possa compromettere l'efficienza del sistema. Tuttavia, è pur vero che v'è margine per interpretare in chiave soggettiva quelle *esigenze*, vale a dire a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa nei modi di legge (art. 482 c.p.p.). La tenuta del fascicolo sarebbe nuovamente garantita dalla conversione dell'atto in formato digitale (artt. 110, comma 4 e 111-ter, comma 3, c.p.p.) «senza ritardo».

Va ancora richiamata, per la centralità delle valutazioni espresse, la sentenza Cassazione (num. 24708/2025) poco sopra citata in merito al deposito dell'atto di costituzione di parte civile. Il testo della pronuncia suona all'unisono con le valutazioni del presente scritto e, pure non esprimendosi nel dettaglio sul significato da attribuire alle «specifiche esigenze processuali», è in grado di supportare un deposito a mani fatto in udienza. Si finisce dunque con l'attribuire alla dinamica processuale, e al corretto esercizio del diritto di difesa, il potere di informare le norme sulla telematizzazione e non il contrario. «È in tale categoria che può farsi rientrare anche il deposito di “atti” – quali costituzione di parte civile, comparsa conclusionale, nomina, procura speciale, etc. – che, per loro natura o, appunto, per specifiche esigenze processuali, devono essere depositati in udienza». Infine, sancendo «[i]l principio di diritto (...) che “il deposito di atti, memorie o documenti difensivi è sempre ammesso anche in forma cartacea (c.d. analogica) nel corso delle udienze in camera di consiglio e dibattimentali”»<sup>40</sup>.

Va poi evidenziato, richiamandosi all'ultimo comma dell'art. 111-bis c.p.p., come sia lasciato alle parti private il diritto di depositare eventuali loro scritti anche in forma cartacea. A queste, infatti, non può essere imposto l'onere di dotarsi di sistemi telematici di trasmissione degli atti. A fronte di alcuni dubbi<sup>41</sup> in principio originati dall'assenza della persona offesa fra i soggetti legittimati al deposito analogico, il legislatore è intervenuto con il D. Lgs. 19 marzo 2024, n. 31, modificando il comma 4 dell'art. 111 bis e così introducendo, *per tabulas*, la parte offesa fra i legittimati al deposito “a mani”.

Rimanendo in questo steso ambito, la Cassazione ha di recente sondato un tema caldo, quello delle modalità di presentazione di una querela all'alba dell'obbligatorietà del processo penale telematico. Il dilemma interpretativo verte sulla possibilità, o meno, per il difensore della persona offesa, di depositarne una in forma analogica e presso gli uffici di polizia. Nel caso esaminato dalla Corte, estraendone il nucleo essenziale spendibile per valutazioni generali qui di interesse, il ricorrente si doleva della circostanza che la richiesta di punizione fosse stata presentata in modalità non informatizzate: «[s]econdo il ricorrente [ciò] provoca l'inefficacia dell'atto non depositato telematicamente»<sup>42</sup>. La pronuncia di legittimità si contraddistingue per

---

«intervento» o «assistenza» dello stesso e la cui negazione rischia di condurre verso un'ipotesi di nullità di ordine generale (v. artt. 178 e 180 c.p.p.), se questo dovesse essere l'approdo interpretativo.

<sup>40</sup> Cass. Pen., sez. V, 24708/2025.

<sup>41</sup> Si veda M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (Profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 7 s. Cfr. anche C. MINNELLA, *Atto nativo digitale, primo step del fascicolo penale informatico*, in *Guida dir.*, 2022, p. 45.

<sup>42</sup> Cass. Pen., Sez. II, 20754/2024.

alcune valutazioni astratte, un'utile chiave di lettura anche per eventuali differenti quesiti che dovessero toccare i principi generali sugli atti. La prima fra queste è di ordine sistematico e attiene alla perimetrazione dell'ambito di cogenza del deposito telematico.

L'obbligo alla digitalizzazione incontra infatti un limite inferiore, costituito dall'inizio del procedimento penale, sino ad allora non potendosi pretendere un allargamento del "dovere" alla informatizzazione. L'assunto si deve ricavare dalla stessa collocazione della serie di norme in materia di processo penale telematico e che, giustappunto, si posizionano nel Libro II, dedicato agli «atti del procedimento penale», come rammenta la norma di apertura, l'art. 109. Il dato non può essere neutro e segna un varco, correlato all'inizio del procedimento penale. Per comune intendimento, lo stesso prende il via dal momento dell'iscrizione «della notizia di reato presso la Procura della Repubblica e non con gli atti che a essa preludono e che si collocano al di fuori di esso, tra i quali la querela che, infatti, non viene neanche menzionata nell'art. 111 bis cod. proc. pen.»<sup>43</sup>. Peraltro, il dato esce confermato anche dalla lettura delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale. Anche in quella sede, sempre un art. 109 disp. att. c.p.p., proprio in tema di ricezione della notizia di reato, rammenta come «[l]a segreteria della procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato (...) e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato». Da questo momento in avanti, dischiudendosi le porte del procedimento, gli atti dovranno essere formati e presentati secondo strumenti informatici.

La ricostruzione è tutt'altro che indifferente e non solo per il ricorso che ha originato la pronuncia della Cassazione. Non è mistero di come, spesso, le querele siano sporte con l'ausilio del legale, sia in fase di stesura, sia per la successiva di deposito. La presenza della difesa tecnica, in effetti, potrebbe indurre a ritenere obbligatorio il deposito della querela per il tramite di strumenti informatici. L'assunto, a ben vedere, si poggierebbe sulla circostanza che a provvedervi non sarebbe, dunque, la «parte personalmente», secondo l'incidere dell'art. 111-bis. La ricostruzione, tuttavia, benché dal tratto suadente, disvela un improprio piegamento delle disposizioni in tema di processo penale telematico e verso usi eccentrici rispetto al perimetro di stretta operatività della riforma o, per meglio dire, di stretta legalità, se si pensa all'ampiamiento delle patologie degli atti correlate ad usi impropri dei principi in materia di atti. Interpretazioni di diverso avviso si sono viste ampiamente rimediate presso il giudice di legittimità con la conseguenza che rimane possibile il deposito di una querela presso gli uffici di polizia, anche per il tramite del difensore delegato dalla persona offesa e, ovviamente, tutte le volte in cui all'incombente dovesse procedere la parte personalmente<sup>44</sup>.

Si è posta all'attenzione della Cassazione<sup>45</sup> anche una questione, a tratti spinosa, inerente alla validità della firma digitale. Già prima della riforma, la mancanza della sottoscrizione in calce a un atto poneva seri interrogativi sulle sorti di quello scritto. In

---

<sup>43</sup> Già così nelle parole della sentenza qui in commento, Cass. Pen., Sez. II, n. 20754/2024.

<sup>44</sup> Cass. Pen., Sez. II, n. 20754/2024.

<sup>45</sup> Cass. Pen., Sez. V, n. 33205/2024.

particolare, la sottoscrizione del difensore concorrevano fra i “requisiti indeclinabili” dell’atto di impugnazione, dovendosene derivare l’inammissibilità dello scritto non vergato<sup>46</sup>. Nel corso del tempo si sono succeduti approcci più cauti, maggiormente inclini ad una logica che si potrebbe definire “sostanzialistica”, alla ricerca di indici di paternità dello scritto. Si è imparato nel corso del tempo e dello stratificarsi delle pronunce di legittimità, che ove non vi fossero dubbi in ordine «alla provenienza dell’atto [e di chi] ne risulta proponente», poteva comunque farsi salvo lo scritto difensivo seppur non firmato<sup>47</sup>, secondo lo spirito tipico di un diffuso *favor impugnationis*. Ebbene, seppure il passaggio al telematico modificò almeno in parte i termini della vicenda, questa, nel suo nucleo essenziale, resta grosso modo simile, ma impone soluzioni adeguate e, in parte, diverse. Si è così posto alla Cassazione un interrogativo circa l’ammissibilità di un atto di impugnazione corredato da una firma apparentemente invalida al momento della trattazione dell’impugnazione, vale a dire non al momento in cui veniva apposto per la conseguente proposizione dell’atto. Va premesso, perché rischia di avere un’efficacia fuorviante, che la Corte di legittimità, num. 45316/2023, ha sancito che l’invalidità del certificato di firma digitale sia da equiparare alla mancata sottoscrizione. Lasciando da parte, al momento, alcune considerazioni su questo assunto, occorre ammettere che è diverso il caso dell’impugnazione presentata in un tempo in cui il certificato di firma si mostrava valido. Al contempo, la sopravvenuta scadenza del certificato appare neutra rispetto all’atto già perfetto e depositato. Come chiarito dalla Cassazione nella sentenza in commento, è «dirimente (...) la circostanza che il certificato fosse valido alla data di presentazione del ricorso». Resta da valutare, invece, se un approccio simile a quello sostanzialistico e ispirato al *favor impugnationis*, in essere precedentemente alla riforma, possa essere validamente applicato anche al nuovo contesto digitale.

Per rispondere al quesito, andrebbe preliminarmente sciolto il nodo anche in merito al futuro grado di vincolatività che potrà riconoscersi alle disposizioni tecniche. Sul punto, potrebbe essere d’ausilio una distinzione fra *regole al governo del complessivo ecosistema digitale* (forma degli atti) e *disciplina tecnico-regolamentare sulla redazione degli scritti*<sup>48</sup>. La violazione delle prime, nella misura in cui vanifichi i principi cardine della

---

<sup>46</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 25 ottobre 2006, n.38476.

<sup>47</sup> In via esemplificativa, può essere citata Cassazione penale sez. III, 08/04/2016, n.30404, in base alla quale «in tema di impugnazioni, la sanzione dell’inammissibilità per inosservanza delle forme di proposizione consegue unicamente ad una violazione tale da far escludere ogni certezza in ordine alla provenienza dell’atto da chi ne risulta proponente; ne deriva che deve ritenersi rituale l’atto di opposizione a decreto penale di condanna privo della sottoscrizione del difensore impugnante, ove sia possibile risalire aliunde al sottoscrittore come autore dell’atto, in quanto non è necessaria una forma o collocazione particolare di tale sottoscrizione. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziata l’ordinanza che aveva ritenuto inammissibile l’atto di opposizione, privo della sottoscrizione del difensore, presentato nella cancelleria del g.i.p. unitamente alla procura speciale rilasciata dall’imputato e sottoscritta anche dal difensore per autentica, in relazione al quale la cancelleria aveva attestato, a margine dell’atto, che quest’ultimo era stato presentato dal difensore di fiducia e procuratore speciale dell’imputato)».

<sup>48</sup> Sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, op. cit., p. 207.

materia<sup>49</sup>, può astrattamente condurre ad esiti invalidanti, ovvero anche verso conseguenze processuali “nuove” e ricollegate al passaggio al digitale, ma non per questo meno significative, quale il rifiuto di un deposito<sup>50</sup>. Diversamente, la violazione delle regole tecniche potrebbe non trascinare verso i medesimi esiti. Come recentemente rammentato in giurisprudenza, le regole tecniche di redazione non possono «attribuire di fatto ad una autorità amministrativa il potere di introdurre, ampliando o diminuendo l'ambito delle specifiche tecniche, cause di inammissibilità di un atto processuale non previste espressamente dalla legge»<sup>51</sup>.

Detto altrimenti, tornando alla pronuncia da cui originano le esposte riflessioni, l'interprete potrebbe domandarsi se un atto digitale ottenuto dalla scansione di uno analogico, poi trasmesso munito anche di firma digitale, può andare incontro a critiche di invalidità. Seguendo la linea interpretativa data, la risposta potrebbe essere ricercata nel rispetto dei principi espressi dall'art. 110 e seguenti. Se l'atto rispetta i requisiti di «autenticità, integrità, leggibilità, reperibilità e interoperabilità» potrà essere fatto salvo, incasellando quella difformità tecnica fra le irregolarità processuali non produttive di effetti nefasti.

Una preoccupazione, quella dell'eventuale proliferazione di cause di invalidità “tecniche”, che può dirsi sia stata fatta propria anche dal legislatore processuale, tanto che nel *corpus* legislativo non ne sono state introdotte di specifiche e ricollegate al passaggio al digitale, inseguendo l'ambizione di creare un nuovo patto per la giustizia<sup>52</sup>.

Quanto detto, peraltro, trova di già un referente in giurisprudenza, confortante. Assumono particolare rilievo a questi fini le sentenze Cass. Pen., Sez. I, n. 32221/2022 e Cass. Pen., Sez. V, n. 22708/2023. Entrambe attengono ad «ordinanz[e] del (...) Tribunale del riesame di Bologna [che] ha dichiarato inammissibile l'istanza di riesame presentata nell'interesse di (...) in quanto inviata, attraverso posta elettronica certificata, mediante documento non conforme alle specifiche tecniche previste dal decreto attuativo del D.L.

<sup>49</sup> Che possono estrarsi dagli artt. 110 e 111-*bis*. Secondo la prima disposizione «(...) gli atti del procedimento penale sono redatti e conservati in forma di documento informatico, tale da assicurarne l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza»; l'art. 111-*bis*, in tema di deposito degli atti, ricorda invece che l'attività deve garantire la «certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché l'identità del mittente e del destinatario (...)».

<sup>50</sup> Assume oggi un nuovo significato l'ampia querelle antecedente alla pandemia e attinente alla possibilità, o meno, di trasmettere atti tramite PEC. Si veda, fra le altre, Cass. pen., Sez. IV, n. 39765/2019, in tema di inammissibilità della domanda di riparazione per ingiusta trasmessa mezzo PEC, con nota di L. GIORDANO, Domanda di riparazione per ingiusta detenzione a mezzo PEC, in *ilprocessotelematico.it*, 17 ottobre 2019. Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, n. 50932/2017, ovvero Cass. pen., Sez. IV, n. 12264/2018. Con meno rigore, si vedano le aperture in Cass. pen., sez. II, n. 56392/2017. E ancora, la necessaria sottoscrizione degli atti del processo si presta ad essere letta, oggi, per il tramite delle nuove disposizioni sugli atti. Per il passato, si veda, in esempio, Cass. pen., Sez. II, n. 4321/2000.

<sup>51</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 32221/2022 e Cass. pen., Sez. V, n. 22708/2023.

<sup>52</sup> Sotto questo versante va tenuto nuovamente di conto il laboratorio giuridico costituito dalla fase pandemica più acuta. Il processo penale sperimenta già da un biennio un passaggio al telematico che gradualmente si è fatto strada fra gli operatori. Vi sono di già nuove prassi, rinnovato è l'affidamento negli strumenti digitali e, a ben vedere, alcuni di questi sono già oggi percepiti come irrinunciabili. È utile poi un richiamo a B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, cit., p. 119, ove ci si riferisce alla scelta del legislatore delegato come ad una «spinta gentile» verso il PPT.

28 ottobre 2020, n. 137, art. 24, comma 6- bis, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176. In particolare, la causa di inammissibilità rilevata dal Tribunale del riesame sta nella circostanza che il ricorso consistesse in un documento firmato sia con firma autografa che con firma digitale, e quindi, in quanto tale, necessariamente un documento proveniente dalla scansione di una immagine, e non un documento nativo digitale». In entrambi, è bene sottolineare, si è visto infine escluso il ricorrere di alcun vizio di inammissibilità, eventualmente connesso alla sottoscrizione digitale di atto previamente sottoscritto a mano, in teoria difforme dalle specifiche tecniche. E tuttavia la sentenza n. 32221/2022 giunge ad affermare come «l'aver previsto un obbligo non assistito da sanzione processuale non è un elemento di irrazionalità del sistema, perché nel codice di procedura penale non sempre una prescrizione di comportamento per le parti è assistita da sanzione processuale. E, d'altronde, una norma che avesse previsto l'inammissibilità di un atto per il mancato rispetto delle specifiche tecniche previste dal decreto del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia, avrebbe anche potuto essere censurata di incostituzionalità, finendo per attribuire di fatto ad una autorità amministrativa il potere di introdurre, ampliando o diminuendo l'ambito delle specifiche tecniche, cause di inammissibilità di un atto processuale non previste espressamente dalla legge»<sup>53</sup>.

4.2. *Il deposito delle impugnazioni: Sezioni Unite 11 dicembre 2025, informazione provvisoria n. 19/2025.*

La questione dell'ammissibilità, o meno, di un'impugnazione inviata a un indirizzo PEC diverso rispetto a quello indicato dal provvedimento del Direttore generale dei servizi informativi automatizzati del Ministro (DGSIA), continua ad interessare la giurisprudenza di legittimità, con il recentissimo intervento delle Sezioni Unite (11/12/2025)<sup>54</sup>. Il quesito interpretativo rimesso al massimo consesso nomofilattico

---

<sup>53</sup> Sul punto, si osservino anche le considerazioni di G. Solinas, *Processo penale telematico (PPT): prime problematiche applicative affrontate dalla magistratura giudicante*, in *Sistema Penale*, link: <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/solinas-processo-penale-telematico-ppt-prime-problematiche-applicative-affrontate-dalla-magistratura-giudicante>, ove è osservato come «[s]ul punto, si deve far presente che il suddetto DM 206/24 (e conseguentemente anche il nuovo art.3 del Decreto 217/23) si riferisce sempre all'espressione "deposito" e non, anche, all'espressione "formazione" o similare, richiamando, peraltro -solo ed esclusivamente- l'art.111 bis c.p.p. (e non altre norme, quali, ad es., l'art. 110 c.p.p.). L'art. 111 bis c.p.p., infatti, denominato "Deposito telematico" stabilisce espressamente -al comma 1- che "salvo quanto previsto dall'articolo 175 bis, in ogni stato e grado del procedimento, il deposito di atti, documenti, richieste, memorie ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici". Conseguentemente, il Decreto 217/23, come modificato dal DM 206/24, sarebbe uno dei regolamenti c.d. attuativi/integrativi del predetto art. 111 bis c.p.p. Pertanto, l'obbligatorietà dovrebbe riguardare (negli uffici giudiziari indicati) solamente il "deposito" (da parte dei soggetti abilitati, con le precisazioni, a breve indicate) e non anche la formazione dell'atto (che, pertanto, potrebbe anche essere redatto e sottoscritto in via analogica e successivamente depositato in via telematica)».

<sup>54</sup> Allo stato è disponibile solo l'informazione provvisoria, la num. 19/2025, reperibile sul sito istituzionale

era il seguente: «[s]e, nel sistema disciplinato dall'art. 87-bis, comma 7, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sia ammissibile l'impugnazione trasmessa ad un indirizzo di posta elettronica certificata non compreso nell'elenco previsto dal decreto del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati del 9 novembre 2020, ma comunque riferibile all'ufficio giudiziario competente a riceverla, quando l'atto sia stato ricevuto e preso in carico dalla cancelleria del giudice competente entro il termine previsto per il deposito dell'impugnazione»<sup>55</sup>.

Il dubbio interpretativo ha riguardato, più nel dettaglio, il quesito di ammissibilità dell'impugnazione depositata a un indirizzo PEC comunque appartenente «all'ufficio giudiziario competente a riceverla, ma non è ricompreso nel decreto D.G.S.I.A. del 9 novembre 2020». Nel caso oggetto di giudizio, si trattava del deposito di un riesame avverso misura cautelare personale “spedito” a un indirizzo di posta elettronica riconducibile al Tribunale della Libertà di Palermo, ma non quello deputato a ricevere i depositi secondo il decreto del Direttore dei servizi informatici del Ministero<sup>56</sup>.

Sul punto, nella giurisprudenza della Cassazione si sono formati due orientamenti. Secondo un primo, l'art. 87-bis, co. 7, lett. c), d.lgs 150/2022 non lascerebbe margini per salvare l'atto erroneamente depositato su indirizzo PEC errato. Trattandosi di caso espressamente indicato nella legislazione indicata<sup>57</sup>, non potrebbe neppure trovare applicazione un *favor impugnationis* o il principio del raggiungimento dello scopo<sup>58</sup>. A dire di questa interpretazione, la specificità dello strumento di deposito – telematico – impedirebbe finanche di poter applicare le più miti conclusioni cui si pervenne con Cass. Pen., SS. UU., sent. 24 settembre 2020 (dep. 14 gennaio 2021), n. 1626, Bottari, lì in tema di deposito di un ricorso cautelare per Cassazione presso una cancelleria diversa rispetto a quella deputata a riceverla<sup>59</sup>. Al tempo, le Sezioni Unite si

---

della Corte di cassazione, link:  
[https://www.cortedicassazione.it/en/qsp\\_dettaglio.page?contentId=QSP47419#decisione](https://www.cortedicassazione.it/en/qsp_dettaglio.page?contentId=QSP47419#decisione).

<sup>55</sup> Trattasi dell'ordinanza di rimessione n. 2812/2025, emessa dalla I sezione penale della Corte di cassazione il 9/10/2025. Il testo è reperibile al link:  
[https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/33741\\_10\\_2025\\_pen\\_noindex.pdf](https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/33741_10_2025_pen_noindex.pdf).

<sup>56</sup> L'atto di parte era stato depositato su indirizzo [riesame.tribunale.palermo@giustiziacert.it](mailto:riesame.tribunale.palermo@giustiziacert.it), invece che [depositoattipenali3.tribunale.palermo@giustiziacert.it](mailto:depositoattipenali3.tribunale.palermo@giustiziacert.it).

<sup>57</sup> L'art. 87-bis, co. 7, d.lgs 150/2022 afferma «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 591 del codice di procedura penale, nel caso di proposizione dell'atto ai sensi del comma 3 del presente articolo l'impugnazione è altresì inammissibile:

- a) quando l'atto di impugnazione non è sottoscritto digitalmente dal difensore;
- b) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel registro generale degli indirizzi elettronici di cui al comma 1;
- c) quando l'atto è trasmesso a un indirizzo di posta elettronica certificata non riferibile, secondo quanto indicato dal provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati di cui al comma 1, all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato o, nel caso di richiesta di riesame o di appello contro provvedimenti resi in materia di misure cautelari, personali o reali, a un indirizzo di posta elettronica certificata non riferibile, secondo quanto indicato dal provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati di cui al comma 1, all'ufficio competente a decidere il riesame o l'appello».

<sup>58</sup> S veda Cass. Pen., sez. II, n. 11795/2024; sez. I, n. 25527/2024.

<sup>59</sup> Riprendendo dall'ordinanza di rimessione, Cass. Pen., sez. III, Ord. num. 18582/2020: «[e]ssendo stata

espressero per l'ammissibilità del ricorso presentato ad una cancelleria non competente, purché l'impugnazione pervenisse poi per tempo a quella deputata a riceverlo. In buona sostanza, restava a carico del ricorrente il rischio di una eventuale tardività del ricorso, conseguente alla trasmissione degli atti da un ufficio all'altro<sup>60</sup>.

In estrema sintesi, le tesi "rigoriste" hanno ritenuto di non potere estendere i principi di cui alle SS.UU. Bottari in ragione della diversità del contesto normativo: «il percorso telematico (...) risulta, ad oggi, disciplinato analiticamente dal legislatore, che ha individuato (...) l'indirizzo di posta ricevente (ossia quelli individuati dal DGSIA)»<sup>61</sup>.

Di altro avviso Cass. Pen., n. 19415/2024, sulla base della quale sarebbe da ritenersi salvo il deposito di un'impugnazione indirizzato a PEC diversa da quella indicata nel provvedimento DGSIA, in applicazione del principio del *favor impugnationis*. Nel dettaglio, seppure l'ambito sia destinato progressivamente a lasciare il passo al deposito solo tramite il c.d. portale dei depositi degli atti nel processo penale (PDP), contiene un principio di utile spendibilità nel più ampio contesto del processo penale telematico. Si tratta di una logica finalistica, che "supervaluta" il c.d. raggiungimento dello scopo, chiave ermeneutica cara al processo civile e però utilmente spendibile anche nel contesto qui di interesse. Nel caso di specie, si trattava di un appello cautelare presentato alla PEC destinata a raccogliere i riesami cautelari, ma tempestivamente acquisita dalla cancelleria del giudice competente. In casi siffatti, in sintesi, non vi sarebbero ragioni sostanziali per affermare l'inammissibilità dell'impugnazione, che contiene al più elementi di irregolarità non invalidanti. Peraltro, l'approccio è anche rispettoso dei dettami rinvenibili nella giurisprudenza di Strasburgo in tema di diritto a un giudice (cfr. Garda Manibardo c. Spagna n. 38695/97).

Il contrasto ha oggi trovato composizione nella pronuncia a Sezioni Unite di cui è disponibile solamente l'informazione provvisoria: «ferma restando l'ammissibilità dell'impugnazione trasmessa ad un indirizzo di posta elettronica certificata non compreso nell'elenco previsto dal decreto del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati del 9 novembre 2020, ma comunque riferibile all'ufficio giudiziario competente a riceverla, quando la stessa sia stata inoltrata, con la medesima modalità di

siffatta ordinanza notificata, come segnalato dallo stesso ricorrente, all'originario istante in data 14 ottobre 2019, questi ha proposto ricorso per cassazione avverso di essa il successivo 24 ottobre 2019, quindi l'ultimo giorno utile al fine di cui sopra, tramite deposito del relativo atto impugnatorio presso la Cancelleria del Tribunale di Locri, da dove questo è stato trasmesso al Tribunale di Reggio Calabria ove il medesimo è pervenuto in data 12 novembre 2019, quindi ben oltre il termine di 10 giorni previsto per la proposizione in questi casi del ricorso per cassazione, secondo quanto regolato dall'art. 311, comma 1, cod. proc. pen.».

<sup>60</sup> Il principio di diritto enucleato da Cass. Pen., SS.UU., 1626/2021, Bottari, è il seguente: «il ricorso cautelare per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura, deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale che ha emesso la decisione o, nel caso indicato dall'art. 311, comma 2, cod. proc. pen, del giudice che ha emesso l'ordinanza, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione, presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo». Si veda il commento di A. DI DOMENICO, [Le sezioni unite sul deposito del ricorso per cassazione in sede cautelare: un'occasione per chiarire la corretta interpretazione dell'art. 311 c.p.p.](#), in *Sistema Penale*, 4 febbraio 2021.

<sup>61</sup> Così nell'ordinanza di rimessione Cass. Pen., sez. I, n. 2812/2025, del 9/10/2025.

posta elettronica, ad indirizzo compreso nell'elenco previsto dal suddetto decreto direttoriale e riferibile all'ufficio giudiziario competente, cui giunga entro il termine previsto per il deposito dell'impugnazione, ponendosi comunque a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione sia dichiarata inammissibile per tardività».

L'informazione provvisoria non consente di comprendere sino in fondo il percorso argomentativo scelto dalla Corte, lascia però intravedere una preferenza per le tesi meno rigoriste, protese verso una logica di preservazione dell'atto. Dovendo rinviare una più attenta disamina della decisione a quando saranno disponibili le motivazioni, nel mentre appare verosimile che la stessa pronuncia possa aver trovato fondamento proprio nel principio di raggiungimento dello scopo, già elevato dalle Sezioni Unite Bottari a canone interpretativo genericamente operante anche nel processo penale.

Va in ultimo ricordato che, al tempo del presente scritto, è pendente una questione di legittimità costituzionale «dell'art. 87-bis, commi 7, lettera c) e 8, decreto legislativo n. 150 del 2022, in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui sancisce l'inammissibilità dell'impugnazione trasmessa ad indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello prescritto (costituito dall'indirizzo assegnato all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato) pur quando essa pervenga al giudice a quo entro il termine perentorio di proposizione»<sup>62</sup>. Si tratta di questione non perfettamente coincidente con quella in ultimo decisa dalle Sezioni Unite. È devoluta alla Corte costituzione l'ipotesi in cui «l'indirizzo di posta elettronica certificata, a cui è stata inviata l'impugnazione, appartiene ad un ufficio giudiziario diverso da quello competente a riceverla»<sup>63</sup>. Il quesito appena risolto dalle Sezioni Unite, invece, riguardava la trasmissione di un'impugnazione a un indirizzo PEC non compreso nell'elenco DGSIA, ma pur sempre riferibile all'ufficio giudiziario competente a riceverla. Per la chiusura del cerchio in tema di ammissibilità delle impugnazioni presentate via PEC occorrerà attendere, quindi, la pronuncia del Giudice delle leggi e, nel mentre, andranno approfondite le motivazioni a sostegno della recente decisione delle Sezioni Unite.

## 5. Conclusioni.

Al tempo della stesura di questo contributo, il processo penale telematico vede ancora un grande assente: l'accesso al fascicolo informatizzato. Questo vale soprattutto per le parti private e i loro difensori che non possono fare affidamento su un sistema di

---

<sup>62</sup> La trattazione delle questione è fissata per il 23/03/2026,c come reperibile sul sito della Corte costituzionale, link: <https://www.cortecostituzionale.it/scheda-ordinanza/2025/201>. Sullo stesso sito è reperibile il testo dell'ordinanza di rimessione ad opera della Corte di cassazione, Ord. Sez. 1 num. 30075/2025, reperibile anche sul sito della Cassazione al link: <https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20250901/snpen@s10@a2025@n30075@tO.clean.pdf>.

<sup>63</sup> Riprendendo la casistica meglio enucleata dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass. Pen., sez. I, n. 2812/2025, del 9/10/2025.

catalogazione propriamente definibile come “fascicolo processuale”. Appare impeditiva, soprattutto, la circostanza che al momento attuale le parti non possono accedere da remoto (e a piacimento) agli atti presenti, neppure se depositati telematicamente. È noto il lavoro che a livello ministeriale è in essere sull’implementazione del Portale di Deposito degli Atti Penali (conosciuto come PDP) e tuttavia la piattaforma, che pure vede il continuo aggiornamento e ampliamento delle possibilità di deposito, rimane pur sempre limitata a questa sola attività. Detto altrimenti, una volta completata la presentazione dello scritto, il depositante non avrà accesso al fascicolo di destinazione, per la visione del quale dovrà quindi recarsi in Tribunale<sup>64</sup>.

Coerenza sistemica, così come anche la fiducia degli operatori, appare oggi particolarmente connessa all’implementazione di questa altra, rilevante, possibilità tecnica, che si risolve in un ampliamento dell’esercizio del diritto di difesa. Alla remotizzazione delle attività di deposito, difatti, deve pur sempre corrispondere l’informatizzazione dei fascicoli e l’accessibilità “a distanza”. Sul fronte, invece, delle questioni sul tappeto ed evocate nel testo, al netto dei dubbi implicitamente connessi alla transizione, è auspicabile credere che il fiorire di nuove prassi giudiziarie possa disinnescare, in concreto, contrasti normativi del tipo di quelli evocati. È pur vero che ciò potrebbe non accadere nella totalità dei casi e in siffatte ipotesi più rilevante si mostrerà la giurisprudenza di Cassazione, cui si demanda il compito nomofilattico. Come si è visto, la costruzione per principi generali, la mancata introduzione di specifiche ipotesi invalidanti, l’utilizzo accorto del principio di neutralità digitale possono sostenere letture coerenti col sistema processuale sino ad oggi noto. Sono da evitare, invece, derive formaliste e che, dietro la maschera del rigore tecnico nascondono, invece, una lesione, talvolta evidente, dei diritti e delle legittime aspettative delle parti processuali tutte: imputato, le altre parti private, ma pure il pubblico ministero. La transizione al digitale costituisce di certo un orizzonte sfidante ma non ambisce a mettere in subbuglio il sistema processuale o le garanzie, irrinunciabili, che in esso debbono continuare a trovare esaltazione. Cambierà di certo il punto di osservazione, ma il sistema tende a conservare i suoi caratteri irrinunciabili e, perciò, ruota ancora attorno al suo *sole*: il giusto processo.

---

<sup>64</sup> Oppure chiedere di potervi fare accesso, ma ogni volta che ne avesse bisogno. Non è, per dirla altrimenti, un accesso libero, ma condizionato al deposito di istanze di accesso agli atti, cui consegnerà l’obbligo del versamento del contributo per le copie e la spedizione del fascicolo sino a quel momento. Per i successivi depositi, quindi, occorrerà, ogni volta, procedere con ulteriore istanza e nuovo versamento, cui consegnerà un nuovo invio del fascicolo, e così discorrendo per tutto il corso del procedimento.



## LA CASSAZIONE SUL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE TERRORISTICA: NECESSARIA UNA INTERAZIONE EFFETTIVA TRA IL SODALIZIO E IL CONCORRENTE

*Nota a Cass. pen., Sez. VI, sent. 9 ottobre 2024 (dep. 17 gennaio 2025), n. 2076, Pres.  
Fidelbo, Rel. Tripiccione*

di Maria Cristina Trimboli

*Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione, pronunciandosi in merito alla configurabilità del concorso esterno in associazione terroristica, ha stabilito che, a tal fine, è necessaria la sussistenza di un'interazione tra il sodalizio e il concorrente esterno. Il presente contributo analizza criticamente tale approccio ermeneutico, inserendolo nel più ampio sforzo della giurisprudenza di legittimità volto a chiarire i confini tra partecipazione all'associazione terroristica, concorso esterno in associazione terroristica e condotte di supporto funzionali al perseguimento delle finalità di terrorismo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti. – 3. La decisione della Suprema Corte. – 3.1. Il percorso argomentativo della Corte territoriale. – 3.2. L'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa. – 3.3. Il concorso esterno in associazione terroristica. – 3.4. La (in)compatibilità con la sentenza Sormani. – 3.5. Un'osservazione conclusiva di natura sistematica. – 4. Qualche considerazione a margine della sentenza. 4.1. Il terrorismo a struttura "cellulare" e l'anticipazione della soglia di punibilità. – 4.2. (segue) Le criticità derivanti dall'estensione della nozione di partecipazione. – 4.3. (segue) La (nuova) definizione giurisprudenziale di partecipazione tra esigenze di tipicità e argini alle interpretazioni espansive. – 4.4. (segue) Dal concorso esterno in associazione mafiosa al concorso esterno in associazione terroristica: un modello interpretativo unitario. – 4.5. Una lettura sistematica delle fattispecie incriminatrici in materia di terrorismo: alla ricerca di un punto di equilibrio?

### 1. Premessa.

Con la sentenza in commento, la Sesta sezione penale della Cassazione si è pronunciata in merito alla configurabilità del concorso esterno nei reati associativi – e in particolare in associazione terroristica – affermando che, a tal fine, è necessaria la sussistenza di un'interazione effettiva tra il sodalizio e il concorrente esterno. Ne consegue che anche il concorso esterno, al pari della partecipazione all'associazione terroristica, presuppone una relazione bilaterale tra il gruppo criminale e l'*extraneus*.

Come si vedrà nel prosieguo, l'approdo ermeneutico cui perviene la Suprema Corte si inserisce in un più ampio sforzo della giurisprudenza di legittimità volto a chiarire, in un'ottica sistematica, i confini tra la partecipazione all'associazione terroristica (art. 270-bis c.p.), il concorso esterno in associazione terroristica (artt. 110,

270-bis c.p.) e le condotte di supporto funzionali al perseguimento delle finalità di terrorismo (artt. 270-ter e ss. c.p.).

## 2. I fatti.

In estrema sintesi, questi i fatti che sono alla base della decisione in commento.

Con sentenza di primo grado, la Corte di Assise di Roma condannava l'imputata per concorso esterno nel reato di partecipazione all'associazione terroristica (artt. 110, 270-bis c.p.), nel quale si riteneva assorbito il reato di cui agli artt. 270-quinquies e 270-sexies c.p., e per istigazione alla commissione di delitti di terrorismo ai sensi degli artt. 414 u.c. e 270-sexies c.p., per aver diffuso materiale propagandistico dello Stato islamico e per aver inneggiato alla Jihad, al martirio e all'uso della violenza indiscriminata, con l'aggravante di aver posto in essere tali condotte mediante l'uso di strumenti informatici.

La Corte di Assise di Appello di Roma riformava la sentenza di primo grado, riducendo la pena da cinque anni e tre mesi a tre anni e sei mesi di reclusione.

Avverso la sentenza di secondo grado, l'imputata ha proposto ricorso per cassazione censurando, tra l'altro, la manifesta illogicità della motivazione in relazione alla configurazione del concorso esterno in associazione terroristica. In particolare, ha contestato il contrasto tra il giudizio di responsabilità quale concorrente esterno e la contestuale esclusione della sua appartenenza operativa all'ISIS, evidenziando come dall'istruttoria dibattimentale fosse emerso che non aveva mai avuto contatti con membri certi dell'organizzazione terroristica.

## 3. La decisione della Suprema Corte.

I giudici di legittimità hanno accolto il ricorso limitatamente alle censure concernenti la configurabilità del concorso esterno, motivando nei termini che seguono.

### 3.1. Il percorso argomentativo della Corte territoriale.

La Cassazione richiama preliminarmente l'iter motivazionale della Corte d'Appello, che ha ritenuto integrato il concorso esterno in associazione terroristica facendo leva su due distinti argomenti.

*In primis*, i giudici della Corte territoriale hanno evidenziato l'assenza di prove attestanti rapporti della ricorrente con i membri dell'organizzazione terroristica. Invero, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, proprio in virtù della struttura tipica delle organizzazioni terroristiche, caratterizzate da «una formula di adesione “aperta”»<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Considerato in diritto, § 2. Si tratta di organizzazioni disponibili ad accogliere, senza necessità di un'investitura formale, la vocazione al martirio individuale o collettiva.

ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 270-bis c.p. è necessaria l'esistenza di una relazione tra partecipe e associazione. Dunque, la partecipazione richiede non solo la «volontà del soggetto di aderire» e fornire un «concreto supporto alla realizzazione degli obiettivi del sodalizio», ma esige altresì che il gruppo criminale sia consapevole dell'adesione del soggetto<sup>2</sup>.

Una volta esclusa la partecipazione dell'imputata all'associazione, la Corte d'Appello ha ritenuto sussistente il concorso esterno applicando il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza Sormani<sup>3</sup>, secondo cui, per concorrere in un reato, è sufficiente che il contributo del partecipe si realizzi anche unilateralmente, ossia all'insaputa degli altri concorrenti. Di conseguenza, la Corte distrettuale ha concluso che la sola incidenza della condotta dell'imputata sugli obiettivi dell'associazione fosse sufficiente a configurare il concorso esterno<sup>4</sup>.

### 3.2. *L'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa.*

La Suprema Corte si sofferma successivamente sull'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno nell'ambito dell'associazione mafiosa. Più nello specifico, rammenta che le Sezioni Unite hanno chiarito come la distinzione tra partecipazione e concorso esterno si fondi sulla diversa natura del legame tra il soggetto e l'organizzazione. La partecipazione richiede, infatti, che il singolo si trovi «in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio»<sup>5</sup>, il che implica un ruolo dinamico e funzionale del partecipe nell'attuazione del programma criminoso<sup>6</sup>. Il concorrente esterno, invece, pur non facendo parte della struttura associativa, fornisce un contributo «concreto, specifico, consapevole e volontario», tale da risultare causalmente rilevante «per la conservazione o il rafforzamento della capacità operativa dell'associazione ed essere diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima»<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, n. 40348/2018; Cass., Sez. VI, n. 5471/2021.

<sup>3</sup> La sentenza Sormani (Cass., Sez. Un., n. 31/2001) ha stabilito il seguente principio di diritto: «In tema di concorso di persone nel reato, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, essendo sufficiente che la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, con la conseguenza che essa può indifferentemente manifestarsi o come previo concerto o come intesa istantanea ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro».

<sup>4</sup> Considerato in diritto, § 2.

<sup>5</sup> Considerato in diritto, § 3.

<sup>6</sup> Considerato in diritto, § 3, laddove la Cassazione, richiamando la sentenza Mannino (Cass., Sez. Un., n. 33748/2005), scrive: «La condotta di partecipazione all'associazione mafiosa implica la conclusione di un "pactum sceleris" fra il singolo e l'organizzazione criminale, in forza del quale il primo viene a trovarsi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno "status" di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicitazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi».

<sup>7</sup> Considerato in diritto, § 3. La Corte fa nuovamente riferimento ai principi elaborati dalle Sezioni Unite

Sottolinea inoltre la Corte che, secondo la propria costante giurisprudenza, l'efficienza causale del contributo del concorrente esterno deve essere valutata *ex post*, secondo «i canoni di “certezza processuale”», e non *ex ante*, «in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto»<sup>8</sup>.

Sul piano soggettivo, viene ribadito che l'agente deve rappresentarsi, almeno nella forma del dolo diretto, l'utilità del proprio apporto rispetto agli obiettivi dell'associazione.

Per di più, la Suprema Corte ricorda che i principi sopra richiamati sono stati recepiti anche dalla Corte costituzionale, che ha distinto la figura dell' *intraeus*, legato all'associazione da un vincolo stabile e animato dall'*affectio societatis*, cioè dalla volontà di contribuire in modo continuativo alla realizzazione degli scopi del sodalizio, dal concorrente esterno, il quale, pur non essendo inserito nella struttura criminale e privo dell'*affectio societatis*, contribuisce alla sua conservazione o al suo rafforzamento<sup>9</sup>.

### 3.3. Il concorso esterno in associazione terroristica.

La Corte di cassazione, a questo punto, risolve la questione posta dal ricorso, ovvero se sia sufficiente «ai fini della configurabilità del concorso esterno nell'associazione di cui all'art. 270-bis c.p. o, più in generale, in altro reato associativo, la mera adesione unilaterale del concorrente, che si sia manifestata in un contributo funzionale alla realizzazione delle finalità del sodalizio»<sup>10</sup>, fornendo sul punto risposta negativa.

Afferma, in particolare, che l'istituto del concorso esterno presuppone sempre una relazione bilaterale tra il sodalizio criminoso e l'*extraneus*. Secondo le parole della stessa Corte, per ritenere integrato il concorso esterno «nell'associazione, nazionale o internazionale, sia essa mafiosa, finalizzata al narcotraffico o, come nel caso di specie, al terrorismo», si devono riscontrare i seguenti elementi: «1) l'esistenza di un consorzio di persone, organizzato ed avente, a seconda del tipo di associazione, determinate finalità e modalità operative, come descritto dalla norma incriminatrice; 2) una relazione o, comunque, una interazione tra il sodalizio ed il concorrente nell'ambito della quale il sodalizio si rivolge all'*extraneus* per lo svolgimento di specifici compiti, alcuni dei quali, per le loro caratteristiche, ne richiedono l'affidamento (anche continuativo) proprio a soggetti non associati; 3) un contributo cosciente e volontario del concorrente, che espliciti una efficacia causale rispetto alle finalità tipiche dell'associazione»<sup>11</sup>.

---

nelle sentenze Mannino (Cass., Sez. Un., n. 33748/2005) e Carnevale (Cass., Sez. Un., n. 22327/2003).

<sup>8</sup> Considerato in diritto, § 3. In tal senso la Cassazione richiama Cass., Sez. I, n. 49744/2022.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 48/2015.

<sup>10</sup> Considerato in diritto, § 2.

<sup>11</sup> Considerato in diritto, § 4.

A sostegno di questa conclusione, la Cassazione richiama i principi affermati dalle Sezioni Unite Mannino<sup>12</sup> e Carnevale<sup>13</sup>. In particolare, osserva come nella sentenza Mannino sia stato chiarito che la configurabilità del concorso esterno nei reati associativi richiede che sussistano tutti gli elementi del fatto di reato descritto dalla norma incriminatrice e che il contributo del concorrente esterno, materiale o morale, abbia una reale efficacia causale; il principio enunciato nella sentenza Carnevale stabilisce, invece, che, ai fini della configurabilità del concorso esterno, non rileva la semplice disponibilità dell'*extraneus* a offrire un apporto, ma è determinante che egli si attivi in risposta a una richiesta proveniente dall'organizzazione.

Dunque, la configurabilità del concorso esterno non può fondarsi su una mera adesione unilaterale del soggetto all'attività dell'associazione, ma richiede un'effettiva interazione con il sodalizio, secondo uno schema relazionale che confermi l'incidenza causale del contributo reso dall'*extraneus* rispetto alla realizzazione del programma criminoso<sup>14</sup>.

#### 3.4. La (in)compatibilità con la sentenza Sormani.

Per meglio chiarire la questione oggetto di esame, la Corte nella sentenza in commento approfondisce il rapporto tra la configurabilità del concorso esterno nei reati associativi e il principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza Sormani, che ha escluso la necessità di un previo accordo o di una reciproca consapevolezza del concorso altrui tra concorrenti nel reato.

Pur riconoscendo che, nei reati monosoggettivi, il concorso può realizzarsi anche attraverso la mera adesione unilaterale all'azione criminosa altrui, la Corte sottolinea che tale impostazione non può essere "automaticamente" estesa ai reati associativi, che sono fattispecie plurisoggettive proprie<sup>15</sup>. In effetti, il principio stabilito nella sentenza Sormani – riguardante un concorso in un caso di concussione – è stato elaborato

---

<sup>12</sup> Cass., Sez. Un., n. 33748/2005.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., n. 22327/2003.

<sup>14</sup> Considerato in diritto, § 4, laddove la Suprema Corte afferma: «Il contributo esterno deve, dunque, necessariamente inserirsi nel contesto di una relazione bilaterale con il sodalizio criminoso, non potendosi sanzionare a titolo di concorso eventuale delle condotte che, pur rilevanti rispetto all'attuazione del programma criminoso, si risolvono in mere manifestazioni unilaterali di condivisione delle finalità e delle modalità operative del sodalizio». E, ancora, viene sottolineato che il «contributo del concorrente esterno nel reato associativo, al pari di quello del partecipe, non ha una natura monosoggettiva in quanto la realizzazione di una condotta che abbia le caratteristiche sopra specificate non può fondarsi su una mera adesione unilaterale, ma postula una relazione bilaterale con il gruppo criminale nell'ambito della quale il contributo dell'*extraneus* va a soddisfare una specifica esigenza del sodalizio».

<sup>15</sup> Considerato in diritto, § 5. La Cassazione evidenzia che con la sentenza Carnevale (Cass., Sez. Un., n. 22327/2003) «è stata definitivamente superata la concezione monosoggettiva della partecipazione all'associazione per delinquere, in particolare di natura mafiosa, ed affermata la natura dei reati associativi quali fattispecie plurisoggettive proprie».

esclusivamente con riferimento ai reati monosoggettivi, mentre nulla si è affermato circa la sua estensibilità al concorso esterno nei reati associativi<sup>16</sup>.

Ne deriva che, se per concorrere nei reati monosoggettivi è sufficiente un apporto estemporaneo e unilaterale del concorrente, nei reati associativi è invece imprescindibile che il contributo dell'*extraneus* si collochi in una dinamica relazionale con il gruppo criminale.

La pronuncia che si sta annotando si inserisce, quindi, nel solco della evoluzione giurisprudenziale, precisando che il principio affermato nella sentenza Sormani non può essere applicato in modo generalizzato e senza tener conto delle peculiarità strutturali dei reati associativi<sup>17</sup>.

### 3.5. Un'osservazione conclusiva di natura sistematica.

I giudici di legittimità concludono evidenziando che il legislatore ha operato una chiara distinzione tra le condotte di partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo, sanzionate dall'art. 270-bis, co. 2, c.p., e altre condotte funzionali al perseguimento delle stesse finalità, ma non necessariamente riconducibili a un contesto associativo (artt. 270-ter, 270-quater, 270-quater.1, 270-quinquies e 270-quinquies.1 c.p.)<sup>18</sup>: si tratta di autonome fattispecie incriminatrici che puniscono attività quali l'assistenza agli associati, l'arruolamento, l'organizzazione di trasferimenti, l'addestramento e il finanziamento.

Muovendo da tale impostazione normativa, la Cassazione censura la decisione di merito, rilevando che la qualificazione delle condotte contestate alla ricorrente come concorso esterno in associazione terroristica si porrebbe «in contrasto con il principio di legalità»<sup>19</sup>. Invero, in assenza di un'effettiva interazione tra l'*extraneus* e il sodalizio, la diffusione di istruzioni sull'uso di materiale esplosivo e armi, sebbene rilevante sotto il profilo penale, non integra gli estremi del concorso esterno.

---

<sup>16</sup> Considerato in diritto, § 5.

<sup>17</sup> Considerato in diritto, § 5.

<sup>18</sup> In attuazione di obblighi sovranazionali, il legislatore ha introdotto, tra il 2005 e il 2016, quattro (nuove) fattispecie incriminatrici: l'art. 270-quater c.p., che punisce la condotta dell'arruolatore e dell'arruolato; l'art. 270-quinquies c.p., che punisce la condotta dell'addestratore e dell'istruttore nonché quella dell'addestrato, dell'istruito e dell'autoistruito; l'art. 270-quater.1 c.p., che punisce l'organizzazione di trasferimenti; l'art. 270-quinquies.1 c.p., che punisce il finanziamento di attività terroristiche.

<sup>19</sup> Considerato in diritto, § 6.

#### 4. Qualche considerazione a margine della sentenza.

##### 4.1. Il terrorismo a struttura “cellulare” e l’anticipazione della soglia di punibilità.

A partire dal 2001<sup>20</sup>, l’ordinamento penale è stato progressivamente adattato alla fisionomia di un nuovo terrorismo internazionale<sup>21</sup>, in particolare quello di matrice jihadista, che si caratterizza per la sua struttura “a rete”<sup>22</sup>: cellule autonome sono in grado di compiere atti violenti<sup>23</sup> in luoghi molto distanti tra loro. Si è assistito, così, all’emersione di una minaccia rappresentata da soggetti capaci di operare anche in totale indipendenza organizzativa, la cui pericolosità è accresciuta dalla disponibilità al martirio che li rende «assai meno motivabili dalla norma penale rispetto alla generalità dei criminali» perché «in grado di trasformare» il proprio corpo in «un’arma micidiale»<sup>24</sup>. È dunque sul terreno della neutralizzazione della pericolosità di tali individui, più che su quello della deterrenza o della rieducazione, che il diritto penale è stato chiamato a intervenire. Di qui l’incriminazione di condotte meramente preparatorie<sup>25</sup>, oltre che di quelle partecipative all’associazione terroristica.

In questo quadro, si sono posti problemi di non poco rilievo in ordine all’individuazione del momento a partire dal quale possa dirsi integrata la fattispecie di partecipazione a un’associazione terroristica, ai sensi dell’art. 270-bis, comma 2, c.p. Le pronunce più risalenti della giurisprudenza – forse in linea con un approccio emergenziale – tendevano ad ampliare il campo di applicazione della fattispecie in questione, anticipando sensibilmente la “soglia della partecipazione”<sup>26</sup>. Difatti, era ritenuto sufficiente, ai fini dell’integrazione del reato in parola, il compimento di atti prodromici<sup>27</sup>, come la propaganda o il finanziamento, «purché affiancati dall’adesione

<sup>20</sup> Si fa riferimento agli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001.

<sup>21</sup> Per un’analisi delle peculiarità del diritto penale in materia di criminalità terroristica di matrice islamica nell’ordinamento italiano, v. F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale, tra ‘diritto penale del nemico’ e legittimi bilanciamenti*, in *Studi urbinati*, 2007, pp. 336 – 338.

<sup>22</sup> In argomento, si vedano, tra i tanti, F. FASANI, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2016, pp. 1555-1572; F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2015, pp. 926 - 947; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, pp. 226–235; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2/2006, pp. 694 – 735 ; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 895 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.

<sup>23</sup> Cfr. L. D’AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all’associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all’esecuzione del programma criminoso*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, p. 85.

<sup>24</sup> F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale*, cit., p. 341.

<sup>25</sup> Sul paradigma anticipatorio su cui si basano le fattispecie incriminatrici introdotte dal legislatore tra il 2005 e il 2016 v. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 233-259.

<sup>26</sup> Cfr., tra le tante, Cass., Sez. VI, n. 46308/2012.

<sup>27</sup> Si riteneva che la fattispecie partecipativa fosse integrata anche in presenza di «condotte di supporto all’azione terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all’assistenza agli associati, al finanziamento, alla

psicologica al programma criminoso dell'associazione»<sup>28</sup>. In altri termini, «per partecipare e rafforzare una siffatta associazione» bastava che il partecipe si mettesse «a disposizione della rete per attuare il disegno terroristico», oppure che segnalasse ad essa «i propri progetti criminosi» affinché questa li potesse rivendicare<sup>29</sup>.

#### 4.2. (segue) Le criticità derivanti dall'estensione della nozione di partecipazione.

L'anticipazione della soglia di punibilità della partecipazione ad associazioni terroristiche, sebbene giustificata da esigenze legate alle caratteristiche del fenomeno jihadista, ha sollevato diverse criticità. Essa risultava disallineata rispetto ai criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di associazione di tipo mafioso e creava tensioni interpretative sia in relazione alle fattispecie autonome previste dagli artt. 270 ter ss. c.p., sia rispetto alle ipotesi di concorso esterno in associazione terroristica.

In particolare, ci si interrogava anzitutto su quale fosse il discrimine tra la mera adesione psicologica al programma dell'organizzazione e l'assunzione della qualifica di partecipe: si rischiava di far ricadere nella fattispecie partecipativa anche la condotta di soggetti che, pur privi di qualsiasi contatto con la cellula madre, si limitavano a manifestare *online* la propria adesione al programma criminoso<sup>30</sup>. Un'interpretazione così estensiva produceva effetti distorsivi, poiché non sembrava rispettare il principio di tipicità penale, con un conseguente indebolimento del controllo giurisdizionale sull'effettiva incidenza causale della condotta rispetto alle finalità perseguite dall'associazione<sup>31</sup>.

Inoltre, tale interpretazione generava sovrapposizioni con le numerose fattispecie di supporto all'azione terroristica introdotte dal legislatore: si correva il rischio, in sostanza, di svuotare di contenuto gli artt. 270-ter e ss. c.p.<sup>32</sup>. Queste figure di reato, secondo una lettura sistematica, mirano a ricomprendere quelle condotte che, pur non integrando la fattispecie di partecipazione all'associazione terroristica, contribuiscono ad accrescerne la pericolosità. È significativo, in tal senso, che esse si

predisposizione o acquisizione di armi, alla predisposizione o acquisizione di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento» (Cass., Sez. VI, n. 46308/2012; Cass., sez. I, n. 22126/2016).

<sup>28</sup> M. MICCICHÉ, *La partecipazione all'associazione terroristica di cui all'art. 270-bis c.p.*, in *Giur. pen. web*, 4/2019, p. 4. Sul punto anche L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica*, cit., p. 82.

<sup>29</sup> Corte d'Assise I di Milano, 25 maggio 2016 (dep. 28 luglio 2016), p. 7, annotata da D. ALBANESE, [Partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo 'Stato Islamico': una pronuncia di condanna della Corte d'Assise di Milano](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2016.

<sup>30</sup> L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica*, cit., p. 88.

<sup>31</sup> Sulla necessità di preservare un controllo giurisdizionale sulla materialità della condotta, si veda V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, p. 60.

<sup>32</sup> In argomento v. A. VALSECCHI, [Per la prova della partecipazione all'Isis sono necessari e sufficienti contatti anche indiretti fra adepto e membri dell'organizzazione \(accompagnati dall'adesione ideologica al programma terroristico\)](#), in questa *Rivista*, 15 marzo 2021: «Il legislatore ha appositamente introdotto a più riprese fattispecie monosoggettive, di gravità pari alla partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo, rimaste, però, ad oggi sostanzialmente inapplicate».

aprono con la clausola di riserva «al di fuori dei casi di cui all'art. 270-bis»<sup>33</sup>, la quale segnala l'intento del legislatore di mantenere distinte le condotte di mera agevolazione da quelle di partecipazione. La prassi giurisprudenziale sembrava non cogliere la necessità di operare una distinzione netta tra condotte meramente agevolative e condotte idonee a integrare la partecipazione, arrivando talvolta ad equiparare la piena adesione ideologica alla qualifica di partecipe, e una forma di adesione più debole alle condotte di supporto. Si trattava, però, di un'impostazione errata: anche chi si limita ad addestrare altri per la jihad può essere mosso dalla stessa adesione psicologica di chi partecipa all'organizzazione, senza che ciò implichi l'integrazione del reato di cui all'art. 270-bis c.p.<sup>34</sup>. In altre parole, la condivisione ideologica è "condizione" comune a molte fattispecie, ma non è di per sé idonea a fungere da criterio dirimente.

Per di più, l'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie di partecipazione non risultava coerente con i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di concorso esterno in associazione mafiosa. La figura del concorrente eventuale si caratterizza proprio per la sua posizione di contiguità rispetto al sodalizio: una nozione eccessivamente ampia di partecipazione finiva quindi per assorbire lo spazio applicativo del concorso esterno. La scarsa applicazione di questa fattispecie (artt. 110, 270-bis c.p.) non pareva, infatti, derivare dalla "carezza" di casi concreti, quanto piuttosto dalla «duttività, contrapposta alla tipicità» che aveva assunto la nozione giurisprudenziale di partecipazione<sup>35</sup>.

#### 4.3. (segue) La (nuova) definizione giurisprudenziale di partecipazione tra esigenze di tipicità e argini alle interpretazioni espansive.

Analoghe criticità interpretative si erano manifestate, ancor prima che in ambito terroristico, con riferimento alla partecipazione all'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. Nello specifico, si era registrata una tendenza a ricondurre nell'alveo della fattispecie partecipativa tutte le condotte, anche marginali, che si rivelassero funzionali al mantenimento della *societas sceleris*. Per ovviare a tale deriva espansiva, la giurisprudenza ha progressivamente costruito un modello di partecipazione fondato sull'inserimento stabile del soggetto nella struttura organizzativa e sull'accertamento di un ruolo dinamico e funzionalistico, ossia lo svolgimento di compiti idonei a favorire il perseguimento degli scopi associativi<sup>36</sup>.

Sebbene l'associazione mafiosa presenti caratteristiche strutturali profondamente diverse da quelle tipiche delle organizzazioni terroristiche,

---

<sup>33</sup> Più precisamente, l'art. 270-ter è introdotto dalla formula «fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento»; gli artt. 270-quater e 270-quinquies contengono la clausola «al di fuori dei casi di cui all'articolo 270 bis»; gli artt. 270-quater.1 e 270-quinquies.1 si aprono, rispettivamente, con le espressioni «fuori dai casi di cui agli articoli 270 bis e 270 quater» e «al di fuori dei casi di cui agli articoli 270 bis e 270 quater.1».

<sup>34</sup> L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica*, cit., p. 94.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>36</sup> Cfr. M. MICCICHÉ, *La partecipazione all'associazione terroristica di cui all'art. 270-bis c.p.*, cit., pp. 4-6.

l'elaborazione giurisprudenziale sviluppata in relazione al fenomeno mafioso ha offerto un utile strumento di razionalizzazione anche in ambito di associazioni terroristiche<sup>37</sup>. Tale elaborazione ha, infatti, permesso di contenere la tendenza espansiva nell'applicazione della fattispecie partecipativa. Su questa linea si inserisce una pronuncia della Suprema Corte<sup>38</sup> che ha determinato un cambio di rotta: è stato chiarito che la semplice "messa a disposizione" del soggetto non è di per sé sufficiente a integrare la partecipazione, se non accompagnata da un effettivo legame con la struttura associativa. In termini più precisi, è richiesta una relazione bilaterale tra individuo e associazione: da un lato, il singolo deve manifestare la propria volontà di aderire e di dare un concreto supporto alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dal gruppo terroristico; dall'altro, il sodalizio criminoso deve essere consapevole – anche indirettamente – della adesione e della disponibilità dell'*adepto*, potendo contare sul suo contributo. Dunque, anche se l'associazione terroristica si fonda su una formula di adesione aperta, la partecipazione non può prescindere da un «inserimento effettivo, e non meramente potenziale, del singolo nella struttura organizzata ai fini della realizzazione del programma criminale»<sup>39</sup>.

4.4. (segue) *Dal concorso esterno in associazione mafiosa al concorso esterno in associazione terroristica: un modello interpretativo unitario.*

Già prima della pronuncia oggetto di commento, si riteneva possibile applicare al contesto dell'associazione terroristica gli approdi giurisprudenziali maturati in materia di concorso esterno in associazione mafiosa<sup>40</sup>. Non a caso, la sentenza in esame ha esteso le coordinate interpretative elaborate in relazione all'art. 416-bis c.p.<sup>41</sup> al concorso esterno in associazione terroristica, riconoscendo l'esigenza di un modello interpretativo unitario e coerente.

---

<sup>37</sup> Cfr. A. VALSECCHI, *Per la prova della partecipazione all'Isis sono necessari e sufficienti contatti anche indiretti fra adepto e membri dell'organizzazione*, cit., in cui si evidenzia che l'interprete deve «continuare a fare applicazione delle statuizioni delle Sezioni unite Mannino, seppur adattate a un contesto criminale profondamente diverso da quello mafioso».

<sup>38</sup> Cass., Sez. VI, n. 14503/2018. In proposito M. RAIMONDI, [Due sentenze della Cassazione in tema di condotta partecipativa a un'associazione terroristica di matrice jihadista e mera adesione ideologica](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2018.

<sup>39</sup> In questi termini Cass., Sez. VI, n. 5471/2021.

<sup>40</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 1072/2007, nella quale la Suprema Corte – richiamando i principi elaborati in materia di concorso esterno in associazione mafiosa – ha ritenuto «ammissibile la figura del concorso esterno anche rispetto alla fattispecie associativa con finalità di terrorismo internazionale nei confronti di quei soggetti che, pur restando estranei alla struttura organizzativa, apportino un concreto e consapevole apporto eziologicamente rilevante sulla conservazione, sul rafforzamento e sul conseguimento degli scopi dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali, sempreché, ovviamente, sussista la consapevolezza della finalità perseguita dall'associazione a vantaggio della quale è prestato il contributo». In termini analoghi Cass., Sez. I, n. 16549/2010; Cass., sez. I, n. 7167/2016.

<sup>41</sup> La Suprema Corte ha infatti richiamato, più volte, le sentenze Carnevale (Cass., Sez. Un., n. 22327/2003) e Mannino (Cass., Sez. Un., n. 33748/2005). Per un'analisi di tali pronunce v., tra gli altri, T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. Pen.*, 2/2012, pp. 6 - 8.

Il principio secondo cui il concorso esterno richiede un'interazione effettiva tra il soggetto agente e l'organizzazione criminale trova conferma nella sentenza Carnevale. In essa, infatti, la Corte di cassazione ha chiarito che «non è riconducibile, all'interno dello spettro delle condotte punibili di concorso eventuale, la sola "contiguità compiacente" o "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi del sodalizio o di suoi esponenti, anche di spicco, quando a siffatti atteggiamenti non si accompagnino positive attività che abbiano fornito uno o più contributi suscettibili di produrre un oggettivo apporto di rafforzamento o di consolidamento sull'associazione o anche su un suo particolare settore. Ciò che conta non è la mera disponibilità dell'esterno a conferire il contributo richiestogli dall'associazione, bensì l'effettività di tale contributo, e cioè che a seguito di un impulso proveniente dall'ente criminale il soggetto si è di fatto attivato nel senso indicatogli»<sup>42</sup>. Ulteriori elementi a sostegno di tale orientamento sembrano potersi rinvenire anche nella sentenza Mannino, in cui si afferma che «il politico, concorrente esterno, viene ad interagire con i capi e i partecipi nel funzionamento dell'organizzazione criminale, che si modula in conseguenza della promessa di sostegno e di favori mediante le varie operazioni di predisposizione e allocazione di risorse umane, materiali, finanziarie e di selezione strategica degli obiettivi, più in generale di equilibrio degli assetti strutturali e di comando, derivandone l'immediato ed effettivo potenziamento dell'efficienza operativa dell'associazione mafiosa con riguardo allo specifico settore di influenza»<sup>43</sup>.

Si può ritenere, quindi, che questo sia l'argomento su cui fa perno la decisione della Corte: in assenza di un contatto – anche indiretto – tra l'individuo e il sodalizio, non è possibile affermare che quest'ultimo si moduli in conseguenza del contributo del soggetto e, quindi, che da tale apporto derivi un effettivo rafforzamento o consolidamento dell'organizzazione.

#### *4.5. Una lettura sistematica delle fattispecie incriminatrici in materia di terrorismo: alla ricerca di un punto di equilibrio?*

Il fenomeno del terrorismo internazionale si caratterizza per un'estrema "fluidità" nella struttura delle organizzazioni<sup>44</sup>. In tale scenario, «segni linguistici» come quello di "partecipazione" rivelano un elevato grado di «vaghezza semantica»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., n. 22327/2003.

<sup>43</sup> Cass., Sez. Un., n. 33748/2005.

<sup>44</sup> Sul tema v. A. VALSECCHI, *Per la prova della partecipazione all'Isis sono necessari e sufficienti contatti anche indiretti fra adepto e membri dell'organizzazione*, cit.: «È proprio valorizzando le peculiarità del fenomeno terroristico di matrice islamico-jihadista che la giurisprudenza è ormai costante nel ritenere sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto associativo in discorso, l'esistenza di una struttura "rudimentale", "fluida" e "a rete", caratterizzata da "cellule territoriali" che operano talvolta in totale autonomia le une dalle altre, mantenendo contatti discontinui e sporadici, e che perseguono gli obiettivi di natura terroristica definiti come tali dal legislatore all'art. 270 sexies c.p.».

<sup>45</sup> Parla di «vaghezza semantica» del concetto di partecipazione F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale*, cit., p. 345.

Il legislatore, nel delineare le diverse fattispecie incriminatrici in materia di terrorismo, ha inteso costruire un sistema idoneo a prevenire e reprimere efficacemente condotte pericolose per l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva. Su questo sfondo, la giurisprudenza ha assunto un ruolo determinante, chiamata a colmare – con prudenza e rigore – le inevitabili zone grigie del testo normativo<sup>46</sup>.

Il concetto di partecipazione è stato interpretato in modo non sempre coerente: condotte meramente agevolative sono state fatte ricadere impropriamente nella fattispecie partecipativa; allo stesso tempo, la figura del concorrente esterno è risultata (quasi) assente nel panorama giurisprudenziale.

Negli ultimi anni, il “lavoro interpretativo” si è concentrato sulla distinzione tra partecipazione e mere condotte di agevolazione. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto lo «sforzo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità per assicurare una interpretazione costituzionalmente orientata» delle figure di reato in materia di contrasto al terrorismo<sup>47</sup>.

La pronuncia che si sta annotando si inserisce in questo quadro evolutivo, muovendosi nella direzione di una più ampia razionalizzazione della disciplina. Da un lato, chiarisce i confini tra il concorso esterno in associazione terroristica e le condotte di supporto funzionali al perseguimento delle finalità di terrorismo, mettendo in rilievo la clausola di riserva contenuta negli artt. 270-ter ss. c.p.; dall'altro, afferma (ed esplicita) un principio probabilmente già sotteso all'istituto del concorso esterno (e all'intero impianto del reato associativo), ossia la necessità di una interazione tra il soggetto e l'associazione. Tale orientamento consente di escludere da qualsiasi dinamica associativa quelle condotte unilaterali che, pur ideologicamente orientate, risultano prive di un collegamento con l'associazione. Il requisito minimo di un'interazione si configura, così, come un elemento fondamentale per evitare derive espansive.

Alla luce della pronuncia in esame, è possibile definire con maggiore chiarezza i tratti distintivi del concorrente esterno nell'associazione terroristica (artt. 110, 270 bis c.p.): questo, pur rimanendo estraneo alla struttura organizzativa, offre all'associazione un contributo concreto, consapevole e causalmente rilevante; l'apporto in questione presuppone un'interazione del soggetto con il gruppo terroristico. Si va affermando, dunque, un metodo fondato sull'adozione, in materia di terrorismo, di criteri affini a quelli elaborati in tema di associazione mafiosa.

A parere di chi scrive, un simile approccio – che tenga sempre in considerazione le peculiarità del fenomeno terroristico – salvaguarda «l'unità dogmatica del reato associativo»<sup>48</sup>. Solo il tempo potrà rivelare se tale assetto troverà conferma nelle future

---

<sup>46</sup> F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale*, cit., p. 345: «E penso, infine, ai giudici ordinari, ai quali spetta il compito in definitiva più delicato: quello, cioè, di concretizzare la volontà legislativa nel singolo caso, riempiendo di contenuto i segni linguistici utilizzati dalla norma». Sul ruolo della giurisprudenza cfr. anche M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Edizione speciale QG*, settembre 2016, p. 110: «Spetta allora al magistrato che deve interpretare la norma e valutare le prove garantire il confine di legittimità del controllo penale».

<sup>47</sup> Corte cost., sent. n. 191/2020.

<sup>48</sup> In questo senso v. L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione*

pronunce giurisprudenziali e se, in concreto, le diverse fattispecie – partecipazione, concorso esterno e condotte meramente agevolative – verranno applicate in modo più “ordinato” rispetto al passato, valorizzando nel contesto dell’associazione terroristica l’istituto del concorso esterno, finora rimasto in ombra.

---

*terroristica*, cit., p. 94.



## LA MULTIFORME CAUSALITÀ DELL'ADDEBITO COLPOSO: NOZIONE E ACCERTAMENTO

*Cass. sez. IV, sent. 21 ottobre 2025 (dep. 24 novembre 2025), n. 37972, Pres. Dovere, rel. Ranaldi*

di Francesco Mucciarelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie concreta. – 3. I profili critici della ricostruzione del rimprovero colposo. – 4. La causalità della colpa e la regola cautelare. – 5. Prevedibilità ed evitabilità nella prospettiva del contenuto della regola cautelare. – 6. Regola cautelare, hindsight bias e prognosi postuma.

### 1. Premessa.

La decisione della Corte di cassazione in commento merita una speciale segnalazione perché delinea in modo chiaro un profilo peculiarmente significativo dell'addebito colposo, i cui ambiti problematici ineriscono, da un lato, al tema della causalità della colpa e, dall'altro, alla ricostruzione della regola cautelare nella cui inosservanza consiste, al fondo, l'essenza stessa del rimprovero per colpa<sup>1</sup>. Sottesi ai temi ora anticipati stanno poi ulteriori spunti argomentativi, che nell'economia della trama

---

<sup>1</sup> Nella sterminata letteratura sulla colpa, in quella italiana si segnalano – in ordine cronologico - alcuni lavori fondamentali di portata generale, in relazione ai profili d'interesse esaminati dalla decisione in commento, v. M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 628; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, *passim*; F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 87; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, p. 524; R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 375; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012, I; C. PIERGALLINI, *Colpa*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, p. 222; R. BARTOLI, *Fonti della colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo* in *Enc. dir.*, Milano, 2021, p. 530; G. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., p. 69; C. PERINI, *Pericolo e colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., p. 922; C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico colposo*, in C. E. PALIERO (a cura di), *Il sistema penale*, Torino, 2024, p. 285; F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino, 2024, cap. IV, *La colpa e il diritto penale del lavoro*, p. 111.

motivazionale scontano chiari riferimenti a questioni sistematiche, colte in modo netto e funzionale al corretto inquadramento della fattispecie.

Detto ancora che la sentenza si avvantaggia di un commendevole nitore espositivo, che le consente di recuperare in forma sintetica approdi ermeneutici consolidati (sia in dottrina sia in giurisprudenza) e che i condivisibili principi interpretativi per tal maniera stabiliti emergono in modo netto e perspicuo, conviene dapprima dare sommario conto dei tratti essenziali della vicenda in modo da rendere esplicita la *ratio decidendi*.

## 2. La fattispecie concreta.

L'evento lesivo (decesso dovuto a folgorazione) si era verificato durante le fasi di lavoro per la realizzazione di una stazione elettrica, nel corso delle quali la vittima era entrata in contatto con una scala di alluminio, appoggiata a una parte metallica in tensione. La fase di precollaudo presso un trasformatore di nuova installazione consisteva nell'impiego di uno strumento in grado di generare una tensione di 600 volt per alimentare il circuito primario del trasformatore e misurarne la tensione al secondario.

Ripercorrendo la sintesi della sentenza della Corte regolatrice, i risultati dell'accertamento peritale (perizia disposta in grado d'appello) possono essere riassunti come segue.

La vittima era un capo operaio esperto, professionalmente abilitato e preposto alla sicurezza dell'impresa di cui era dipendente. Al lavoratore erano stati forniti i dispositivi di protezione individuale e quant'altro necessario (guanti dielettrici, scala, cestello elevatore idraulico) per operare in sicurezza per lavorazioni di tipo elettromeccanico con rischi di lavoro in quota ed elettrico. La fase di taratura dei trasformatori (cd precollaudo) era comunque necessaria ed era compresa nel piano operativo di sicurezza (POS) dell'impresa tra le fasi previste per gli impianti tecnologici in quota; in ogni caso, l'impresa aveva messo a disposizione del lavoratore anche il cestello elevatore. La fase di lavoro in questione era stata valutata dall'infortunato, in possesso delle conoscenze tecniche adeguate all'apprezzamento della situazione nella quale si doveva operare (che non richiedeva quindi un "piano di prova" riportante la sequenza delle operazioni prevista secondo la norma CEI 11-27). Le modalità operative sono state il frutto di una scelta autonoma e consapevole dell'infortunato, soggetto qualificato ed esperto, tra le possibili valutazioni previste nel POS e le attrezzature a disposizione.

Nella prospettiva accusatoria, accolta dai giudici di merito, gli addebiti principali si articolavano lungo due assi: da un lato, la mancata proceduralizzazione della fase di precollaudo, consistente nella predisposizione di un "piano di prova" e, dall'altro, l'omessa considerazione dello stress da lavoro seriale e ripetitivo, che avrebbe dovuto essere previsto e fronteggiato dai responsabili, ciò che avrebbe evitato la grave superficialità (da parte della vittima) di non aver disattivato il generatore di corrente prima di salire sulla scala appoggiata al generatore stesso.

Di altri addebiti si componeva per vero l'incolpazione (alcuni dei quali hanno trovato riscontro nelle decisioni del Tribunale e della Corte d'Appello), ma di essi non si darà qui analitico conto in quanto estranei al profilo d'interesse, dovendosi tuttavia notare che, se alcuni paiono frutto di un manifesto travisamento del fatto (ad es., l'affermazione secondo la quale non sarebbero stati messi a disposizione i dispositivi di protezione individuale è asserto esplicitamente smentito dalle risultanze peritali), altri presentano aspetti meritevoli di indubbia considerazione in altra prospettiva, come quello concernente la delimitazione sul piano soggettivo dei responsabili in ipotesi di intersezione di attività lavorative affidate a imprese specializzate che operano in un medesimo cantiere. Profilo, quest'ultimo, sul quale la decisione in discorso fa esatto governo dei principi generali in tema di responsabilità colpevole intimamente connessa alla dimensione del rischio e dei poteri/doveri di gestione e controllo dello stesso.

### **3. I profili critici della ricostruzione del rimprovero colposo.**

Un primo piano argomentativo, nel quale si esercita l'attenzione critica della sentenza annotata, è rappresentato dal controllo della fondatezza logica di alcune affermazioni essenziali nell'economia della decisione del giudice d'appello.

In particolare, l'asserto circa l'apprezzamento della omessa procedimentalizzazione della fase lavorativa nella quale è occorso l'incidente (*id est*: la mancanza del "piano di prova") viene giudicata al pari di una assunzione sfornita di riscontro, in quanto il POS dell'impresa prevedeva in modo esplicito fasi operative assimilabili a quella di precollaudo con riferimento a lavorazioni su impianti tecnologici. Sicché la valutazione compiuta dall'infortunato (lavoratore esperto e professionalmente abilitato) in ordine alla non complessità dell'operazione da svolgere (valutazione cui era conseguita la non necessità di approntare il "piano di prova") si presenta come scelta razionalmente consistente e logicamente ineccepibile (e non come estemporanea iniziativa del lavoratore dovuta a disattenzione, trascuratezza o generata da stress da lavorazione seriale).

Sempre in relazione al tema della omessa procedimentalizzazione rilevano ancora i Giudici della legittimità due ulteriori ambiti critici, destinati a venire poi in

considerazione in rapporto alla ricostruzione sistematica della causalità della colpa<sup>2</sup> e della individuazione *ex ante* della regola cautelare impeditiva<sup>3</sup>.

Da un lato, viene fatto osservare che proprio la circostanza che il POS contemplici situazioni assimilabili finisce con il rendere del tutto apodittico l'assunto circa la necessità della procedimentalizzazione nel caso di specie, opzione da valutare in rapporto alla tipologia dell'operazione, sicché il giudizio in ordine la portata impeditiva rispetto all'evento dell'eventuale procedimentalizzazione si risolve in una valutazione meramente assertiva in quanto – queste le parole della Corte di cassazione – «i giudici di merito omettono di attribuire un concreto contenuto alla regola cautelare che assumono violata, limitandosi a individuare la colpa in una (non meglio precisata) “omessa procedimentalizzazione”», sicché «il generico addebito formulato dai giudici territoriali non offre alcuna ragionevole spiegazione circa l'effettivo profilo di colpa ascrivibile al datore di lavoro».

Dall'altro, la situazione di stress da lavoro seriale, oltre a non trovare conferme nei riscontri fattuali (si trattava della seconda operazione delle tre previste per la giornata lavorativa all'interno di un programma complessivamente costituito da trenta interventi distribuiti in plurimi giorni), rappresenta secondo la Corte regolatrice una mera congettura, alla quale viene *ex post* attribuita, per la supposta serialità e ripetitività delle operazioni, la disattenzione fatale, disattenzione che, nella prospettiva dei giudici di merito, sarebbe stata scongiurata se fosse stata seguita la «rigida procedura “passo dopo passo” (“procedimentalizzazione”)».

---

<sup>2</sup> Sul tema della causalità della colpa, intesa come nesso fra violazione della regola cautelare ed evento, oltre agli Autori citati a nota 1, v. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, *passim*, ma in specie p. 175; D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, LP, 7 giugno 2017; F. CONSULICH, *Rischio consentito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., p. 1112; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; A. GARGANI, *Ius in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminalia*, 2019, p. 111; F. URBAN, *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in G. A. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*, Torino, 2017, p. 179; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 262; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1224, nonché, volendo, F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. DEIDDA, A. GARGANI, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, p. 196.

<sup>3</sup> L'individuazione e la determinazione della regola cautelare è tema che trascorre per l'intera prospettiva del rimprovero colposo, sicché riferimenti in proposito si leggono nei lavori citati alle note 1 e 2, cui possono aggiungersi R. BLAIOTTA, *Predizione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, a cura di C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1735, anche in *questa Rivista*, 16 marzo 2023; G. CIVELLO, *Prevedibilità e reato colposo*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, p. 69; S. DOVERE, *Giurisprudenza della colpa suprema sulla colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., p. 596; G. L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme integratrici*, Milano, 2008, p. 794; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie”*, Padova, 2013.

Il piano argomentativo sviluppato dai Giudici della legge e qui riassunto concentra dunque l'attenzione sulle criticità della ricostruzione della dinamica dell'evento nel contesto delle regole cautelari della cui violazione si dibatte.

Preme osservare, però, non tanto la pur condivisibile acribia con la quale viene scrutinata la (non) coerenza delle asserzioni rispetto ai riscontri sui quali le stesse dovrebbero fondarsi, quanto piuttosto il rilievo che tali asserzioni (e la loro apoditticità) assume nel successivo inquadramento all'interno della ricostruzione dell'addebito colposo nei suoi profili di portata sistematica.

In questo senso, speciale valore assumono due notazioni, che converrà separatamente segnalare.

Dapprima quella concernente l'esigenza che la regola cautelare invocata risulti espressiva di un contenuto specifico, non potendosi esaurire nella evocazione generica di una valenza vagamente impeditiva: soltanto in tal modo (indicando puntualmente detta valenza impeditiva e ciò in cui essa consiste) è poi possibile apprezzare il cd comportamento alternativo lecito o, detto in altri termini, misurare la effettiva efficacia causale dello stesso rispetto all'evento avverso accaduto e che avrebbe dovuto essere scongiurato proprio dalla regola cautelare inosservata<sup>4</sup>. Valutazione rispetto alla quale è logicamente necessario ragionare a partire da una regola di condotta sufficientemente precisa (*id est*: una regola che prescriva un comportamento in maniera apprezzabilmente dettagliata), così da assicurare la consistente formulazione di un giudizio causale, ove della condotta doverosa omessa (tradotta in un antecedente virtuale e apprezzata *come se* fosse un antecedente effettivo) può essere predicata la efficacia impeditiva secondo le pertinenti leggi scientifiche di copertura.

La seconda notazione riguarda invece il *momento* di formazione (e di formulazione esplicita) della regola cautelare relativa al caso concreto<sup>5</sup>: non tragga in inganno l'evidente condivisibilità dell'affermazione per la quale la regola cautelare deve preesistere alla condotta (*rectius* al momento nel quale la condotta deve esser realizzata) e non può essere formata *ad hoc*, ragionando a ritroso a partire dall'evento da evitare. Ciò che la Corte regolatrice scandaglia in modo perspicuo sono i profili argomentativi che in ogni loro snodo devono rispettare tale inflessibile canone, sicché, nell'economia del rimprovero colposo, a venire in evidenza sono, da un lato, l'ambito della prevedibilità dell'evento e, più esattamente, della situazione di rischio e i suoi sviluppi e, dall'altro, l'effetto della distorsione del giudizio retrospettivo. Il combinarsi di tali componenti (dinamica della conoscibilità/prevedibilità e *hindsight bias*) e la confusione che ne deriva può importare (come è accaduto nella decisione riformata) la costruzione

---

<sup>4</sup> Sul punto, v. in particolare F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 109; F. CONSULICH, *Manuale*, cit., p. 120; S. DOVERE, *Giurisprudenza*, cit., p. 599; G. FORTI, *Colpa*, cit., p. 515; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino, 2005, p. 242; F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 87; C. PERINI, *Pericolo e colpa*, in M. DONINI (diretto da) *Reato colposo*, cit., p. 922; C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico*, cit., p. 285. In specifico, sul comportamento alternativo lecito, v. G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1598; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 1224.

<sup>5</sup> Il tema attraversa anch'esso l'intero dibattito sulla colpa, sicché i riferimenti possono leggersi negli autori citati alle note che precedono.

postuma della regola cautelare che si pretende violata e alla quale viene assegnata portata impeditiva.

#### 4. La causalità della colpa e la regola cautelare.

Si tratta ora di dar conto dei profili di maggiore interesse della qui segnalata decisione, quelli cioè da ultimo richiamati, che attengono agli aspetti relativi alla causalità della colpa e alla prospettiva della conoscibilità/prevedibilità della situazione di rischio e dell'evento avverso come concretizzazione del rischio, evento avverso che l'osservanza della regola cautelare avrebbe dovuto scongiurare con alto grado di probabilità tale da rendere il giudizio compatibile con il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Il richiamo alla nozione di causalità della colpa, opportunamente evidenziato nella decisione, merita una sottolineatura e, insieme, una breve esplicitazione.

Impresso in modo indelebile nel dettato dell'art. 43 c.p., il marchio della connessione causale fra colpa ed evento è constatazione non suscettibile di dubbio, posta la formula normativa che, come noto, discorre di un evento che «si verifica *a causa di* negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero *per* inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline», formula nella quale il sintagma "*a causa di*" e la preposizione "*per*" con valore causale esprimono in modo inequivoco proprio la relazione causale intercorrente fra la regola (denotandone la natura cautelare) e l'evento costitutivo del reato.

Conviene però una precisazione: la connessione causale in discorso non pertiene al nesso eziologico materiale fra antecedente ed evento; più esattamente: non ha a che vedere con la serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento storico *hic et nunc* accaduto, concernendo piuttosto la identificazione della regola cautelare, alla quale avrebbe dovuto adeguarsi la condotta dell'agente, nonché la sua efficienza impeditiva rispetto a eventi del genere di quello verificatosi<sup>6</sup>.

La evidente diversità strutturale dei piani di riferimento implica corrispondenti differenze sotto molteplici profili, tenuti perspicuamente in considerazione dalla sentenza in discorso.

Sta dapprima il rilievo che nell'apprezzamento del nesso oggettivo di causalità (governato dagli artt. 40 e 41 c.p.) l'impegno cognitivo si sviluppa per necessità in una prospettiva *ex post*, condotto a base totale, indifferente al grado di conoscenze disponibili all'epoca del fatto, dovendosi invece far ricorso a tutte quelle note alla migliore scienza al momento del giudizio: la (eventuale) attribuzione all'antecedente costituito dalla condotta (attiva od omissiva) dell'agente della qualificazione di condizione

---

<sup>6</sup> Sul punto, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, si veda in dettaglio F. MUCCIARELLI, *Forma della condotta, spiegazione causale come premessa logica: le notazioni originarie di Carlo Enrico Paliero*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, a cura di C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, Giuffrè, Milano, 2022, p. 679 nonché F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, p. 137.

contingentemente necessaria dell'evento sconta infatti in modo ineluttabile un giudizio oggettivo formulato secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, modello che, costituendo la «premessa logica» di ogni teoria causale, «prescinde dall'intervento o meno di successivi criteri normativi o comunque metanaturalistici, di selezione di antecedenti causali»<sup>7</sup>.

Diversamente si attegga il giudizio di causalità della colpa, al quale è estranea la necessità di accertare il rapporto eziologico (materiale) fra l'evento singolare e l'antecedente, risolvendosi invece tale giudizio nella differente valutazione se nello spettro del genere di eventi, che la regola stessa mira a prevenire, è compreso anche un evento del tipo di quello effettivamente avvenuto.

Sta da un lato, quindi, l'apprezzamento di un rapporto causale effettivo, che intercede fra estremi della realtà fenomenica (l'evento storico accaduto in un "qui" e in un "ora") e l'antecedente, al quale attribuire la qualità di condizione contingentemente necessaria secondo il paradigma degli artt. 40 e 41 c.p. in accordo con pertinenti leggi scientifiche di copertura (antecedente che, come tale, è anch'esso un fatto della realtà fenomenica, con l'avvertenza che, nella variante della causalità ipotetica *ex art. 40 cpv c.p.*, l'antecedente virtuale rappresentato dalla condotta doverosa omessa viene considerato *come se fosse un antecedente reale*)<sup>8</sup>.

All'altro capo si colloca l'apprezzamento di un rapporto di natura giuridico-normativa, volto a stabilire – secondo il modello fissato dall'art. 43 c.p. – una connessione di tipo logico fra entità concettuali astratte, rappresentate, rispettivamente, dal genere di eventi avversi che la regola cautelare mira a scongiurare (*rectius*: il cui rischio – colto come probabilità di accadimento – è intesa a prevenire) e l'evento accaduto rilevato non nella sua specifica singolarità, bensì come tipo di evento, ascrivibile alla categoria di quelli oggetto della portata cautelare della regola<sup>9</sup>.

Il giudizio richiesto dall'art. 43 c.p. stabilisce dunque una relazione che deve sussistere *ex ante* rispetto sia all'evento sia alla condotta o, in modo più esatto, al momento nel quale la situazione di pericolo avrebbe dovuto attivare la condotta

<sup>7</sup> Così C. E. PALIERO, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero a «forma libera»? (tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1499, in particolare, p. 1505.

<sup>8</sup> L'esigenza di ricostruire sulla base della regola cautelare un antecedente corrispondente al comportamento che l'agente gravato dall'obbligo (*id est*: colui che nel contesto ha la posizione di garanzia) è implicato dal canone dell'art. 40 cpv c.p.: sicché nella serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento occorre "inserire" in modo congetturale tale antecedente virtuale e saggiarne la rilevanza causale impeditiva secondo un giudizio sulla base di leggi scientifiche di copertura, "trattando" tale antecedente virtuale *come se fosse uno effettivamente accaduto*. Per approfondimenti analitici, v. volendo F. MUCCIARELLI, *Omissione*, cit., p. 137; F. MUCCIARELLI, *Forma della condotta*, cit., p. 679.

<sup>9</sup> Distingue con lucida, impeccabile sintesi i due piani C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico*, cit., p. 291, rilevando che «la valutazione giudiziale della colpa deve avvenire *ex ante*: a differenza della imputazione del nesso di causalità materiale, in cui rilevano tutte le conoscenze e le leggi disponibili al momento del giudizio, per l'imputazione colposa è necessario *retrocedere al momento in cui il soggetto ha agito o omissio* di agire, allo scopo di appurare se fosse riconoscibile la situazione di pericolo che imponeva l'adozione di regole preventive (criterio della *prognosi postuma*)» (corsivi nel testo). In proposito si vedano le acute notazioni di R. BLAIOTTA, *Legalità*, cit., p. 375; R. BLAIOTTA, *Predizione*, cit., p. 1735, nonché M. DONINI, *La causalità missiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32.

doverosa richiesta dalla norma cautelare, relazione che esprime – nel caso di giudizio positivo – la idoneità prevenzionistica della condotta doverosa secondo la inerente regola, idoneità intesa come alta probabilità di impedire il verificarsi di eventi appartenenti alla classe di cui partecipa quello effettivamente avvenuto.

Le segnalate differenze strutturali e le inerenti diversità morfologiche permettono di evidenziare in modo sintetico i significativi tratti distintivi dei due giudizi di causalità: quello di causalità materiale ha ad oggetto estremi effettivi della realtà fenomenica e si presenta come valutazione singolare postuma di carattere diagnostico. Quello riguardante la causalità della colpa ha invece a oggetto entità concettuali e si mostra come valutazione per categorie da compiere in modalità *ex ante* di carattere prognostico (ancorché postumo in quanto fisiologicamente formulato all'esito dell'*iter* processuale).

Caratteristiche, come ognuno vede, strutturalmente differenti, che riflettono le diverse funzioni che tali giudizi assolvono nella complessiva economia dell'accertamento del reato: da un lato quella di stabilire la (eventuale) sussistenza del legame eziologico tra condotta (attiva od omissiva) ed evento, dall'altro quella di apprezzare la (eventuale) integrazione dell'estremo della colpa (tenendo presente che nella variante della causalità ipotetica alcune delle considerazioni concernenti l'apprezzamento della valenza cautelare della regola, sulla quale si fonda l'obbligo giuridico *ex art. 40 cpv c.p.*, si intersecano dialetticamente con tale peculiare valutazione<sup>10</sup>).

Coglie in modo esatto funzione e portata della "causalità della colpa" la decisione in discorso, che considera tale nozione «requisito (...) immanente alla disciplina del reato colposo di cui all'art. 43 c.p.», precisando altresì che «alla colpa del soggetto agente deve essere ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in relazione alla regola cautelare (...), costituente la concretizzazione del rischio che quella regola era destinata a prevenire e presidiare», richiamando così un insegnamento anche recentemente ribadito dal Giudice della legge<sup>11</sup>.

Evidenziata l'importanza – anche in relazione a quanto si osserverà in seguito – del canone per il quale l'obbligo di impedimento è delimitato agli eventi avversi che rientrano nell'area di rischio presidiata dalla regola cautelare che fonda, secondo la prescrizione dell'art. 40 cpv c.p., l'obbligo giuridico di attivarsi, v'è un ulteriore profilo, fra quelli che compongono questo tratto della motivazione, meritevole di sottolineatura.

---

<sup>10</sup> Anche nella causalità ipotetica (che, come nota lucidamente C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico*, cit., p. 305, si compone di due interrogativi controfattuali) la regola cautelare svolge una funzione essenziale, costituendo la base sulla quale principia la ri-descrizione congetturale della serie di antecedenti, costituita da quelli effettivamente accaduti integrata da quello (virtuale) corrispondente alla realizzazione del precetto espresso dalla regola cautelare stessa, per verificare – sempre sulla scorta di leggi scientifiche di copertura – se l'evento non sarebbe avvenuto (cioè: se la "nuova" serie di antecedenti avrebbe avuto un esito bensì ipotetico (virtuale) diverso da quello storicamente accaduto (per un approfondimento analitico, v. volendo, F. MUCCIARELLI, *Omissione*, cit., p. 137; F. MUCCIARELLI, *Forma della condotta*, cit., p. 679).

<sup>11</sup> V. Cass. pen., Sez. IV, 7 maggio 2024, n. 3616, Rv 286883, nonché Cass. pen., Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 30985, Rv 277476-01.

Definito in modo perspicuo da autorevole dottrina “anatomia delle regola cautelari”<sup>12</sup>, il tema del *contenuto* della regola cautelare stessa presenta molteplici aspetti critici. A spiccare qui è quello che forse tutti li contiene o, comunque, quello che può dar luogo a forzature applicative derivanti da un approccio ermeneutico non doverosamente rigoroso.

Conviene dapprima seguire le cadenze della decisione, modulata a partire dal caso specifico, rispetto al quale la Corte regolatrice censura l’affermazione dei giudici di merito che si limitano ad asserire che la “procedimentalizzazione” dell’operazione costituiva la regola cautelare doverosa (e colpevolmente inosservata), che avrebbe scongiurato il verificarsi dell’evento. Osserva esattamente la sentenza che «i giudici di merito omettono di attribuire un concreto contenuto alla regola cautelare» e che «non è stato esplicitato in cosa concretamente avrebbe dovuto consistere tale procedimento» (*id est*: la procedimentalizzazione), sicché l’affermazione «risulta connotata da evidente genericità e apoditticità»: ciò che – lo si noti – finisce con il trasformare l’obbligo giuridico di impedire l’evento appartenente alla classe di eventi oggetto della norma cautelare in un generico obbligo di impedire eventi avversi.

Il così riconosciuto deficit motivazionale permette al Giudice della legge di fissare la necessità che la regola cautelare in ipotesi violata debba presentare un contenuto preciso, nel senso che da esso sia desumibile la condotta che l’agente avrebbe dovuto attuare, tratto essenziale e costitutivo di una regola che pretenda d’essere qualificata come cautelare/prevenzionistica. Contenuto che non può essere integrato – secondo le parole della decisione qui commentata – da «una (non meglio precisata) omessa “procedimentalizzazione” della fase lavorativa nella quale è avvenuto l’infortunio».

Con acribia argomentativa, la sentenza rileva altresì che «a fronte di un POS recante specifiche previsioni idonee a consentire a un lavoratore esperto, quale il Fo. Ci. [*id est*: l’infortunato], di eseguire in sicurezza le operazioni di taratura, il generico addebito dei giudici territoriali non offre alcuna ragionevole spiegazione circa l’effettivo profilo di colpa ascrivibile al datore di lavoro».

Le superiori notazioni suggeriscono alcune considerazioni ulteriori e l’anticipazione di un approfondimento cui sarà dedicato il paragrafo successivo.

La carenza di contenuto precettivo o la genericità dello stesso minano, a vedere bene, la stessa ragion d’essere della regola cautelare e ne precludono la funzione prevenzionale, implicando conseguentemente la sua radicale inidoneità a costituire il fondamento del rimprovero colposo, come sinteticamente nota la decisione dei Giudici di legittimità, posta l’impossibilità di dedurre da una previsione generica la condotta doverosa da attuare.

Per essere strumentale a prevenire il verificarsi di un evento avverso appartenente a una determinata classe di eventi (*recte*: per controllare/prevenire il rischio inerente) una regola non può infatti che consistere in un precetto che, a sua volta, esprima, descrivendolo in modo sufficientemente determinato e preciso, il tipo di

---

<sup>12</sup> Così F. CONSULICH, *Manuale*, cit., p. 120.

comportamento richiesto. Diversamente, la regola smarrirebbe la propria funzione, che esige invece la determinazione dell'ambito all'interno del quale la condotta attesa, specificata nei suoi tratti essenziali, può poi essere realizzata dall'agente conformandola al singolo contesto<sup>13</sup>.

Il giudizio di colpa in quanto giudizio di relazione non può, d'altronde, fare a meno di un paradigma di riferimento, rispetto al quale misurare lo scarto tra comportamento in concreto posto in essere dall'agente e quello che avrebbe dovuto essere realizzato, estremo, quest'ultimo che, a sua volta e circolarmente, può essere rappresentato soltanto da una regola/precetto che, per poter fungere da parametro di confronto, deve possedere quel grado di specificità e concretezza contenutistica al quale correttamente allude la sentenza in commento.

Ed ancora e per altro verso: l'eventuale deficit di concretezza contenutistica della regola cautelare compromette la "rimproverabilità dell'addebito" in termini colposi, come pure esattamente nota la decisione della Corte regolatrice. In modo puntuale: la regola cautelare sconta l'esistenza di una situazione di rischio (almeno riconoscibile e conoscibile come tale), situazione di rischio sulla quale la regola stessa è conformata in funzione preventiva: in questa corrispondenza biunivoca (tra situazione di rischio e inerente regola cautelare) si fonda in ultima analisi la ragion d'essere del rimprovero colposo, nell'addebito, cioè, di un fatto (l'evento avverso), non voluto (addirittura: contrario all'intenzione), la cui ascrizione dipende dalla rimproverabilità di un atteggiamento soggettivo (riportabile al generale e fondativo dovere fissato dall'art. 2 Cost.<sup>14</sup>), coerente con il «principio di colpevolezza che informa il sistema penale, il quale richiede pur sempre la sussistenza di un "coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto", in maniera tale da rendere il (presunto) responsabile (anche) soggettivamente rimproverabile, al fine di "garantire ai consociati libere scelte di azione, sulla base di una valutazione anticipata ('calcolabilità') delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; 'calcolabilità' che verrebbe meno ove all'agente fossero

---

<sup>13</sup> Richiamati qui, a proposito della concretezza/concretizzazione della regola cautelare i contributi citati alla nota 3, si vedano inoltre le puntuali considerazioni di G. CIVELLO, [Colpa stradale, affidamento e autoreponsabilità: una sentenza esemplare](#), in *questa Rivista*, 2024, 2, p. 37, per l'analisi dei rapporti fra concretizzazione del rischio e contenuto della regola cautelare (oltre che per l'ampia rassegna giurisprudenziale). In proposito v. ancora i contributi di F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 109; F. CONSULICH, *Rischio consentito*, cit., p. 1112; C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, cit., p. 524; C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit.

<sup>14</sup> Vale in questo senso il richiamo della sentenza 24 marzo 1988 n. 364, che, ribadendo il principio di colpevolezza come estremo costitutivo della responsabilità penale, ricostruisce l'obbligo del consociato di adeguare il proprio comportamento a regole che ne assicurino la non offensività per i beni giuridici fra i doveri del cittadino stabiliti dall'art. 2 della Costituzione. In proposito v. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza della legge penale: 'prima lettura' della sentenza n. 364/1988*, in *Foro It.*, I, 1988, p. 1385; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, LP, 1988, p. 449; F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e nuovi orizzonti della colpevolezza*, in A. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 149; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686; G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 3.

addossati anche accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili” (così, in motivazione, Corte cost. n. 322/2007, per come richiamata da Sez. U., n. 22676 del 22/01/2009, Ronci)».

E se, come pure è stato notato in sentenza, la possibilità di conformare da parte dell’agente la propria condotta al modello atteso in relazione alla situazione di pericolo contingente, è di manifesta evidenza che il contenuto della regola (cautelare) deve possedere un apprezzabile grado di determinatezza e precisione.

### **5. Prevedibilità ed evitabilità nella prospettiva del contenuto della regola cautelare.**

Richiama altresì la decisione in discorso i profili della prevedibilità e della evitabilità, intimamente connessi fra loro e altrettanto intimamente espressivi del rimprovero colposo.

Di essi si tratterà in maniera più analitica per l’aspetto d’interesse nel paragrafo successivo, bastando qui alcune notazioni per sottolineare gli snodi del percorso argomentativo seguito dalla Corte di cassazione.

La prevedibilità dell’evento avverso sconta la previa riconoscibilità della situazione di rischio, dalla quale sorge – come ognuno sa – l’obbligo di attivarsi adottando la condotta doverosa richiesta in forza dell’obbligo giuridico gravante sul soggetto in posizione di garanzia.

Per quanto strettamente collegati, gli aspetti della riconoscibilità della situazione pericolosa, la prevedibilità dell’evento avverso e il conseguente obbligo di attivazione sono nozioni autonome, che alludono a estremi diversi (a essere precisi, esse non concernono neppure un medesimo estremo colto secondo differenti prospettive)<sup>15</sup>.

La riconoscibilità della situazione di rischio sconta la percezione (*rectius*: la percepibilità) di un ambito contestuale all’interno del quale si colloca la prevedibilità del verificarsi dell’evento avverso (cioè, la concretizzazione del rischio di accadimento di un evento appartenente alla classe di eventi che la regola cautelare mira a scongiurare).

Sebbene distinte e autonome, riconoscibilità della situazione pericolosa e prevedibilità dell’evento avverso condividono tuttavia la matrice connessa alla regola cautelare, nel senso che quest’ultima costituisce, da un lato, il riferimento in forza del quale viene denotato l’ambito contestuale rischioso e, dall’altro, il paradigma in relazione al quale può predicarsi la prevedibilità dell’evento avverso.

Se la riconoscibilità della situazione come pericolosa allude a un tipo di valutazione, per così dire, statica o diagnostica (nel senso che implica la considerazione del contesto nel quale sono presenti – e riconoscibili – gli elementi suggestivi del pericolo), una sorta di constatazione del contesto e la sua qualificazione secondo un giudizio di pericolosità potenziale e generica, ma riferibile comunque all’area descritta

---

<sup>15</sup> Sulla distinzione fra riconoscibilità della situazione di rischio e prevedibilità dell’evento, sia permesso rinviare a F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi*, cit., p. 196.

dalla regola cautelare, la prevedibilità ha invece natura di valutazione prognostica e predittiva, espressiva di un apprezzamento in ordine allo sviluppo, alla evoluzione della situazione e, dunque, alla probabile verifica non già dell'evento avverso singolare (quello poi effettivamente avvenuto), bensì di un evento appartenente al genere di eventi (eventualmente anche appartenenti a classi diverse del medesimo genere<sup>16</sup>) che il precetto della (stessa) regola cautelare è intesa a prevenire.

Si osservi ora che la regola cautelare esprime bensì il tipo di comportamento da attuare con finalità preventiva (rispetto alla concretizzazione del rischio), ma ad un tempo fornisce, proprio in quanto strutturata in detta funzione prevenzionistica di un genere di eventi, gli elementi essenziali per la riconoscibilità della situazione pericolosa.

Ne segue la crucialità della regola cautelare nell'economia del rimprovero colposo, crucialità che – al di là dell'ovvia constatazione che proprio nella violazione di norme di tale fatta consiste il rimprovero *ex art. 43 c.p.* – impone notazioni ulteriori, riprendendo alcune delle perspicue osservazioni della decisione in discorso.

Rilevato dapprima che *l'immanenza della causalità della colpa* – come opportunamente la chiama la rammentata sentenza – trae fondamento proprio dal rapporto inscindibile (positivamente stabilito nella formula dell'art. 43 c.p.) fra violazione della regola ed evento accaduto (in quanto evento del genere di quelli che la regola stessa mira a prevenire), la connessione sistematica fra art. 43 c.p. e art. 40 cpv c.p. (nella prospettiva della causalità ipotetica) mostra in maniera netta che l'obbligo di attivazione non si estende all'impedimento di un qualunque evento avverso, essendo invece limitato a quelli che appartengono al genere di eventi rispetto ai quali la regola cautelare è dettata: con le parole del responso del Giudice della legge «alla colpa del soggetto agente deve essere ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello (...) costituente la concretizzazione del rischio che quella regola era destinata a prevenire e presidiare»<sup>17</sup>.

In altri termini, la regola cautelare segna, da un lato, i confini dell'obbligo giuridico impeditivo fissato dall'art. 40 cpv c.p. e, dall'altro, connota l'area di rischio oggetto della riconoscibilità doverosa da parte dell'agente, indicando altresì la condotta attesa in quanto attuativa dell'obbligo giuridico di attivazione.

## 6. Regola cautelare, hindsight bias e prognosi postuma.

Sottolineando le considerazioni sviluppate in proposito dalla qui commentata sentenza, già si è detto della rilevanza del *contenuto* della regola cautelare: in modo

---

<sup>16</sup> Per esemplificare sulla falsariga della vicenda processuale oggetto della sentenza in discorso: gli eventi avversi prevedibili possono appartenere a classi diverse (ad esempio: morte, lesioni) e essere collegati a serie causali differenti: folgorazione, precipitazione da un piano di lavoro sopraelevato, ecc.: tutte evoluzioni della situazione di rischio rispetto alla quale è conformata la regola cautelare

<sup>17</sup> Il canone, cruciale, è icasticamente definito da C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico*, cit., p. 289: «la causazione dell'evento previsto dalla fattispecie incriminatrice rileva solo se costituisce la *concretizzazione del rischio insito nella violazione della regola cautelare*, cioè nel *sotto-evento intermedio* che integra lo spettro preventivo della cautela» (corsivi nel testo).

analitico, della determinatezza e della precisione del precetto che la costituisce, contenuto che, alla luce delle notazioni da ultimo richiamate, è strutturalmente decisivo sia per la denotazione dell'area di rischio (in relazione quindi alla riconoscibilità della stessa), sia per l'indicazione della condotta (doverosa) da attuare nel contesto.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito in ordine alla natura rigida o elastica delle regole cautelari<sup>18</sup>, sovente identificato con la matrice della regola stessa, sicché quelle di contenuto rigido sarebbero espressione di fonti normativo-giuridiche in qualche misura positivizzate e riconducibili all'elenco dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini, discipline), mentre quelle di carattere elastico mostrerebbero un'origine "sociale", riportabile ai concetti generali di diligenza, prudenza e perizia, evocati anch'essi dall'art. 43 c.p..

Per vero la distinzione effettivamente significativa trascorre non tanto per la fonte della regola (rilevante per l'etichettatura della colpa e, per vero, neppure funzionale in modo pienamente conducente alla distinzione fra *generica* e *specificata*) quanto piuttosto – soprattutto nella prospettiva qui d'interesse – per il contenuto intrinseco della regola a partire dalla sua struttura morfologica e dalla sua sintassi.

I caratteri della precisione e della determinatezza dell'enunciato normativo, in cui consiste la regola, sono estremi che – com'è intuitivo – possono esser più facilmente propri di una regola di tipo formale, formulata o comunque espressa da una fonte (pubblica o privata), dotata di competenza in materia. Per esemplificare, si pensi, da un lato, a norme emanate dal legislatore o dall'autorità amministrativa (magari dotate di autonoma sanzione in caso di inosservanza<sup>19</sup>) e, dall'altro e all'estremo opposto, a regole di carattere tecnico-scientifico, elaborate da enti o associazioni scientifiche, centri di ricerca e studio, studiosi o gruppi di studiosi di riconosciuto accreditamento nel settore di competenza e così via, regole rese disponibili (in qualche misura "pubbliche" quanto meno in relazione ai singoli ambiti d'interesse)<sup>20</sup>.

Regole cautelari formulate secondo le matrici da ultimo considerate<sup>21</sup> ambiscono certamente a uno statuto di determinatezza e precisione adeguato qualora tali caratteri

<sup>18</sup> V. per tutti, P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 15, che distingue le regole cautelari, che tutte condividono una comune natura conformativa, secondo un criterio legato al loro rapporto con l'evento da prevenire: da un lato quelle (denominate "proprie") fondate su un giudizio di probabilità dell'evento e di evitabilità caratterizzata da una probabilità confinante con la certezza in presenza del comportamento doveroso, dall'altro quelle (definite "improprie"), nelle quali, pur in presenza della prevedibilità dell'evento, l'adozione del comportamento doveroso implica soltanto la riduzione del rischio di verificazione dell'evento medesimo.

<sup>19</sup> Il riferimento esemplare è alle disposizioni prevenzionistiche in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro.

<sup>20</sup> Ad esempio, si pensi a ricerche di centri di studio relative a determinate aree rispetto alle quali chi opera nel settore ha un previo dovere di aggiornamento in funzione del generale dovere fondato sull'art. 2 Cost. nella interpretazione fornita dalla sentenza 364 del 1988 della Corte costituzionale. In proposito, v. le conclusive notazioni di G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 49.

<sup>21</sup> In proposito, vale la pena di segnalare la crescente importanza del fenomeno dell'autonormazione, che viene ad assumere un ruolo significativo nel sistema delle fonti delle regole cautelari di matrice privata: al riguardo, v. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 261; D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1477; S. B. TAVERRITI,

soddisfino, presentando l'ulteriore rilevante profilo di essere cronologicamente collocabili in modo puntuale rispetto al momento della loro osservanza (momento che, come in precedenza osservato, corrisponde al sorgere della situazione pericolosa).

Ipotizzando dunque una regola cautelare di tal genere, i profili della riconoscibilità della situazione di pericolo e della prevedibilità dell'evento avverso come partecipe del genere presidiato dalla regola stessa trovano una definibilità più consona alle esigenze tipiche del diritto penale e, in particolare, a una nozione di colpevolezza maggiormente coerente con i canoni costituzionali, pure opportunamente richiamati dalla sentenza in discorso.

Il parametro della riconoscibilità della rischiosità del contesto (*id est*: della potenzialità che in quella situazione possa sorgere un pericolo per il bene o i beni giuridici tutelati) finisce così con l'essere (una) funzione del precetto espresso dalla regola cautelare, nel senso che la considerazione dell'ambito e delle modalità di tutela apprestate dalla disposizione medesima consentono di individuare gli indici suggestivi della situazione di pericolo. In metafora, può dirsi che si è al cospetto di una forma di ragionamento a ritroso<sup>22</sup>, nel senso che dal precetto, che stabilisce la condotta da attuare, è possibile risalire per inferenza e individuare gli estremi, la cui sussistenza denota la situazione/le situazioni di pericolo rispetto alle quali la regola cautelare è stata dettata<sup>23</sup>.

Nella prospettiva ora delineata, il mancato riconoscimento della situazione rischiosa e l'inerente giudizio sulla sua (eventuale) riconoscibilità, altrimenti doverosa, finisce allora per essere ancorato a una inferenza che muove dagli elementi ricostruiti ragionando a ritroso partendo dalla regola cautelare. Per tal modo la valutazione di questo estremo fondante del rimprovero colposo viene ad essere affidata non alla soltanto apparente logica del "buon senso" caso per caso, ma si radica nel

---

*Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931; R. BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, in M. DONINI, (diretto da) *Reato colposo*, cit., p. 1177; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Torino, 2022; S. B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale*, Milano, 2025.

<sup>22</sup> Si consideri lo schema del "ragionamento all'indietro", illustrato da Holmes nel caso dello "Studio in rosso": «Per risolvere un problema di questa natura è essenziale saper ragionare a ritroso. È un'arte utile e saggia, ma poco praticata, forse perché nella vita quotidiana pare più pratico far seguire al ragionamento la direzione del tempo. Per cinquanta persone capaci di ragionare sinteticamente ce n'è una sola capace di ragionare analiticamente», A. CONAN DOYLE, *Uno studio in rosso*, in ID., *L'infalibile Sherlock Holmes*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, 1991, p. 95; v. in proposito le notazioni di G. GIORELLO, M. RICCIARDI, *Causalità, necessità, spiegazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1559.

<sup>23</sup> Per il rapporto fra regola (come precetto che mira a evitare il concretizzarsi in evento della probabilità di verifica e, dunque, di un rischio) riferimenti negli autori citati alle note 2 e 3, cui *adde*, con specifico riguardo alla natura del giudizio predittivo e la sua natura, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 405. In particolare si vedano A GARGANI, *Il danno*, cit., p. 242; F. ANGIANI, *Il pericolo*, cit., p. 109; S. DOVERE, *Giurisprudenza*, cit., p. 599; C. PERINI, *Pericolo*, cit., p. 922; F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 87; G. CIVELLO, *Prevedibilità*, cit., p. 69; C. PIERGALLINI, *Attività produttive*, cit., p. 1473. Mette conto di rilevare come A. GARGANI, *Ius in latenti*, cit., p. 111 segnali acutamente che deve essere esclusa la rilevanza penale del rischio latente quando manchi un corredo nomologico di copertura: nello stesso senso, v. F. URBAN, *La curvatura*, p. 179. Circa i rapporti del problema con il principio di precauzione S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020, p. 9; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit.; F. CONSULICH, *Rischio*, cit., p. 1112; C. PERINI, *Pericolo*, cit., p. 922; C. PIERGALLINI, *Attività*, cit., p. 1473 ed ancora F. URBAN, *La curvatura*, p. 179.

riconoscimento all'interno della fattispecie concreta di estremi corrispondenti agli indici di pericolosità sulla scorta dei quali la regola cautelare stessa è stata formulata<sup>24</sup>.

Ad analogo modello interpretativo si riporta l'apprezzamento della prevedibilità dell'evento, che – come si è ripetutamente osservato – concerne non già l'evento *hic et nunc* accaduto nella singolarità dei dettagli che lo identificano storicamente, bensì di un evento appartenente ad una delle classi del genere di quelli presidiati dalla regola cautelare.

Coerentemente con la natura di giudizio prognostico e alla funzione all'interno del giudizio di colpa, a venire in rilievo non è infatti la previsione (*recte*: la prevedibilità) analitica del fatto accaduto, pressoché impossibile, soprattutto se spinta al dettaglio più minuto e comunque inutilmente fomentatrice di incertezze (posto che implicherebbe la necessità di fissare il limite della "precisione" dell'oggetto della previsione medesima). Ad avere pregio è, piuttosto, la possibilità di istituire un collegamento predittivo di tipo causale, in forza del quale, nella situazione data (quella riconosciuta come pericolosa secondo il paradigma in precedenza illustrato), è metodologicamente corretto (secondo le inerenti leggi tecnico-scientifiche) affermare che, *ex ante*, vi era un (alto) grado di probabilità di verifica<sup>25</sup> di un evento del genere di quello effettivamente avvenuto, evento compreso in una delle classi del genere presidiato dalla norma cautelare.

Detto in sintesi estrema, è doverosamente prevedibile l'evento (di genere) che rientra fra quelli contemplati, per scongiurarli, dalla regola cautelare in quanto probabile sviluppo della situazione di rischio rispetto alla quale la regola stessa è stata formulata.

---

<sup>24</sup> La prospettiva del verificarsi di un evento avverso non è tuttavia esclusiva di situazioni riconducibili allo schema del reato colposo di evento, potendo interessare anche vicende affatto diverse, nelle quali ultime si è comunque al cospetto di scenari che richiedono un apprezzamento in termini di evoluzione probabilistica verso eventi indesiderati. Si pensi, in via esemplificativa, a quelle crisi d'impresa in rapporto alle quali vengono elaborati piani (variamente denominati) per il superamento della stessa qualora il piano non raggiunga lo scopo e si determini l'insolvenza giudiziale: in tali evenienze occorre valutare in epoca successiva la fattibilità del piano in un'ottica *ex ante*. Lo schema dell'apprezzamento sembra presentarsi in forma non dissimile da quella considerata in relazione alla prevedibilità nel rimprovero colposo, potendosi ragionare, in queste ultime fattispecie, tenendo conto della (eventuale) rilevanza di indici normativi (si pensi, ad esempio, agli elementi deducibili dall'art. 2086 co. 2 c.c. o dagli artt. 3 e 4 CCI), che potrebbero divenire funzionali a tal genere di apprezzamento. Ed ancora, secondo un angolo visuale che richiede però ulteriori adeguamenti, dalla ricognizione del panorama normativo (in senso ampio, comprensivo anche della *soft law*) si potrebbero trarre indicazioni utili a rendere meno soggettivamente condizionata ed esposta all'effetto dell'*hindsight bias* la valutazione in ordine ai cd segnali d'allarme.

<sup>25</sup> In problemi del nesso probabilistico fra omissione ed evento, v., senza pretesa di esaustività, O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2151; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 63; P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2985; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 498; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, II, Milano, 2006, p. 1994; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 969. Per un approfondimento in ordine al profilo del ragionamento predittivo, v. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 405; R. BLAIOTTA, *Predizione*, cit., p. 1735.

Per tal modo anche siffatto giudizio viene a essere ancorato a parametri ragionevolmente affidabili, svincolato da apprezzamenti che altrimenti riposerebbero su opinioni soggettive, sulle quali – come si mostrerà in seguito riprendendo una perspicua notazione della sentenza in discorso – forte è l'effetto negativo dell'*hindsight bias*.

La precisione e la determinatezza del contenuto della regola cautelare, alle quali è condizionata in modo necessitato la configurazione della condotta che avrebbe dovuto essere attuata, assolve altresì una ulteriore fondamentale funzione, concernente il profilo della evitabilità dell'evento avverso.

Conviene in proposito richiamare lo snodo argomentativo, nel quale la sentenza coglie in modo impeccabile l'essenza della questione, per cercare in seguito di svilupparne appieno la portata. Affermano così i giudici di legittimità che la motivazione dei giudici di merito «è censurabile in quanto mancante di una valida e specifica indicazione della condotta alternativa lecita (o corretta) che il datore di lavoro avrebbe dovuto adottare a fini di prevenzione dell'evento effettivamente verificatosi». Si richiede infatti «non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine, mediante l'osservanza del cosiddetto comportamento alternativo lecito, non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione "*ex ante*" non avrebbe potuto comunque essere evitato (...). Infatti, alla colpa dell'agente deve essere ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare (per negligenza, imprudenza o imperizia), costituente la concretizzazione del rischio che quella regola era destinata a prevenire e presidiare».

Come ognun vede, il tratto della decisione sopra riportato individua in modo esatto tutti gli snodi essenziali del profilo della evitabilità, che viene strettamente collegato al riferimento essenziale alla regola cautelare in quanto espressiva della condotta doverosa da attuare<sup>26</sup>.

Il piano argomentativo s'interseca necessariamente con quello della causalità ipotetica, intersezione alla quale si è già avuto occasione di far cenno.

Sebbene destinati a oggetti di accertamento diversi (da un lato, quello *ex post* e diagnostico riguardante il nesso di causalità materiale, dall'altro quello *ex ante* e prognostico afferente alla colpa), essi presentano proprio nella variante della causalità ipotetica un significativo aspetto comune. In tale variante, resa necessaria dalla previsione dell'art. 40 cpv c.p., l'esigenza di apprezzare la valenza impeditiva in ordine all'evento *hic et nunc* accaduto trascorre per un passaggio metodologico (quello della ricostruzione della condotta doverosa omessa, l'antecedente virtuale da inserire nella

---

<sup>26</sup> Sul tema della evitabilità come componente essenziale del rimprovero colposo, v. oltre agli autori citati a nota 1, mentre per la connessione alla regola cautelare, v. quelli richiamati a nota 2, nonché le notazioni di G. CIVELLO, *La 'colpa eventuale' nella società del rischio*, Torino, 2013, p. 195; F. CONSULICH, *Manuale*, cit., p. 131; M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 58; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 121; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 831; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 585; C. PIERGALLINI, *Attività produttive*, cit., p. 1473.

serie di antecedenti effettivi produttiva dell'evento per valutarne l'efficacia impeditiva<sup>27</sup>), che, a sua volta, dipende dalla identificazione dell'obbligo giuridico sul quale si modella la condotta da attuare e che vale come regola cautelare. Passaggio metodologico che presenta analogie profonde con quello che presiede all'accertamento della causalità della colpa.

La differente circostanza che nel caso dell'accertamento della causalità materiale un estremo del giudizio sia l'evento singolare effettivamente accaduto (pur colto come *Typus*<sup>28</sup>) e che nel giudizio di evitabilità nel rimprovero colposo a dover essere apprezzato è l'evento come evento di genere, non muta lo schema del ragionamento inferenziale e l'approccio metodologico.

In entrambi i casi, infatti, il parametro sul quale fondare la qualificazione di evitabilità da attribuire alla condotta è costituito dalle pertinenti leggi tecnico-scientifiche, così come il modello di condotta doverosa, della quale predicare la (eventuale) valenza impeditiva, non potrà che essere formato a partire dalla regola cautelare applicabile al caso (*id est*: la regola che prescrive il comportamento doveroso).

Né importa modifiche sul piano metodologico il rilievo che nel giudizio sulla causalità materiale l'evitabilità vada apprezzata rispetto all'evento singolare avvenuto in un "qui" e in un "ora", mentre nella causalità della colpa l'analogo giudizio sia rivolto all'evento come accadimento di genere: in entrambi i casi, infatti, il giudizio rimane prognostico, anche se nel caso della causalità ipotetica *ex art. 40 cpv c.p.* l'apprezzamento ha forma bensì congetturale (in risposta all'interrogativo "cosa sarebbe accaduto se la condotta doverosa fosse stata attuata"), ma si muove su base totale e viene formulato tenendo conto di tutte le conoscenze disponibili al momento del giudizio (coerentemente con la funzione di tale apprezzamento, destinato all'accertamento oggettivo della implicazione eziologica).

La matrice rappresentata dalla regola cautelare quale riferimento essenziale per la formazione del modello di condotta da attuare implica – come segnala la sentenza in discorso – che il giudizio di evitabilità possa essere formulato soltanto in relazione ad essa (che, come tale, deve preesistere: a tacer d'altro, il requisito della preesistenza della regola cautelare è fondante in quanto soltanto ciò che già esiste può essere conosciuto e quindi conoscibile) e non ricostruito a ritroso, partendo cioè dall'evento singolare

<sup>27</sup> Richiamate qui le osservazioni delle note 8 e 10, la ricostruzione intellettuale dell'antecedente virtuale (sulla base della regola cautelare) e la sua trasposizione (sempre sul piano della simulazione intellettuale) in un antecedente "reale" (corrispondente, cioè, al comportamento concreto che avrebbe dovuto essere realizzato) e considerato "come se lo fosse", è snodo necessario e funzionale all'accertamento della causalità ipotetica.

<sup>28</sup> Il richiamo alla nozione di *Typus*, nell'accezione hassemeriana (dalla quale, sui parametri distintivi tra *Tatbestand* (astratto) e *Typus* (in concreto), si ricava che i caratteri rilevanti (e perciò essenziali) della fattispecie concreta scontano necessariamente come presupposto gli elementi costitutivi della tipicità fissati dal legislatore in via generale e astratta, sotto forma di enunciati normativi o descrittivi: v. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968 (trad. it., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. CARLIZZI, Napoli, 2007), vale qui a sottolineare che anche nella causalità materiale non si ha riguardo al fatto costituente l'evento nella sua analiticità comprendente tutti gli estremi che lo compongono, ma soltanto al fatto connotato attraverso gli estremi significativi sul piano denotativo rispetto alla fattispecie astratta che disegna il reato.

accaduto per congetturare, sulla base di quest'ultimo, una condotta comunque impositiva, assegnandole il ruolo di regola cautelare (che, a questo punto, sarebbe inevitabilmente costruita *ex post* non soltanto rispetto alla situazione di rischio ma anche all'evento).

Già si è notato che, sul piano sistematico, un simile modo di procedere è precluso dal chiaro dettato dell'art. 40 cpv c.p., che discorre di un obbligo giuridico preesistente rispetto all'evento, come esplicitamente ribadisce la sentenza in discorso, avvertendo che il diverso (ed errato) modo interpretativo importerebbe una inammissibile estensione dell'area del penalmente rilevante a situazioni di responsabilità oggettiva.

Mette conto di notare come anche nella prospettiva della evitabilità i profili della precisione e della determinatezza della regola cautelare e della conseguente descrizione della condotta doverosa da realizzare abbiano ruolo decisivo. Diversamente, in una configurazione della condotta doverosa in maniera non puntuale e vaga rispetto alla regola (secondo un approccio generico), sarebbe vanificato il vincolo che fonda la responsabilità colpevole in quanto colposa (*id est*: inosservante) su una regola cautelare che, per essere tale, deve a propria volta consistere ed esprimersi in un contenuto determinato e preciso (che possa, circolarmente, essere tradotto in una condotta doverosa non generica).

Si staglia, a questo punto, un ulteriore profilo problematico, che la decisione in discorso affronta con grande sagacia, facendo opportuno riferimento alla prospettiva dell'*hindsight bias*, profilo al quale conviene dedicare qualche notazione specifica.

Sta in principio il rilievo che la valutazione in materia di colpa (sia degli ambiti della riconoscibilità della situazione di rischio, sia quelli della prevedibilità e della evitabilità dell'evento avverso come evento di genere) è valutazione *ex ante* e consiste in un giudizio prognostico-predittivo.

Nessuno dubita della correttezza di simile assunto e non v'è dubbio che lo stesso venga sovente richiamato in modo esplicito come canone cui uniformarsi nelle cadenze argomentative delle sentenze che affrontano la questione<sup>29</sup>.

Una più attenta analisi permette però di mostrare come, oltre il versante del riconoscimento formale e dell'altrettanto formale adesione, tale canone – soprattutto nel momento della sua applicazione – presenti molteplici profili di criticità, alcuni dei quali fortemente interdipendenti.

V'è un primo dato del quale prendere atto nella sua obiettività: il giudizio in questione, sebbene designato *ex ante* per morfologia, struttura e tipologia euristica che deve assumere, è in realtà un giudizio formulato (per necessità) *ex post*, in un momento successivo all'epoca rispetto alle quali ineriscono le valutazioni che lo costituiscono, mentre, se fosse un giudizio autenticamente predittivo-prognostico, tali valutazioni dovrebbero essere compiute non soltanto prima dell'evento, ma più esattamente al momento dell'insorgere della situazione di rischio (con riguardo alle fattispecie d'interesse – i reati colposi di evento – il giudizio in questione interviene dopo che l'evento è accaduto, quando, in modo coerente con la dinamica processuale, il giudice è

---

<sup>29</sup> Se ne vedano in riferimenti essenziali in S. DOVERE, *Giurisprudenza*, cit., p. 596.

chiamato a esprimere la sua valutazione e non al momento nel quale si presenta la situazione di rischio).

Con la nota formula della “prognosi postuma” al problema viene data tradizionalmente soluzione: al di là delle varianti che ne connotano le diverse ricostruzioni e le letture ermeneutiche, la formula in discorso si sostanzia in un mutamento della prospettiva temporale che il giudicante dovrebbe assumere al momento della valutazione, ponendosi in modo virtuale nell’epoca anteriore, corrispondente a quella nella quale l’apprezzamento sarebbe stato autenticamente *ex ante* (nel caso d’interesse: nel momento nel quale si determina la situazione pericolosa).

Indipendentemente dalle intrinseche difficoltà comunque insite in una finzione mentale di tale genere<sup>30</sup>, non deve sfuggire che il modello esplicativo in discorso è stato elaborato e successivamente affinato a partire dal paradigma del delitto tentato e, segnatamente, in relazione all’esigenza di apprezzare l’idoneità degli atti a cagionare un evento corrispondente al fatto costitutivo del reato nella sua forma consumata<sup>31</sup>.

Non è però chi non veda la cruciale differenza che distingue l’ipotesi alla quale si riferisce l’art. 56 c.p. da quella che viene ora in considerazione. Nello schema del tentativo, l’idoneità degli atti (*id est*: ciò che costituisce l’oggetto del giudizio prognostico-predittivo) attiene a un evento che, per definizione logicamente cogente, non è accaduto (diversamente, si sarebbe al di fuori dell’area del delitto tentato, vertendosi in materia di reato consumato).

Nel caso presente, al contrario, l’evento avverso si è verificato e il giudizio, pur continuando a essere di carattere prognostico-predittivo, viene compiuto in un momento successivo all’accadimento dell’evento stesso.

È propriamente questo aspetto (ineliminabile) del giudizio inerente al rimprovero colposo (e, per vero, anche a quello concernente la causalità ipotetica) a determinare – come acutamente rileva la decisione in discorso – «la nota distorsione retrospettiva del “senno di poi” (*hindsight bias*), mediante la quale si tende a ritenere prevedibile un evento, una volta che l’evento è ormai noto».

---

<sup>30</sup> Al pari dell’*eliminazione mentale* snodo essenziale nello schema dell’accertamento della causalità materiale secondo il paradigma della *conditio sine qua non* (sul punto, per tutti, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000; F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1217; nonché R. BLAIOTTA, *Causalità*, cit.), il processo mentale sottostante al paradigma della prognosi postuma implica un meccanismo psicologico che, pur definibile sul piano formale come eliminazione di tutte le conoscenze successive al momento rispetto al quale il giudizio va ri-collocato nel passato e formulazione del giudizio utilizzando soltanto quelle disponibili nel momento del passato, nel concreto sconta imprecisioni notevoli nella selezione e condizionamenti mentali difficilmente eliminabili, approfonditi in particolare dagli studiosi che si sono occupati del particolare *bias* cognitivo denominato *hindsight bias* (sul quale v. gli autori citati alla nota 32).

<sup>31</sup> Nel modello del delitto tentato disegnato dall’art. 56 c.p. l’idoneità degli atti (questi ultimi consistenti in estremi reali della realtà fenomenica) consiste in una valutazione prognostica rispetto a un evento futuro, che, in quanto tale, non si è verificato e rappresenta quindi un evento congetturale. Nel giudizio relativo alla causalità della colpa, ad essere congetturale è invece la condotta che avrebbe dovuto essere tenuta, della quale va apprezzata la idoneità causale impeditiva rispetto a un evento che, al contrario, è storicamente accaduto.

L'esatta considerazione dei Giudici di legittimità merita tuttavia una notazione ulteriore: la distorsione del giudizio retrospettivo è una vera e propria attitudine mentale, quasi una inconsapevole postura che condiziona l'atteggiamento psicologico di chiunque sia chiamato a tal genere di valutazioni, resa ulteriormente insidiosa dal suo sviluppo inconscio che ne rende ardua l'identificazione: sicché rispetto ad essa è particolarmente difficile (se non impossibile) procedere a una sorta di *epoché* fenomenologica, che metta tra parentesi l'evento accaduto e noto, eliminandolo così dal patrimonio conoscitivo del giudicante in modo da sterilizzarne gli effetti perturbativi<sup>32</sup>.

In quanto giudizio inevitabilmente postumo, su di esso grava la portata confondente dell'errore insito nel giudizio retrospettivo, che può condizionare (anche fortemente) la valutazione sia nella fase di individuazione della regola cautelare

<sup>32</sup> L'*hindsight bias* (termine utilizzato originariamente nella psicologia cognitiva) è stato oggetto di un primo studio sistematico da parte di Baruch Fischhoff (studioso della comunicazione e della percezione del rischio e della teoria decisionale), v. B. FISCHHOFF, *Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, p. 288. Più complesso e articolato rispetto ad altri errori cognitivi, l'*hindsight bias*, oltre a determinare una sopravvalutazione della effettiva prevedibilità dell'evento, può falsificare il ricordo delle valutazioni effettuate prima dell'evento, condizioni che possono verificarsi contemporaneamente amplificando l'effetto distorsivo e confondente dell'*hindsight bias*. Lo sviluppo inconscio di tale distorsione conoscitiva, che si accompagna a distorsioni della memoria e a una componente paradossale, ne rende difficile l'identificazione. In generale sull'*hindsight bias*, senza pretesa di completezza, v. H. BLANKA, S. NESTLER, G. VON COLLANI, V. FISCHER, *How many hindsight biases are there?* in *Cognition*, vol. 106, Issue 3, March 2008, p. 1408). Più in generale, si vedano B. FISCHHOFF, P. SLOVIC, S. LICHENSTEIN, *Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, p. 552; B. FISCHHOFF, *For those condemned to study the past*, in SCHWEDER-FISKE (a cura di), *New Directions for Methodology of Social and Behavioural Science*, San Francisco, 1980, p. 79; S. J. LABINE, G. LABINE, *Determinations of negligence and the hindsight bias*, in *Law and Human Behavior*, 1996, 20 (5), p. 501; R. S. NICKERSON, *How we know – And sometimes misjudge – What others know: Imputing one's own knowledge to others*, in *Psychological Bulletin*, 1999, 125 (6), p. 737; D. KOEHLER, L. BRENNER, D. GRIFFIN, *The calibration of expert judgment*, in T. GILOVICH-D. GRIFFIN-D. KAHNEMAN (a cura di), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, 2002, p. 686; B. FISCHHOFF, R.M. GONZALEZ, J.S. LERNER, D.A. SMALL, *Evolving judgments of terror risks: Foresight, hindsight, and emotion*, in *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2005, 11 (2), p. 124; E. M. HARLEY, *Hindsight bias in legal decision making*, in *Social Cognition*, 2007, 25 (1), p. 48; A. OEBERST, I. VON DER BECK, M. D. BACK, U. CRESS, S. NESTLER, *Biases in the production and reception of collective knowledge: The case of hindsight bias in Wikipedia*, in *Psychological Research*, 2018, 82 (5), p. 1010; B.J. DIETVORST, U. SIMONSOHN, *Intentionally "biased": People purposely use to-be ignored information, but can be persuaded not to*, in *Journal of Experimental Psychology: General*, 2019, 148 (7), p. 1228; I. VON DER BECK, U. CRESS, A. OEBERST, *Is there hindsight bias without real hindsight bias? Conjectures are sufficient to produce hindsight bias*, in *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2019, 25 (1), p. 88; B. HEDDEN, *Hindsight bias is not a bias*, in *Analysis*, 2019, 79 (1), p. 43; L. K. SON, S.S. HONG, L. HAN, Y. LEE, T.H. KIM, *Taking a naïve other's perspective to debias the hindsight bias: Did it backfire?* in *New Ideas in Psychology*, 2021, p. 62. N. STROHMAIER, H. PLUUT, K. VAN DEN BOS, J. ADRIAANSE, *Hindsight bias and outcome bias in judging directors' liability and the role of free will beliefs*, in *Journal of Applied Social Psychology*, 2021, 51 (3), p. 141; H. L. HOM JR, *Perspective-taking and hindsight bias: When the target is oneself and/or a peer*, in *Current Psychology*, 2022. Non sfugga però il fondamentale studio di Tversky e Kahneman (A. TVERSKY, A., D. KAHNEMAN, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, in *Science*, 1974, 185 (4157), p. 1124), in qualche misura anticipatore dello studio sistematico di B. Fischhoff del 1975. Con riferimento ai bias cognitivi con riguardo al diritto penale, nella letteratura italiana, v. S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisione del giudice: un'indagine sperimentale*, in *Dir. pen. uomo*, 2 aprile 2019; A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017.

pertinente sia in quella dell'interpretazione e applicazione della stessa. L'attitudine mentale a ritenere prevedibile (pur collocandosi in una prospettiva *ex ante*) un fatto effettivamente accaduto e noto al soggetto cui è richiesta una prognosi postuma (e, più in generale, in ordine a consimili valutazioni) rende, per un verso, la ricerca della regola cautelare pertinente più agevole, ma ne condiziona, per l'altro, l'efficienza, nel senso che, conoscendo l'evento accaduto, l'individuazione della regola cautelare pertinente diviene corrispondentemente più precisa e corretta in ordine al cruciale parametro della funzione cautelare della regola stessa rispetto alla individuazione di cui sarebbe stato capace il medesimo soggetto se si fosse trovato in una condizione genuinamente *ex ante*.

Non minore peso sembra doversi attribuire all'*hindsight bias* con riguardo alla fase dell'interpretazione/applicazione della regola per tal modo individuata, intendendosi siffatta fase come quella nella quale si svolge l'indispensabile attività di comprensione della portata precettiva della regola e del conseguente riferimento della medesima alla fattispecie concreta. Anche in questo caso, essendo al cospetto di una regola con funzione cautelare, la conoscenza dell'evento avverso effettivamente accaduto (che proprio l'osservanza di tale regola avrebbe potuto scongiurare) rende evidente come detta conoscenza ben possa determinare una distorsione nel giudizio retrospettivo.

Con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, non deve infatti sfuggire che "l'applicazione" della regola al caso concreto sconta un impegno ermeneutico, nel cui processo entra necessariamente l'evento avverso, con l'avvertenza che, in una prospettiva genuinamente *ex ante*, l'evento non può essere quello singolare effettivamente accaduto, bensì soltanto e unicamente un evento-modello, tipologicamente appartenente alla classe di eventi che la norma cautelare mira a prevenire.

Se il portato degli studi in materia di *hindsight bias* consegna un quadro come quello riassunto, nel quale l'attitudine della distorsione del giudizio retrospettivo investe necessariamente il giudizio prognostico formulato *ex post* (e, quindi, quando non è autenticamente *ex ante*), riesce allora difficile ammettere che il ricorso alla formula della "prognosi postuma" sia idonea a eliminare tale effetto distorsivo o anche soltanto a mitigarne in modo significativo la portata (tenendo altresì conto che, come in precedenza osservato, gli affinamenti della rammentata formula si sono sviluppati nel diverso contesto nel quale l'evento non si è, per definizione, verificato, coerentemente con lo schema dell'art. 56 c.p.).

Rispetto al tema d'interesse, il principale effetto pernicioso dell'*hindsight bias* è efficacemente illustrato dalla annotata sentenza, quando segnala che proprio sulla scorta di tale distorsione «si tende (...) a costruire di conseguenza la regola cautelare (...) che avrebbe potuto impedir[e]» l'evento. Dopo aver ribadito l'erroneità di tale approccio ermeneutico, la Corte regolatrice precisa altresì che «la creazione *ex post* della regola cautelare comporterebbe la prevedibilità di una gran parte degli eventi dannosi, per cui la colpa sarebbe (quasi) sempre configurabile, camuffando sotto il velo della colpa situazioni di vera e propria responsabilità oggettiva». Appena il caso di sottolineare, oltre alla piena condivisibilità della notazione, il nitore della sua formulazione, che coglie in modo ineccepibile quello che, sul piano interpretativo-applicativo, è forse lo sviluppo

deteriore della distorsione del giudizio retrospettivo e della non attenta considerazione del valore della regola cautelare intesa nella sua determinatezza e precisione come espressive della condotta doverosa che avrebbe dovuto essere attuata.

Rammentando parenteticamente che tale profilo ha a che vedere anche con il piano della tipicità nei reati colposi causalmente orientati a forma (apparentemente) libera<sup>33</sup>, il riferimento alla regola cautelare presenta profili meritevoli di approfondimento proprio in relazione alla criticità che l'*hindsight bias* porta con sé in modo ineluttabile.

È opportuno principiare richiamando la considerazione già svolta in ordine alla centralità della regola cautelare e al suo contenuto, adeguatamente determinato e preciso, sicché da esso sia deducibile la condotta doverosa che l'agente è chiamato ad attuare nel contesto. Contesto che – come pure si è osservato – vede la sua pericolosità (e, quindi, il sorgere del dovere di attivazione secondo le modalità espresse dalla regola cautelare) emergere attraverso un ragionamento inferenziale a ritroso, sempre a partire dalla regola cautelare medesima.

Concentrando l'attenzione esclusivamente sulla regola cautelare e sulla condotta da attuare, individuate e definite in modo preciso e determinato, è possibile disporre non soltanto del riferimento essenziale per il giudizio, ma anche, per così dire, di un riferimento autonomo, apprezzabile all'interno del contesto dato (la situazione esistente al momento dell'insorgenza della situazione di pericolo), prescindendo quindi completamente da tutto quanto avvenuto in concreto in epoca successiva. Conseguentemente al giudizio rimane (dovrebbe rimanere) estraneo l'evento avverso accaduto e l'effetto distorsivo che ne deriva.

La rigida limitazione alla regola cautelare (interpretata in modo rigoroso) come unico ambito di riferimento rende più agevole l'esclusione di fatti postumi dall'area dell'apprezzamento e vincola il giudizio al suo effettivo oggetto, consistente nella regola cautelare stessa nella sua idoneità impeditiva di fatti del genere di quello accaduto (e non di quello singolare *hic et nunc* verificatosi): ciò rappresenta altresì l'essenza del rimprovero colposo nella sua dimensione relativa a una tipologia di fatti prevedibili ed evitabili.

Detto che per tal via risulta ancor più evidente la centralità della regola cautelare non soltanto (naturalmente) preesistente, ma anche caratterizzata da una adeguata precisione e determinatezza (tanto più precisa e determinata, tanto più agevole un giudizio di prevedibilità/evitabilità fondato esclusivamente sulla regola stessa nel suo rapporto con il contesto), è ovvio che anche seguendo siffatto criterio metodologico non è possibile escludere del tutto l'effetto dell'*hindsight bias*. Preclude un simile risultato la circostanza che l'evento avverso è effettivamente avvenuto ed è comunque noto al giudicante, circostanza storica che non può essere rimossa dal patrimonio conoscitivo.

L'effetto (di natura essenzialmente psicologica) dell'*hindsight bias* può però trovare una efficace limitazione sul piano della razionalità argomentativa, che sostiene

---

<sup>33</sup> Il rinvio, d'obbligo, è a C. E. PALIERO, *La fattispecie*, cit., p. 1499, che individua nettamente la questione, osservando che la marca colposa nei reati di evento esclude che essi siano autenticamente a forma libera.

l'inerente giudizio e trova riflesso nella motivazione. Se tale percorso si sviluppa in modo rigoroso, seguendo attentamente i suoi estremi essenziali (rappresentati, in sostanza, dalla regola cautelare e dalle categorie della prevedibilità e della evitabilità dell'evento di genere nel loro rapporto con la regola cautelare stessa e la contestuale situazione di rischio) non sembra azzardato concludere che tale *iter* implica comunque una forte attenuazione della portata negativa della distorsione del giudizio retrospettivo.

V'è ancora un profilo che merita di essere scrutinato, al quale fa cenno la decisione in discorso, quando avverte dell'«erroneità» di «costruire la regola cautelare» «una volta che l'evento è già noto», avendo i giudici di merito omesso «di attribuire un concreto contenuto alla regola cautelare (...) limitandosi a individuare la colpa in una (non meglio precisata) omessa “procedimentalizzazione”», delineata al momento del giudizio, dopo l'accadimento dell'evento, violando così il fondamentale canone per il quale «l'addebito colposo de[ve] essere formulato sulla base di una valutazione *ex ante*, ponendosi nella prospettiva del soggetto agente in un momento antecedente al concretizzarsi della situazione di rischio».

Ancora una volta la decisione in commento coglie e risolve in modo impeccabile uno snodo problematico, sul quale conviene qualche ulteriore notazione.

Sta dapprima il rilievo che, come in precedenza avvertito, il giudizio interviene necessariamente dopo che l'evento avverso si è verificato; l'ovvietà della constatazione serve esclusivamente a introdurre una considerazione altrettanto ovvia, ma che a prima vista può sfuggire: l'enunciazione della regola cautelare violata in relazione al caso concreto avviene anch'essa dopo l'accadimento dell'evento, enunciazione che – in quanto tale –, però, non viola il canone opportunamente ribadito della sentenza in discorso, e cioè che la regola cautelare (come precetto sostanziale) deve preesistere alla fase (anteriore all'evento) corrispondente al sorgere della situazione di rischio.

L'enunciazione, intesa come rilevazione della preesistente regola cautelare, altro non è che l'indispensabile riferimento (ed esplicitazione) della regola stessa al caso concreto per verificarne l'applicabilità in relazione tanto al profilo della prevedibilità quanto a quello della evitabilità (con riguardo all'evento colto come evento appartenente al genere di quelli presidiati dalla regola medesima).

Non deve però sfuggire la delicatezza di questo passaggio, che si fa estrema quando si verte in materia di colpa generica o, più precisamente, di regole cautelari di matrice “sociale” (la inosservanza di generiche regole di diligenza, prudenza, perizia) ovvero di regole dal contenuto elastico, indipendentemente dalla loro fonte<sup>34</sup>.

Della menzionata delicatezza fornisce esempio eccellente la decisione della Corte regolatrice quando corregge il vizio argomentativo del giudizio della Corte d'Appello.

Osservano i Giudici della legge che, nell'affermare la responsabilità degli imputati, i giudici del merito avevano ritenuto la sussistenza di una condotta omissiva antidoverosa sulla base non già di una regola cautelare preesistente, bensì di una formulata al momento del giudizio e ricostruita a partire dall'evento accaduto. Più specificamente, il riferimento era andato a «una (non meglio precisata) omessa

---

<sup>34</sup> In proposito, v. per tutti, P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit.

“procedimentalizzazione” della fase lavorativa dalla quale è derivato l’infortunio», regola alla quale non viene neppure attribuito «un concreto contenuto», sicché «il generico addebito formulato dai giudici territoriali non offre alcuna ragionevole spiegazione circa l’effettivo profilo di colpa», tanto più che vi era nel caso «un POS recante specifiche previsioni idonee a consentire a un lavoratore esperto (...) di eseguire in sicurezza l’operazione».

Agevole notare che l’enunciazione della regola applicabile non era stata fondata dai giudici di merito sulla base della regola cautelare preesistente (quella che la Corte di Cassazione individua nella specifica previsione del POS), ma su una coniazione in via postuma a partire dall’evento e non ulteriormente dettagliata sul piano del contenuto precettivo (quel contenuto sulla cui base è poi possibile configurare la condotta doverosa omessa e misurarne la idoneità impeditiva).

Come ognuno vede, il profilo critico non è rappresentato dalla enunciazione della regola cautelare, che, consistendo nella conformazione al caso di specie di una regola preesistente, non contraddice il canone essenziale del rimprovero colposo, sempre che – ovviamente – la rammentata conformazione rimanga aderente e limitata al contenuto precettivo della regola medesima. Una enunciazione che valichi tale limite, ovvero l’introduzione di una regola o di un precetto coniato per l’occasione al momento del giudizio, trasforma l’altrimenti corretta (e indispensabile) applicazione della regola al caso nella creazione (in via interpretativa) della regola cautelare, dando pieno ingresso alla dinamica dell’*hindsight bias* e travolgendo il canone del rimprovero colposo.

Poc’anzi s’è fatto cenno alla circostanza che la delicatezza del passaggio ora illustrato diviene maggiore in tema di colpa generica ovvero di regole cautelari di contenuto elastico e/o generico.

La fonte “sociale” (cui di solito s’accompagna la classificazione della colpa come generica) rappresenta il grado massimo di tale criticità perché il momento della enunciazione corrisponde quasi ineluttabilmente a quello della formalizzazione (obiettivizzazione) della regola di diligenza, prudenza o perizia<sup>35</sup>, che pure l’ordinamento riconosce come fondativa del rimprovero colposo<sup>36</sup>.

La natura sostanzialmente (e, forse, naturalmente) generica della regola di fonte sociale implica che la sua obiettivizzazione in un precetto (meglio: nel precetto pertinente) avvenga ad opera del giudice in un momento per necessità successivo a quello nel quale è accaduto l’evento<sup>37</sup>.

L’indispensabile obiettivizzazione postuma impegna quindi a una previa ricostruzione della regola cautelare di fonte sociale (ovvero, ma con un minor grado di

<sup>35</sup> Si vedano sul punto le notazioni di C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico*, cit., p. 293. Per una delimitazione della colpa generica a «uno spazio residuale e limitato alle operazioni elementari del *quovis de populo* nella vita quotidiana», v. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, a cura di C. PERINI, F. CONSULICH, Milano, 2006, p. 93.

<sup>36</sup> Lo nota, in modo sintetico e suggestivo dei problemi connessi, R. BLAIOTTA, *Legalità*, cit., p. 376, osservando che della colpa generica «pur con il suo carico di preoccupante vaghezza non è proprio possibile fare a meno» In senso analogo v. D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 509.

<sup>37</sup> Si veda, in questo senso, R. BARTOLI, *Fonti*, cit., p. 530.

difficoltà, anche nel caso di regola dal contenuto elastico o generico di fonte “specifica”), ricostruzione rispetto alla quale la portata distortiva dell’*hindsight bias* è maggiore e non può essere fronteggiata ancorando il ragionamento esclusivamente alla regola cautelare in forza della sua precisione e determinatezza, qui mancanti.

Occorrerà allora una speciale attenzione e cura nella individuazione di tutti gli estremi oggettivi dei quali si possa predicare, da un lato, la preesistenza (rispetto alla situazione di rischio) e, dall’altro, una funzione cautelare riconoscibile *ex ante* sulla scorta di indici che emergano, rispettivamente, da consuetudini sociali radicate ovvero dal contesto nel quale la regola di contenuto elastico è collocata<sup>38</sup>.

Ove ciò non sia possibile, rimane da chiedersi se, in una situazione nella quale non è possibile ricostruire in modo oggettivo la regola cautelare preesistente di contenuto apprezzabilmente preciso e determinato, si possa ancora ipotizzare la configurabilità stessa del rimprovero colposo in termini razionali e giuridicamente consistenti.

---

<sup>38</sup> Sulla natura consuetudinaria delle regole cautelari riportabili alla violazione di canoni di diligenza, prudenza e perizia, v. le notazioni di F. CONSULICH, *Manuale*, cit., p. 144, nonché, diffusamente, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 173; F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 165; F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 88.



**ACCESSO ALLA RETE *INTERNET* E TUTELA DEI DIRITTI  
FONDAMENTALI DELLE PERSONE DETENUTE:  
UNA “CONNESSIONE LENTA”.**

di Giulia Fiorelli

*Il contributo analizza l'ingresso delle tecnologie digitali nel sistema penitenziario italiano, evidenziandone lo sviluppo disomogeneo e le persistenti fragilità normative. A fronte della centralità che Internet riveste per l'esercizio di diritti fondamentali – quali informazione, istruzione, comunicazione e difesa – l'ordinamento penitenziario continua ad offrire un quadro regolatorio lacunoso, delegando alle circolari amministrative il compito di disciplinare l'accesso alla rete attraverso modelli altamente restrittivi e selettivi. Nonostante l'emergenza pandemica abbia rappresentato un momento di accelerazione, favorendo la diffusione di strumenti di comunicazione digitale e di didattica a distanza, l'assenza di una disciplina organica e l'incapacità del legislatore di recepire tali innovazioni hanno finito per produrre soluzioni frammentarie e territorialmente disomogenee. La transizione verso un modello penitenziario “digitalmente inclusivo” impone, pertanto, un intervento sistemico, volto a garantire un accesso controllato e sicuro alla rete, in funzione della piena attuazione della finalità rieducativa della pena e del rispetto dei diritti fondamentali.*

SOMMARIO: 1. L'ingresso di *Internet* in carcere tra vuoti normativi e soluzioni di *soft law* – 2. Connessioni “emergenziali” e primi esperimenti digitali – 3. Oltre l'emergenza: prospettive per un'inclusione digitale nel sistema penitenziario

**1. *L'ingresso di Internet in carcere tra vuoti normativi e soluzioni di soft law.***

Interrogarsi sull'impiego delle moderne tecnologie informatiche nell'ambito dei percorsi trattamentali delle persone detenute potrebbe, a prima vista, apparire marginale o persino dissonante rispetto alle gravi condizioni in cui versa l'attuale sistema penitenziario, segnato da un sovraffollamento ormai cronico, da strutture detentive spesso inadeguate e da un allarmante incremento degli eventi suicidari. Eppure, è proprio in un simile contesto che s'impone, con maggiore urgenza, una riflessione sugli strumenti – anche tecnologici – in grado di garantire la piena attuazione dei diritti fondamentali all'interno della realtà carceraria, esigenza che assume oggi un rilievo centrale nel dibattito sull'esecuzione penale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul ruolo delle tecnologie digitali nei percorsi trattamentali e, più in generale, sull'impatto delle innovazioni tecnologiche in ambito penitenziario, si rinvia al felice dibattito raccolto in AA.VV., *Pena e nuove tecnologie tra “trattamento” e “sicurezza”*. Atti della I Spring School del Centro di ricerca “Diritto penitenziario e

L'esperienza drammatica vissuta durante la recente emergenza sanitaria, provocata dalla diffusione del *virus* Sars-Covid-19, ha reso, infatti, evidente quanto sia ormai difficile – se non praticamente impossibile – concepire l'effettivo godimento di diritti, quali l'informazione, lo studio, la comunicazione o l'assistenza difensiva, prescindendo dalle potenzialità offerte dalle tecnologie digitali e dalla connessione alla rete *Internet* che ne agevola la fruizione.

A dispetto, però, dell'estrema rapidità con cui la tecnologia si evolve e si diffonde nel mondo libero – al punto da rendere obsoleti i tradizionali canali informativi, come la radio o la stampa – la persistente diffidenza mostrata dall'Amministrazione penitenziaria nei confronti dell'utilizzo di strumenti informatici e, in particolare, della possibilità di collegarsi alla rete ha impedito che le nuove forme di comunicazione e di conoscenza si diffondessero nel contesto carcerario con la medesima velocità<sup>2</sup>.

Ne è prova il fatto che l'ingresso nella quotidianità penitenziaria delle più moderne tecnologie digitali "connesse" alla rete ha ricevuto esplicito riconoscimento soltanto nell'ultimo decennio e, per di più, unicamente mediante circolari interne dell'Amministrazione. La possibilità per le persone detenute di accedere alla rete *Internet* compare, infatti, per la prima volta, nella Circolare n. 366755 del 2 novembre 2015<sup>3</sup>, con la quale il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha espressamente contemplato, sia pur con il rispetto di una serie di doverose cautele, l'utilizzo degli strumenti informatici nell'ambito dei percorsi trattamentali complessi.

In assenza di espliciti riferimenti nella fonte primaria penitenziaria, il fondamento giuridico di tale apertura è stato individuato nella previsione di cui all'art. 40 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che consente alle persone ristrette «l'uso, anche nella camera di pernottamento, di *personal computer*» per motivi di studio e lavoro, con l'autorizzazione del Direttore dell'Istituto<sup>4</sup>.

*Costituzione – European Penological Center* "Ventotene 20-23 aprile 2022", Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; nonché nel fascicolo monografico: P.A. ALLEGRI-S. ANASTASIA-V. SCALIA (a cura di), *Le tecnologie dell'informazione in carcere: realtà, potenzialità, ambivalenze*", in *Antigone*, 2/2021.

<sup>2</sup> Evidenzia la «divaricazione temporale tra il carcere analogico e novecentesco da una parte, e la società digitale del XXI secolo dall'altra»: S. ANASTASIA, *L'anacronismo del carcere di fronte alle tecnologie dell'informazione*, in AA.VV., *Pena e nuove tecnologie tra "trattamento" e "sicurezza"*, cit., p. 37 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Circolare D.A.P. n. 366755 del 2 novembre 2015, sulla «possibilità di accesso ad *Internet* da parte dei detenuti», la cui diffusione era stata anticipata dal *Parere sulla possibilità di accesso ad Internet da parte dei detenuti* (luglio 2015), in *Pubblicazioni, studi, ricerche* del sito del Ministero della Giustizia. A commento della Circolare appena richiamata, v., in particolare, P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informativa*, 6/2015, p. 946 ss.; P. ZOERLE, *Diritto di informazione dei detenuti e accesso a internet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 880.

<sup>4</sup> La Circolare ha individuato il fondamento della propria disciplina nella *ratio* dell'art. 40 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che consente alle persone detenute e internate di possedere e utilizzare *personal computer* per motivi di studio e di lavoro, sia nella camera di pernottamento sia negli spazi comuni, previa autorizzazione del Direttore dell'Istituto. Muovendo da tale disposizione, il Dipartimento ha ritenuto che un accesso controllato alla rete *Internet* possa e debba costituire uno strumento utile, da impiegare in condizioni di sicurezza, per ampliare le opportunità trattamentali. In questo senso, P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, cit., pp. 949-950, specifica che «scartata implicitamente (all'evidenza, sia per il silenzio assoluto sul punto, sia per il suo carattere risalente) la normativa primaria, l'unico supporto viene rinvenuto nel ridetto art. 40 della normativa di esecuzione, che in quanto consentaneo

La disponibilità del *personal computer* assurge, quindi, a presupposto “materiale” per un eventuale accesso alla rete *Internet*, il cui ambito di operatività incontra, tuttavia, una serie di nutrite limitazioni, tali da vanificare, di fatto, la portata innovativa della disciplina introdotta dalla circolare in esame<sup>5</sup>.

Si tratta di un ampio catalogo di restrizioni, finalizzate – come è agevole intuire – a prevenire il rischio che il collegamento *online* possa rivelarsi pregiudizievole per la sicurezza dell’Istituto penitenziario.

A tale fine, la “navigazione” in rete è consentita soltanto nelle sale comuni, destinate alle attività trattamentali, e limitatamente a determinati siti informativi (*white list*), previamente autorizzati in funzione di specifiche esigenze connesse al percorso rieducativo intrapreso dalla persona detenuta.

Sicché, per un verso, l’accesso controllato a *Internet* è ammesso solo previo accertamento delle finalità trattamentali – lavorative, formative o didattiche<sup>6</sup> – perseguite attraverso la consultazione dei siti *web* selezionati. Per altro verso, la collocazione degli strumenti informatici unicamente negli spazi comuni è volta a facilitare l’attività di controllo sulla “navigazione” *online*.

Tuttavia, a fronte della realistica impraticabilità di un monitoraggio costante e diretto da parte della polizia penitenziaria – difficoltà che, all’epoca dell’adozione della Circolare, risultava ulteriormente accentuata dal modello di sorveglianza dinamica<sup>7</sup>, oggi in gran parte superato –, il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria ha previsto la presenza, durante le attività, di un *tutor* di sostegno, adeguatamente formato dagli operatori specializzati in servizio presso i Provveditorati regionali.

---

con l’utilizzo del *personal computer*, è assunto come espressivo di una *ratio* più generale intesa a favorire ogni altra applicazione del mezzo per incrementare le opportunità rieducativa».

<sup>5</sup> Di questo avviso, D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017, p. 18, secondo il quale, «se si volesse rintracciare in questa circolare una sorta di diritto “*in nuce*” di accedere alla rete, ribadiamo, nel merito e non per quanto attiene alla fonte, si dovrebbe aggiungere subito che si tratterebbe pur sempre di un “diritto” molto relativo, sottoposto a non poche limitazioni, quasi immaginato come una concessione “calata” dall’alto, in un ipotetico sistema centralizzato di controllo che tutto vede, controlla e sorveglia».

<sup>6</sup> A tale fine, la Circolare prevede che i soggetti pubblici e privati coinvolti nelle attività trattamentali, che richiedono l’uso di *Internet*, siano previamente informati sulle modalità tecniche di funzionamento e sugli eventuali oneri economici. La Direzione dell’Istituto è tenuta a verificare l’affidabilità sia dei soggetti esterni, sia dei detenuti ammessi, richiamando nei relativi contratti o protocolli gli obblighi di osservanza delle regole tecniche, di segnalazione di eventuali contenuti non consentiti e di accettazione di controlli, anche a campione. In caso di esito positivo dei controlli, la Direzione deve informare tempestivamente il Magistrato di sorveglianza o l’Autorità giudiziaria competente, proponendo l’applicazione, in via analogica, del regime di censura previsto dall’art. 18-ter ord. pen., con i conseguenti provvedimenti nei confronti della persona detenuta e del soggetto esterno, ivi compresa la possibilità di risoluzione unilaterale degli accordi.

<sup>7</sup> A seguito della sentenza della Corte eur. dir. uomo, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia, le Circolari del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria del 13 luglio 2013 (0251644–2013) e del 23 ottobre 2015 (3663/6113) hanno definito le principali caratteristiche del modello di “sorveglianza dinamica”, fondato sull’apertura diurna delle camere di pernottamento e su una maggiore responsabilizzazione delle persone detenute mediante il riconoscimento alle stesse della possibilità di muoversi all’interno della propria sezione, salva l’esistenza di particolari esigenze di sicurezza che comportino necessarie restrizioni.

Ad ulteriore presidio delle esigenze di sicurezza, la Circolare – oltre ad assicurare la selezione dei siti consultabili<sup>8</sup> – ha imposto di limitare l’accesso alla rete *Internet* alle sole persone ristrette nei circuiti di Custodia attenuata e di Media Sicurezza. Diversamente, per i detenuti appartenenti al circuito Alta Sicurezza o sottoposti a regimi particolari, le Direzioni devono procedere ad una valutazione, caso per caso, tenendo conto delle ragioni specifiche e dei benefici attesi in relazione al programma di trattamento individualizzato.

Nessuna possibilità di “navigare” sul *web* è, invece, riconosciuta alle persone detenute sottoposte al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. pen., rispetto alle quali l’Amministrazione penitenziaria avverte, in modo più marcato, il rischio che la connessione ad *Internet* possa assurgere a canale privilegiato di comunicazioni occulte con l’esterno e, in particolare, con l’organizzazione criminale di appartenenza.

Sia consentito esprimere, a tale proposito, le medesime perplessità che, già in passato, aveva sollevato la previsione – la cui legittimità è stata confermata dalla Corte costituzionale<sup>9</sup> – di un divieto generale ed indiscriminato di ricezione della stampa dall’esterno, nei confronti di coloro che sono soggetti al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. pen.

In quell’occasione, il giudice *a quo* aveva dubitato della legittimità costituzionale della scelta di rimettere alla discrezionalità dell’Amministrazione penitenziaria la possibilità di sopprimere il diritto del detenuto ad informarsi, invadendo, così, un campo presidiato dalla riserva di giurisdizione<sup>10</sup> e garantito dall’art. 21 Cost., a tutela della libertà di manifestazione del pensiero, nella sua dimensione passiva di diritto ad essere informati<sup>11</sup>. Sempre ad avviso del giudice rimettente, il divieto solo apparentemente si

<sup>8</sup> La Circolare chiarisce che l’accesso alla rete avvenga esclusivamente mediante la consultazione di siti preventivamente individuati e autorizzati (*white list*), selezionati in funzione delle specifiche esigenze trattamentali, formative o lavorative del detenuto. La scelta dei contenuti consultabili è rimessa alla Direzione dell’Istituto, che procede previa verifica della coerenza dei siti con le finalità del percorso individualizzato e nel rispetto delle esigenze di sicurezza. Tale selezione non esaurisce, peraltro, le misure di controllo, essendo previste verifiche periodiche sull’*hardware*, sui *software* e sulle modalità di navigazione, disciplinate da specifiche disposizioni adottate dalla Direzione dell’Istituto e svolte in modo da non compromettere né la produttività delle attività lavorative, né il regolare svolgimento dei percorsi di studio.

<sup>9</sup> Ci riferiamo a Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1215 ss., con nota di A. CIAVOLA, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. “carcere duro”*, con la quale la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. pen., laddove consente all’Amministrazione penitenziaria di vietare la ricezione e l’invio di libri e riviste tra i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale e l’esterno. A commento della pronuncia, si veda, altresì, A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41-bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 6/2017, p. 256 ss.; S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un’occasione perduta)*, in *Giur. pen. web*, 2017. Per una riflessione che precede la sentenza appena richiamata, si rinvia a M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all’informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 842 ss.

<sup>10</sup> Evidenzia la necessità di assicurare l’intervento del giudice al fine di disporre limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti: M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all’informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, cit., p. 849 ss.

<sup>11</sup> La giurisprudenza costituzionale, negli anni, ha optato per una lettura estensiva dell’art. 21 Cost.,

limitava ad incidere sulle modalità pratiche di acquisizione delle informazioni<sup>12</sup>, celando, in realtà, «una compressione del diritto del detenuto ad essere informato, alla quale non corrisponde [...] alcun apprezzabile incremento della tutela di interessi contrapposti di pari rango, legati, nella specie, ad esigenze di contrasto della criminalità organizzata»<sup>13</sup>. In altri termini, il sacrificio imposto non appariva supportato da un adeguato scrutinio di proporzionalità in ordine alla sua idoneità, necessità e congruità rispetto all'obiettivo perseguito<sup>14</sup>, ossia quello di prevenire eventuali contatti con organizzazioni criminali esterne.

Analoghe perplessità sembra suscitare il divieto di accedere alla rete *Internet*, imposto, in via generale, dalla Circolare in esame ai soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

Anche in questo caso, infatti, appare difficile sostenere che la Circolare *de qua* si limiti a disciplinare unicamente le modalità di accesso alle informazioni, senza incidere sulla libertà della persona detenuta di informarsi. Una simile interpretazione non terrebbe conto del profondo mutamento tecnologico che, negli ultimi decenni, ha trasformato i sistemi tradizionali di comunicazione, dando vita ad una vera e propria "società dell'informazione"<sup>15</sup>, nella quale la navigazione in rete costituisce oramai una condizione imprescindibile per l'esercizio effettivo del diritto fondamentale ad essere informati<sup>16</sup>.

ravvisando il fondamento del diritto all'informazione nella libertà di manifestazione del pensiero. In questo senso, cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent., 20 luglio 1990, n. 348, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2186. Più in generale, sul diritto all'informazione delle persone detenute, si rinvia a I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale. Nuova edizione*, vol. II., Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 289 ss.; E. LATELLA, *La notizia oltre le sbarre: il diritto all'informazione nel carcere e sul carcere*, Pav, Roma, 2021.

<sup>12</sup> Di questa opinione, già L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. penit. crim.*, 2/2013, p. 180, per cui «quello che nella circolare viene definito come un mutamento delle modalità in realtà concretizza una compressione dei diritti delle persone sottoposte al regime differenziato». Sul punto, si veda, altresì, A. CIAVOLA, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, cit., p. 1244, che esprime una posizione particolarmente critica rispetto alla lettura offerta dalla Corte costituzionale, secondo la quale le limitazioni introdotte dalla Circolare atterrebbero soltanto agli aspetti organizzativi. Dietro una simile lettura, ad avviso dell'A., «si nasconde la preoccupazione di evitare cedimenti nella lotta alla criminalità organizzata, preferendo preservare nella sua interezza una disciplina legislativa modulata sul regime del carcere duro».

<sup>13</sup> Così, Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122, cit., p. 1220, § 1.4

<sup>14</sup> Ravvisano un'evidente sproporzione tra la soluzione, prescelta dalla Circolare ministeriale, di introdurre un divieto generale ed indiscriminato di ricezione della stampa dall'esterno, nei confronti di coloro che sono soggetti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., e l'obiettivo di prevenire contatti illeciti con l'organizzazione criminale di appartenenza: A. CIAVOLA, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, cit., p. 1244; S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, cit., 7-8.

<sup>15</sup> Per una disamina approfondita del fenomeno, si veda, per tutti, M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, 2007, Giuffrè, Milano; V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *Enc. It., XXI secolo, norme e idee*, Treccani, Roma, 2009, p. 301 ss.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione dettagliata del significato assunto dal "diritto di informarsi" a seguito dell'avvento di *Internet*, si rinvia, tra gli altri, a T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO

Appare, pertanto, discutibile la scelta di escludere qualsiasi valutazione caso per caso nella ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di fronteggiare «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica» e quella di tutelare i diritti fondamentali della persona detenuta. *A fortiori* se si considera che le istanze securitarie, sottese al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., potrebbero essere adeguatamente salvaguardate mediante il controllo preventivo e la selezione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, dei siti informativi ai quali il soggetto detenuto può accedere.

Ebbene, in ragione della delicatezza delle restrizioni in parola e, più in generale, della complessità dei principi coinvolti, le novità introdotte dalla Circolare avrebbero meritato una traduzione esplicita sul piano legislativo, così da favorire l'impiego delle tecnologie digitali quale strumento di inclusione e di progressivo avvicinamento tra il mondo libero e quello detentivo. L'uso del condizionale, tuttavia, non è casuale: la timida apertura, promossa all'interno dell'Amministrazione, a favore dell'ingresso dei nuovi *media* nella realtà carceraria non ha trovato, infatti, un corrispondente riconoscimento normativo nell'ordinamento penitenziario.

Quanti speravano che i d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 123 e 124<sup>17</sup>, adottati in attuazione della delega conferita con l. 23 giugno 2017, n. 103, esplicitassero il diritto della persona detenuta ad utilizzare gli strumenti informatici sono rimasti profondamente delusi.

Il legislatore delegato non ha dato seguito, infatti, alle proposte avanzate dalla Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>18</sup>, volte a modificare la disciplina dei «colloqui, corrispondenza e informazione», di cui all'art. 18 ord. pen., e dell'«uso di apparecchi radio, di altri strumenti», di cui all'art. 40 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Per un verso, il testo definitivo dell'art. 18 ord. pen. non contiene alcun riferimento alla possibilità di utilizzare strumenti tecnologici e di connettersi alla rete *Internet* per favorire gli scambi informativi e comunicativi tra i detenuti ed il mondo esterno<sup>19</sup>. Per altro verso, scompare, sin dalla rubrica dell'art. 40 del D.P.R. 30 giugno

(a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 30 ss.; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009; V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 125 ss.; ID., *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2010, p. 69 ss.

<sup>17</sup> Per un'articolata analisi dell'intervento legislativo, si rinvia, tra gli altri, a P. BRONZO-F. SIRACUSANO-D. VICOLI, *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario"*, Giappichelli, Torino, 2019; C. FIORIO-F. FIORENTIN (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2019; E.N. LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *Arch. pen.*, 2/2018, p. 207 ss.; G. TABASCO, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, Pisa University Press, 2018.

<sup>18</sup> Commissione istituita con D.M. 19 luglio 2017, presieduta dal Prof. Glauco Giostra. Per il materiale prodotto all'esito dei lavori, v. COMMISSIONE GIOSTRA, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Nuova editrice Universitaria, Roma, 2019; nonché *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018.

<sup>19</sup> Cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, cit., p. 86 ss., per la proposta di modifica dell'art. 18 ord. pen., nella parte in cui prevede, al comma 5-*bis*, che «le comunicazioni possono avvenire anche

2000, n. 230, ogni richiamo all'uso di «tecnologie informatiche»<sup>20</sup>. Né ha trovato accoglimento, nel decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, la proposta di introdurre, nel testo della disposizione appena richiamata, un'espressa autorizzazione al «collegamento *Internet* mediante punto di accesso via cavo»<sup>21</sup>, con connessione «filtrata» per consentire una «navigazione» controllata sul *web*. Medesima sorte è stata riservata all'iniziativa volta ad implementare l'utilizzo della posta elettronica dalle sole postazioni autorizzate, munite di specifici accorgimenti tecnici idonei a verificare i destinatari previamente selezionati<sup>22</sup>.

In sede di attuazione della legge delega, il legislatore – in punto di avanzamento tecnologico del sistema carcerario – si è limitato ad intervenire sul testo dell'art. 18 ord. pen., introducendo, al comma 9, la previsione secondo cui «l'informazione è garantita per mezzo dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento». Al di là di tale disposizione, pertanto, nulla è stato aggiunto in ordine alla possibilità di usufruire della rete *Internet* per accedere alle informazioni o per avvalersi dei nuovi strumenti tecnologici di comunicazione audiovisiva.

In questo modo, il legislatore ha, di fatto, continuato ad affidare alla prassi amministrativa il delicato compito di rendere il sistema penitenziario permeabile all'ingresso dei più moderni mezzi di trasmissione delle informazioni. Sebbene, infatti,

---

mediante programmi di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la connessione *internet*»; e, al comma 6-ter, che «l'informazione deve essere garantita attraverso ogni moderno strumento tecnologico e l'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento». Evidenziano l'accoglimento soltanto parziale delle proposte appena richiamate, F. DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 13; M.C. LOCCHI - N. PETTINARI, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 34. Sul punto, L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 2018, p. 9, sottolinea, in modo critico, come si tratti «di una scelta anacronistica a fronte della operatività già in alcuni Istituti di strumenti informatici sulla base della circ. min. n. 366755 del 2015».

<sup>20</sup> Cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, cit., p. 209, per la proposta di modifica della rubrica dell'art. 40 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, così riformulata: «uso di apparecchi radio, di altri strumenti e di tecnologie informatiche». Secondo quanto si legge nella Relazione illustrativa, «tenuto conto della diffusione e importanza assunta dalle applicazioni informatiche per lo studio, per il tempo libero e per i contatti con la famiglia [...] si propone la riscrittura/ sostituzione della disposizione sin dalla sua rubrica integrandola con l'espresso riferimento ad altre «tecnologie informatiche»».

<sup>21</sup> Cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, cit., p. 209, per la proposta di modifica dell'art. 40 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nella parte in cui prevede al comma 3 che «è autorizzato il collegamento *Internet* mediante punto di accesso via cavo, con apparecchi forniti dall'Amministrazione, in ogni sezione o gruppo di sezioni, con connessione filtrata e accesso parziale alle funzionalità della rete».

<sup>22</sup> Cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, cit., p. 209, per la proposta di modifica dell'art. 40 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nella parte in cui prevede al comma 4 che «è consentito l'utilizzo della posta elettronica dalle sole postazioni autorizzate e con speciali accorgimenti tecnici che rendano possibile verificare i destinatari previamente selezionati», e al comma 5 che «in ogni Istituto devono essere allestite una o più postazioni per l'utilizzo di programmi di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la connessione *internet* destinate alla corrispondenza di cui al comma 5-bis dell'articolo 18 della legge. L'Amministrazione penitenziaria stabilirà, con apposite prescrizioni, le caratteristiche e le modalità d'uso per la connessione *Internet*».

il richiamo espresso ai «siti informativi» sembri alludere, senz'altro, alla “navigazione” in rete da parte delle persone detenute, il tenore estremamente sintetico dell'intervento legislativo lascia, sul piano delle fonti primarie, un vuoto normativo significativo in materia di utilizzo delle risorse digitali. E un silenzio di tale portata, come è stato osservato, «condiziona pesantemente la vocazione di un carcere che vuole rivolgersi all'esterno»<sup>23</sup>, ostacolando ogni reale tentativo di ridurre il divario con il mondo libero<sup>24</sup>.

## 2. Connessioni “emergenziali” e primi esperimenti digitali.

Una spinta decisiva all'apertura del sistema penitenziario verso l'esterno, sotto il profilo tecnologico, è stata impressa dall'emergenza pandemica che ha colpito l'intero territorio nazionale, coinvolgendo inevitabilmente anche gli Istituti detentivi.

Il rischio di contagio dal *virus* Sars-Covid-19, impedendo ogni forma di contatto diretto dei detenuti con il mondo libero, ha richiamato l'attenzione sull'importanza che l'accesso alla rete *Internet* può rivestire nel contesto carcerario<sup>25</sup>, non solo per garantire il diritto alla libera informazione e allo studio, ma, più generale, per preservare le relazioni familiari ed affettive, attenuando quel senso di isolamento che incide profondamente sul benessere psicologico delle persone ristrette.

In modo più pressante, si è dunque avvertita l'esigenza di superare le difficoltà tecniche, logistiche ed organizzative che, per lungo tempo, avevano ostacolato l'implementazione delle tecnologie digitali nei percorsi trattamentali<sup>26</sup>.

A partire dal settore dell'istruzione, la decretazione emergenziale<sup>27</sup>, emanata nei primi mesi della pandemia, ha favorito, nella maggior parte degli Istituti, un significativo incremento dell'utilizzo di piattaforme e risorse digitali, al fine di garantire continuità ai percorsi didattici e formativi già avviati dalle persone detenute, appartenenti sia al circuito di Media Sicurezza, sia a quello di Alta Sicurezza<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Così, C. FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2019, p. 757.

<sup>24</sup> In argomento, P. SCHARFF SMITH, *Imprisonment and internet-access: Human rights, the principle of normalization and the question of prisoners access to digital communication technology*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2012, p. 454.

<sup>25</sup> Sul punto, G. CHIOLA, *Il digital divide in carcere*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6/2020, p. 971 e S. ANASTASIA, *L'anacronismo del carcere di fronte alle tecnologie dell'informazione*, cit., p. 41 ss., evidenziano come le restrizioni imposte dall'emergenza pandemica abbiano rappresentato un'occasione per accelerare l'adeguamento degli Istituti penitenziari alle nuove disposizioni.

<sup>26</sup> Si pensi, ad esempio, alla perdurante assenza di un'adeguata copertura di rete all'interno di molti Istituti, alla disponibilità limitata – quando non del tutto insufficiente – di strumenti *hardware* e *software* aggiornati, nonché alla mancanza di personale tecnico formato nell'utilizzo e nella gestione delle nuove tecnologie: criticità strutturali che hanno reso particolarmente complessa qualsiasi ipotesi di integrazione stabile del digitale nella quotidianità detentiva.

<sup>27</sup> Cfr. Circolare D.A.P. del 12 marzo 2020, «colloqui a distanza per motivi di studio ed utilizzo della posta elettronica. Attuazione negli Istituti penitenziari delle misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», in recepimento della quale la maggior parte degli Istituti penitenziari si era attivata per dotare di dispositivi elettronici e comunicativi le persone detenute, affinché potessero proseguire i corsi scolastici intrapresi.

<sup>28</sup> Per un commento alle soluzioni proposte durante la pandemia, nel settore dell'istruzione, v. A. MAURIZIO,

Particolare rilievo ha assunto la prosecuzione delle attività didattiche in ambito universitario, attraverso una pluralità di iniziative promosse dagli Atenei a sostegno degli “studenti ristretti”: dal supporto individuale allo studio e alla preparazione degli esami, allo svolgimento delle prove, fino all’utilizzo della posta elettronica per agevolare una comunicazione più rapida con i docenti<sup>29</sup>.

I Poli Universitari Penitenziari<sup>30</sup> hanno, tuttavia, operato in maniera profondamente differenziata sul territorio, a seconda delle risorse disponibili e delle specificità locali. Tale eterogeneità si è riflessa conseguentemente sull’effettivo godimento del diritto allo studio<sup>31</sup>, evidenziando un divario tecnologico significativo tra gli Istituti e, al contempo, la necessità di interventi di coordinamento più strutturati.

Un ulteriore passo avanti sul piano dell’ammodernamento digitale ha interessato le forme di comunicazione con l’esterno: le restrizioni imposte dall’emergenza sanitaria hanno rappresentato, infatti, un’occasione di accelerazione anche nel processo di adeguamento tecnologico degli strumenti tradizionalmente utilizzati dalle persone detenute per mantenere i rapporti con i propri familiari<sup>32</sup>.

---

*Le tecnologie didattiche in carcere: vincoli e opportunità*, in P.A. ALLEGRI-S. ANASTASIA-V. SCALIA (a cura di), *Le tecnologie dell’informazione in carcere: realtà, potenzialità, ambivalenze*, cit., p. 97 ss.; M. R. MANCANIELLO, *Istruzione e Formazione nelle realtà penitenziarie italiane al tempo del coronavirus: una riflessione sulla didattica a distanza. Tra limiti e opportunità*, in *Studi sulla Formazione/Open Journal of Education*, 2020, 23(2), p. 223 ss.

<sup>29</sup> Con la Circolare del 12 marzo 2020, indirizzata ai Provveditori regionali, il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria aveva legittimato le Direzioni degli Istituti a consentire «lo svolgimento di esami di laurea, esami universitari e colloqui didattici tra docenti e studenti detenuti, sia appartenenti ai circuiti Media Sicurezza che AS3, mediante videoconferenza e/o tramite Skype»; nonché «l’uso della posta elettronica per comunicazioni celeri con i docenti».

<sup>30</sup> Sul ruolo svolto dai Poli Universitari Penitenziari per garantire l’accesso agli studi accademici da parte delle persone detenute, si veda la pagina ufficiale del CNUPP (Conferenza Nazionale dei Delegati dei Rettori per i Poli Universitari Penitenziari), istituita presso la CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane) nel 2018, disponibile all’indirizzo <https://www.cruai.it/cnupp.html>.

<sup>31</sup> Per un’ampia disamina degli effetti che i mezzi di comunicazione a distanza hanno comportato sulle attività dei Poli Universitari Penitenziari, nel periodo della pandemia, cfr. C. DELL’OCA, *Comessione instabile. Una prima analisi dell’impatto degli strumenti di comunicazione a distanza nei Poli Universitari Penitenziari nel contesto dell’emergenza pandemica*, in P.A. ALLEGRI-S. ANASTASIA-V. SCALIA (a cura di), *Le tecnologie dell’informazione in carcere: realtà, potenzialità, ambivalenze*, cit., p. 30 ss.

<sup>32</sup> In particolare, l’art. 221, comma 10, del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, aveva previsto che «negli Istituti penitenziari e negli Istituti penali per minorenni, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati ai sensi degli artt. 18 ord. pen., 37 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, e 19 D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, su richiesta dell’interessato o quando la misura è indispensabile per salvaguardare la salute delle persone detenute o internate, possono essere svolti a distanza mediante, ove possibile, le apparecchiature e i collegamenti di cui dispone l’Amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che nei casi di cui al presente comma può essere autorizzata oltre i limiti stabiliti dall’art. 39, comma 2, del citato Regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000 e dal predetto art. 19, comma 1, del decreto legislativo n. 121 del 2018». Sul punto, P. MAGGIO, *La portata delle garanzie difensive nel rinnovato ordinamento penitenziario*, in S. LORUSSO (a cura di), *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 280, evidenzia come l’impiego di strumenti tecnologici di comunicazione a distanza, a lungo rallentato dalle contrapposte esigenze di sicurezza, abbia subito una brusca accelerazione proprio a causa della emergenza Covid.

L'esigenza di garantire una maggiore continuità nelle relazioni affettive ha portato, così, all'introduzione di importanti novità con riferimento ai colloqui: in tale contesto, si è diffuso, in maniera capillare, l'utilizzo di mezzi di comunicazione a distanza, in particolare tramite la piattaforma *Skype for business*<sup>33</sup>.

A ben vedere, la soluzione proposta non costituiva una novità assoluta, dal momento che la Circolare n. 31246 del 30 gennaio 2019<sup>34</sup> aveva già sperimentato, nel circuito della Media sicurezza, l'impiego della piattaforma *Skype for business* per l'esecuzione di videochiamate. In quell'occasione, era stato precisato che la videochiamata dovesse essere equiparata ai «colloqui visivi» previsti dall'art. 18 ord. pen., condividendone la qualificazione giuridica e le modalità esecutive, quanto all'individuazione degli organi competenti all'autorizzazione, al numero e alla durata dei collegamenti audio-visivi, nonché al controllo del personale preposto.

A corredo della Circolare figurava un vero e proprio manuale tecnico-operativo, contenente tutte le istruzioni necessarie per l'allestimento e il funzionamento delle postazioni informatiche, nonché le indicazioni relative alle procedure di identificazione dell'interlocutore e al monitoraggio visivo da remoto da parte del personale della polizia penitenziaria, incaricato di controllare le immagini trasmesse sul *monitor* del *computer* utilizzato dalla persona detenuta e di interrompere la comunicazione in caso di comportamenti scorretti<sup>35</sup>.

Durante la fase più acuta dell'emergenza, l'impiego della piattaforma *Skype for Business* è stato affiancato, in numerosi Istituti, dall'utilizzo dell'applicativo *Whatsapp*, attivato su apparecchi telefonici acquistati dall'Amministrazione penitenziaria: scelta che ha favorito, senza dubbio, una maggiore flessibilità operativa, pur in assenza di regole uniformi e di adeguate garanzie di controllo.

Un'apertura significativa si è registrata, altresì, nei confronti delle persone detenute sottoposte al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., nei cui confronti la giurisprudenza – dapprima della magistratura di sorveglianza<sup>36</sup> e, successivamente,

<sup>33</sup> Sul diritto delle persone detenute a mantenere le proprie relazioni familiari e affettive anche attraverso strumenti di comunicazione elettronica, in particolare mediante sistemi di videochiamata come *Skype*, v. M.C. LOCCHI - N. PETTINARI, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, cit., p. 35.

<sup>34</sup> Cfr., Circolare D.A.P. n. 31246 del 30 gennaio 2019, relativa all'«Utilizzo della piattaforma *Skype for business* per l'effettuazione di videochiamate da parte dei detenuti ed internati con i familiari e/o conviventi», nella quale vengono fornite «le indicazioni per agevolare le attività e predisporre gli interventi necessari a rendere fruibile – su vasta scala – l'utilizzo della piattaforma *Skype for business* (ex *Microsoft Lynch*) per l'effettuazione di videochiamate da parte dei detenuti ed internati appartenenti – in questa prima fase di avvio – al circuito media sicurezza con i familiari e/o conviventi».

<sup>35</sup> Sul punto, V. MANCA, *Le linee guida per lo svolgimento via Skype dei colloqui tra detenuto e familiari*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 febbraio 2019.

<sup>36</sup> Cfr., *ex plurimis*, Trib. Sorveglianza Roma, ord. 13 maggio 2021, con cui accoglieva il reclamo proposto da un detenuto sottoposto al regime detentivo differenziato ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen. avverso il silenzio dell'Amministrazione penitenziaria, alla quale il detenuto aveva chiesto di sostenere un video-colloquio ed un colloquio aggiuntivo con i familiari residenti in Sicilia sulla loro utenza telefonica privata, essendo divenuti impossibili i colloqui visivi in carcere a causa delle limitazioni agli spostamenti interregionali determinate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 all'epoca in atto.

della Corte di cassazione<sup>37</sup> – ha riconosciuto, al ricorrere di situazioni di oggettiva impossibilità di movimento dovute all'emergenza sanitaria, il diritto ad effettuare colloqui tramite la rete *intranet* del Ministero della Giustizia, già impiegata per le videoconferenze processuali. Secondo tale approdo ermeneutico, l'impraticabilità o la grave difficoltà di svolgere i colloqui in presenza ha imposto all'Amministrazione penitenziaria di autorizzare le persone recluse al regime speciale a mantenere i contatti con i familiari mediante comunicazioni audiovisive, in coerenza con quanto previsto dal decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29, che, seppur temporalmente circoscritto, aveva esteso suddetta modalità di colloquio a tutti i detenuti, senza distinzioni legate al regime detentivo<sup>38</sup>.

A fronte delle obiezioni sollevate dall'Amministrazione penitenziaria in ordine al rischio di captazioni illecite, la giurisprudenza di legittimità, in una pluralità di occasioni, ha sottolineato che l'utilizzo della rete *intranet* del Ministero della Giustizia per le videochiamate soddisfa pienamente le esigenze di sicurezza, trattandosi di un sistema tecnicamente validato dal Servizio Informatico Penitenziario (D.A.P.) e dalla Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (D.G.S.I.A.)<sup>39</sup>. Quanto alle esigenze di documentazione delle comunicazioni a distanza, la Corte di cassazione ha osservato che l'applicazione *Skype for Business* consente di generare un *file* temporaneo della conversazione, archiviato in una cartella presente sul *computer* impiegato per il collegamento e successivamente suscettibile di conservazione al fine di garantirne la disponibilità in caso di richieste provenienti dalla Direzione Distrettuale Antimafia o da altra Autorità giudiziaria competente.

È stato, inoltre, evidenziato come le rilevanti esigenze di controllo sulle modalità di svolgimento del colloquio possano essere adeguatamente soddisfatte – in analogia con quanto avviene per i detenuti della Media Sicurezza – attraverso l'esercizio della vigilanza "da remoto" da parte del personale penitenziario, il quale, in caso di comportamenti non consentiti, è in grado di interrompere immediatamente la chiamata<sup>40</sup>.

Conclusa la fase emergenziale e venuti meno i presupposti che avevano giustificato l'ammissione generalizzata dei colloqui visivi, nelle forme della videochiamata, la giurisprudenza di legittimità non ha ritenuto, per ciò solo, precluso il ricorso a strumenti di comunicazione audiovisiva<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 19 maggio 2021, n. 19826, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 20 maggio; Cass., Sez. I, 14 dicembre 2022, n. 6200, inedita; Cass., Sez. I, 25 maggio 2023, n. 34611, inedita; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2024, n. 4282, inedita: tutte favorevoli a riconoscere al detenuto sottoposto a regime differenziato, ai sensi dell'art. 41-bis ord. pen., il diritto di fruire colloqui visivi con i familiari - in situazioni di impossibilità o, comunque, di gravissima difficoltà ad effettuare i colloqui in presenza - mediante forme di comunicazione audiovisiva controllabili a distanza, secondo modalità esecutive idonee ad assicurare il rispetto delle cautele imposte dal citato articolo.

<sup>38</sup> In questo senso, Cass., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8180, in *Diritto & Giustizia*, 10 marzo 2022, § 3.1.

<sup>39</sup> Ancora, Cass., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8180, cit., § 3.2.

<sup>40</sup> In questo senso, tra le tante, Cass., Sez. I, 19 maggio 2021, n. 19826, cit., § 3.1.

<sup>41</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 19 gennaio 2024, n. 17992, inedita, § 3, ove si afferma che «con la cessazione del periodo emergenziale, le cui restrizioni [...] avevano permanentemente giustificato l'ammissione dei

Al contrario, essa ha affermato che, «se per una qualunque ragione diventa impossibile, o particolarmente difficile, lo svolgimento del colloquio in presenza, deve ammettersi la possibilità del colloquio a distanza nella forma del video-colloquio, assimilato a quello visivo», purché le modalità esecutive siano idonee ad assicurare il rispetto delle cautele imposte dal regime speciale. In tale prospettiva, l'autorizzazione può riguardare non soltanto il familiare direttamente interessato dalla situazione impeditiva, ma anche gli altri congiunti, in assenza di specifiche ragioni ostative<sup>42</sup>. E ciò al fine di garantire l'effettività del diritto della persona detenuta – anche quando sottoposta al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen - a mantenere i legami con i propri familiari<sup>43</sup>.

Assume, in questo quadro, particolare rilievo il fattore della distanza geografica che spesso separa la persona detenuta dal proprio nucleo familiare: circostanza che, soprattutto nel caso dei detenuti sottoposti al 41-*bis*, si traduce in un ostacolo materiale

colloqui visivi nelle forme della videoconferenza, se, per un verso, è venuta meno quella particolare situazione che giustificava, in termini generali, l'autorizzazione della videoconferenza, per altro verso, non è corretto affermare che tale possibilità sia venuta meno, ben potendo ammettersi che, in presenza di situazioni particolari che impediscano lo svolgimento del colloquio in presenza, il colloquio debba essere autorizzato, per garantire l'effettività del relativo diritto, tramite video-collegamento, secondo modalità esecutive idonee ad assicurare il rispetto delle cautele imposte dall'art. 41-*bis* ord. pen.». Va peraltro ricordato come, già in epoca antecedente alla pandemia, la giurisprudenza di legittimità avesse iniziato a riconoscere – seppur con orientamenti non univoci – l'ammissibilità dei colloqui “da remoto”. In senso favorevole: Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, in *CED Cass.*, rv. 279577, nonché in *Diritto & Giustizia*, 12 agosto 2020, p. 4, con nota di P. GRILLO, *Via libera ai colloqui dei detenuti al 41 -bis con Skype for business*; in *Giur. it.*, 2021, p. 200 ss.; con nota di M. MARINI, *Ammissibili i colloqui “da remoto” tra detenuto in “41-bis” e altro soggetto ristretto*. In senso contrario, sia pure limitatamente all'ipotesi in cui anche il familiare fosse a sua volta detenuto, v.: Cass., Sez. I, 22 marzo 2019, n. 16557, in *CED Cass.*, rv. 275669, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 678, con nota di G. PASSARO, *Colloqui audiovisivi del detenuto in 41-bis*, che ha negato l'ammissibilità della comunicazione a distanza in assenza di una disciplina normativa espressa, idonea a definire presupposti, modalità esecutive e coperture di spesa.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 8 novembre 2023, n. 50469, in *CED Cass.*, rv. 285594-01, ove i giudici di legittimità hanno chiarito che «l'impossibilità o la grave difficoltà di uno dei congiunti del detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. ad effettuare i colloqui in presenza costituisce ragione sufficiente per consentire la partecipazione al collegamento audiovisivo non solo al familiare direttamente impedito, ma anche agli altri congiunti», sempre nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 37 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 e in assenza di specifiche cause ostative alla fruizione congiunta della modalità colloquiale. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto irragionevole escludere dal collegamento audiovisivo i familiari chiamati ad accompagnare la moglie del detenuto – affetta da patologie che ne rendevano difficoltoso lo spostamento – presso l'Istituto penitenziario necessario per lo svolgimento della videochiamata, trattandosi di soggetti altrimenti legittimati ai colloqui in presenza.

<sup>43</sup> L'orientamento espresso dalla Corte di cassazione si fonda, dunque, sul riconoscimento della funzione essenziale dei colloqui familiari nel percorso trattamentale e sulla necessità che le restrizioni derivanti dal regime differenziato siano effettivamente giustificate da esigenze di ordine e sicurezza, non altrimenti gestibili, e proporzionate allo scopo perseguito. Sul punto, Cass., Sez. I, 15 giugno 2022, n. 42647, inedita, § 2, ha riaffermato la natura “fondamentale” del diritto del detenuto alla vita familiare e al mantenimento dei legami affettivi, riconoscendo nei colloqui visivi uno strumento essenziale per l'esercizio di tale diritto, fondato sugli artt. 1, 6, 15, 18, comma 3, e 28 ord. pen., nonché sugli artt. 29, 30 e 31 Cost. e sull'art. 8 CEDU. Da ultimo, Cass., Sez. I, 21 novembre 2024, n. 46809, in *CED Cass.*, rv. 287288, secondo cui «in tema di regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, il diritto di coltivare, mediante colloqui visivi, l'affettività familiare inerisce al nucleo essenziale dei diritti del detenuto».

significativo, in ragione della frequente assegnazione ad Istituti penitenziari ubicati in territori molto lontani dal contesto familiare di origine. Le trasferte necessarie per i colloqui visivi possono, infatti, comportare oneri economici difficilmente sostenibili e, nel caso dei familiari minorenni, incidere negativamente sulla regolarità della frequenza scolastica, dando luogo a situazioni di irragionevole disparità di trattamento nell'esercizio di un diritto fondamentale.

È proprio alla luce di tali criticità che l'approdo giurisprudenziale richiamato assume un rilievo che travalica la contingenza emergenziale ed apre la strada ad una rilettura non meramente eccezionale del ricorso alle tecnologie digitali, sollecitando una riflessione più ampia sul loro possibile inserimento stabile tra gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali anche nei contesti detentivi a più elevata intensità securitaria.

### 3. Oltre l'emergenza: prospettive per un'inclusione digitale nel sistema penitenziario.

A distanza ormai di alcuni anni dalla conclusione dell'emergenza sanitaria, appare opportuno interrogarsi sul lascito normativo e sulle trasformazioni, anche di ordine culturale, che essa ha prodotto nel sistema penitenziario rispetto, in particolare, al rapporto tra tecnologia e tutela dei diritti fondamentali.

La consapevolezza della necessità di individuare soluzioni stabili, capaci di superare la logica dell'eccezionalità dettata dal contesto emergenziale, ha favorito il consolidamento di alcune buone pratiche sperimentate nel periodo di crisi sanitaria.

L'esperienza maturata durante la pandemia ha reso, infatti, evidente come l'impiego delle tecnologie digitali, se non ostacolato da pregiudizi e diffidenze, possa incidere positivamente sulla qualità della vita detentiva, promuovendo l'effettivo esercizio di diritti fondamentali, quali la comunicazione, l'informazione e l'istruzione.

In questa prospettiva, s'inseriscono le proposte della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita presso il Ministero della Giustizia nel 2022<sup>44</sup>, che ha posto in evidenza la centralità delle tecnologie come strumento decisivo per il miglioramento della qualità della vita intramuraria<sup>45</sup>, auspicando la valorizzazione e la standardizzazione delle *best practices* avviate durante l'emergenza sanitaria. Secondo l'impostazione delineata in ambito ministeriale, l'innovazione tecnologica rappresenta non soltanto un fattore di efficienza e di sicurezza, ma anche un'opportunità di

---

<sup>44</sup> Cfr. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita con D.M. 13 settembre 2021 presso il Ministero della Giustizia e presieduta dal Prof. Marco Ruotolo, incaricata di elaborare proposte in materia di innovazione tecnologica, organizzativa e trattamentale degli Istituti di pena. Le conclusioni della Commissione sono state rese pubbliche nel Rapporto finale del 28 aprile 2022, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia. Per un commento, v. M. RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, in *Biola Journal*, 4/2022, p. 31 ss.; F. SIRACUSANO, *Verso un carcere più umano e solidale: brevi riflessioni a margine delle proposte della Commissione Ruotolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 849; M. VENTUROLI, *Le conclusioni della Commissione Ruotolo: una luce nella direzione del "carcere dei diritti"*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2022, p. 797 ss.

<sup>45</sup> Così si legge nella *Relazione finale. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2022, p. 13 ss.

inclusione digitale e di umanizzazione della vita detentiva, in grado di alleggerire il lavoro del personale e di rafforzare i legami sociali ed i percorsi formativi delle persone recluse.

Tra gli interventi prioritari formulati dalla Commissione, accanto al rafforzamento delle condizioni di sicurezza mediante l'uso dei sistemi anti-droni, *metal detector* fissi e *body scanner*<sup>46</sup>, un ruolo di primo piano è stato riservato alla promozione dell'istruzione, tramite strumenti di didattica digitale<sup>47</sup>, e al potenziamento dei mezzi di comunicazione a distanza, in ragione della funzione trattamentale che i colloqui svolgono nella conservazione delle relazioni familiari ed affettive<sup>48</sup>.

In quest'ultima direzione, un segnale di apertura è giunto dalla Circolare n. 3696/6146 del 26 settembre 2022, che ha contribuito a rendere più stabile l'impiego della videochiamata come modalità alternativa di svolgimento del colloquio visivo, estendendone l'utilizzo anche alle persone recluse nei circuiti di Alta sicurezza. Il provvedimento riconosce il valore trattamentale di tale strumento<sup>49</sup>, in quanto capace di sostenere l'equilibrio psicologico delle persone detenute e di attenuare quel senso di isolamento affettivo che spesso alimenta situazioni di disagio psichico, difficilmente gestibili dal personale penitenziario e, nei casi più gravi, suscettibili di sfociare in esiti drammatici.

Pur apprezzando i molteplici vantaggi derivanti dall'uso delle videochiamate, permane, tuttavia, un nodo interpretativo di rilievo: la Circolare sembra configurare tale modalità di comunicazione come sostitutiva dei colloqui in presenza. Lo si evince chiaramente dal testo del provvedimento, che giustifica il ricorso alle videochiamate con l'esigenza di evitare «le lunghe e defatiganti operazioni di perquisizione dei soggetti che fanno ingresso in carcere in occasione dei colloqui in presenza»<sup>50</sup>. Un simile approccio

<sup>46</sup> Tra le ulteriori proposte condivise si segnala: l'introduzione di sistemi biometrici per agevolare l'accesso dei familiari delle persone detenute ai colloqui, la standardizzazione del sistema "MOVE" per la gestione informatizzata dei flussi interni, la realizzazione di *totem* multilingue destinati alla presentazione telematica delle istanze e la sperimentazione, in collaborazione con *Open Fiber*, di una rete dedicata alle attività trattamentali.

<sup>47</sup> La Commissione propone una modifica al testo dell'art. 40 Reg. esec., diretta a consentire ai detenuti di utilizzare - anche nella propria camera di pernottamento, salvo che per comprovate esigenze di sicurezza - strumenti tecnologici, con il solo limite dell'accesso alla rete *Internet*.

<sup>48</sup> Le modifiche proposte al testo degli artt. 37 e 39 Reg. esec. penit. prevedono espressamente la possibilità di svolgere colloqui a distanza in alternativa a quelli svolti in presenza, riconoscendo alla persona detenuta la facoltà di scegliere se imputare la videochiamata a un colloquio o a una telefonata, con le conseguenti ricadute sul piano della durata e del numero delle comunicazioni consentite.

<sup>49</sup> Secondo quanto riportato nella Circolare D.A.P. n. 3696/6146 del 27 settembre 2022, pp. 8-9, «negli Istituti penitenziari che, a seguito dei lavori infrastrutturali promossi dalla Direzione generale dei Sistemi Informativi Automatizzati, sono stati raggiunti dalla fibra ottica e che hanno effettuato gli interventi di implementazione della LAN, deve essere favorita, a cura delle Direzioni, la realizzazione di apposite salette che, attraverso l'installazione di apparecchiature dedicate, possano consentire la realizzazione di una pluralità di videoccolloqui, con il controllo visivo del personale addetto alla vigilanza, il quale, da appositi schermi, potrà effettuare, contestualmente, le necessarie verifiche circa la correttezza della modalità di svolgimento degli stessi».

<sup>50</sup> Così, Circolare D.A.P. n. 3696/6146, cit., p. 8, ove, nel descrivere i benefici derivanti dalle videochiamate, evidenzia che «la circostanza che il colloquio "a distanza" possa essere interrotto in ogni caso di condotte

rischia, però, di snaturare la *ratio* dell'istituto: la comunicazione a distanza dovrebbe fungere da strumento complementare – e non alternativo<sup>51</sup> – al contatto diretto con i familiari, da impiegare solo quando la presenza fisica risulti impossibile o eccessivamente gravosa per ragioni di distanza o di salute.

Alla progressiva emersione, sul piano amministrativo, di una maggiore valorizzazione trattamentale della videochiamata non ha fatto seguito, tuttavia, un analogo consolidamento in sede normativa.

Pur essendo recentemente intervenuto in materia di corrispondenza telefonica con il d.P.R. 3 ottobre 2025, n. 176<sup>52</sup>, il legislatore si è limitato, infatti, a disciplinare la frequenza delle telefonate consentite, perdendo una preziosa occasione di includere la videochiamata tra le forme di comunicazione espressamente tutelate dal Regolamento penitenziario. Permane, così, una disciplina che continua a fondarsi su fonti amministrative contingenti e settoriali, anziché su un impianto legislativo organico e stabile, relegando le soluzioni sperimentate nel periodo emergenziale in una dimensione ancora priva di piena sistematizzazione.

Sul piano formativo, il processo di modernizzazione digitale del sistema penitenziario ha favorito lo sviluppo di alcuni progetti, volti a coniugare innovazione e percorsi di inclusione sociale, sebbene ancora prevalentemente limitati per estensione e continuità. Tra le esperienze più significative, si collocano le iniziative avviate presso la Casa di Reclusione Bollate, ove opera, ormai da molti anni, una rete dati non ministeriale impiegata per attività di formazione avanzata nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione<sup>53</sup>. L'Istituto ha sperimentato percorsi professionalizzanti orientati al reinserimento sociale e fondati sull'acquisizione di

---

inappropriate, consente al contempo di soddisfare le sempre essenziali e imprescindibili esigenze di sicurezza».

<sup>51</sup> Di questa opinione, G. CANESCHI, *Intelligenza Artificiale e sistema penitenziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 256.

<sup>52</sup> Il d.P.R. 3 ottobre 2025, n. 176, in materia di corrispondenza telefonica, innalza gli *standard* minimi per i contatti con l'esterno, elevando a «sei volte al mese» la frequenza delle telefonate consentite (in luogo della precedente previsione di «una volta alla settimana»). Il provvedimento tipizza, inoltre, la relazione con la disciplina emergenziale, stabilendo che «resta ferma l'applicazione» dell'art. 2-*quinquies*, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. l. 70/2020), così da preservare la cornice di ampliamento e di deroghe in situazioni straordinarie e garantire coerenza interpretativa nelle prassi degli Istituti. Di rilievo è anche il trasferimento della competenza ad autorizzare le conversazioni in deroga dal Magistrato di sorveglianza al Direttore dell'Istituto, con potenziale impatto sui tempi di decisione e sulla gestione delle richieste, ferma restando la vigilanza sul corretto utilizzo del canale.

<sup>53</sup> In tale contesto si inseriscono, tra le iniziative più rilevanti degli ultimi anni, i progetti promossi da Universo Cooperativa Sociale Onlus – oggi parte del circuito internazionale *Cisco Networking Academy* – che, a partire dalla Casa di Reclusione Bollate, ha avviato percorsi di formazione ICT destinati alle persone ristrette, giungendo nel 2016 alla stipula di un protocollo con il Ministero della Giustizia, Cisco Italia, Fondazione Vodafone Italia e Confprofessioni per la formazione di oltre duecento detenuti in diversi Istituti (Opera, Secondigliano, La Spezia, Rebibbia, Monza e gli Istituti penali minorili di Nisida e Firenze). Nel 2021, grazie alla collaborazione con Axians Italia, è stato inoltre avviato presso la Seconda Casa di Reclusione di Bollate il progetto NIC (NOC in carcere), un centro di formazione avanzata che qualifica e certifica le persone detenute nei settori del *networking* e della sicurezza informatica, con possibilità di impiego da remoto in attività di supporto tecnico. Per ulteriori informazioni: [www.axians.it/noc-in-carcere/](http://www.axians.it/noc-in-carcere/).

competenze tecniche spendibili nel mercato del lavoro, valorizzando il coinvolgimento delle persone detenute in attività di tutoraggio tra pari, con rilevanti effetti in termini di responsabilizzazione, autonomia e crescita relazionale<sup>54</sup>.

L'impianto formativo si è ulteriormente arricchito con l'introduzione di videolezioni universitarie e attività didattiche a distanza, veicolate tramite piattaforma digitale *Webex*, con l'obiettivo di affiancare ai percorsi tecnico-professionali moduli di istruzione superiore, erogati in modalità sincrona. In continuità con tali sviluppi, è stata, inoltre, realizzata un'aula multimediale destinata agli studenti detenuti iscritti ai Poli Universitari Penitenziari<sup>55</sup>. Dotata di un collegamento filtrato e sicuro, essa consente l'accesso, in tempo reale, ai materiali didattici, alle video-lezioni, ai servizi bibliotecari e di segreteria, permettendo agli studenti ristretti di gestire la carriera universitaria in condizioni quanto più possibile analoghe a quelle degli studenti liberi, pur nel rispetto delle necessarie cautele di sicurezza.

Iniziative di questa portata segnano un passo importante verso la riduzione del divario digitale in carcere, dimostrando come l'uso regolato delle tecnologie possa tradursi in un concreto strumento di crescita personale e di reinserimento sociale, in linea con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza sovranazionale che ravvisa, nell'accesso ad *Internet*, un mezzo funzionale al percorso di reintegrazione della persona detenuta<sup>56</sup>.

Il modello sviluppato presso l'Istituto Bollate, basato su protocolli di sicurezza informatica e connessioni filtrate, è stato solo parzialmente replicato in altri Istituti<sup>57</sup>, ove

<sup>54</sup> Dalla collaborazione tra l'Istituto e diversi *partner* del settore tecnologico (tra cui *Cisco Systems*, Fondazione Adecco per le Pari Opportunità, Fondazione IBM, HP e SIAM), è scaturita un'iniziativa volta a promuovere il reinserimento sociale e lavorativo delle persone detenute mediante percorsi di formazione sulle nuove tecnologie. Tale collaborazione ha consentito la creazione di un ambiente formativo interno, in grado di fornire competenze certificate e riconosciute nel mercato delle telecomunicazioni, con la possibilità per i detenuti di assumere anche ruoli di *tutor* nei confronti dei propri pari, con evidenti ricadute pedagogiche e sociali.

<sup>55</sup> L'iniziativa, realizzata in collaborazione con gli Atenei di Milano-Bicocca, Bocconi e Statale di Milano, mira a consentire agli studenti reclusi, presso la Casa di Reclusione Bollate, l'accesso in sicurezza alle piattaforme di *e-learning* universitarie e ai servizi bibliotecari, grazie a un collegamento filtrato e monitorato, nell'ambito del progetto di inclusione digitale promosso dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e dal CNUPP.

<sup>56</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, Mehmet Reşit Arslan and Orhan Bingöl v. Turkey, 18 giugno 2019, nn. 47121/06, 13988/07 e 34750/07, in cui la Corte ha ritenuto che la negazione dell'uso di un *computer* e dell'accesso a *Internet* per finalità didattiche all'interno dell'Istituto penitenziario integri una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 CEDU (diritto all'istruzione); nonché Corte EDU, Jankovskis v. Lithuania, 17 gennaio 2017, n. 21575/08, ove la Corte ha precisato che, sebbene l'accesso a *Internet* non sia tutelato dalla Convenzione come diritto autonomo, l'utilizzo della rete può assumere rilievo giuridico quale strumento indispensabile per l'esercizio dei diritti all'informazione, alla libertà di espressione (art. 10 CEDU) e all'istruzione (art. 2 Prot. n. 1), specie se funzionale a scopi formativi e di reinserimento sociale. Nel caso in esame, infatti, un detenuto chiedeva di potersi iscrivere ad un corso di laurea in giurisprudenza con specializzazione in diritti umani, per il quale l'accesso al *web* si rivelava necessario al fine di intraprendere un percorso rieducativo e di reinserimento sociale. In dottrina, v. D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, cit., p. 11 ss.; F. FERRARI, *Understood as a right: il diritto ad Internet tra mezzi, fini e rieducazione della pena*, in *MediaLaws*, 1/2017, pp. 148-151.

<sup>57</sup> Si registrano, a titolo esemplificativo, alcune esperienze significative avviate in altri Istituti del territorio

le Direzioni hanno provveduto a contrattualizzare reti esterne dotate di *firewall*, finalizzate allo svolgimento di attività didattiche e formative a distanza, tramite piattaforma *Webex*.

Si tratta, tuttavia, di interventi promossi a livello locale, non riconducibili ad una strategia nazionale<sup>58</sup>, in assenza della quale le opportunità di accesso ai percorsi formativi digitali continuano a dipendere, perlopiù, dalle risorse economiche, umane e relazionali disponibili nei singoli Istituti.

In questo scenario, segnato da una marcata disomogeneità, tali esperienze mostrano come l'uso regolato di *Internet*, pur potenzialmente capace di conciliare esigenze di sicurezza e finalità di reinserimento sociale, faticosi a tradursi in politiche strutturali e continuative, idonee a fare dell'innovazione tecnologica un elemento stabile dell'esecuzione penale.

In prospettiva, pertanto, l'auspicio è che le iniziative avviate non restino circoscritte ad esperienze isolate, ma costituiscano il punto di partenza per una politica di diffusione coordinata delle tecnologie digitali all'interno degli Istituti penitenziari. Una simile evoluzione, peraltro, non dovrebbe esaurirsi nell'ambito formativo, ma estendersi progressivamente ad altre dimensioni della vita detentiva, nelle quali trovano concreta espressione diritti fondamentali quali l'informazione e la difesa. Sotto quest'ultimo profilo, l'impiego delle tecnologie informatiche potrebbe assumere un ruolo decisivo nel garantire l'accesso alle fonti giuridiche, dottrinali e giurisprudenziali, indispensabili per l'esercizio effettivo delle prerogative difensive. La possibilità di consultare atti normativi, riviste specialistiche e banche dati giurisprudenziali rappresenta, infatti, un corollario essenziale della libertà di informazione e, soprattutto, del diritto di difesa.

Non a caso, la giurisprudenza sovranazionale ha riconosciuto, in più occasioni, il diritto della persona detenuta ad accedere alla rete per reperire informazioni di carattere giuridico funzionali alla tutela dei propri interessi difensivi. Significativo, in

---

nazionale: a Torino, presso la Casa circondariale Lorusso e Cutugno, è stata predisposta, nel 2021, una rete dedicata ad un'aula Cisco destinata alle attività formative; un'analogo infrastruttura, funzionale alla creazione di un'aula virtuale universitaria, è stata attivata nello stesso periodo presso la Casa di Reclusione di Saluzzo. A Roma, sia nel Nuovo Complesso Rebibbia sia nella Sezione femminile, le Direzioni hanno provveduto, nel 2022, a contrattualizzare reti autonome, dotate di *firewall* dedicati, per lo svolgimento di corsi e riunioni da remoto tramite piattaforma *Webex*. L'avvio di tali sperimentazioni affonda, peraltro, le proprie radici in iniziative precedenti: già nel 2019, infatti, presso la Casa circondariale di Monza era stata attivata una connessione non ministeriale, anch'essa protetta da *firewall*, destinata a supportare attività formative a distanza.

<sup>58</sup> La frammentarietà del quadro emerge emblematicamente dall'esito del progetto ministeriale Citrix, concepito per dotare gli Istituti penitenziari di un'infrastruttura nazionale filtrata per le attività didattiche *online*. Ad oggi, tuttavia, l'unica sperimentazione effettivamente operativa risulta quella attivata presso la Casa circondariale di Sassari, mentre la diffusione del sistema nelle altre sedi rimane bloccata, o comunque fortemente rallentata, da criticità di ordine tecnico, organizzativo e finanziario. Secondo le informazioni rese dalla competente Direzione generale, l'implementazione del modello dovrebbe procedere gradualmente nelle diverse sedi territoriali, attribuendo priorità – in una fase iniziale – agli Istituti già cablati e dotati di connessioni in fibra; una prospettiva, tuttavia, ancora lontana da una concreta realizzazione.

questo senso, è il caso *Ramazan Demir c. Turchia* del 2021<sup>59</sup>, in occasione del quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato, nel diniego ingiustificato opposto a un detenuto che aveva chiesto di consultare siti giuridici *web* ufficiali, una violazione della libertà di ricevere informazioni, sancita dall'art. 10 CEDU, valorizzando l'accesso controllato alla rete come condizione imprescindibile per l'effettivo esercizio dei diritti informativi e difensivi<sup>60</sup>.

Di segno diverso, invece, si presenta la giurisprudenza nazionale, che appare ancora attestata su un'impostazione marcatamente restrittiva.

Emblematica, a tale riguardo, è una pronuncia della Corte di cassazione<sup>61</sup>, con la quale è stata respinta la richiesta del difensore di accedere all'Istituto penitenziario con il proprio *personal computer*, al fine di poter esaminare, insieme all'assistito, un «corposo fascicolo processuale»<sup>62</sup> conservato su supporto digitale.

A fondamento del diniego, i giudici di legittimità hanno osservato che l'istanza era stata formulata in termini eccessivamente generici, senza indicare con precisione l'entità degli atti da consultare, né illustrare le ragioni per cui non fosse stato possibile utilizzare la documentazione cartacea. In assenza di tali giustificazioni, l'esigenza di impiegare strumenti telematici è stata ritenuta recessiva rispetto al rischio che «l'introduzione di un *personal computer* dall'esterno possa favorire, anche mediante l'utilizzo di *internet*, l'accesso a informazioni estranee a quelle strettamente funzionali alla conoscenza degli atti processuali utili all'esercizio delle prerogative difensive»<sup>63</sup>.

Tale conclusione, tuttavia, appare discutibile, poiché, oltre a lasciar trasparire un messaggio di ingiustificata sfiducia verso la figura del difensore – implicitamente

<sup>59</sup> Corte EDU, *Ramazan Demir c. Turchia*, 9 febbraio 2021, n. 68550/17, con la quale la Corte ha ritenuto leso l'art. 10 CEDU a seguito del rifiuto, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, di consentire al detenuto – avvocato di professione – l'accesso ai siti *web* del Tribunale, della Corte costituzionale e della Gazzetta ufficiale, necessari per preparare la propria difesa e seguire i procedimenti dei suoi clienti. La Corte ha osservato che tale diniego non rispondeva ad esigenze di sicurezza, né rappresentava un onere eccessivo per l'Amministrazione. La sentenza richiama, quale precedente, Corte EDU, *Kalda v. Estonia*, 19 gennaio 2016, n. 17429/10, nella quale la Corte aveva analogamente ravvisato la violazione dell'art. 10 CEDU nel rifiuto di consentire l'accesso a siti istituzionali contenenti testi normativi e giurisprudenziali, quali la Gazzetta ufficiale, le sentenze delle Corti interne e della Corte di Strasburgo. In dottrina, P. MAGGIO, *L'accesso a siti giuridici di internet per i soggetti detenuti è un diritto umano*, in *Foro it.*, 2021, p. 1 ss.; F. MOLLO, *La prospettiva della Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel dialogo multilivello in tema di protezione dei dati personali*, in *Jus civile*, 1/2023, p. 145 ss.; O. PREVOSTI, *Il caso Kalda contro Estonia: il diritto di accesso a internet dei detenuti secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.osservatorioaic.it*, 3, 2016; P. ZOERLE, *Diritto di informazione dei detenuti e accesso a internet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 880.

<sup>60</sup> Ad avviso della Corte di Strasburgo, «poiché l'accesso delle persone detenute a determinati siti *Internet* ai fini della formazione e del reinserimento sociale era già previsto dalla legge turca, la restrizione dell'accesso ai siti *web* della Corte, della Corte costituzionale e della Gazzetta ufficiale, che contengono solo informazioni giuridiche di natura tale da servire allo sviluppo e alla riabilitazione della persona interessata nell'ambito della sua professione e dei suoi interessi, costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto del ricorrente a ricevere informazioni», così, Corte EDU, *Ramazan Demir c. Turchia*, cit., § 38.

<sup>61</sup> Cass., Sez. III, 18 settembre 2019, n. 38609, in *Proc. pen. giust.*, 3/2020, p. 616 ss., con nota di L. BELVINI, *Note sull'uso di contenitori informatici in carcere da parte del difensore*.

<sup>62</sup> Cass., Sez. III, 18 settembre 2019, n. 38609, cit., p. 4.

<sup>63</sup> Cass., Sez. III, 18 settembre 2019, n. 38609, cit., p. 4.

sospettato di poter facilitare comunicazioni illecite con l'esterno<sup>64</sup> – conferma la persistente tendenza a percepire la tecnologia come una “minaccia” da contenere, anziché come una risorsa da sfruttare. E ciò anche laddove essa potrebbe rappresentare un valido presidio di efficienza e di garanzia per l'effettività del diritto di difesa.

È lecito domandarsi, allora, se, dal punto di vista tecnico, sia davvero impossibile garantire un accesso controllato e sicuro alla rete. La risposta non è agevole e induce piuttosto a ritenere che l'ostacolo non sia di natura strettamente tecnologica, quanto il riflesso di scelte organizzative e culturali ancora improntate ad un approccio difensivo. In tale prospettiva, si impone l'avvio di un percorso condiviso tra Amministrazione penitenziaria, esperti informatici e autorità di garanzia, volto ad individuare soluzioni tecnologiche affidabili – quali sistemi di *whitelist*, filtri selettivi, ambienti digitali chiusi o protocolli di connessione protetta – capaci di coniugare, in modo equilibrato, le esigenze di sicurezza con la tutela dei diritti digitali delle persone detenute.

Si tratta di una sfida cruciale che il sistema penitenziario deve essere disposto ad accettare, affinché l'analfabetismo digitale<sup>65</sup>, ampiamente diffuso all'interno degli Istituti di pena, non si traduca in un ulteriore fattore di marginalizzazione ed esclusione sociale della popolazione detenuta<sup>66</sup>.

La realizzazione di una realtà carceraria realmente inclusiva dal punto di vista digitale consentirebbe, infatti, di colmare un ritardo strutturale e culturale che, ancora oggi, incide profondamente sulla qualità della detenzione, e di avvicinare, così, il sistema italiano alle esperienze straniere nelle quali l'uso regolato delle tecnologie informatiche costituisce parte integrante dei programmi di istruzione, formazione e comunicazione<sup>67</sup>. In questa prospettiva, l'inclusione digitale delle persone detenute non si esaurirebbe in un mero intervento di ammodernamento tecnologico degli spazi penitenziari, ma contribuirebbe in modo determinante alla costruzione di autentici percorsi di reinserimento sociale, nei quali l'impiego consapevole degli strumenti tecnologici

---

<sup>64</sup> Evidenzia questa preoccupazione, L. BELVINI, *Note sull'uso di contenitori informatici in carcere da parte del difensore*, cit., p. 623. Si tratta, del resto, di una presunzione di “intesa fraudolenta”, quella tra il difensore e il sodalizio criminale, che era stata già stigmatizzata dalla giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni: v. Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2164, e Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, in *Giur. cost.*, 2022, p. 241, censurando rispettivamente la restrizione in tema di colloqui con il difensore e la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, sempre con quest'ultimo.

<sup>65</sup> Così, G. CHIOLA, *Il digital divide in carcere*, cit., p. 977.

<sup>66</sup> Esprime tale preoccupazione, P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, cit., p. 949.

<sup>67</sup> Per un'ampia trattazione del tema, v. F. CAMILLIERI, *Rassegna sul tema dell'accesso ad Internet in carcere a livello comparato: tra riconoscimenti teorici e difficoltà pratiche*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1/2024, p. 166 ss., la quale evidenzia come diversi ordinamenti europei – tra cui Francia, Norvegia, Paesi Bassi e Regno Unito – abbiano progressivamente introdotto forme di accesso controllato alla rete *Internet* per le persone detenute, prevalentemente a fini educativi, formativi e di reinserimento sociale. L'Autrice sottolinea, tuttavia, le persistenti disuguaglianze applicative e le difficoltà di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti digitali, richiamando la necessità di modelli regolativi capaci di garantire un uso responsabile delle tecnologie, in linea con i principi della giurisprudenza europea in materia di diritto all'informazione e all'istruzione.

s'inserisce quale componente essenziale della funzione rieducativa sancita dall'art. 27, comma 3, Cost.

Solo un sistema penitenziario capace di integrare stabilmente la dimensione tecnologica nella quotidianità detentiva può dirsi realmente orientato verso un modello di esecuzione penale moderno, nel quale la sicurezza non rappresenti un limite alla fruizione dei diritti fondamentali delle persone detenute, ma, al contrario, la condizione stessa per il loro effettivo esercizio.

**LA CENTRALITÀ DEL CONSENSO NELLA RECENTE RIFORMA  
FRANCESE DEI REATI SESSUALI:  
UNA SVOLTA IMPORTANTE DI CUI IL LEGISLATORE ITALIANO  
DOVREBBE TENERE CONTO**

di Francesco Macrì

*Con la riforma dei reati sessuali entrata in vigore l'8 novembre 2025, l'ordinamento francese, sull'onda del clamore mediatico suscitato dallo stupro di Gisele Pelicot, ha proceduto a quella "svolta consensualistica" operata, altresì, dalle recenti novelle legislative dei principali ordinamenti europei di Civil Law. Tra i vari modelli di disciplina "consent based", il legislatore de quo ha optato – sulla falsariga di quello spagnolo – per quello del "consenso puro" ("only yes means yes"), anziché per quello "dissensuale" ("no means no") adottato nello Strafgesetzbuch tedesco. Va però rilevato che la disposizione per cui il consenso «va apprezzato con riguardo alle circostanze» (art. 222-22/2 del novellato code pénal) riprende le cadenze del modello di matrice svedese della "volontarietà", focalizzato sul versante interiore/attitudinale del consenso: in tal modo la normativa francese – riprendendo, peraltro, quanto prescritto dall'art. 36 della Convenzione di Istanbul – appare discostarsi da quella visione "notarile" del consenso sessuale caratterizzante le versioni più radicali della teoria dell'affirmative consent. Va comunque rilevato che la riforma in commento appare criticabile, con riferimento al vulnus dei principi di "proporzionalità" e "fair labelling", per l'omessa differenziazione (sia sotto il profilo sanzionatorio, che sotto quello del "nomen iuris") della disciplina degli atti sessuali "meramente non consensuali" da quelli – senz'altro più gravi – imposti con modalità coercitive (es.: violenza, minaccia) o abusive. La novella legislativa francese rappresenta, nondimeno, un ulteriore elemento di riflessione rilevante per il Parlamento italiano, in cui è attualmente in corso la discussione della riforma della disciplina dei reati sessuali (artt. 609-bis ss. c.p.), in esito alla quale si auspica l'approvazione di una normativa penale sessuale coerente ed ossequiosa dei principi di legalità, colpevolezza, proporzionalità e fair labelling.*

SOMMARIO: 1. La riforma francese quale ultima tappa della svolta "consensualistica" del diritto penale sessuale dei principali ordinamenti europei. – 1.1. I modelli di disciplina dei reati sessuali adottati nelle legislazioni d'Europa. – 1.1.1. Il consenso sessuale: profili empirici giuridicamente rilevanti. – 1.1.2. I modelli "dissensuale", "consensuale puro", "consensuale affermativo" e "della volontarietà". – 1.1.3. Mappa dei modelli di disciplina adottati al 1° dicembre 2025 negli ordinamenti europei. – 2. La novella legislativa francese del 6 novembre 2025 (Loi n° 2025-1057). – 2.1. La disciplina previgente. – 2.2. Profili condivisibili e criticità del diritto penale sessuale francese vigente dall'8 novembre 2025. – 2.2.1. La caratterizzazione del consenso sessuale come «libero, specifico e informato». – 2.2.2. La natura preventiva e la revocabilità del consenso. – 2.2.3. La necessaria considerazione dei fattori circostanziali, e il divieto di equiparazione tra passività/silenzio e consenso. – 2.2.4. L'omessa rimodulazione delle sanzioni edittali a fronte dell'ampliamento del novero delle condotte sessuali penalmente rilevanti. – 3. Spunti di riflessione per il processo legislativo di riforma italiano. – 4. Conclusioni.

## 1. Le riforma francese quale ultima tappa della svolta “consensualistica” del diritto penale sessuale dei principali ordinamenti europei.

In data 8 novembre 2025 è entrata in vigore un’importante riforma della sezione del *code pénal* francese (d’ora in avanti: c.p.f) dedicata alla disciplina dei reati sessuali (artt. 222-22 ss.)<sup>1</sup>. Siffatta novella legislativa (*Loi n. 2025-1057*, del 6 novembre 2025<sup>2</sup>) ha modificato radicalmente la disciplina delle aggressioni sessuali, incentrandone la tipicità sul concetto di “atto sessuale non consentito”, anziché sull’imposizione dell’attività sessuale mediante violenza, coazione («*contrainte*»), minaccia o sorpresa<sup>3</sup>.

Analogamente all’intervento in materia del legislatore spagnolo del 2022 (c.d. «*Ley del solo sí es sí*»)<sup>4</sup>, posto in essere a seguito del clamore mediatico dello stupro di gruppo denominato “caso della Manada”, anche per la riforma francese è innegabile l’impatto avuto dalla vicenda giudiziaria nota come “caso Gisèle Pelicot”, relativo ad una donna vittima – secondo quanto accertato dalla magistratura penale francese<sup>5</sup> – di atti sessuali, spesso penetrativi, commessi da numerosi uomini mentre costei era incosciente a causa della somministrazione di un farmaco a sua insaputa da parte dell’ex marito<sup>6</sup>.

La novella legislativa francese, peraltro, costituisce l’ultima di una serie di riforme «*consent-based*»<sup>7</sup> dei reati sessuali implementate negli Stati d’Europa. A seguito dell’approvazione della Convenzione di Istanbul (2011)<sup>8</sup>, e dell’impatto sociale e

<sup>1</sup> Sezione 3 («*Du viol, de l’inceste et des autres agressions sexuelles*») del Capitolo II («*Des atteintes à l’intégrité physique ou psychique de la personne*») del Titolo II («*Des atteintes à la personne humaine*»).

<sup>2</sup> *Loi n. 2025-1057*, del 6 novembre 2025, «*modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles*», entrata in vigore in data 8 novembre 2025.

<sup>3</sup> Nella dottrina francese, tra i primi commenti pubblicati successivamente all’approvazione della riforma, v. F. LAVALLIERE, *Intégration du consentement dans l’incrimination des violences sexuelles: ce que cela va changer en pratique*, in [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com), 31 ottobre 2025; Z. VANDAËLE, *L’intégration de la notion de consentement dans la définition pénale du viol et des agressions sexuelles*, in [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr), 14 novembre 2025.

<sup>4</sup> Tra i commenti dottrinali della menzionata riforma v., in lingua italiana, L. DE STRADIS, *Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna: un dibattito ancora aperto*, in *Leg. pen.*, 1/2025, p. 210 ss.; L. GOISIS, *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico*, in *GenIUS*, 16 maggio 2023, p. 16 ss. Sia consentito altresì il rinvio a F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione: centralità del consenso e nuovi modelli di tutela nelle recenti tendenze legislative e scientifiche europee*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 97 ss.

<sup>5</sup> V. sulla vicenda giudiziaria, in italiano, REDAZIONE, *Caso Gisèle Pelicot (cd. “stupri di Mazan”)*, 6 novembre 2025, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>6</sup> L’ex coniuge Dominique Pelicot è stato condannato a 20 anni di reclusione criminale *ex artt.* 222-23 ss. c.p.f dal Tribunale di Avignone con sentenza del 19 dicembre 2024. Con la medesima pronuncia sono stati condannati altresì tutti gli altri imputati (50), a pene comprese fra 3 e 15 anni di reclusione criminale.

<sup>7</sup> Per reati sessuali “*consent-based*” si intendono quelli tipizzati sulla base di modelli normativi tali da valorizzare il consenso, il dissenso o comunque l’espressione della libera volontà di ogni partner coinvolto, in contrapposizione a quelli “*coercion-based*”, incentrati su un modello definibile come “coercitivo” il quale richiede, per l’illiceità, che l’agente costringa la vittima a subire l’atto sessuale. In merito v., in particolare, L. SCHNEIDER, *Defining Rape: Coercion – or Consent-Based Approach?*, in *International Journal of Humanities and Social Science Review*, 6/2020, p. 32 ss.

<sup>8</sup> *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 7 aprile 2011, aperta alla firma l’11 maggio

culturale del movimento #MeToo (2017)<sup>9</sup>, anche i principali ordinamenti di *Civil Law* hanno introdotto simili discipline legislative: come si vedrà a breve, al momento dell'entrata in vigore della riforma la Francia – insieme ad Italia e Austria - era l'unico Stato dell'Europa occidentale (e scandinava) a non contemplare la rilevanza penale degli atti sessuali meramente non consensuali/volontari, o quanto meno “dissensuali”.

### 1.1. I modelli di disciplina dei reati sessuali adottati nelle legislazioni d'Europa.

Per un migliore inquadramento delle scelte di tipizzazione del legislatore francese in prospettiva comparatistica, si ritiene opportuno adottare una classificazione dei modelli di disciplina dei reati sessuali *consent-based* (alternativi al modello coercitivo [*coercion-based*]) che, oltre a distinguere la mancanza di consenso dal dissenso, attribuisca una specificità propria alla costruzione teorica dell'*affirmative consent*.

#### 1.1.1. Il consenso sessuale: profili empirici giuridicamente rilevanti.

Al fine di procedere nel senso appena prospettato, occorre preliminarmente specificare in cosa consista, anzitutto a livello empirico, il consenso sessuale.

A tal riguardo, si aderisce alla diffusa – *in primis* tra i giuristi anglosassoni – distinzione tra: a) consenso sessuale interiore / attitudinale, cioè lo stato interiore di condivisione delle condotte sessuali; e b) consenso sessuale comunicativo / esteriorizzato, dato dalla manifestazione (spesso non verbale) della predetta condivisione degli atti sessuali<sup>10</sup>. In merito, nondimeno, va sottolineato che l'adesione interiore del(la) partner può essere effettiva oppure insussistente, configurandosi nel secondo caso un consenso comunicativo meramente apparente: ciò accade qualora la persona non sia in condizione di elaborare liberamente i propri intendimenti in ambito sessuale (a causa, ad esempio, di condotte costrittive altrui). Sotto il profilo giuridico, pertanto, dovrebbe assumere rilevanza la volontà interna della persona veicolata – sia pur spesso con modalità tutt'altro che esplicite – in una dimensione comunicativa, la quale è comunque indefettibile, posto che l'attitudine interiore nei confronti della proposta sessuale diventa conoscibile al(la) partner solo quando essa viene esteriorizzata<sup>11</sup>.

---

2011 a Istanbul, ed entrata in vigore il 1° agosto 2014.

<sup>9</sup> Trattasi di un importante movimento internazionale, le cui istanze per una più efficace tutela – anche penale – dell'integrità, libertà ed autodeterminazione sessuale delle donne hanno avuto particolare risalto mediatico soprattutto a partire dagli ultimi mesi del 2017.

<sup>10</sup> In tal senso v., in particolare, S. GREEN, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford, OUP, p. 26 ss.; RAMOS VÁZQUEZ J., *Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»*, in *Teoría y derecho*, 34/2023, p. 242 ss.

<sup>11</sup> Si consenta un ulteriore rimando a F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 13 ss.

### 1.1.2. I modelli “dissensuale”, “consensuale puro”, “consensuale affermativo” e della “volontarietà”.

Come già accennato in precedenza, numerosi ordinamenti giuridici europei hanno proceduto negli ultimi anni ad introdurre normative penali sessuali *consent-based*, valorizzanti gli intendimenti sessuali della persona in quanto tali.

Una volta abbandonato il paradigma coercitivo, l’elaborazione di una normativa penale sessuale *consent-based* può incentrarsi su distinti modelli di disciplina. Gli stessi, invero, veicolano in modo diverso sul piano della tipicità la rilevanza delle – comunque necessarie – modalità di manifestazione dell’attitudine interiore nei confronti del coinvolgimento del proprio corpo in un’interazione sessuale.

Il modello “dissensuale”. Nel presente modello, spesso associato allo slogan «*no means no*», la rilevanza penale della condotta sessuale si fonda sul mancato rispetto dell’opposizione altrui, cioè del dissenso, il quale ovviamente dovrà essere in qualche modo manifestato: il § 177/1 dello *Strafgesetzbuch* tedesco, a seguito della riforma del 2016, incrimina ogni atto sessuale realizzato malgrado la «riconoscibile volontà contraria» estrinsecata dal(la) partner<sup>12</sup>. Come opportunamente evidenziato in letteratura, per evitare un’incongrua «*undercriminalization*» di condotte certamente lesive della libertà sessuale (negativa), si rende necessario tipizzare altresì ipotesi in cui la vittima non sia oggettivamente in condizione di esteriorizzare il proprio dissenso (ad esempio perché incosciente, o per la repentinità dell’approccio sessuale subito)<sup>13</sup>.

Il modello “consensuale puro”. Suddetta opzione di tipizzazione, riconducibile allo slogan «*yes means yes*», s’impenna sull’illiceità penale di qualunque atto sessuale realizzato senza il valido consenso di tutti i partecipanti. La scelta lessicale di connotare il consenso come “puro” è ritenuta allo stato attuale conferente, vista la crescente popolarità – soprattutto in taluni settori sociali – della teoria del “consenso affermativo”. Nel modello del consenso “puro” invero, se da un lato occorre comunque un’adesione “attiva” di ogni partecipante, non bastando un atteggiamento passivo (cioè la non opposizione) come nel paradigma “dissensuale”, dall’altro lato tale adesione – *ergo* il consenso – non è soggetta ad alcuna restrizione circa le modalità di comunicazione.

Il modello “consensuale affermativo”. Alla luce della sua genesi nel contesto storico del movimentismo femminista statunitense a cavallo dell’inizio del presente secolo<sup>14</sup>, e del suo opporsi ai paradigmi “tradizionali” di tipizzazione dei reati sessuali (tra cui quello del “consenso puro”), la teoria dell’*affirmative consent* - come già accennato

---

<sup>12</sup> In merito, *ex multis*, v. in lingua italiana G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, BUP, 2023, p. 166 ss.; in lingua inglese v. T. HÖRNLE, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, in *German Law Journal*, 6/2017, p. 1309 ss.; R. KÖLBEL, *Progressive criminalization? A sociological and criminological analysis based on the German “no means no” provision*, in *German Law Journal*, 6/2021, p. 817 ss.

<sup>13</sup> In tal senso A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”: suggerimenti minimi per una riforma in linea coi principi fondamentali del diritto penale*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2025, p. 11.

<sup>14</sup> In tal senso A. GRUBER, *Affirmative consent*, in J. WEIGEND-T. HÖRNLE, *Consent and sexual offenses*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p. 57 ss.; K. MALAE, *Policy Relay: How Affirmative Consent Went from Controversy to Convention*, in *Sociological Perspectives*, Vol. 65, Issue 6, dicembre 2022, p. 1 ss.,

– va inquadrata focalizzandosi sulla sua alterità rispetto a quella del “consenso puro”. Pur nella varietà delle formulazioni proposte, l’intento dei fautori della presente concezione è sempre quello di imporre all’iniziatore delle attività sessuali una sorta di onere di ottenere un consenso “formalizzato” da parte del(la) partner, così da evitare che l’incertezza – oggettiva, o anche solo meramente soggettiva - sulla consensualità dell’interazione sessuale (c.d. «*he said, she said*») si risolva, alla luce del fondamentale principio del ragionevole dubbio, con l’assoluzione del “presunto stupratore”<sup>15</sup>. Il concetto di «*affirmative consent*», pertanto, andrebbe forse reso in italiano con locuzioni come «consenso esplicito» o «consenso formalizzato», se non addirittura «consenso burocratizzato»<sup>16</sup> o «consenso contrattualizzato»<sup>17</sup>. Tra le numerose formulazioni elaborate, comunque, quelle che pongono le maggiori criticità sono quelle ascrivibili al filone del “consenso affermativo verbalizzato”<sup>18</sup>. La presente concezione intende quindi strumentalizzare lo *ius terribile* al perseguimento di finalità promozionali, ovvero a conformare i consociati ad una sorta di “sessualità notarile”, priva di quelle componenti di intrigo, fascino ed erotismo sovente caratterizzanti le attuali dinamiche d’interazione sessuale empiricamente osservabili<sup>19</sup>.

Il modello della “volontarietà”. La presente elaborazione prende spunto dalla riforma del diritto penale sessuale svedese del 2018<sup>20</sup>. Siffatto modello – pur in parte sovrapponibile a quello “consensuale puro” – si focalizza principalmente sull’aspetto attitudinale/interiore del consenso, ponendosi agli antipodi del paradigma consensuale affermativo, che al contrario si interessa quasi unicamente di ciò che viene dichiarato formalmente (per iscritto o verbalmente) dai partner<sup>21</sup>. L’esteriorizzazione della

<sup>15</sup> Cfr. G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 349, a detta del quale «nel determinare la presenza o meno del consenso, i decisori possono operare valutazioni sbagliate, come ritenere validi assensi in realtà coartati, derivare il consenso dalla mancanza di una protesta, permettere all’imputato di dedurre il consenso dal bacio»; e che «per circoscrivere tali errori, come in parte già accennato (...), i riformatori si sono focalizzati sulle manifestazioni esterne della volontà di A, ovvero sulla seconda fase della transazione sessuale, limitando quali tra tali manifestazioni possano assumere rilevanza (...)».

<sup>16</sup> Parlano esplicitamente di “burocrazia sessuale” J. GERSEN-J. SUK, *The Sex Bureaucracy*, 104 *California Law Review* 881, 2016, p. 924 ss.

<sup>17</sup> Evidenzia come alcune delle formulazioni di *affirmative consent* proposte richiedano «una sorta di “contrattualizzazione” del consenso» M. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Arch. pen.*, 3/2024, p. 35.

<sup>18</sup> Le quali prevedono che l’adesione ad ogni singolo atto sessuale (es.: *fellatio*, penetrazione vaginale ecc.) sia, in modo chiaro ed univoco, esternata verbalmente (cioè con parole comunicate in forma scritta od orale: sia consentita ancora una volta la citazione di F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 52.

<sup>19</sup> In tal senso si esprimono – nella sostanza – altresì A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., p. 8; G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 361; I. MERENDA, *La “ley del solo sì es sì”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Arch. pen.*, 1/2024, p. 23 ss.

<sup>20</sup> In argomento v., in lingua inglese, M. BLADINI-W. ANDERSSON, *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2020, p. 95 ss.; G. NILSSON, *Towards Voluntariness in Swedish Rape Law*, in T. HÖRNLE (a cura di), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2023, p. 163 ss.; L. WEGERSTAD, *Sweden*, in E. HOVEN-T. WEIGEND (a cura di), *Consent and sexual offenses*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p. 251 ss.

<sup>21</sup> Non ci si può esimere dal rinviare, per ulteriori approfondimenti sul punto, a F. MACRÌ, *Tipicità e*

disposizione interiore, chiaramente, è indefettibile anche ai fini della qualificazione di un'attività sessuale come volontaria, ma la concezione in esame rifugge dall'imposizione paternalistica di determinati schemi di comunicazione sessuale, valorizzando al contrario la funzione comunicativa del contesto d'interazione<sup>22</sup>.

### 1.1.3. Mappa dei modelli di disciplina adottati al 1° dicembre 2025 negli ordinamenti europei.

Una volta delineati, pur sinteticamente, i tratti caratterizzanti dei quattro modelli *consent-based* di disciplina dei reati sessuali, che si affiancano al tradizionale "modello coercitivo", si ritiene opportuno trattare della concreta applicazione degli stessi negli oltre 40 ordinamenti europei<sup>23</sup>, avvalendosi di una mappa elaborata *ad hoc* (figura 1)<sup>24</sup>.

Il modello coercitivo, un tempo dominante, è ancora adottato – al 1° dicembre 2025 – da 15 ordinamenti giuridici (formalmente 16, considerando l'Italia), tutti – salvo l'Austria – collocati nella parte orientale del continente.

Il modello "consensuale puro" è invece – al momento – quello più diffuso, essendo adottato in 20 legislazioni penali, tra le quali figurano gran parte degli Stati dell'Europa occidentale, tra cui segnatamente Spagna, Francia, e Inghilterra.

Relativamente al modello "dissensuale", lo stesso è stato implementato in 4 Stati, ovvero Germania (2016), Portogallo (2019), Svizzera (2024) e Repubblica Ceca (2025).

Il paradigma punitivo dei reati sessuali elaborato più recentemente è comunque quello della volontarietà, incorporato nel codice penale svedese dalla novella legislativa del 2018, e poi adottato dai legislatori di Finlandia (2023) e Paesi Bassi (2024).

Per quanto riguarda l'Italia, in attesa della possibile entrata in vigore – nei prossimi mesi – di una riforma *consent-based* della normativa penale sessuale (artt. 609-*bis* ss. c.p.)<sup>25</sup>, il nostro ordinamento andrebbe, considerando il mero formante legislativo, annoverato tra quelli che accolgono il modello coercitivo: l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, induce a ritenere che il diritto penale sessuale vivente sia ascrivibile ad un paradigma *consent-based*<sup>26</sup>. Se fino a pochi anni or

*colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 55 ss.

<sup>22</sup> A tal fine, l'organo giudicante dovrà considerare fattori situazionali quali, anzitutto, i rapporti interpersonali tra i soggetti coinvolti, valutati unitamente al contesto locale delle attività sessuali e ad ogni altro elemento rilevante (es.: orario notturno, presenza di altre persone, ecc.). Sul punto, diffusamente, T. HÖRNLE, *The Challenges of Designing Sexual Assault Law*, cit., p. 11.

<sup>23</sup> Nella mappa non sono stati considerati – a differenza delle isole Far Oer e del Lussemburgo – i microstati di Andorra, Lichtenstein, San Marino e Vaticano, oltre a Turchia, Kosovo, Georgia, Armenia e Azerbaijan.

<sup>24</sup> Trattasi di grafica frutto di elaborazione propria, realizzata attraverso il modello grafico di cui al sito web <https://paintmaps.com/map-charts/71/Europe-map-chart> [ultima visita : 22 gennaio 2026], che rappresenta un aggiornamento della mappa di cui alla « Figura 1 » inserita a pagina 61 di F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit.

<sup>25</sup> Si tornerà sul punto *infra*, § 3.

<sup>26</sup> In argomento v., tra i più recenti e pregevoli contributi accademici, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 23 novembre 2023, p. 1 ss.; E. BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, in

sono tale modello era identificabile nel “consenso puro” (e, in una precedente fase evolutiva, in quello “dissensuale”), talune recenti pronunce sembrano tendere – soprattutto in sede di esegesi della tipicità soggettiva del delitto di “Violenza sessuale” – all’accoglimento di alcuni dei dettami della teoria del “consenso affermativo”<sup>27</sup>, sebbene non si possa ancora parlare di un orientamento consolidato.

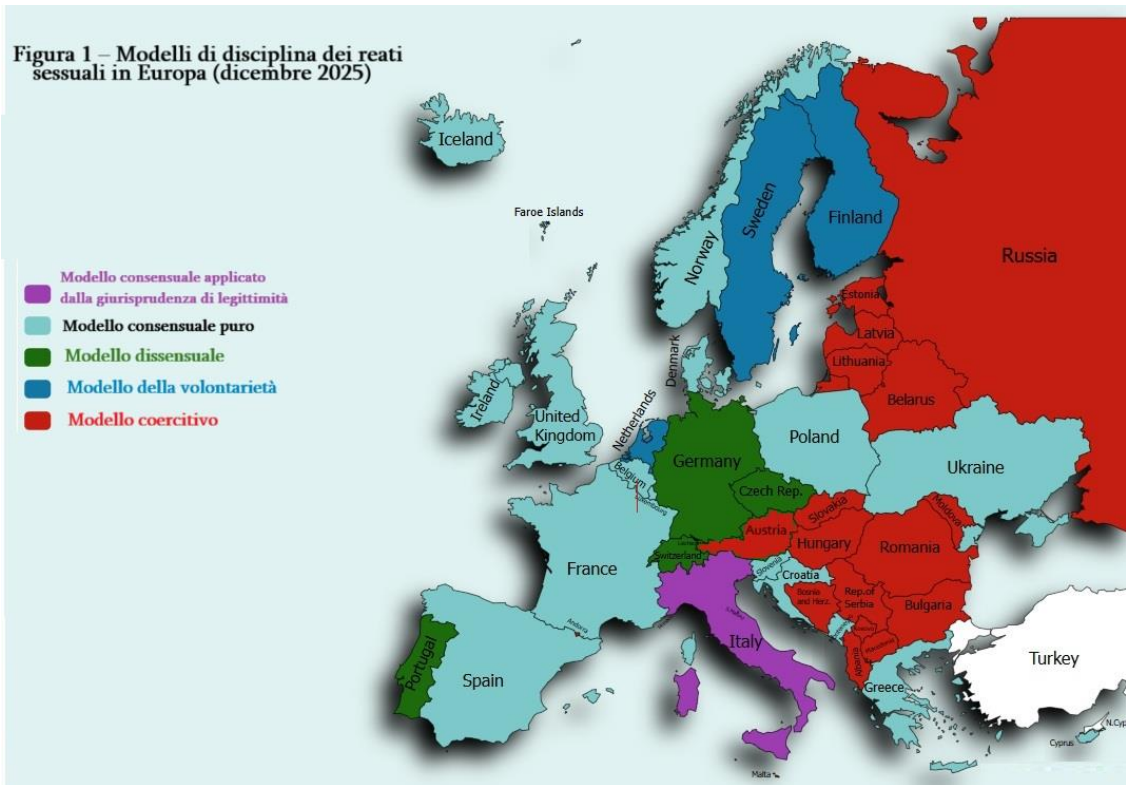
Come si sarà notato, nessuno degli ordinamenti europei accoglie attualmente in modo chiaro – secondo lo scrivente – i capisaldi ermeneutici dell’*affirmative consent*. In merito, va evidenziato che si è da più parti sostenuto che rientri nel paradigma del consenso affermativo la disciplina penale sessuale spagnola quale riformata dalla *ley organica* n. 10/2022: in questa sede, tuttavia, si ritiene che solo la formulazione della clausola sul consenso sessuale contenuta nell’*anteproyecto* del 2020 fosse ad esso (tendenzialmente) ascrivibile<sup>28</sup>: la versione definitiva (art. 178/1 c.p. spagnolo), per converso, prescrive che: «*si riterrà sussistente il consenso solo qualora sia stato manifestato liberamente per mezzo di atti che, con riferimento alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona*».

---

*Sist. pen.*, 25 novembre 2020, p. 1 ss.; A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., p. 2 ss.; G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 242 ss.; M. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action*, cit., p. 34 ss.; A. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e il diritto penale del nemico*, Pisa, PUP, 2021, p. 101 ss.; I. MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”*, cit., p. 25 ss.

<sup>27</sup> Cfr. G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 24; I. MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”*, cit., p. 27.

<sup>28</sup> La stessa così recitava: «*non si riterrà sussistente il consenso qualora la vittima non abbia manifestato con atti esteriori, concludenti e inequivoci con riferimento alle circostanze concrete, la sua volontà espressa di partecipare all’atto*». In merito, *ex multis*, v. ACALE SÁNCHEZ M., *Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de la Libertad Sexual*, in *Sist. Pen. Crítico*, 2/2021, p. 168 ss.; I. RAGUÉS R. VALLÈS, *El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales*, in J. AGUSTINA (a cura di), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, cit., p. 95 ss.



## 2. La novella legislativa francese del 6 novembre 2025 (Loi n° 2025-1057).

Si è già visto, nel primo paragrafo, che la novella legislativa francese del 6 novembre 2025 è l’ultima di una serie di riforme “consent based” del diritto penale sessuale implementate degli ordinamenti europei. La disciplina dei reati sessuali risultante, inoltre, è stata ascritta al modello “consensuale puro”. Occorre quindi procedere ad analizzare nel dettaglio il nuovo volto dei reati di “Stupro” e “Aggressione sessuale non penetrativa” per motivare le ragioni di tale ascrizione che, come si vedrà a breve, è solo tendenziale. Per comprendere al meglio la “portata innovatrice” della riforma *de qua* occorre però partire da una – pur sintetica – trattazione della disciplina degli artt. 222-22 ss. del *Code pénal* vigente fino al 7 novembre 2025.

### 2.1. La disciplina previgente.

In sede di redazione del *Code pénal* del 1994, ovvero del Testo punitivo attualmente vigente in Francia, il legislatore d’oltralpe confermò l’opzione per il modello “coercitivo”, subordinando l’illiceità degli atti sessuali alla loro

commissione mediante violenza, coazione («*contrainte*») e sorpresa, affiancando ad esse altresì la minaccia<sup>29</sup>.

Per quanto concerne la differenziazione degli atti sessuali penalmente rilevanti, venne mantenuta la distinzione – ancora oggi presente – tra il crimine di «stupro» («*viol*»), disciplinato al §1 (artt. 222-23 - 222-26), e le «altre aggressioni sessuali» (in precedenza: «attentati al pudore») di cui al §2 (artt. 222-27 - 222-32), qualificate come delitti: ad aprire la sez. 3 fu collocata la fondamentale norma definitoria dell'art. 222-22, che allora sanzionava ogni aggressione sessuale – sia penetrativa («*viol*») che non («*autre agression sexuelle*») – realizzata con le modalità di costrizione suelencate.

Il legislatore codicista del 1994 inoltre, al netto della scelta generale di abolire il minimo edittale per i delitti<sup>30</sup>, operò un deciso rafforzamento della risposta sanzionatoria, soprattutto per gli atti penetrativi, il cui massimo edittale fu elevato da 10 a 15 anni di reclusione criminale per le ipotesi base (art. 222-23 c.p.f), e addirittura fino a 20 anni per quelle aggravate (art. 222-24), il cui novero è stato poi ampliato dalle originarie sette alle attuali quindici tipologie<sup>31</sup> (incluso lo stupro di gruppo, quello ai danni del coniuge o di un minore di anni quindici, quello commesso da un soggetto in stato di ebbrezza o stupefazione, ecc.): si consideri, in aggiunta, la previsione edittale di elevate pene pecuniarie, applicabili congiuntamente a quelle detentive (fino ad oltre 100.000€ nei casi più gravi), per i reati sessuali *de quibus*.<sup>32</sup>

Fino al 7 novembre 2025, pertanto, il diritto penale sessuale francese si imperniava su due distinte fattispecie criminose, rispettivamente tipizzanti le aggressioni sessuali penetrative (art. 222-22 c.p.f.) e non penetrative (art. 222-27), incentrate sulla realizzazione di atti sessuali mediante violenza, *contrainte*,

<sup>29</sup> Nella letteratura francese meno risalente sull'argomento v., *ex plurimis*, P. BONFILS-L. GREGOIRE, *Droit pénal spécial*, Parigi, LGDJ, 2022, p. 83 ss.; S. DETRAZ, *De l'agression (sexuelle) par excitation (sexuelle)*, in *AJ Pénal*, 2021, p. 207 ss.; M. DREYER, *Droit pénal spécial*, 3a ed., Parigi, LGDJ, 2025, p. 147 ss.; B. LE DEVEDEC, *30 ans d'infractions sexuelles, pour le meilleur et pour le pire*, in *AJ Pénal*, 2024, p. 127 ss.; V. LUCAS-C. MANAOUIL, *La répression des violences sexuelles en 2022*, in *AJ Pénal*, 2022, p. 405 ss.; MAYAUD Y., *Le viol : deux lois interprétatives pour une définition*, in *AJ Pénal*, 2017, p. 255 ss.; M.L. RASSAT, *Droit pénal spécial – infractions du Code pénal*, 9a ed., Parigi, Dalloz, 2024, p. 709 ss. In lingua inglese v. S. LANNIEL ET AL., *Defining rape in French-speaking European countries*, in *RIDP*, 2/2024, p. 41 ss. Si consenta, in aggiunta, il rimando a F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale: diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze, FUP, 2010, p. 62 ss.

<sup>30</sup> Sul punto v., in lingua italiana, F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 150 ss.

<sup>31</sup> Rientrano tra le ipotesi aggravate, ad esempio, lo stupro di gruppo, quello ai danni del coniuge/partner sentimentale o di un minore di anni quindici, quello commesso da un soggetto in stato di ebbrezza o stupefazione, nonché quello nei confronti di una persona che eserciti attività di prostituzione.

<sup>32</sup> Siffatto rigore sanzionatorio, ed in particolare la punizione degli atti sessuali penetrativi illeciti fino a 20 anni di reclusione nella maggior parte dei casi, è 'superato' – tra i principali ordinamenti d'Europa – solo dal *Sexual Offences Act* inglese del 2003, che prevede per molte fattispecie l'ergastolo come pena massima.

minaccia e sorpresa. Ad esse, sin dal 1992<sup>33</sup>, era stato affiancato il delitto di “*Harcèlement sexuel*” (art. 222-33), che ancora oggi punisce condotte in ampia misura qualificabili come «molestie sessuali», con una formulazione – a seguito delle modifiche da ultimo apportate nel 2018<sup>34</sup> – tale da ricomprendervi, segnatamente, comportamenti sessualmente connotati posti in essere sui luoghi di lavoro e/o da parte di soggetti investiti di autorità gerarchica sulle vittime<sup>35</sup>. Nel 2010<sup>36</sup>, inoltre, il legislatore ha introdotto una norma definitoria (art. 222-22-1 c.p.f.) del concetto di «*contrainte*», il quale nella versione attualmente vigente – derivante dalle successive modifiche normative intervenute nel 2018<sup>37</sup> e 2021<sup>38</sup> – è stato declinato, soprattutto nel caso di vittima minorenni, in modo parzialmente divergente rispetto al significato comune del vocabolo («costrizione», «coazione», «vincolo»), e tale da avvicinarlo alle nozioni di «abuso di autorità» e «abuso di condizioni di inferiorità psichica»: con la legge del 2018, inoltre, alla medesima disposizione è stata aggiunta una norma “esplicativa” del concetto di atti sessuali realizzati con «*surprise*» a danno di minorenni. Nel dettaglio, l’art. 222-22-1 c.p.f. – la cui lettera è stata modificata solo lessicalmente dalla riforma del 2025<sup>39</sup> – statuisce che: a) la «*contrainte*» può essere «fisica o morale»; b) qualora la vittima sia un minore di anni 18, la *contrainte* morale o la *surprise* possono risultare «dalla differenza d’età tra la vittima e l’autore del fatto», o «dall’autorità di diritto o di fatto» che il soggetto attivo ha sul minore; c) qualora la vittima sia un minore di anni 15, la *contrainte* morale o la *surprise* «si caratterizzano per l’abuso della vulnerabilità della vittima, priva del discernimento necessario per [compiere] gli atti [sessuali]».

Passando all’esegesi, nel diritto vivente, delle quattro tipizzate modalità d’imposizione degli atti sessuali, va rilevato come la giurisprudenza della *Cour de Cassation* sia stata caratterizzata da un innegabile *self restraint*, limitandosi – in quasi tutte le sentenze riguardanti le incriminazioni de *quibus* – a ribadire la

---

<sup>33</sup> Loi n° 92-698, del 22 luglio 1992 (al riguardo v. le osservazioni critiche di M. BENNEYTOUT ET AL., «*Harcèlement sexuel : une réforme restrictive qui n’est pas sans danger*», in *Semaine Social Lamy*, 11 maggio 1992, [www.avft.org/1992/05/11/harcèlement-sexuel-une-reforme-restrictive-qui-nest-pas-sans-danger/](http://www.avft.org/1992/05/11/harcèlement-sexuel-une-reforme-restrictive-qui-nest-pas-sans-danger/). [ultima visita: 22 gennaio 2026] La fattispecie è stata poi oggetto di rilevanti modifiche ad opera della Loi n° 98-468, del 17 giugno 1998.

<sup>34</sup> Loi n° 2018-703, del 3 agosto 2018.

<sup>35</sup> Il testo dell’art. 222-33 c.p.f., attualmente, così recita: «*Le harcèlement sexuel est le fait d’imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante*». In giurisprudenza v., tra i più recenti arresti di rilievo, Cour de Cass., 12 marzo 2025, n. 24-81.644, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>36</sup> Loi n° 2010-121, del 8 febbraio 2010.

<sup>37</sup> Loi n° 2018-703, cit.

<sup>38</sup> Loi n° 2021-458, del 21 aprile 2021.

<sup>39</sup> Per armonizzarla al nuovo testo dell’art. 222-22.

necessità della commissione degli atti sessuali mediante una delle quattro modalità vincolate tipizzate<sup>40</sup>. Ciò trova, tuttavia, l'importante eccezione di una pronuncia del 2019, in cui la Suprema Corte di Parigi ha proceduto a definire in modo dettagliato una delle fattispecie concrete sussumibili nel concetto di «*surprise*»<sup>41</sup>, statuendo – in modo difforme dalla sentenza d'appello impugnata<sup>42</sup> – che «l'utilizzo di uno stratagemma finalizzato a dissimulare l'identità e le caratteristiche fisiche dell'agente per carpire il consenso di una persona, e realizzare con costei un atto di penetrazione sessuale costituisce “sorpresa” [ex art. 222-22 c.p.f.]»<sup>43</sup>. In tale pronuncia la *Cour de Cassation* pare essersi discostata da quella “prudenza” solitamente adottata in materia, estendendo l'ambito applicativo degli «atti sessuali ottenuti mediante sorpresa» oltre quello degli approcci sessuali su soggetti incapaci di difendersi in quanto dormienti, svenuti, soggetti ad condotte repentine ecc.: nella vicenda oggetto della sentenza, invece, gli atti sessuali erano stati ottenuti mediante inganno (da sostituzione di qualità – età, prestanza fisica ecc. – dell'agente, ma non di identità), eventualmente affiancato da un abuso di condizioni di inferiorità psichica (trattandosi di donne fragili, che avevano sofferto nelle precedenti relazioni sentimentali)<sup>44</sup>. Va comunque evidenziato che la *surprise*, insieme alla *contrainte*, è la modalità di perpetrazione delle aggressioni sessuali (penetrative e non) menzionata nella stragrande maggioranza delle sentenze della Suprema Corte francese che individuano – tra i quattro normativamente contemplati – uno o al massimo due mezzi di imposizione degli atti sessuali: si è quindi – condivisibilmente – ravvisato un «*Viol*» mediante sorpresa nella condotta del kinesiterapista il quale, durante un massaggio del perineo praticato sulla paziente, aveva improvvisamente inserito il suo dito nella vagina della stessa<sup>45</sup>; nonché nella

---

<sup>40</sup> *Ex multis v.*, tra le più recenti, Cour de Cass., 11 settembre 2024, n. 23-86.143; e altresì Cour de Cass., 17 ottobre 2018, n. 17-83.958; Cour de Cass., 27 febbraio 2017, n. 17-87.133; Cour de Cass., 19 gennaio 2011, n. 10-83.003, tutte consultabili integralmente sul portale istituzionale [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>41</sup> Cour de Cass., 23 gennaio 2019, n. 18-82.833, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Al riguardo, in letteratura, v. M. DAURY-FAUVEAU, *Le viol par mensonge : Analyse du jugement du 23 janvier 2019*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 945 ss.; M. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 151 ss.; F. GAUVIN, *Aggression Sexuelle - Viol Par Surprise: l'émule de Zeus*, in *Droit pénal*, 2019, p. 42 ss.

<sup>42</sup> CdA di Aix-en-Provence, *arrêt* del 12 aprile 2018, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), secondo cui «la sorpresa non può essere assimilata al sentimento di sbigottimento o stupore delle [donne] ricorrenti al momento della scoperta delle caratteristiche fisiche del loro partner».

<sup>43</sup> Cour de Cass., 23 gennaio 2019 cit.: nella fattispecie concreta oggetto della pronuncia il condannato, persona anziana e in sovrappeso, aveva “adescato” online le vittime, convincendo costoro a congiungersi carnalmente – bendate – con lui al primo incontro “offline”, dopo averle sedotte inviando loro la foto di un altro uomo, attraente architetto 37 anni dal fisico “tonico”.

<sup>44</sup> In senso critico si esprime altresì DAURY-FAUVEAU M., *Le viol par mensonge*, cit., p. 946.

<sup>45</sup> Cour de Cass., 8 giugno 2016, n. 15-83.170, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

realizzazione di atti sessuali da parte di un uomo che si era approfittato dello stato di semi-incoscienza della vittima causato dall'abuso di alcool<sup>46</sup>.

In merito alla *contrainte*, oggetto sin dal 2010 di una clausola definitoria (art. 222-22-1), essa è stata applicata nel diritto vivente sia quale "coazione fisica", nei casi in cui fosse consistita nell'esercizio di una pressione corporale finalizzata a ottenere relazioni sessuali<sup>47</sup>, interferendo quindi con l'ambito applicativo della violenza<sup>48</sup>; sia quale "coazione morale", per lo più a fronte di abusi di autorità posti in essere al fine di sottomettere la parte offesa ad attività sessuali da costei non volute<sup>49</sup>.

Relativamente al concetto di "violenza", esso non appare menzionato nelle sentenze più recenti della giurisprudenza francese di legittimità, mentre autorevole dottrina ha sostenuto che – alla luce di una considerazione sostanziale del diritto vivente – la *violence* va intesa come «pressione fisica esercitata sulla vittima per ottenere da costei il comportamento sessuale desiderato [dall'agente]»<sup>50</sup>. Passando infine alla nozione di "minaccia" quale mezzo di costrizione all'interazione sessuale, essa è stata inquadrata come un tipo di *contrainte* morale (*ergo* la sua tipizzazione nell'art. 222-22 c.p.f. sarebbe sostanzialmente pleonastica) caratterizzata dalla prospettazione di un «*acte préjudiciable*» ai danni della vittima, riguardante sia costei personalmente che il suo patrimonio<sup>51</sup>.

## 2.2. Profili condivisibili e criticità del diritto penale sessuale francese attualmente in vigore.

Al fine di agevolare l'esposizione dei contenuti della riforma, nella tabella 1 sono evidenziate le effettive modifiche alla previgente disciplina delle incriminazioni sessuali apportate dalla *loi* n. 1057/2025, che consistono essenzialmente nell'introduzione dell'assenza di consenso dei partner quale cardine dell'illiceità dell'interazione: a tal riguardo, è fondamentale il comma 2° dell'art. 222-22 c.p.f., che specifica le caratteristiche che deve avere il consenso per escludere la tipicità delle condotte sessuali realizzate. La disposizione del comma 2° statuisce infatti, nel primo periodo, che ogni attività sessuale lecita deve essere preceduta da un consenso libero, informato, specifico e revocabile.

<sup>46</sup> Cour de Cass., 20 marzo 2024, n. 22-87.520, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>47</sup> M.L. RASSAT *Droit pénal spécial*, cit., p. 709.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> M. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 152.

<sup>50</sup> M.L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, cit., p. 709.

<sup>51</sup> M. DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., p. 152.

Tabella 1 – La norma definitoria di «aggressione sessuale» (art. 222-22 del Codice penale francese): testo vigente e testo ante riforma a confronto

Codice penale francese: legislazione vigente (in <b>neretto</b> le parti modificate o introdotte dalla <i>loi n. 2025-1057</i> )	Codice penale francese: legislazione <i>ante</i> 8/11/2025
<p style="text-align: center;"><i>Sezione 3: Dello stupro, dell'incesto e delle altre aggressioni sessuali (...)</i> Art. 222-22</p> <p>Costituisce aggressione sessuale ogni <b>atto sessuale non consentito commesso su un'altra persona o sulla persona del reo</b> o, nei casi previsti dalla legge, commesso da una persona maggiorenne su un soggetto minore d'età.</p> <p><b>Ai sensi della presente sezione, il consenso deve essere libero, informato, specifico, preventivo e revocabile. Lo stesso va apprezzato avuto riguardo alle circostanze. Esso non può essere dedotto dal solo silenzio o dalla sola assenza di reazione della vittima.</b></p> <p><b>Non vi è consenso se l'atto di carattere sessuale è commesso con violenza, coazione, minaccia o sorpresa, qualunque sia la loro natura.</b></p> <p>Lo stupro e le altre aggressioni sessuali sono commessi qualora essi siano stati imposti alla vittima al ricorrere delle circostanze previste dalla presente sezione, indipendentemente dalla natura delle relazioni esistenti tra l'aggressore e la sua vittima, e altresì qualora gli stessi siano uniti dal vincolo coniugale. (...)</p>	<p style="text-align: center;"><i>Sezione 3: Dello stupro, dell'incesto e delle altre aggressioni sessuali (...)</i> Art. 222-22</p> <p>Costituisce aggressione sessuale ogni violazione sessuale commessa con violenza, coazione, minaccia o sorpresa o, nei casi previsti dalla legge, commessa da una persona maggiorenne su un soggetto minore d'età.</p> <p>Lo stupro e le altre aggressioni sessuali sono commessi qualora essi siano stati imposti alla vittima al ricorrere delle circostanze previste dalla presente sezione, indipendentemente dalla natura delle relazioni esistenti tra l'aggressore e la sua vittima, e altresì qualora gli stessi siano uniti dal vincolo coniugale. (...)</p>

2.2.1. La caratterizzazione del consenso sessuale come «libero, specifico e informato».

In attesa delle prime applicazioni giurisprudenziali di tale previsione, va rilevato – *rebus sic stantibus* – che la caratterizzazione del consenso sessuale come libero e informato («*libre et éclairé*») riprende la formulazione contenuta nei documenti

per prestare il consenso agli interventi medici<sup>52</sup>, ma andrà chiaramente interpretata tenendo conto del peculiare ambito delle relazioni sessuali, che – come già rilevato<sup>53</sup> – andrebbero tenute al riparo da quella “proceduralizzazione” che è invece necessaria nelle relazioni medico-paziente: ciò, peraltro, sembra essere già stato tenuto presente dal legislatore francese del 2025, che – come si vedrà a breve – ha debitamente precisato, nel successivo periodo, che il consenso sessuale va considerato «avuto riguardo alle circostanze». Più nel dettaglio, la necessità che il consenso sia libero, e cioè che vi sia piena corrispondenza tra il consenso esteriorizzato/comunicativo e quello interiore/attitudinale, è rafforzata dal comma 3°, ai sensi del quale il consenso sessuale è escluso – non corrispondendo la sua manifestazione esteriore alla disposizione interiore della persona – in presenza di violenza, coazione, minaccia o sorpresa.

In merito alla prescrizione che il consenso sia «informato» va sottolineato che la stessa, per distinguerla da quella relativa alla «specificità», non andrebbe riferita primariamente alle informazioni sugli specifici atti sessuali che si intendono realizzare, quanto piuttosto ad altre circostanze relative, in prima battuta, alla persona “proponente”. Ad esempio, sarebbe ragionevole ritenere in via esegetica che l’efficacia “penalmente atipizzante” del consenso possa essere esclusa, per carenza di siffatto requisito, qualora – a titolo illustrativo – uno dei partner tacesse la circostanza di essere affetto da una malattia sessualmente trasmissibile oggettivamente grave come l’epatite C, oppure di essere infettato da un virus sessualmente trasmissibile come l’HIV con carica virale rilevabile. In aggiunta – sempre che non si ritenga che tale presupposto configuri un’ipotesi di consenso invalido in quanto ottenuto con inganno qualificabile come «sorpresa»<sup>54</sup> – potrebbe altresì ritenersi che l’agente non ottenga un consenso «informato» all’interazione sessuale qualora inganni la vittima sulla propria identità fisica (ad es. affermando di essere Caio, quando invece è il gemello Tizio).

Ad avviso dello scrivente, comunque, sarebbe stato opportuno inserire una clausola “tassativizzante”, cioè elencante le circostanze specifiche in cui il consenso è da ritenere “non informato”: ciò per evitare il rischio che, in via interpretativa, si sancisca l’invalidità del consenso ogni qualvolta uno dei partner menta - o anche solo taccia - su una qualunque circostanza ritenuta soggettivamente rilevante dall’altra persona, come ad esempio lo status economico o lavorativo, il titolo d’istruzione posseduto, i precedenti penali,

---

<sup>52</sup> Si veda ad esempio quanto riportato, al riguardo, sul sito internet del centro ospedaliero universitario (CHU) di Nantes, in <https://www.chu-nantes.fr/le-consentement-libre-et-eclairé> .

<sup>53</sup> V. *supra*, § 1.1.2.

<sup>54</sup> Tenendo presente l’esegesi estensiva del concetto di sorpresa accolta dalla Corte Suprema francese con la sentenza n. 18-82.833 del 2019: sul punto v. *supra*, § 2.1.

l'essere coniugato o in una relazione, l'età, l'essersi impiantato una protesi mammellare o peniena, ecc. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di un'incriminazione *tout court* del "sex by fraud"<sup>55</sup>, cioè degli atti sessuali fraudolenti, i quali al momento negli ordinamenti europei sono – al più – sanzionati in modo frammentato, incriminandosi ipotesi di inganno sulla natura/finalità medica dell'atto (es.: penetrazione digitale per inesistenti asserite motivazioni ginecologiche) o – in talune legislazioni (ad es. i codici italiano e portoghese<sup>56</sup>) – sull'identità fisica del(la) partner. Da tempo peraltro, soprattutto nei Paesi anglosassoni, numerosi esponenti della società civile, e taluni giuristi, propongono l'incriminazione *tout court* della "frode sessuale", equiparandola a quella patrimoniale<sup>57</sup>: un'ampia criminalizzazione di tali condotte è, del resto, già avvenuta del *New South Wales* (lo Stato federato australiano la cui capitale è Sidney)<sup>58</sup>, la cui legislazione penale ha sancito da alcuni anni la non validità del consenso sessuale derivante da «*fraudulent inducement*», concetto tale da ricomprendere gran parte dei casi di "inganno sessuale" appena menzionati<sup>59</sup>. Si ritiene, per converso, che sancire un "obbligo di onestà" su ogni dato o caratteristica personale potenzialmente rilevante per il/la partner sessuale, la cui violazione fosse penalmente sanzionata con pene elevate ed infamanti (come

<sup>55</sup> Sul punto v., *ex plurimis*, J. CROWE, *Fraud and consent in Australian rape law*, in *Criminal Law Journal*, 2014, p. 236 ss.; P. FALK, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, in *Brooklyn Law Review*, 39/1998, p. 38 ss.

<sup>56</sup> Le due previsioni in materia dei due ordinamenti, pur configurate in modo simile, si differenziano però a livello sanzionatorio, posto che solo il legislatore portoghese – in modo condivisibile – ha stabilito per gli atti penetrativi una cornice edittale (fino a 2 anni di reclusione, anziché da 1 a 6 anni) sensibilmente più mite rispetto a quella per gli atti «dissensuali» (art. 164); mentre nel Testo punitivo italiano la pena – ai sensi dell'art. 609-bis c.p. – è la medesima (da 6 a 12 anni, salvo applicabilità della riduzione fino a due terzi qualora il giudice qualifichi il fatto come «caso di minore gravità» ai sensi del 3° comma).

<sup>57</sup> Al riguardo va anzitutto menzionata la proposta, formulata sin dal 1986 dall'insigne giurista statunitense Susan Estrich (S. ESTRICH, *Rape*, in *Yale Law J.*, 1986, p. 1120) di «incriminare le frodi per ottenere sesso allo stesso modo in cui è proceduto per le frodi dirette a ottenere denaro». Analogamente si sono poi espressi, *ex multis*, T. DOUGHERTY, *Sex, Lies, and Consent*, in *Ethics*, 2013, p. 717 ss.; J. HERRING, *Mistaken Sex*, in *Crim. Law Rev.*, 2005, p. 511 ss.; R. JUBB, *Consent and Deception*, in *Journal of Ethics Soc.Phil.*, 2017, p. 223 ss.

<sup>58</sup> In argomento si consenta il rinvio a MACRÌ F., *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 23 ss.

<sup>59</sup> Cfr. J. CROWE, *Fraud and consent in Australian rape law*, cit., p. 236 ss. La sez. 61HJ del *Crimes Act* n. 40 del 1900 del *New South Wales* statuisce, invero, che si considera non consenziente colui che «(j): partecipa all'attività sessuale in quanto versi in errore su (i) l'identità, o (ii) lo stato coniugale del partner», o altresì in generale in ogni caso di "fraudulent inducement" [lett. k)]. In sintesi, «l'inganno su circostanze (soggettivamente) rilevanti per la decisione di aderire all'atto sessuale viene equiparato integralmente – quale causa di invalidità del consenso – alla *vis*, salvo le limitazioni disposte dalla sez. 61HJ (3), ai sensi della quale «non si considera induzione fraudolenta [agli atti sessuali] la *misrepresentation* dei redditi, del patrimonio o dei sentimenti»: l'esclusione della punibilità delle menzionate tipologie di "sex fraud", pur condivisibile trattandosi di inganni frequentemente riscontrabili a livello empirico, appare peraltro incongrua ed arbitraria se si considera che da essa consegue, ad es., la potenziale punibilità per «*Sexual assault*» (sez. 61I – pena della reclusione fino ad anni 14) di chi ottenga il consenso sessuale mentendo sul proprio titolo di studio, o sulla propria età, ma non di chi convinca fraudolentemente il/la partner di essere un ricco imprenditore o un facoltoso ereditiere» (F. MACRÌ, *ivi*, p. 24).

anzitutto quelle per lo “stupro”), configurerebbe un’inaccettabile intromissione paternalistica del sistema penale nella vita dei consociati, orientata alla promozione di un modello “etico” di gestione dell’interazione intersoggettiva nel contesto della seduzione e del corteggiamento<sup>60</sup>.

Minori criticità derivano, al contrario, dalla prescritta «specificità» del consenso sessuale, essendo generalmente condiviso il principio per cui il consenso di una persona alla realizzazione di un determinato atto sessuale non implica l’accettazione, da parte sua, di qualunque altra tipologia di condotta sessuale: ciò, in particolare, dovrebbe implicare non solo – come è evidente – l’illiceità di una penetrazione anale posta in essere a fronte della mera adesione ad un rapporto vaginale, ma altresì la rilevanza penale di determinate modalità di conduzione non specificamente condivise dell’atto sessuale, come lo *stealththing* (cioè la rimozione o il danneggiamento, senza consenso, del condom) oppure l’ejaculazione non concordata all’interno della vagina<sup>61</sup>.

### 2.2.2. La natura preventiva e la revocabilità del consenso.

Il principio che il [valido] consenso per uno specifico atto sessuale venga comunicato previamente rispetto all’inizio dell’esecuzione del suddetto atto è oramai da tempo pacificamente acquisito nella cultura giuridica europea: la tipizzazione dello stesso nella riformata disciplina settoriale francese è dunque assolutamente condivisibile. Una “ratifica” data in un momento successivo all’inizio delle attività sessuali, del resto, non potrebbe sanare la mancanza del consenso (inteso sempre quale “adesione interiore in qualche maniera exteriorizzata”) nella porzione iniziale dell’atto.

Tutto ciò appare privo di criticità sotto il profilo teorico, ma in realtà sovente emergono talune problematiche alla luce della complessa realtà fenomenica delle relazioni interpersonali sessualmente connotate. Si pensi a quelle, tutt’altro che rare, relazioni di coppia – più o meno stabili – i cui membri

---

<sup>60</sup> Alcuni commentatori (J. RUBENFELD, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 1416) hanno evidenziato che una tale soluzione normativa condurrebbe potenzialmente a conseguenze paradossali, ad esempio che una donna potrebbe – quanto meno in astratto – essere condannata per stupro qualora si truccasse e vestisse in maniera tale da nascondere rilevanti difetti fisici, ed il partner sessuale riuscisse a dimostrare che, in assenza di tale trucco e abbigliamento, non avrebbe mai accettato di avere un rapporto sessuale con lei.

<sup>61</sup> In merito v., tra i tanti, A. BRODSKY, *“Rape-adjacent”*: *Imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, in *Col. Journal of Gender and Law*, 2017, p. 183 ss.; S. MAYR- K. SCHMOLLER, *Particularized Consent and Non-Consensual Condom Removal*, in J. WEIGEND-T. HÖRNLE (a cura di), *Consent and sexual offenses*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p. 95 ss. In lingua italiana v. P. CAROLI-J. GENEUSS, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo “Stealththing” davanti al giudice penale*, in *Dir. pen. cont. (riv. trim.)*, 1/2021, p. 136 ss.

adottino modalità ben poco esplicite di comunicazione della propria volontà sessuale: *quid iuris* se Tizia, consapevole che il compagno Caio ha sempre apprezzato ciò, sveglia lo stesso al mattino praticandogli una *fellatio*? Nella fattispecie concreta *de qua*, alla luce del novellato art. 222-22 c.p.f., si potrebbe assumere che vi sia un consenso previo all'atto, ma non sarebbe così immediato predicarne la specificità (essendo stato dato con riferimento ad atti del medesimo tipo realizzati in precedenza). Pur non potendosi approfondire in questa sede tutte le sfaccettature del tema<sup>62</sup>, va comunque affermato che in tali ipotesi gli organi giudicanti dovrebbero vagliare da un lato la sussistenza, in capo all'imputato/a, della consapevolezza del mancato consenso del partner (qualora, come in Francia – diversamente ad es. che in Svezia – non fosse prevista la rilevanza penale degli atti sessuali colposi), e dall'altro valorizzare adeguatamente le peculiarità intersoggettive, modali, locali, temporali, ecc. dell'interrelazione sessuale.

La norma in commento, inoltre, sancisce la revocabilità del consenso sessuale. In tal modo viene sancito il principio – espresso in modo esplicito nel progetto di legge in materia approvato dalla nostra Camera dei Deputati il 19 novembre 2025<sup>63</sup> – dell'attualità del consenso. Anche in questo caso, d'altro canto, nella prassi applicativa si pongono rilevanti problematiche sotto il profilo dell'accertamento della consapevolezza, in caso al(la) partner, della revoca dell'altrui consenso all'attività sessuale in corso di svolgimento: spesso, infatti, la cessazione dell'adesione interiore alla stessa si traduce in uno stato di passività<sup>64</sup>, che non sempre è facilmente distinguibile da una mera acquiescenza consensuale alla prosecuzione della condotta altrui. In simili ipotesi, qualora non vi siano elementi da cui desumere che il/la partner abbia avuto coscienza – quanto meno a titolo di dolo eventuale – della revoca del consenso (ad es. per aver compiuto all'improvviso condotte violente non concordate che hanno terrorizzato la vittima), l'unico esito rispettoso del principio di colpevolezza è l'esclusione del dolo (e in talune ipotesi anche della colpa, negli ordinamenti che – diversamente da quello francese – la contemplan in tale ambito punitivo).

---

<sup>62</sup> A tal fine si rinvia, per tutti, a J. KOSHAN, *Marriage and Advance Consent to Sex*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2016, p. 1377 ss.

<sup>63</sup> Atto Camera n. 1693-A: "Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso", a riguardo del quale si rinvia a A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello "consensuale"*, cit., p. 10 ss.; oltre che *infra*, § 3.

<sup>64</sup> In merito per i profili giuridico-penali v., per tutti, G. CALETTI, *Immobilità tonica e assenza di consenso nella violenza sessuale*, in *Giur. It.*, 7/2025, p. 1609 ss.; per i profili empirici v. invece C. CLERICI *et al.*, *Ipnosi animale: immobilità tonica e basi biologiche di trauma e dissociazione*, Roma, Aracne, 2011. In lingua inglese, per i profili giuridici, v. M. SCHIEWE, *Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws*, in *DePaul Journal of Women, Gender & the Law*, 1/2019, p. 1 ss.

2.2.3. La necessaria considerazione dei fattori circostanziali, e il divieto di equiparazione tra passività/silenzio e consenso.

L’inserimento, nel testo dell’art. 222-22 c.p.f., di una clausola per cui il consenso sessuale «va apprezzato con riguardo alle circostanze» rappresenta, ad avviso dello scrivente, il profilo maggiormente apprezzabile della riforma francese *de qua*.

Sancendo il principio che la condivisione effettiva delle attività sessuali da parte di tutti i partecipanti va accertata sulla base delle circostanze, il legislatore d’oltralpe – oltre a recepire quanto disposto dall’art. 36 Conv. di Istanbul<sup>65</sup> – si è allontanato da quella visione “notarile” del consenso sessuale caratterizzante le versioni più radicali della teoria dell’*affirmative consent*, avvicinandosi invece a quella valorizzazione dei profili interiori/attitudinali del consenso che contrassegna il modello della volontarietà: ciò, comunque, non modifica la tendenziale ascrizione della novellata legislazione penale sessuale francese al “modello consensuale puro”, operata sulla base di una valutazione globale della stessa. Nondimeno, in assenza di una specificazione delle circostanze da valutare, sarà fondamentale l’applicazione giurisprudenziale: non si ritiene criticabile *in re ipsa*, tuttavia, la mancata tipizzazione puntuale delle stesse, posta la complessità fenomenica dei contesti in cui sovente si sviluppano le interazioni sessuali (anche i legislatori di Spagna e Svezia, del resto, hanno operato la medesima scelta normativa in sede di riforma dei reati sessuali<sup>66</sup>). Senza ripetere integralmente quanto già osservato in precedenza<sup>67</sup>, circostanze da considerare potranno essere, primariamente, i rapporti interpersonali tra i soggetti, nonché il contesto spaziale (es.: bagno di un locale pubblico, luogo isolato, ecc.) e quello temporale (es.: orario notturno ecc.) caratterizzanti le dinamiche d’interazione conoscitiva e sessuale tra i soggetti.

Il secondo comma dell’art. 222-22 si chiude sancendo che la sussistenza del consenso «non può essere dedotta dal solo silenzio o dalla sola assenza di reazione della vittima». Trattasi, pure in questo caso, di una disposizione senz’altro condivisibile in astratto, posto che la passività in quanto tale, in un’ottica di “sessualità comunicativa” scevra da qualunque sopraffazione o abuso, non può in alcun modo essere equiparata ad un consenso effettivo, pur se quest’ultimo – secondo l’impostazione teorica qui seguita – può essere

---

<sup>65</sup> Norma riguardante la “Violenza sessuale, compreso lo stupro”, il cui comma 2° dispone che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto».

<sup>66</sup> V. *supra*, §§ 1.1.2 e 1.1.3.

<sup>67</sup> V. *supra*, § 1.1.2.

validamente esteriorizzato anche con sguardi, sorrisi, gesti e altre modalità non verbali, a patto che esse siano univoche (il che succede meno frequentemente nel caso di prima interazione sessuale tra i soggetti). In concreto, purtuttavia, sarà necessario che nella prassi applicativa la passività ed il silenzio durante l'atto non vengano assunti, in quanto tali, come prova incontrovertibile della non consensualità. Occorre quindi, auspicabilmente, che la prescrizione *de qua* venga applicata congiuntamente a quella che impone la valorizzazione dei fattori circostanziali. Al fine di concretizzare al meglio tale concetto, si ritiene utile avvalersi di un caso reale, oggetto di una sentenza della *Cour de Cassation* del 2024<sup>68</sup>, in cui si è discusso se la passività di una ragazza durante un rapporto sessuale costituisca o meno indice di mancato consenso (in quanto frutto della reazione denominata «immobilità tonica» [*état de sidération*])<sup>69</sup>. Nella vicenda storica *de qua*, una ragazza giovane era stata improvvisamente svegliata, nel sonno, dallo zio quarantenne, il quale – senza indugi – aveva immediatamente proceduto a realizzare atti sessuali con la nipote, la quale non aveva reagito in quanto il suo corpo si era bloccato a causa del subentrare dell'appena menzionata reazione<sup>70</sup>. La Suprema Corte francese aveva quindi confermato la condanna pronunciata in sede d'appello, ravvisando la congruità della qualificazione dei fatti quali «Aggressione sessuale [non penetrativa]» commessa mediante *surprise* e coazione («*contrainte*», nel caso di specie morale)<sup>71</sup>. Lasciando da parte la rilevanza penale di tale condotta anche ai sensi della disciplina previgente, il caso esposto rappresenta una paradigmatica ipotesi in cui la passività e la non opposizione della vittima sono accompagnate da circostanze tali, in concreto, da escludere la sussistenza di un'acquiescenza riflettente un'interiore adesione alle condotte dall'agente. Siffatte circostanze erano, nello specifico: a) il rapporto di parentela e la differenza d'età; b) il fatto che, pur conoscendosi da molti anni, non vi era stata alcuna interazione sessuale e/o romantica tra i due; c) la repentinità dell'approccio sessuale non preannunciato; d) l'ingresso in una stanza in cui la ragazza dormiva indisturbata, trovandosi quindi in una situazione di – pur temporanea e relativa – vulnerabilità.

---

<sup>68</sup> Cour de Cass., 11 settembre 2024, n. 23-86.657, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>69</sup> Sul punto v., tra i commenti dottrinali alla citata pronuncia, P. GARBARINI, *Agression sexuelle: l'état de sidération vaut désormais surprise*, 2 dicembre 2024, in [www.actu-juridique.fr](http://www.actu-juridique.fr); L. RICHEFEU, *Agression sexuelle: être sidérée ne signifie plus consentir*, 27 settembre 2024, in [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com).

<sup>70</sup> Cour de Cass., 11 settembre 2024, cit.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

#### 2.2.4. L'omessa rimodulazione delle sanzioni edittali a fronte dell'ampliamento del novero delle condotte sessuali penalmente rilevanti.

Se, con riferimento all'introduzione del paradigma consensuale (tendenzialmente ascrivibile al modello "consensuale puro") quale cardine della disciplina penale sessuale, la valutazione della novella legislativa francese espressa nelle scorse pagine è in prevalenza positiva, vanno però evidenziati taluni profili di criticità dell'assetto normativo vigente risultante dalla legge *de qua*. La loi n. 2025-1057, a ben vedere, non è intervenuta sulla disciplina delle singole fattispecie relative alle condotte penetrative («*Viol*», artt. 222-23 ss.) e non penetrative («*Autres agressions sexuelles*», artt. 222-27 ss.), salvo per l'inclusione tra le prime degli «atti bucco-anali»<sup>72</sup>.

La riforma del 2025 ha quindi ampliato il novero degli atti sessuali penalmente rilevanti, includendovi anche quelli "meramente non consensuali", ma non ha provveduto – al contempo – ad armonizzare la concreta disciplina delle singole fattispecie (penetrative e non penetrative, aggravate e base, ecc.) con tale importante spostamento del baricentro dell'illiceità delle stesse. In conseguenza di ciò, il diritto penale sessuale francese vigente – ed in particolare il crimine di «Stupro» – potrebbe porsi in tensione con taluni fondamentali principi di garanzia del diritto penale.

Le criticità riguardano soprattutto il versante sanzionatorio, visto che – come si è già osservato<sup>73</sup> – sin dall'entrata in vigore dell'attuale Testo punitivo (1994), il «*Viol*» è punito con la reclusione criminale da 10 a 15 anni<sup>74</sup>, che però in gran parte dei casi si eleva nel massimo a 20 anni<sup>75</sup>. A tal proposito, considerando l'attuale – si ribadisce, condivisibile – rilevanza penale degli atti sessuali meramente non consensuali, un atto di sesso orale di breve durata praticato da un coniuge su un altro non consensualmente (ma senza violenza, minaccia ecc.) è sanzionabile con una pena detentiva tra 10 e 20 anni. Ad avviso dello scrivente, ciò comporta anzitutto una violazione del principio di proporzionalità, in quanto la vigente disciplina francese configura pene potenzialmente sproporzionate in eccesso rispetto al disvalore effettivo di talune condotte<sup>76</sup>. La riforma del 2025,

---

<sup>72</sup> Per «atti bucco-anali» si intendono le condotte in cui vi è contatto tra l'ano di una persona, e la bocca di un'altra. Siffatta estensione della sfera di applicazione del più grave reato sessuale fa seguito a quella, avvenuta ad opera della loi n. 2018-703, in virtù della quale gli «atti bucco-orali» (*fellatio e cunnilingus*) erano stati inseriti nel novero di quelli penetrativi.

<sup>73</sup> V. *supra*, § 2.1.

<sup>74</sup> Il minimo edittale di 10 anni di reclusione criminale per i crimini è sancito dall'art. 131-1/2 del *Code pénal*, mentre gli artt. 131-3 ss., relativi alle "pene correzionali" non contemplano alcun minimo edittale di pena per i delitti.

<sup>75</sup> L'art. 222-24 c.p.f. prevede, infatti, ben quindici diverse fattispecie aggravate.

<sup>76</sup> Sulla possibile tensione tra normative penali sessuali "consent-based" ed il principio di proporzionalità (oltre

pertanto, è criticabile per l'omessa introduzione di autonome fattispecie criminose deputate a sanzionare in modo congruo e proporzionato le intrusioni "meramente non consensuali" (ma non violente, minacciose ecc.) nella sfera sessuale altrui: nel caso degli atti sessuali penetrativi, a titolo esemplificativo, si sarebbe potuto tipizzare un delitto (non crimine, visto il minimo edittale di 10 anni di reclusione *ex lege*) di «Atti sessuali penetrativi non consensuali», ferma restando la punibilità per «Stupro» (art. 222-23) delle condotte realizzate mediante violenza, coazione, sorpresa o minaccia. La disciplina vigente, del resto, nell'etichettare come «Stupro» intrusioni meramente non consensuali della sfera sessuale altrui (a fronte, peraltro, di un concetto molto ampio di «atto di penetrazione sessuale»), viola anche il principio del "*fair labelling*"<sup>77</sup>, ovvero della "equa etichettatura" della condotta del reo, il cui scopo è «garantire una qualificazione giuridica dei fatti che ne rispecchi l'effettivo disvalore»<sup>78</sup>. Correlativamente, è riscontrabile altresì una violazione del **principio di uguaglianza**, dal momento che chiunque realizzi un'intrusione penetrativa «meramente non consensuale» della sfera sessuale altrui – al netto dell'applicabilità di fattispecie aggravate (*ex art. 222-24 c.p.f. ecc.*), che comunque contemplano il medesimo minimo edittale – viene sanzionato, quale responsabile di «Stupro», con la medesima pena di chi perpetri una costrizione sessuale mediante violenza o minaccia<sup>79</sup>.

### 3. Spunti di riflessione per il processo legislativo di riforma italiano.

L'appena commentata riforma del diritto penale sessuale francese offre senz'altro importanti elementi di valutazione al legislatore italiano, il quale al momento (15 gennaio 2026) sta procedendo – in sede di Commissione Giustizia

---

che di uguaglianza, colpevolezza, frammentarietà e "*fair labelling*") v., per tutti, tra i più recenti, A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello "consensuale"*, cit., in particolare pp. 7, 11 e 12. Sul principio di proporzionalità in generale v., in particolare, V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI-T. TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2013*, Milano, Treccani, 2013, p. 103 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, in *Leg. pen.*, 12/2020, p. 1 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>77</sup> In argomento v., nella dottrina italiana, M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 553 ss.; con riferimento specifico alla "etichettatura penalistica" delle condotte sessuali v. poi A. CADOPPI, "*Un bacio è solo un bacio*". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 43 ss.; ID., *Il "reato penale"*, Napoli, ESI, 2022, p. 385 ss.

<sup>78</sup> Sia permessa un'ulteriore citazione di MACRÌ F., *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 5.

<sup>79</sup> In senso analogo si esprime A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello "consensuale"*, cit., p. 3, con riferimento alla recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità italiana in materia di "Violenza sessuale".

del Senato – ad approfondimenti e valutazioni a seguito dell’approvazione all’unanimità, da parte della Camera, del p.d.l. C.1693 (al Senato: d.d.l. S.1715), di modifica dell’art. 609-*bis* c.p.<sup>80</sup>.

La proposta legislativa approvata il 19 novembre a Montecitorio, difatti, pur introducendo nel testo della «Violenza sessuale» il condivisibile principio per cui la rilevanza penale degli atti sessuali richiede la commissione degli stessi «senza il consenso libero e attuale» del(la) partner, è nondimeno caratterizzata da una serie di problematicità di rilievo<sup>81</sup>, le quali possono essere meglio inquadrare alla luce dell’analisi comparatistica della recente novella legislativa francese. Se già la riforma del *Code pénal* è criticabile per non aver adeguato – soprattutto a livello sanzionatorio – la disciplina di dettaglio dei due principali reati sessuali al nuovo assetto normativo caratterizzato dall’estensione della punibilità a condotte «meramente non consensuali»<sup>82</sup>, ancor più contestabile è l’omessa armonizzazione della nuova “clausola consensualistica”, inserita nel 1° comma dell’art. 609-*bis*/1 c.p. dal progetto C.1693, con la restante disciplina – rimasta sostanzialmente immutata – dei reati sessuali, nonché la stringatezza della menzionata clausola.

Partendo da quest’ultimo profilo, va evidenziata la carente efficacia precettiva di una definizione del consenso che si limita a prescrivere unicamente che lo stesso debba essere «libero ed attuale», senza fissare dei parametri tali da limitare la discrezionalità degli organi giudicanti in sede applicativa. Si ritiene, al riguardo, che la norma di cui al novellato art. 222-22 del Testo punitivo francese possa costituire un valido modello di riferimento, prescrivendo la suddetta – oltre alla necessaria libertà e attualità («*préalable et révocable*») dello stesso – che il **consenso** sessuale debba essere altresì: a) specifico; b) informato; c) apprezzato con riguardo alle circostanze; e d) non dedotto dal solo silenzio o dalla sola assenza di reazione della vittima.

Un ulteriore tratto caratterizzante (già prima dell’8 novembre 2025) del diritto penale sessuale francese – riscontrabile in pressoché tutte le normative europee di settore – che andrebbe preso in considerazione dal legislatore italiano in sede di modifica degli artt. 609-*bis* c.p., è senz’altro la differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti, peraltro presente nel nostro Testo punitivo sino all’entrata in vigore della l. n. 66/1996<sup>83</sup>. A tal proposito, sarebbe coerente con i

---

<sup>80</sup> Proposta di legge A.C. 1693-A (proponenti: L. Boldrini ed altri): “Modifica dell’articolo 609-*bis* del Codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso”, approvata dalla Camera dei Deputati il 19 novembre 2025.

<sup>81</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., p. 1; e altresì G.L. GATTA, *Perché è necessaria la riforma sul consenso*, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 3 dicembre 2025.

<sup>82</sup> V. *supra*, § 2.2.4.

<sup>83</sup> In argomento v., *ex plurimis*, S.R. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in A. CADOPPI (a cura di), *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, UTET, Milano, 2006, p. 46 ss.; P.

canoni di proporzionalità, uguaglianza e *fair labelling* di un diritto penale sessuale differenziato configurare autonome incriminazioni, meno severamente sanzionate (e non etichettate come «Stupro»), per la punizione degli atti sessuali non penetrativi.

Sempre nella medesima ottica si ritiene auspicabile, per converso, discostarsi dalla riforma francese tipizzando, negli artt. 609-*bis* ss. c.p., distinte fattispecie per incriminare da un lato le violazioni «meramente non consensuali» dell'altrui libertà sessuale, e dall'altro quelle perpetrate con modalità coercitive, abusive ecc. In tale contesto, naturalmente, il *nomen iuris* «Violenza sessuale» andrebbe espunto dal codice, mentre la denominazione «Stupro» potrebbe congruamente essere associata alle aggressioni sessuali penetrative violente, minacciose ecc.

Da ultimo, pur non essendo stata tipizzata nell'ordinamento francese, si potrebbe valutare l'introduzione nel nostro ordinamento – sulla falsariga di quelli di Svezia, Olanda, Norvegia e Croazia – di una fattispecie di «Atti sessuali colposi penetrativi» (la denominazione come «Stupro» costituirebbe un vulnus del “*fair labelling*”)<sup>84</sup>. In ossequio ai principi di *extrema ratio* e proporzionalità, la rilevanza penale della commissione colposa sarebbe esclusa non solo per gli atti sessuali non penetrativi, ma altresì per quelli penetrativi realizzati con colpa lieve, come suggerisce l'analisi comparatistica<sup>85</sup>. Una tale incriminazione, inserita (pur con diverse modalità di tipizzazione) anche nella proposta di riforma dei reati sessuali presentata dall'AIPDP nel 2019<sup>86</sup>, potrebbe – come autorevolmente sostenuto – «(...) evitare che i giudici facciano rifluire interpretativamente ipotesi di colpa nel dolo (...)»<sup>87</sup>: il rischio appena menzionato, del resto, pare essersi concretizzato nel recente diritto vivente italiano alla luce dell'orientamento della

PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss.;

<sup>84</sup> Sul tema degli atti sessuali colposi v., in italiano, il recente contributo di I. IOVINELLA, *Problemi e prospettive dell'errore sul consenso nella violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.*, in *www.penaledp.it*, 15 dicembre 2025, p. 13 ss.; nonché M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de direito brasileira*, 2020, p. 280 ss. In inglese v., *ex multis*, J. TEN VOORDE, *Sexual assault and rape in the new Dutch Sexual Offences Act: on perpetration, intent, and negligence*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 3/2024, p. 216 ss.; L. WALLIN *et al.*, *Capricious credibility: legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements*, in *Nordic Journal of Criminology*, 1/2022, p. 3 ss.; L. WEGERSTAD, *Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law*, in E. HOVEN- T. WEIGEND (a cura di), *Consent and Sexual Offenses: Comparative Perspectives*, Nomos, Baden-Baden 2022, p. 119 ss.

<sup>85</sup> Si rinvia nuovamente, sulla questione, ai testi citati nella nota precedente.

<sup>86</sup> Al riguardo v. M. BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale”*, in AIPDP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano, DiPLaP, 2023, p. 364; S. SEMINARA *et al.*, *Riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale (relazione di accompagnamento e proposta di articolato)*, in AIPDP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 349.

<sup>87</sup> Così A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., p. 12.

Suprema Corte che qualifica come «errore sul precetto», e non sul fatto, l'erronea supposizione da parte del soggetto attivo della sussistenza del consenso del(la) partner<sup>88</sup>.

#### 4. Conclusioni.

La svolta consensualistica del diritto penale sessuale francese del 2025 rappresenta l'ultima di una serie di riforme dei principali ordinamenti europei, a seguito delle quali tutti i principali Paesi del continente – salvo il nostro e la Russia – hanno formalmente abbandonato il paradigma coercitivo di disciplina dei reati sessuali. In esito all'indagine comparatistica, condotta valorizzando il formante giurisprudenziale, è emerso che la tipizzazione legislativa degli «atti sessuali non consensuali» nel diritto penale francese fosse necessaria, non avendo introdotto la *Cour de Cassation* in via giurisprudenziale<sup>89</sup>, a differenza della nostra Suprema Corte<sup>90</sup>, la rilevanza *tout court* delle condotte sessuali non consensuali.

Pur criticabile nei limiti in cui non ha proceduto a differenziare gli atti sessuali meramente non consensuali da quelli imposti con modalità costrittive o abusive, la revisione legislativa francese è comunque – nel complesso – apprezzabile per avere sancito la centralità del consenso sessuale erigendo al contempo, quanto meno a livello normativo, un argine nei confronti della formalizzazione delle modalità di comunicazione sessuale proposta dai fautori dell'*affirmative consent*.

Ci si augura pertanto che il Parlamento italiano introduca una disciplina penale sessuale che, pur sancendo la centralità del consenso di ogni persona coinvolta nelle attività sessuali, proceda – nel pieno rispetto dei principi di legalità, proporzionalità, colpevolezza, uguaglianza e *fair labelling* – ad un'adequata differenziazione (a livello sanzionatorio e di *nomen iuris*) delle diverse condotte lesive della libertà sessuale altrui, sia sotto il profilo delle modalità di condotta, sia sotto quello dell'entità dell'intromissione nella corporeità sessuale. In particolare, si auspica che il nuovo diritto penale sessuale italiano sia caratterizzato da disposizioni la cui formulazione sia tale da opporsi a quella recente tendenza giurisprudenziale, soprattutto in sede di esegesi

---

<sup>88</sup> Tra le sentenze più recenti che accolgono tale orientamento v. Cass. pen., Sez. III, 8 agosto 2024, n. 32248, in <https://dejure.it>. In dottrina v., in argomento, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 23 ss.; G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 194 ss.; M. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action*, cit., p. 51 ss.; I. MERENDA, *La "ley del solo sì es sì"*, cit., p. 21 ss.

<sup>89</sup> V. *supra*, § 2.1.

<sup>90</sup> In tal senso v., per tutti, G.L. GATTA, *Perché è necessaria la riforma sul consenso*, cit., secondo il quale, in Italia, «la giurisprudenza da tempo va oltre la lettera della legge ravvisando il reato in assenza del consenso, pur quando l'atto sessuale non è violento».

dell'elemento soggettivo, a imporre una sorta di “formalizzazione” delle modalità di comunicazione in ambito sessuale<sup>91</sup>.

L'introduzione della necessaria veste formale dell'esteriorizzazione del consenso sessuale interiore/attitudinale, come propugnato dai fautori di molte delle proposte ascrivibili al paradigma consensuale affermativo, condurrebbe *de facto* ad una soppressione della possibilità di esercitare serenamente la propria libertà sessuale positiva come la conosciamo oggi (e grazie alla quale si perpetua il ciclo della vita). Introdurre un assetto regolatorio penale nel quale l'unico modo per relazionarsi sessualmente, schermandosi (quasi) totalmente dal rischio di una condanna fino a 10/15 anni di reclusione, fosse quello di documentare inoppugnabilmente il perdurante consenso del(la) partner all'atto, priverebbe i consociati di quelle componenti di spontaneità, passionalità, fascinazione e/o intrigo che rendono, per molti, il sesso una delle componenti essenziali della “*joie de vivre*”. Per ottenere la menzionata documentazione incontestabile del perdurante “consenso esplicitato” altrui ad un coito – al netto di eventuali alternative offerte dall'intelligenza artificiale – l'unica soluzione potrebbe, difatti, consistere nel procedere ad un'integrale documentazione audio-visiva dell'intero rapporto sessuale<sup>92</sup>: in aggiunta, occorrerebbe probabilmente reiterare in maniera continuativa al(la) partner, durante l'amplesso, l'invito a confermare la propria condivisione dello stesso, al fine di attestare la non revoca del consenso nel corso dell'atto. In un certo senso, si rischierebbe paradossalmente di imporre all'intero corpo sociale uno standard simile a quello adottato – congruamente, visto il contesto – in alcuni ambiti “virtuosi” dell'industria pornografica, in cui gli atti sessuali vengono sovente interrotti (anche per esigenze di produzione), e si utilizza la c.d. “*safe word*” per bloccare all'istante ogni interazione sessuale non (più) voluta<sup>93</sup>.

Al momento, comunque, tale illiberale scenario – quanto meno con riferimento alla novellata legislazione penale sessuale vigente in Francia, nonché negli altri ordinamenti europei che hanno proceduto ad analoghe riforme “consensualistiche” – non sembra essersi concretizzato. Occorre però porre attenzione, in ottica *de iure condendo* – nonché *de iurisprudencia constituenda* – affinché si mantenga il giusto equilibrio tra il fondamentale diritto a rifiutare qualunque proposta sessuale, e quello di esprimere la propria sessualità positiva

---

<sup>91</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>92</sup> Procedere, come pure è stato proposto (v. al riguardo A. GRUBER, *Affirmative consent*, cit., p. 65 ss.), alla stipula preventiva di un contratto scritto avente ad oggetto ogni dettaglio dell'atto sessuale in realtà non sarebbe sufficiente ad attestare la sussistenza di un'adesione protratta per tutta la durata dell'interazione sessuale.

<sup>93</sup> In argomento v., per tutti, G. WESTLAKE, *BDSM Safety in Pornography: Its Perceived Accuracy and Impact on Practitioners' Safe Word Practices*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2024, p. 3475 ss.

in modo spontaneo, e non “autoritativamente conformato” ad un paradigma (per molti) artificiale.

**CHI TACE ACCONSENTE?  
IL CREPUSCOLO DELL’UOMO CACCIATORE E DELLA DONNA PREDA (\*)**

*La riforma dell’art. 609-bis del Codice penale banco di prova culturale*

di Paola Di Nicola Travaglini

*Il contributo analizza la riforma dell’art. 609-bis c.p. attraverso un approccio che integra dimensione giuridica e culturale, dimostrando come lo stupro costituisca un delitto di potere, estraneo alla sessualità, storicamente utilizzato come strumento maschile di sottomissione delle donne. L’analisi dei “miti dello stupro” – credenze stratificate che giustificano l’aggressione sessuale e colpevolizzano le vittime – rivela la loro persistente influenza nelle prassi giudiziarie e nell’interpretazione, ostacolando l’effettiva tutela dell’autodeterminazione sessuale femminile a garanzia del solo desiderio maschile. Lo studio esamina comparativamente i modelli normativi, distinguendo tra paradigma coercitivo (fondato su violenza/minaccia), consensuale “riconoscibile” e consensuale affermativo (centrato sull’assenza di consenso libero e attuale). Particolare attenzione è dedicata alla critica del modello tedesco del “consenso riconoscibile”, ritenuto inadeguato rispetto agli standard della Convenzione di Istanbul e della giurisprudenza CEDU, che impongono di non trasferire sulla vittima l’onere di manifestare il dissenso. Il consenso viene qualificato non come atto formale, ma come processo relazionale fondato su reciprocità, ascolto e riconoscimento dell’alterità che impone di ridiscutere il modello della sessualità maschile. L’articolo dimostra che il modello consensuale affermativo, adottato in 17 Stati UE e avallato dalla Corte EDU e dal Comitato CEDAW, non inverte l’onere probatorio né comprime le garanzie difensive, ma richiede una valutazione contestuale che consideri gli squilibri di potere e vieti l’uso di stereotipi sessisti. Si conclude sostenendo la necessità per l’Italia di adottare tale modello, già anticipato dalla giurisprudenza di legittimità, per adempiere agli obblighi sovranazionali e operare un cambio di paradigma culturale nelle relazioni tra i sessi e nel diritto.*

SOMMARIO: 1. Premessa. La necessità di partire dalle radici culturali dello stupro. – 2. I dati. Un delitto commesso dagli uomini nei confronti delle donne. – 3. Il posizionamento culturale come premessa del dibattito giuridico. – 4. Lo stupro come perenne intimidazione ed ingiustizia epistemica. – 5. La dimensione culturale dello stupro: il silenziamento giuridico delle donne. – 6. Lo stupro e la costruzione dei miti che lo giustificano. – 6.1. Il retaggio biblico: dal Deuteronomio al controllo dei corpi femminili. – 6.2. Ovidio e il

---

(\*) Il presente contributo costituisce l’approfondimento e la rielaborazione delle relazioni depositate dalla sottoscritta presso la Commissione giustizia sia della Camera che del Senato all’esito delle proprie audizioni nell’ambito dell’esame del disegno di legge recante *Modifica dell’articolo 609 bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*.

trucco millenario che alle donne piace la violenza: l'uomo è cacciatore e la donna è preda. – 6.3. Dal processo di Latina (1979) a J.L. c. Italia (2021): la persistenza dei miti dello stupro. – 7. La costruzione dei miti dello stupro e della vittima perfetta. – 7.1. I miti dello stupro e gli stereotipi giudiziari: strumenti di controllo sociale e di impunità. – 7.2. Il no e il “forse” delle donne valgono zero: sono sempre sì. – 7.3. Le donne denunciano falsamente. – 7.4. Restare immobilizzate è consenso. – 7.5 La vittima di stupro denuncia per un interesse economico. – 7.6. I miti dello stupro che giustificano gli uomini e il diritto di questi a non comprendere. – 8. Il consenso sessuale: accettare o scegliere? L'inconsapevolezza maschile. – 9. Il consenso da questione tecnica a tema centrale del dibattito pubblico. – 10. I limiti e le potenzialità del diritto penale nel cambiamento culturale. – 11. Le fonti sovranazionali, la Corte EDU, il Comitato CEDAW: la scelta del modello consensuale. – 11.1. L'articolo 36 della Convenzione di Istanbul come standard minimo europeo. – 11.2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: consenso, divieto di resistenza e di utilizzo dei miti dello stupro. – 11.3. Il Comitato CEDAW: Vertido c. Philippines, A.F. c. Italia e i miti dello stupro come discriminazione. – 12. I modelli di definizione dei reati sessuali: a) dal modello coercitivo al modello consensuale. – 12.1. Il modello italiano: il paradigma coercitivo superato dall'evoluzione giurisprudenziale. – 12.2. I modelli comparati: l'evoluzione verso il “consenso affermativo”. – 12.3. Gli elementi comuni dei modelli consensuali esaminati. – 13. I modelli di definizione dei reati sessuali: b) il modello del consenso “riconoscibile” o dissenso temperato. Il sistema tedesco (non in linea agli standard sovranazionali). – 13.1. La riforma tedesca del 2016: il consenso “riconoscibile” o dissenso temperato. – 13.2. Il condivisibile documento critico delle giuriste tedesche. – 14. L'onere probatorio nel modello consensuale affermativo: oltre ogni ragionevole dubbio e garanzie processuali. – 14.1. L'onere della prova grava sull'accusa (senza inversione). – 14.2. Le allegazioni difensive sul consenso. – 14.3. Il divieto di vittimizzazione secondaria nell'ascolto della vittima. – 15. La risposta ai timori rappresentati rispetto al modello consensuale affermativo. – 16. Conclusioni: la necessaria adozione del modello consensuale affermativo.

## 1. Premessa. La necessità di partire dalle radici culturali dello stupro.

«La nostra generazione vive malissimo il ruolo castrante delle donne. Siamo passati da una generazione in cui era l'uomo a dominare, a impedire il soddisfacimento sessuale e sociale della donna a una generazione in cui sono le donne che impediscono il soddisfacimento sessuale e sociale dell'uomo.»<sup>1</sup>

Se non partiamo dall'amarezza di questa frase, di un quarantenne che si ritiene deprivato della sua maschilità per la pretesa delle donne di non essere stuprate, rischiamo di non capire la profonda, quanto omessa, natura culturale dello stupro, di cui i modelli giuridici sono solo figli “imperfetti”.

Ci viene offerta la possibilità di interrogarci sul nuovo posizionamento, nella sessualità e nella società, di donne e uomini per abbandonare modelli arcaici, ritagliati sulla storia delle relazioni gerarchiche tra i generi, costruiti 4000 anni fa, profondamente mutati, ma, nella loro struttura fondante, invariati.

È noto che femminicidio, violenza sulle donne (in quanto donne) e stupro<sup>2</sup> appartengono alla sola specie umana. Françoise Héritier, antropologa francese,

<sup>1</sup> Citazione in C. CASTELAIN-MEUNIER, *Les métamorphoses du masculin*, Parigi, 2005, pp. 113 e 114.

<sup>2</sup> Di seguito verrà utilizzato il termine stupro perché “violenza sessuale” non corrisponde alla natura del delitto, infatti, sono rari i casi in cui esso si consuma con “violenza” e, comunque, non ha nulla a che vedere con la sessualità costituendo un delitto di potere e non di “piacere” volto all'umiliazione, alla distruzione

Professoressa emerita del *Collège de France*, ha spiegato «l'uomo è l'unica specie in cui i maschi uccidono le femmine della loro specie. Gli animali conoscono le gerarchie e si impegnano in combattimenti, ma non tra maschi e femmine, e i maschi non picchiano o uccidono deliberatamente le femmine nel loro gruppo. Ciò significa che il comportamento aggressivo degli uomini nei confronti delle donne non è effetto della natura animale e feroce dell'Uomo, ma di ciò che lo rende diverso, che chiamiamo coscienza, intelligenza o cultura.»<sup>3</sup>.

Si tratta, dunque, di ridefinire l'identità maschile<sup>4</sup>, ancora settata sull'ostentazione delle sue incontinenti prodezze soprattutto sessuali, anziché sulla relazione e sul riconoscimento dell'alterità femminile. Prima di essere una questione individuale, si tratta di un ben strutturato sistema sociale e culturale fondato sul dominio<sup>5</sup>, da conoscere a fondo, per superarlo nell'interesse di uomini e donne.

Il *leit motiv* che si è rincorso sui social, in questi mesi, riguardo all'introduzione della parola "consenso" nel delitto di stupro, soprattutto da parte degli uomini, è stato: «D'ora in poi bisognerà farsi firmare il modulo del consenso informato. Uomini, state attenti!»; «Conviene andare a prostitute, riapriamo le case chiuse», «Si andrà in galera per una s...ta», «Bisognerà stare attenti anche con la propria moglie», «Attenzione alle vendette personali».

Ciò che sorprende, oltre alla banalizzazione della complessità, è che mentre si pronunciavano queste frasi avvenivano eventi deflagranti che avrebbero richiesto una profonda riflessione sull'immaginario sessuale maschile, la cui ricaduta sul tema in esame è evidente.

Si richiamano quelli più significativi: 1) gli atroci e reiterati stupri di gruppo ai danni di bambine di 12 anni, da parte anche di minorenni del tutto "inconsapevoli" dell'enormità delle torture che praticavano, e l'allarme delle istituzioni per l'estensione e l'abbassamento progressivo dell'età degli abusi sessuali e il facile accesso, già dai 7-8 anni, a contenuti pornografici<sup>6</sup> che praticano l'umiliazione del corpo femminile e la violenza maschile; 2) la celebrazione "a porte aperte", su richiesta espressa della vittima, del processo a Dominique Pelicot<sup>7</sup> in cui i 50 imputati escludevano che fosse stupro avere

---

dell'intimità e all'oggettificazione del corpo della vittima.

<sup>3</sup> F. HÉRITIER, *L'Homme est la seule espèce dont les mâles tuent les femelles*, in *Sciences et Avenir*, 24 gennaio 2012.

<sup>4</sup> Per un importante e profondo dibattito culturale intorno al tema della virilità sessuale degli uomini, si vedano, tra gli altri, L. GASPARRINI, *Diventare uomini. Relazioni maschili senza oppressioni*, Bologna, 2024; E. CORN, L. MALGESINI, I. PEZZOTTA, *Era una brava persona: sguardi sulla violenza maschile contro le donne*, Torino, 2024; S. CICCONE, *Essere maschi tra potere e libertà*, Torino, 2020; I. JABLONKA, *Uomini giusti. Dal patriarcato alle nuove maschilità*, Parigi, 2019; R. W. CONNELL, *Maschilità*, Milano, 1996.

<sup>5</sup> P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, Milano, 2017.

<sup>6</sup> Vedi [Rassegna bibliografica, Infanzia e adolescenza, Percorso tematico minori di età e pornografia in rete](#), n. 2 del 2022, che, alla nota n. 23, riporta i dati di uno studio britannico.

<sup>7</sup> Il processo penale, celebrato nel 2024 presso il Tribunale di Avignone, ha riguardato gli stupri commessi tra luglio 2011 e ottobre 2020 da Dominique Pelicot, pensionato francese, ai danni della moglie, Gisèle Pelicot (che non ha inteso cambiare il proprio cognome) previa sua sedazione unitamente a circa 70 persone (ne sono state identificate 50), cercate in rete, a cui l'uomo aveva consentito di abusare sessualmente di lei, anche videoregistrando, mentre era in stato di totale incoscienza. Il processo si è concluso il 19 dicembre 2024 con la condanna di tutti i 51 imputati. Il processo ha suscitato un forte impatto nella società francese e nel mondo,

rapporti sessuali con una donna sedata bastando il consenso del marito, espresso con l'annuncio su internet «cerco complice perverso per abusare a rotazione di mia moglie, addormentata a casa mia. Lei prende sempre i sonniferi, non ti vedrà nemmeno. Bella troia puritana che non vuole farlo a tre»<sup>8</sup>; 3) i commenti indignati sulle motivazioni di una sentenza della Corte di appello di Torino che ha assolto un uomo denunciato per stupro in quanto «non si può affatto escludere che a XX la giovane abbia dato delle speranze, facendosi accompagnare in bagno, facendosi sporgere i fazzoletti, tenendo la porta socchiusa, aperture lette certamente dall'imputato come un invito ad osare...»<sup>9</sup>; 4) la scoperta sia del gruppo Facebook "Mia moglie", cui erano iscritti 32.000 uomini che pubblicavano immagini intime di figlie, bambine, mogli, amiche, suocere, pregando gli utenti di "andarci giù pesante nei commenti", sia del forum "Phica", con 700.000 iscritti, che secondo le stime del sito HypeSat, riportate da *L'Espresso*, generava 600.000 accessi al giorno e 20 milioni di visite al mese.

Alla luce di tutto questo, la riformulazione del delitto di stupro, anziché costituire un problema, declinato in termini giuridici, rappresenta una vera e propria occasione per rifondare categorie e sistemi di relazione che diamo per scontati pur sapendo che sono fondati su una libertà a senso unico. Questo richiede: una coraggiosa visione nella demolizione di tradizionali e comodi assetti di pensiero, rafforzati da radicati pregiudizi inconsci<sup>10</sup>; una netta presa di posizione nel ritenere lo stupro una delle più potenti violazioni dei diritti umani delle donne, tale da meritare un doveroso unanime contrasto anche cercando gli strumenti – culturali e giuridici – più utili per renderlo effettivo; un ripensamento degli strumenti interpretativi delle norme giuridiche e dei ruoli processuali alla ricerca di nuovi equilibri.

Solo a partire da qui, sarà possibile valutare il modello giuridico preferibile per il nostro Paese, alla luce delle Convenzioni sovranazionali ratificate dall'Italia e delle Direttive dell'UE, della giurisprudenza del Comitato CEDAW<sup>11</sup> delle Nazioni Unite, della Corte EDU e della Corte di cassazione, ormai consolidatasi e da ritenere diritto vivente.

---

dando vita a un profondo dibattito relativamente alla "normalità", all'impunità, al giustificazionismo e alla diffusione della cultura dello stupro.

<sup>8</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, Torino, 2025, p. 70.

<sup>9</sup> App. Torino, sez. IV, 20 aprile 2022, in *questa Rivista*, 22 luglio 2022, con commento di E. BIAGGIONI, [La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale: l'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello](#).

<sup>10</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, [Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico](#), in *questa Rivista*, 11 gennaio 2022.

<sup>11</sup> Comitato CEDAW (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women) è l'organo di esperti indipendenti che monitora l'applicazione della Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), adottata dall'assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata da 189 Paesi, compresa l'Italia (legge n. 132/1985, in vigore il 10 luglio 1985).

## 2. I dati. Un delitto commesso dagli uomini nei confronti delle donne.

Alla luce dei dati di seguito esposti, questo scritto si limiterà all'esame del solo stupro commesso dagli uomini nei confronti delle donne e non anche quello ai danni di bambini e di altri uomini che hanno diversa natura culturale<sup>12</sup>.

I dati dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) forniti nei primi mesi del 2016 e risalenti al 2013 (si tratta di 185 studi relativi a 86 Paesi), ad oggi non aggiornati<sup>13</sup> indicano che una donna su tre subisce una qualche forma di violenza e di queste non denuncia circa il 90%.

Si tratta di dati confermati a livello europeo: la Ricerca dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA)<sup>14</sup> riguarda 28 paesi dell'Unione europea (prima della Brexit), e stima che da 83 a 102 milioni di donne (vale a dire dal 45% al 55% del totale delle donne europee) hanno subito molestie sessuali dopo i 15 anni (nel 32% dei casi autore è una persona appartenente al contesto professionale) e che 3,7 milioni di donne hanno subito violenza sessuale nel corso dei 12 mesi precedenti le interviste dell'indagine.

L'autore è un uomo nel 97% dei casi di violenza sessuale (i detenuti per violenza sessuale in Europa sono il 99% uomini e le loro vittime sono in 9 casi su 10 donne)<sup>15</sup>.

In Italia la più attendibile fonte è costituita dall'indagine ISTAT 2025<sup>16</sup> che ha attestato i seguenti numeri: 6 milioni e 400.000 donne italiane tra i 16 e i 75 anni, cioè il 31,9%, ha subito nel corso della propria vita almeno una forma di violenza fisica o sessuale a partire dai 16 anni; il 23,4% la sola violenza sessuale.

Ha denunciato il 10,5% delle donne, ma il tasso si abbassa al 3,8% quando gli stupri sono perpetrati dal partner attuale.

<sup>12</sup> In assenza di dati di un qualche rilievo, il delitto di stupro commesso da donne non sarà esaminato. E' lo stesso [Libro bianco per la formazione](#), pubblicato il 24 novembre 2024, redatto dal Comitato tecnico scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ad avere adottato il titolo "Violenza maschile contro le donne". Si tratta di un testo destinato a tutti gli operatori (giudiziari, sanitari, scolastici, universitari, ecc.) che entrano in contatto con le donne vittime di violenza, individuando la fonte primaria nella Convenzione di Istanbul. Il menzionato titolo ricalca una definizione ormai acquisita a livello internazionale proprio per distinguere questo tipo di violenza, con le sue specificità e dinamiche, da altre come la violenza dei genitori nei confronti dei figli o dei figli nei confronti dei genitori, la violenza nei confronti dei bambini, la violenza omofoba o nei confronti di persone transessuali, ecc.

<sup>13</sup> I dati si riferiscono a una ricerca condotta dall'OMS in collaborazione con la London School of Hygiene and Tropical Medicine e con il Medical Research Council, *Global and regional estimates of violence against women, Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*, Geneva, Switzerland, 2013. La ricerca è consultabile, in sintesi, in italiano sul sito del Ministero della salute, [Il rapporto dell'OMS definisce la violenza contro le donne "un problema di salute di proporzioni globali enormi"](#). Ulteriori dati sono contenuti nella ricerca dell'OMS, [Understanding and addressing violence against women](#).

<sup>14</sup> Ricerca dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) pubblicata nel 2014, dal titolo [Violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea](#), fondata sulle interviste di 42.000 cittadine europee.

<sup>15</sup> Dati Eurostat, riportati in [Info Data Il sole 24 ore](#).

<sup>16</sup> ISTAT, [La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia](#), del 21 novembre 2025.

La maggior parte degli autori sono partner o ex partner (63,8%), il 19,4% è un conoscente, il 10,9% un amico e solo il 6,9% estranei.

Le percentuali dicono che si tratta di una forma di violenza rimasta sostanzialmente invariata negli anni, con un sommerso stabile. Infatti, dal 2014 – anno della precedente indagine ISTAT – non è aumentata la minimale quota di chi denuncia e «diminuisce la soddisfazione verso le forze dell’ordine dal 48,7% al 38,2% per le vittime che hanno denunciato la violenza subito dai partner».

I detenuti maschi, in carcere, per il delitto di violenza sessuale tra il 2010 e il 2024 erano quasi esclusivamente uomini (tra il 98 e il 99%)<sup>17</sup> e le vittime sono il 91-93% di genere femminile<sup>18</sup>, percentuale significativamente più alta rispetto ad altri delitti di “violenza di genere” (atti persecutori e maltrattamenti contro familiari e conviventi).

### 3. Il posizionamento culturale come premessa del dibattito giuridico.

Partiamo da un paradosso: lo stupro è uno dei pochi delitti, in Italia e nel mondo, nel quale il discrimine tra lecito e illecito è costituito dal dissenso/assenza di consenso della vittima espressamente iscritto nella norma. Nel delitto di furto, ad esempio, nessuno ipotizzerebbe che la denuncia del derubato possa celare un consensuale prestito del proprio ciclomotore all’imputato. Lo stesso può dirsi per truffa, rapina, lesioni eccetera. Peraltro, è noto che il sistema si tiene nel momento in cui il consenso (validamente prestato) dell’avente diritto, art. 50 c.p., esclude la punibilità di chi ne lede o ne pone in pericolo un diritto.

Allora sorge spontanea la domanda: perché si parte, culturalmente e giuridicamente, dall’assunto che il non consenso vada espresso? Dal punto di vista logico appare privo di senso.

Il dibattito tecnico-giuridico contemporaneo, nazionale ed internazionale, sul delitto di stupro ruota intorno a ricorrenti questioni: la scelta tra modello coercitivo o consensuale; l’iscrizione del consenso della vittima nella fattispecie penale ed il progressivo rafforzamento delle sue caratteristiche (libero, permanente, attuale, revocabile, riconoscibile, ecc.); la ricerca delle modalità con le quali viene prestato; la prova della sua manifestazione e il relativo onere; la diffidenza esplicita e sistematica per la credibilità; la preoccupazione per la difficoltà dell’autore di cogliere i segni del consenso e le sue ambiguità, con il rischio di punire condotte “lecite”.

Si tratta di questioni in cui lo spostamento dell’attenzione solo sulla vittima per accertare il reato è netto e non appartiene a nessun altro delitto.

---

<sup>17</sup> Cfr. i [dati statistici](#) offerti dal Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP) del Ministero della giustizia.

<sup>18</sup> Nella [Relazione al disegno di legge approvato con l. n. 168/2023](#), ove sono riportati i dati del Ministero dell’interno esposti in occasione della “Festa della Donna” dell’8 marzo 2023, risulta che le donne sono vittime di violenza sessuale tra il 91 e il 93%. Percentuali analoghe sono presenti nella [relazione presentata dall’ISTAT](#) alla Commissione Parlamentare d’inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere il 23 gennaio 2024.

Le soluzioni non possono che essere il frutto del confronto tra saperi il cui presupposto è la necessità di superare la (falsa) neutralità del diritto penale<sup>19</sup>, esclusa da decenni dalle Convenzioni sovranazionali, rispetto ad un delitto dalla radice culturale millenaria, commesso dagli uomini nei confronti delle donne (eccetto rari casi) ed espressione eclatante della discriminazione sessuale, giustificata da strutturati “miti dello stupro” che spesso minano l’imparzialità della giurisdizione, come dimostrano le numerose sentenze di condanna della Corte EDU.

Il tema, dunque, non è come qualificare il consenso, ma comprenderne i contorni e le condizioni materiali e culturali affinché possa essere prestato in concreto dalle donne. È necessario conoscere l’uso e l’abuso che è stato fatto del loro corpo nella storia, della subordinazione cui sono state costrette, della rimozione forzata dalle istituzioni giudiziarie e dalla parola pubblica.

Il ragionamento giuridico non può che partire dalle scelte sul posizionamento culturale, solo dopo si potrà affrontare il tema di come tradurre sotto il profilo normativo la fattispecie di stupro.

Scriva il sociologo Pierre Bourdieu, nel fondamentale testo *Il dominio maschile*, che per gli uomini possedere sessualmente equivale a dominare nel senso di sottomettere al proprio potere, ma anche ingannare (*fottere*) e le manifestazioni della virilità si situano nella logica della prodezza, della grande prestazione che fa onore, in una visione agonistica della sessualità maschile<sup>20</sup>, diversamente dalla natura intima, spesso investita anche di affettività, della sessualità femminile<sup>21</sup>. Per questo, le pratiche e le rappresentazioni dei due sessi non sono affatto simmetriche. Finora hanno prevalso, in posizione di assoluto privilegio, solo quelle maschili.

#### 4. Lo stupro come perenne intimidazione ed *ingiustizia epistemica*.

Tutte le donne nella loro vita hanno subito approcci sessuali non voluti da parte di un uomo e tutte le donne temono nella loro vita di diventare vittime di stupro da parte di un uomo.

Ogni donna che incrocia un uomo su una strada di notte ne ha il terrore. È ritenuto normale. Anche gli stessi uomini temono per le loro figlie intimando loro di stare “attente”, sapendo che i pericoli che corrono provengono da un altro uomo.

Questa paura atavica è il prodotto di una condizione di strutturale discriminazione che mantiene tutte le donne in una posizione di perenne intimidazione utile a imporre loro precise regole comportamentali che, ove trasgredite, possono portare all’aggressione sessuale di cui sono ritenute esse stesse causa o colpevoli per non

---

<sup>19</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, [Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere](#), in *questa Rivista*, 2 maggio 2025 e si rinvia all’ampia bibliografia richiamata.

<sup>20</sup> P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, cit., pp. 28-29.

<sup>21</sup> D. RUSSELL, *The Politics of Rape*, New York, 1975, p. 272 e D. RUSSELL, *Sexual Exploitation*, Beverly Hills, 1984, p. 162.

averle rispettate e per essersi messe a rischio, così traducendosi nella limitazione della loro libertà.

L'astrazione giuridica richiede di fare i conti con l'«ingiustizia epistemica»<sup>22</sup> e «l'ingiustizia discorsiva»<sup>23</sup> che, secondo le filosofe del linguaggio, colpisce soltanto il consenso espresso dalle donne a cui è negata, in quanto soggetti storicamente subordinati, l'autorità o la capacità di prendere una posizione che non sia allineata a quella identificata dallo stereotipo che è loro imposto.

L'effetto di detta "ingiustizia", che richiede l'acquisizione di nuovi criteri interpretativi, è distorsivo ed opera soltanto per i delitti di violenza maschile contro le donne, sotto più profili: a) mette in discussione principi consolidati degli ordinamenti processuali (presunzione di veridicità del testimone) partendo dall'assunto, frutto dello stereotipo giudiziario e tale ritenuto dalle sentenze della Corte EDU, dell'aprioristica inattendibilità soltanto di queste vittime; b) inverte le modalità di accertamento nonostante si tratti di un delitto di mera condotta il cui oggetto è solo il comportamento dell'autore; c) ignora, quasi sistematicamente, le Convenzioni sovranazionali, applicabili attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., e la giurisprudenza della Corte di cassazione, della Corte EDU e del Comitato CEDAW.

Questi temi richiedono al dibattito in corso di spostare lo sguardo dal particolare (forme del consenso), al generale, cioè alla condizione di disuguaglianza sistemica e strutturale tra i sessi interrogandosi, innanzitutto, su cosa intendere per consenso nelle relazioni sessuali e se questo esista per le donne.

## 5. La dimensione culturale dello stupro: il silenziamento giuridico delle donne.

La questione del consenso sessuale non può essere compresa se non si parte da una constatazione storica fondamentale<sup>24</sup>: gli uomini hanno costruito strutture di pensiero fondate sul maschio come norma e sulla femmina come deviante, sul maschio come completo e potente e sulla femmina come mutilata e priva di autonomia<sup>25</sup>.

Per ridurre il genere femminile a soggetto servente era necessario, innanzitutto, bandirlo dalla cultura e dalla conoscenza, renderlo solo un corpo strumento di dominio maschile per il piacere sessuale e per la riproduzione della specie, venderlo, comprarlo, addomesticarlo con lo stupro, schiavizzarlo, cederlo attraverso il matrimonio per evitare le guerre e lo scorrimento del prezioso sangue maschile.

Le donne, dunque, sono state costrette a valere solo nella loro dimensione biologica, funzionale alla sopravvivenza del clan e del genere umano.

---

<sup>22</sup> M. FRICKER, *Epistemic injustice. Power and the Ethics of Knowing*, Oxford, 2007.

<sup>23</sup> C. BIANCHI, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma-Bari, 2021.

<sup>24</sup> AA.VV., *La violenza contro le donne nella storia. Contesti, linguaggi, politiche del diritto* (Secoli XV-XXI), a cura di S. FECCI-L. SCETTINI, Roma, 2017; E. CICONTE, *Storia dello stupro e di donne ribelli*, Soveria Mannelli (CZ), 2014.

<sup>25</sup> G. LERNER, *La creazione del patriarcato*, Oxford University Press, 2025; A. CAVARERO-O. GUARALDO, *Donna si nasce (e qualche volta lo si diventa)*, Milano, 2024; F. HÉRITIER *Dissolvere la gerarchia. Maschile/Femminile II*, Milano, 2004.

L'effetto è stato che sviluppassero soltanto emozioni, intuizioni, sentimenti, passioni; confinate ad ascoltarsi nei loro umori e nella loro individualità senza parola pubblica e senza storia, vittime degli altri e di sé stesse.

Da qui la convinzione secondo la quale le donne sono *emotive* per natura. Le ricadute discriminatorie sono devastanti: le donne mentono, esagerano, sono vendicative, malevoli, instabili, deboli.

Il genere femminile, deprivato di istruzione, denaro, potere e rappresentazioni simboliche è stato rinchiuso anche in una costellazione di soli divieti.

È l'esperienza giuridica romana, considerata il modello universale del diritto, a disciplinare in modo organico uno statuto di legittima discriminazione nei confronti delle donne conandone le caratteristiche con termini specifici *infirmitas*, *imbecillitas*, *levitas animi*, rimasti saldi nella cultura giuridica sino a pochi decenni fa. In quanto inaffidabili, leggere di spirito, incapaci di giudizio è stato loro vietato di essere giudici, avvocate, tutrici e potevano essere picchiate (*ius corrigendi*) e stuprate dagli uomini senza conseguenze (matrimonio riparatore). Tutto questo anche nella vigenza dei principi costituzionali di uguaglianza e non discriminazione e dei fondamenti del diritto penale (principio di tassatività, di proporzionalità, di offensività, di precisione, di determinatezza, di tipicità), scarsamente invocati in presenza dell'omicidio e delle lesioni per causa d'onore, del matrimonio riparatore, dell'adulterio e ampiamente invocati sia nel dibattito sul femminicidio che sulla modifica dell'art. 609-*bis* codice penale<sup>26</sup>.

Ma il simbolo più significativo del silenziamento delle donne, radice della cultura occidentale (e non solo), è il mito di Tacita Muta, divinità romana che per la leggerezza di aver rivelato i tradimenti di Giove, era stata punita con il taglio della lingua e poi violentata da Mercurio approfittando del suo obbligo al silenzio<sup>27</sup>.

Rendere la donna priva di espressione pubblica e di *parola* è stato il più potente strumento sociale e culturale per confinarla nello spazio privato, senza capacità trasformative e rappresentative: inesistente.

Neanche la Rivoluzione francese scardinò questo sistema di annientamento della dignità femminile. Olympe de Gouges nel 1791 scrisse la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* perché i rivoluzionari, uomini, nell'enunciare il principio di uguaglianza avevano escluso le donne. Nell'aprile 1793 la Convenzione privò formalmente le donne dello statuto di cittadine e il 3 novembre dello stesso anno de Gouges fu ghigliottinata. Nel necrologio si scrisse: «Ricordatevi dell'impudente Olympe, che per prima fondò dei circoli riservati alle donne. Ha voluto essere uomo di Stato e la legge ha punito questa cospiratrice per aver trascurato i doveri propri del suo sesso.»<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> A. CADOPPI, *Violenza sessuale e "riconoscibile" mancanza di consenso. Brevi spunti per una redazione della norma in linea con gli obiettivi politici condivisi*, in questa Rivista, 13 gennaio 2026.

<sup>27</sup> E. CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Roma, 1985; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in Aa.Vv., *Storia di Roma. IV. Caratteri e morfologie*, Torino, 1989, 557 ss., spec. 606.

<sup>28</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Voce Donna*, in *Lessico della dignità* (a cura di) M. BROLLO, F. BILOTTA, A. ZILLI, Udine, 2021.

È di questa stessa epoca il Trattato di William Blackstone, illustre giurista inglese, che quando le donne venivano uccise per rivendicare il loro statuto di esseri umani e non avevano accesso paritario alla giustizia, se non come imputate, riportava il pensiero di un giudice, ancora ampiamente citato, circa la facilità delle donne di accusare falsamente gli uomini di stupro e la difficoltà di questi di difendersi<sup>29</sup>. Si tratta di un tipico mito dello stupro capace di strutturare stereotipi giudiziari la cui persistenza ha condotto a numerose condanne dell'Italia da parte delle Corti sovranazionali.

In Italia, alle donne è stato vietato il diritto al voto fino al 1946. Il codice civile unitario del 1865, con l'art. 134, in vigore fino al 1919, ha imposto l'autorizzazione maritale rendendo le donne come bambini, dovevano sempre e solo chiedere il permesso ad un uomo, al capo famiglia, rimasto tale fino al 1975.

È stato escluso alle donne, fino al 1963, anche l'accesso alla magistratura e fino agli anni '80-'90 alle forze armate e di polizia. Tre fortini inespugnabili: la famiglia, l'interpretazione e la guerra.

Questo è il punto di partenza per comprendere il dibattito sul consenso: la parola delle donne non ha mai avuto statuto proprio, soprattutto nei processi, e pochi davanti a questo eclatante silenzio, di matrice discriminatoria, si sono preoccupati di denunciarlo ritenendolo, invece, "normale".

Ecco perché, quando si discute di consenso sessuale, non si può ignorare che stiamo parlando della parola di chi, per millenni, è stato giuridicamente silenziato, la cui testimonianza è stata sistematicamente svalutata, la cui capacità di difendere e giudicare è stata negata per legge.

## 6. Lo stupro e la costruzione dei miti che lo giustificano.

### 6.1. Il retaggio biblico: dal Deuteronomio al controllo dei corpi femminili.

Alle donne non è mai stato chiesto il consenso ad intrattenere rapporti sessuali perché sono state considerate da sempre oggetti di soddisfacimento dei *desideri* maschili, anziché persone, con volontà proprie.

Come scrive Susan Brownmiller<sup>30</sup>, in *Contro la nostra volontà, uomini, donne e violenza sessuale*, importante opera di ricostruzione storico-sociale dello stupro, questo delitto non ha nulla a che vedere con impulsi e sessualità perché costituisce una forma di assoggettamento e violazione profonda della dignità femminile, esclusiva della specie

---

<sup>29</sup> Nel commentario sul codice criminale d'Inghilterra di William Blackstone, Milano, 1813, richiamato da S. BROWNMILLER, *Contro la nostra volontà. Uomini, donne e violenza sessuale*, Milano, 1976, a pagg. 31-32 si legge, a proposito della diffidenza nei confronti della vittima «se essa non gode di buona reputazione e non ha testi a favore, se essa tiene nascosto il torto subito per troppo tempo invece di sporgere subito denuncia, se il luogo dove a suo dire sarebbe stato compiuto il misfatto e tale che se avesse urlato sarebbe stata sentita e nessuno l'udì urlare, in questi casi e altri analoghi ci sono forti ma non conclusive ragioni per presumere che la sua testimonianza sia falsa o inventata».

<sup>30</sup> S. BROWNMILLER, *Contro la nostra volontà. Uomini, donne e violenza sessuale*, cit.

umana, nata in epoca preistorica come strumento repressivo e di controllo degli uomini nei confronti delle donne, divenuto nei secoli un *habitus* ordinario delle relazioni di potere.

La studiosa descrive in questi termini la radice dello stupro: «...il maschio umano era un predatore naturale e la femmina umana fungeva da sua preda naturale. Non solo la femmina poteva essere soggetta a piacimento a una conquista fisica totalmente detestabile che non poteva essere ripagata con la stessa moneta – stupro contro stupro – ma per giunta le conseguenze di questo brutale scontro potevano essere la morte o il ferimento per non parlare della gravidanza e la nascita di un bambino a carico della madre».<sup>31</sup>

Dunque, lo stupro è uno strumento di controllo sociale delle donne codificato nelle leggi più antiche dell'umanità.

Nel Deuteronomio, del 600 a.C. circa<sup>32</sup>, testo fondativo della nostra civiltà – quinto libro della Torah ebraica e della Bibbia cristiana, cioè la nuova Legge divina che Mosè consegnò al popolo di Israele – troviamo la sua prima regolamentazione giuridica: se una donna non ha gridato durante la violenza deve essere uccisa insieme allo stupratore perché il suo silenzio equivale a consenso. Se ha gridato, viene risparmiata<sup>33</sup>.

Questa norma biblica stabilisce un principio che attraverserà i millenni: la vittima di stupro deve dimostrare di avere resistito, di aver gridato il suo rifiuto, di essersi difesa e di aver opposto resistenza fisica. Il corpo femminile violato deve portare i segni della lotta. Se tutto questo manca la donna è complice perché non corrisponde alla "vittima perfetta".

## 6.2. Ovidio e il trucco millenario che alle donne piace la violenza: l'uomo è cacciatore e la donna è preda.

Ma è con Ovidio che il mito dello stupro assume la sua forma più insidiosa e duratura.

Nell'*Ars Amatoria* (1 a.C.), il poeta romano fornisce agli uomini consigli sulla "conquista" delle donne attraverso una metafora sistematica della caccia e della morte: l'uomo è cacciatore, la donna è preda. E nel momento cruciale, Ovidio svela il trucco che ancora oggi avvelena i processi per stupro: «Tu la chiami violenza? Ma se è questo che

---

<sup>31</sup> S. BROWNMILLER, *Contro la nostra volontà*, cit., p. 15.

<sup>32</sup> Perfino la legge biblica insegnava «Il Signore, Iddio tuo, ti darà la città nelle mani e allora metti a fil di spada tutti i maschi; ma le donne, i bambini, il bestiame e tutto ciò che sarà nella città, tutto quanto il suo bottino, portalo via con te e goditi del bottino dei tuoi nemici, che il Signore, Iddio tuo, ti avrà dato.» (Deuteronomio 20.13-14).

<sup>33</sup> P. DI NICOLA, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, 2018, Milano in cui si riporta che, nel libro sacro, i capitoli dal 22 al 29 distinguono a seconda della condizione di vergine o sposata della donna stuprata, dei luoghi della violenza e della reazione che avrebbe dovuto avere la vittima. La regola è che se non ha gridato verrà uccisa con il violentatore, se ha gridato sarà risparmiata. V. anche AA.VV., *Non sono la costola di nessuno*, a cura di P. CAVALLARI, San Pietro in Cariano (VR), 2020.

vuol la donna! Ciò che piace a loro è dar per forza ciò che vogliono dare. Coi che assali in impeto d'amore, chiunque ella sia, ne gode, e la violenza è per lei come un dono; (poiché) il pudore vieta alla fanciulla di agir per prima. Può darsi si rifiuti, e allora i baci prendili a forza. Se reagirà, se per la prima volta ti dirà che sei sfacciato, credi, non vuol altro che resistendo, essere vinta insieme.».

Ecco il dispositivo culturale perfetto: se la donna dice sì è sì, se dice no è sì, se dice forse è sì. È sempre sì: inutile chiederlo.

La volontà femminile viene cancellata in partenza dietro la finta rappresentazione, costruita ad immagine e somiglianza degli uomini, di un innocuo gioco seduttivo. Ogni resistenza o rifiuto viene reinterpretato come desiderio mascherato per questo il consenso diventa irrilevante; la donna, per natura, desidera essere presa con la forza. E, soprattutto, è sempre a disposizione per l'altrui appagamento sessuale.

*L'Ars Amatoria*, al di là del costituire un indubbio meraviglioso testo poetico, è anche un manuale di sopraffazione che ha attraversato, quasi indenne, duemila anni di cultura anche giuridica.

Quando nel 1978 a Latina quattro uomini stuprarono una diciottenne, assistita dall'Avvocata Tina Lagostena Bassi – che per prima, nelle aule giudiziarie, scandalizzò introducendo la parola “stupro” – e i loro difensori sostennero, nelle arringhe, che se l'era cercata potendo «starsi a casa» e che «le donne devono essere pronte a raccogliere i frutti che hanno seminato» (riferendosi al femminismo), sostanzialmente citavano Ovidio.

La continuità e fissità del modello, rimasto intangibile per secoli, nonostante Rivoluzioni, Costituzioni repubblicane, modifiche codicistiche, ordinamenti processuali, Trattati e Convenzioni sovranazionali, dovrebbe interrogarci con urgenza, facendoci comprendere come il diritto sia stato lo strumento più severo per sancire la discriminazione sessuale e anche i migliori giuristi del mondo, anziché rivelarlo, ne sono stati troppo spesso omertosi complici.

Il nucleo del ragionamento “giuridico”, che cela una inscalfita struttura culturale, è questo: una donna per il solo esercizio di minimali libertà (bere, ballare, uscire, indossare abiti colorati, ecc.) *pro-voca*, chiama a sé, implicitamente acconsente. Il suo eventuale rifiuto, anche espresso, non può che essere interpretato, da parte degli uomini di turno, come giocosa ritrosia, parte del trucco seduttivo, falso pudore da superare con la forza.

Il sistema è che lo stupro resta sostanzialmente impunito quando la donna non soggiace ad un rigido controllo di sé e a regole inviolabili di assoluta irrepremissibilità.

Il cerchio così si chiude: il diritto romano sottrae alle donne la capacità di avere una parola pubblica; la cultura stabilisce che la loro volontà è irrilevante; la prassi processuale, figlia di tutto questo, impone, pur non richieste, prove di resistenza fisica che il trauma dello stupro non consente.

6.3. Dal processo di Latina (1979) a J.L. c. Italia (2021): la persistenza dei miti dello stupro.

Quarantadue anni dopo il processo per stupro di Latina, la Corte EDU ha condannato l'Italia perché la Corte di Appello di Firenze, assolvendo sei uomini da uno stupro di gruppo, aveva utilizzato stereotipi sessisti violando l'art. 8 CEDU.

I giudici fiorentini avevano motivato l'assoluzione con:

- il riferimento alla «biancheria intima rossa mostrata dalla ricorrente nel corso della serata»;
- la bisessualità della vittima e le sue «relazioni sentimentali occasionali»;
- «l'attitudine ambivalente rispetto al sesso» dedotta da scelte artistiche;
- la decisione di denunciare vista come volontà di «stigmatizzare un momento di debolezza»;
- la «vita non lineare» della giovane.

La Corte d'Appello aveva concluso che i sei uomini «a torto o a ragione, evidentemente avevano ritenuto esistente» il consenso perché avevano «male interpretato la sua disponibilità precedente» e, dunque, la vittima, con i suoi comportamenti liberi (ballare, bere, raccontare della propria sessualità), aveva "provocato" gli stupratori.

Il merito della sentenza della Corte EDU<sup>34</sup> è quello di avere decrittato, in termini espliciti e diretti, come funziona il meccanismo di colpevolizzazione istituzionale delle vittime di stupro: porre al centro dell'accertamento giudiziario non *cosa è accaduto*, ma *cosa è convincente* che sia accaduto per assecondare il soggettivo punto di vista del giudice. In questo modo l'Autorità giudiziaria veicola «pregiudizi sul ruolo della donna che esistono nella società italiana e che sono suscettibili di costituire ostacolo a una protezione effettiva dei diritti delle vittime di violenza di genere» (§ 140). La pronuncia della Corte EDU fissa principi fondamentali per i giudici: «È essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne a vittimizzazione secondaria utilizzando un linguaggio colpevolizzante e moralizzatore che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario» (§ 141).

Tra il Deuteronomio (600 a.C.), Ovidio (1 a.C.), il processo di Latina (1979), la sentenza di Firenze (2015) non c'è soluzione di continuità. Il dispositivo è sempre lo stesso: trasferire la responsabilità della violenza dalla volontà dell'aggressore al comportamento della vittima. Se una donna esercita libertà sta implicitamente acconsentendo alla violazione del proprio corpo. Il suo eventuale dissenso è irrilevante o va reinterpretato.

---

<sup>34</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, [La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima imperfetta](#), in *Questione giustizia*, 17 giugno 2021; N. CARDINALE, [Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'articolo 8](#), in *questa Rivista*, 17 giugno 2021; J. BENEVIERI, [Gli stereotipi sulla violenza di genere nella motivazione della sentenza. Riflessioni su C. eur. dir. uomo, 27.5.2021, J.L. contro Italia](#), in *Diritto e procedura penale*, 21 luglio 2021.

## 7. La costruzione dei miti dello stupro e della vittima perfetta.

### 7.1. I miti dello stupro e gli stereotipi giudiziari: strumenti di controllo sociale e di impunità.

I miti dello stupro, studiati nel mondo da quasi cinquant'anni<sup>35</sup>, è quell'insieme di credenze e abitudini mentali che incoraggiano e giustificano l'aggressività sessuale maschile e colpevolizzano le donne che ne sono vittime. È un mito inconsciamente interiorizzato in ognuno di noi, uomo o donna che sia, inclusi i giudici e le giudici quando non specificamente formati a riconoscerlo e rimuoverlo.

Si tratta di un sistema codificato di fatti falsi, ritenuti aprioristicamente veri, capaci di creare un vero e proprio sostegno culturale al delitto, fino a cancellarne l'illiceità penale, restringendo la definizione di stupro a casi sporadici e poco ricorrenti<sup>36</sup>.

Se chiediamo a chiunque di descrivere una tipica violenza sessuale, la risposta evocherà inevitabilmente uno scenario preciso: l'aggressione all'aperto di un uomo sconosciuto – preferibilmente straniero – con turbe mentali, nei confronti di una giovane e bella donna, sobria e sana, presa con la minaccia o con la forza, che resiste attivamente urlando, fuggendo, picchiando.

Questo scenario esprime soltanto uno stereotipo volto a generalizzare una stratificazione mitologica e culturale millenaria, in contrasto con la realtà, utile a rendere impunito lo stupro e non credibili, priori, le donne che denunciano.

Infatti, gli studi della gran parte dei casi<sup>37</sup>, oltre che i dati sopra riportati dell'indagine ISTAT, dimostrano che si tratta di un delitto commesso da parte di persone ben consapevoli e prive di patologie, di cui ci si fida (parenti, amici e conoscenti), all'interno di luoghi *protetti*, in cui le vittime si trovano spesso in condizioni di minorata difesa (perché hanno bevuto, perché hanno una disabilità, perché sono fisicamente più piccole, ecc.).

---

<sup>35</sup> M. R., BURT, *Cultural myths and supports for rape*, in *Journal of Personality and Social Psychology* 38 (2), 1980, pp. 217-230 e M. R. BOIANOURT, *Cultural myths and supports for rape*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 38(2), pp. 217-230; J. TEMKIN E B. KRAHE, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Oxford, 2008. Per la bibliografia sugli studi vedi E. VOLTA, *I miti dello stupro in dibattito. Analisi pragmatica ed epistemologica del linguaggio nel processo per violenza sessuale*, Università Vita Salute-San Raffaele Milano, 2025. V. anche P. DI NICOLA TRAVAGLINI, , [La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima imperfetta](#), cit.

<sup>36</sup> R. FRANIUK-JL. SEEFELT-SL. CEPRESS, JA. VANDELLO, *Prevalence and effects of Rape Myths in Print Journalism*, in *Violence Against Women*, 2008, in cui definiscono i miti sullo stupro come gli «atteggiamenti e le convinzioni, generalmente false, ma diffuse e persistenti, che permettono di negare e di giustificare l'aggressione sessuale maschile contro le donne».

<sup>37</sup> J. TEMKIN E B. KRAHE, *Sexual Assault* cit. e A.N. PINNA, *Uno sguardo sulla prassi. Considerazioni a margine di una ricerca empirica sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano* in *Sistema penale* 25 novembre 2020.

7.2. *Il no e il “forse” delle donne valgono zero: sono sempre sì.*

Il più potente mito dello stupro è che quando una donna rifiuta un atto sessuale in realtà lo desidera e la ritrosia, la riluttanza, il disagio, la paura o persino il diniego espresso costituiscono solo giochi seduttivi.

È il frutto avvelenato dell’aver silenziato storicamente la parola pubblica delle donne.

Da questo stereotipo conseguono non soltanto l’infantilizzazione della vittima, ridotta a soggetto incapace di esprimere volontà, ma persino la trasformazione del suo dissenso nell’espressione del suo contrario.

In un approfondito studio della filosofa del linguaggio Eleonora Volta<sup>38</sup>, sulla interiorizzazione e persistenza dei miti dello stupro nelle aule di giustizia, riguardo soprattutto alla “resistenza fisica” della vittima, sono riportati i passaggi testuali dell’esame dibattimentale cui era stata sottoposta una donna che aveva denunciato il marito per gravi maltrattamenti e violenze sessuali sotto la minaccia di toglierle la figlia:

*PUBBLICO MINISTERO: Prima ci stava dicendo di...lei in queste situazioni come reagiva?*

*PERSONA OFFESA: Io ero sottomessa a lui.*

*PUBBLICO MINISTERO: Quindi quando lui compiva questi atti lei cosa faceva? Gli diceva qualcosa? Gli rispondeva?*

*PERSONA OFFESA: Dovevo farlo, dovevo farlo e basta perché, se no, erano altre cose più brutte quelle che poteva fare.*

.....

*PUBBLICO MINISTERO: ...ma non diceva comunque niente? Non reagiva fisicamente?*

*PERSONA OFFESA: No.*

*GIUDICE: ...Da quello che ho capito lei si lamenta soltanto perché al signore piaceva usare degli ortaggi o, diciamo, dei sex toys, come si chiamano adesso, diciamo, giochi, non so come chiamarli in termini meno pesanti. Voi avevate una normale vita sessuale?*

*GIUDICE: Immagino che lui la prima volta le avrà proposto, come dire, non so, ‘variamo un po’?*

*PERSONA OFFESA: No, tu dovevi farlo...Io dicevo: ‘Guarda che non mi piacciono, fanno male, non...poi non è giusto che mi tratti così’*

*GIUDICE: Vabbè, lei diceva... sì, e quindi si opponeva in qualche modo fisicamente? Lei faceva resistenza?*

*PERSONA OFFESA: Sì, tanto che ti prendeva per i capelli, non dovevi andare da nessuna parte.*

...

*GIUDICE: ...Cercava di opporsi con la forza? Non so, con le braccia? Con le gambe? Coi piedi?*

---

<sup>38</sup> E. VOLTA, *I miti dello stupro in dibattimento. Analisi pragmatica ed epistemologica del linguaggio nel processo per violenza sessuale*, cit.

*PERSONA OFFESA: no, io all'inizio non volevo, non volevo non volevo, ma lui insisteva, insisteva, o dovevi fare quello o ti toglia la bambina. Lui minacciava sempre;*

*GIUDICE: Ah, quindi era una violenza di tipo morale, non fisica, psicologica, non fisica»*

*PERSONA OFFESA: Sì, sì.*

Al di là dell'assoluzione dell'imputato, avvenuta nonostante la persona offesa avesse inequivocabilmente dichiarato che il marito la costringesse a subire atti sessuali gravemente umilianti e la minacciasse di toglierle la bambina se non vi sottoponeva, il tema in questa sede è la piena interiorizzazione dei miti dello stupro in un'aula giudiziaria. Questa, come emerge dal testo richiamato, ha determinato la grave vittimizzazione della testimone, peraltro in una condizione di dislivello di potere: tono sarcastico e umiliante, domande non pertinenti, induzione delle risposte, distorsione e banalizzazione del contenuto della dichiarazione per escludere gli elementi costitutivi del reato, svuotamento del valore del dissenso e corrispondente inutilità dell'impegno a deporre sotto la propria responsabilità.

È un tipico caso di «ingiustizia discorsiva» per cui «il soggetto appartenente ad un gruppo discriminato si ritrova a non aver compiuto, con le sue parole, alcun atto linguistico. Il suo atto fallisce, è nullo, è un colpo a vuoto»<sup>39</sup>.

### 7.3. Le donne denunciano falsamente.

Forse non a tutti è noto che i criteri valutativi relativi a questo reato, adottati dalla giurisprudenza di merito meno attenta che disapplica la giurisprudenza nazionale e sovranazionale<sup>40</sup>, da un lato sono diversi da quelli utilizzati per qualsiasi altro, senza

<sup>39</sup> C. BIANCHI, *Hate speech.*, cit., p. 30.

<sup>40</sup> App. Lecce, 8 febbraio 2023, ha affermato l'insussistenza del reato di violenza sessuale quando difetti la costrizione della vittima e non vi sia un chiaro dissenso della persona offesa ovvero una sua condotta oppositiva, in *Cass. pen.*, 2024, p. 328, con nota contenente ampi richiami dottrinali e argomenti critici di F. PACELLA, *Verso una costruzione scalare, dinamica e relazionale del concetto di consenso sessuale*, *ivi*, p. 329; Trib. Roma, sez. V, 6 luglio 2023, ha ritenuto la natura "ludica" della condotta del bidello che aveva messo le mani sotto gli slip di una studentessa, in *Cass. pen.*, 2023, 4202, con nota critica di R. D'AURO, *Analisi dell'elemento consensuale nell'attuale fattispecie incriminatrice italiana di violenza sessuale, aspetti comparatistici e nuove prospettive di tutela*, *ivi*, 4204, ed in *Dir. pen. proc.*, 2024, 374, con nota di G.J. SICIGNANO, *La c.d. "palpata breve" nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo*; Trib. Busto Arsizio, 26 gennaio 2022, ha escluso il reato in quanto la donna, in occasione di un incontro di lavoro con un sindacalista, non aveva espresso all'istante il proprio dissenso al compimento di atti sessuali durati "circa trenta secondi", in *questa Rivista*, 8 marzo 2022, con osservazioni di A.N. PINNA, [Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di cassazione.](#)

Vedi P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Milano, 2020 in cui si citano: Trib. Torino, 15 febbraio 2017, *inedita*, in cui «Non grida, non urla, non piange ...pare abbia sempre continuato il turno con il collega dopo gli abusi...» con la sentenza assolutoria la persona offesa era stata denunciata dal Tribunale per calunnia; Gup Trib. Viterbo, 15 novembre 2019, *inedita*, in cui sugli imputati di una violenza sessuale di gruppo si legge: «A ulteriore conferma della loro inconsapevolezza del rilievo penale delle loro condotte e dell'elemento soggettivo che ha sorretto la loro azione, non determinata da dispregio della persona, ma da impulsi – certamente negativi – ma esclusivamente di carattere sessuale». Per il Gup questo è uno dei motivi che

plausibili o argomentate ragioni per discostarsene, dall'altro tendono a spostare l'attenzione, nell'accertamento della condotta delittuosa e della responsabilità, dall'autore del reato alla vittima, spesso "colpevolizzandola"<sup>41</sup>.

Nonostante sia un dato esperienziale acquisito, fondato su ragioni culturali, che le vittime di stupro non denunciano per vergogna, tanto da far dire al filosofo Frédéric Gros che «Cambiando campo, la vergogna cambia anche natura: non è più l'angoscia per qualcosa d'innominabile che mi accade, bensì la proclamazione pubblica dell'ignominia dell'aggressore»<sup>42</sup>, il mito dello stupro più persistente è che le denunce di stupro siano lo strumento principe delle donne per distruggere e vendicarsi di un uomo innocente. Ciò vale soprattutto quando questo avviene nell'ambito di una relazione, ancor più se cessata o nel corso di separazione, o di un rapporto di conoscenza o di lavoro.

Prima di offrire argomenti per smentire questa vera e propria offesa rivolta pregiudizialmente a tutte le donne "in quanto donne" dalla notte dei tempi (a partire da Eva e Pandora), è utile riportare l'esperienza concreta e recente del processo penale a Dominique Pelicot.

Qui c'era una "vittima perfetta", medioborghese, bianca, di mezza età e *perbene*, sobria e composta, una madre e nonna di famiglia; c'erano video che riprendevano gli

legittima la concessione delle attenuanti generiche e influisce sulla determinazione della pena nel minimo edittale.

Si vedano anche le numerose ricerche compiute da università italiane sulle sentenze di merito in materia di violenza sessuale: *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Stereotipi culturali e prassi giudiziarie, a cura di C. PECORELLA, Torino, 2021; F. GIULIANI, *Le parole per dirlo. Il racconto della violenza nella lingua del giudice*, pp. 70 e ss., in F. SACCÀ (a cura di), *Stereotipo e pregiudizio. La rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, Milano, 2021; L. MASSIDA, *Che genere di sentenze? La rappresentazione giuridica della violenza contro le donne*, in *Stereotipo e pregiudizio. La rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, (a cura di) F. SACCÀ.

<sup>41</sup> Per un'ampia disamina dei pregiudizi e degli stereotipi giudiziari, riconoscibili e superabili solo assumendo una prospettiva di genere nell'interpretazione, si veda P. DI NICOLA TRAVAGLINI e F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: Dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, 2° ed., Milano, 2024, che richiama la giurisprudenza di merito sulla violenza sessuale che li esprime tra cui [Appello Ancona, 23 novembre 2017](#), annullata con rinvio dalla Corte di cassazione (Cass. Pen, Sez. III, 5 marzo 2019, n. 15683) perché fondata su ricostruzioni «meramente congetturali». La sentenza di merito aveva definito la giovane vittima di uno stupro di gruppo «scaltra peruviana» e, nel ritenere minata la credibilità della vittima aveva utilizzato vari argomenti, tra cui: «al termine della "goliardata" la B. si incamminava verso casa ...dimostrando ...di potersi reggere in piedi ..la lacerazione vaginale subita ...poteva essere stata causata anche da un rapporto sessuale energico ... ». Aggiungeva la sentenza «...vi è la versione dei fatti proposta dai due imputati, apparsi "sprovveduti" e sinceri" e concludeva: "In definitiva, non è possibile escludere che sia stata proprio la B. a organizzare la nottata "goliardica", trovando una scusa con la madre, bevendo al pari degli altri, per poi iniziare a provocare M. (al quale la ragazza neppure piaceva, tanto da averne registrato il numero di cellulare sul proprio telefonino con il nominativo "B. VIKINGO" – come da annotazione di P.G. in atti –, con allusione ad una personalità tutt'altro che femminile, quanto piuttosto mascolina – che la fotografia presente nel fascicolo processuale appare confermare –), inducendolo ad avere rapporti sessuali (verosimilmente mai sfociati nell'orgasmo), per una sorta di sfida (alla quale ha alluso il C.) nata per gioco e che la ragazza non ha inteso interrompere neppure quando ha avvertito che qualcosa non andava nella sua vagina (facendo una "smorfia" percepita dal M. che ha riferito –, una di dubbia interpretazione tra il piacere e il dolore –, venendo rassicurato)».

<sup>42</sup> F. GROS, *La vergogna è un sentimento rivoluzionario*, Milano, 2023.

stupri e altri documenti inequivoci, persino le confessioni degli imputati che, molto genuinamente, ritenevano che bastasse il consenso del marito per praticare quelle violenze sul “corpo morto” della moglie. Ciononostante, Gisèle Pelicot è stata oggetto di pregiudiziali *sospetti*, perché fin dall’inizio si è ritenuto, nella sorpresa società civile francese, che fosse impossibile che non si fosse accorta di nulla e quindi in qualche modo consenziente ad essere stuprata per dieci anni da circa 70 sconosciuti. La stessa strategia difensiva degli avvocati era dovuta cambiare perché inizialmente aveva insinuato la sostanziale compartecipazione della vittima, ma davanti all’indignazione generale che aveva provocato aveva ripiegato sull’idea che fosse ancora succube del marito. L’avvocata Sylvie Menville nella sua arringa arriverà persino a sostenere che in un video la donna «fa un movimento con il bacino per posizionarsi meglio» (fatto non emerso) e che il dibattimento avesse dimostrato «l’isterizzazione, un’indignazione estrema che conduce all’estremismo»<sup>43</sup>.

Gisèle Pelicot, assistita da una competente difesa tecnica, davanti ai giudici, aveva dichiarato: «Da quando sono arrivata in quest’aula del tribunale io mi sento umiliata. Mi trattano come un’alcolizzata, al punto da ridurmi lo stesso in uno stato di ebbrezza tale da essere complice del signor Pelicot.... Ho l’impressione che la colpevole alla fine sia io, e che le vittime siano i 50 uomini alle mie spalle.»<sup>44</sup>.

In sostanza era stato insinuato e delineato nell’ambito della strategia difensiva che, a fronte di prove inequivoche e in assenza di elementi contrari, la donna avesse mentito, avesse denunciato falsamente il marito e le altre decine di imputati che per anni l’avevano stuprata.

Questo vero e proprio pregiudizio vittimizzante, non adottato per nessun altro reato, va smentito con precisi argomenti.

Al di là del fatto che, sotto il profilo giuridico, come sopra scritto, la persona offesa che denuncia, come qualsiasi altra, è obbligata a dire la verità altrimenti commette un reato e che è del tutto fisiologico che ciò possa accadere per ogni reato, quello che si intende contestare è lo stereotipo che solo le vittime di violenza sessuale (o, più generalmente, di reati di violenza maschile contro le donne) siano mosse da una volontà vendicativa.

È appena il caso di osservare che, in generale, la sussistenza di uno specifico interesse ad accusare di un reato un innocente deve trovare un preciso e immediato riscontro; inoltre, è determinante tenere conto che proprio lo stupro, tra i più diffusi, è un delitto denunciato in modo minimale – solo nell’10,5% dei casi e verso il partner solo nel 3,8 % dei casi<sup>45</sup> – ed è commesso solitamente nell’abitazione della vittima o in quella di un amico, di un familiare, di un vicino di casa, elementi che dovrebbe rafforzare l’attendibilità della donna che, attraverso la denuncia di chi conosce bene, patisce un fortissimo isolamento e discredito sociale. Al contrario i Tribunali, per come attestano le ricerche sopra menzionate, solo per queste testimoni operano un controllo di

---

<sup>43</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, cit., p.141.

<sup>44</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, cit., p.141.

<sup>45</sup> ISTAT, [La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia](#), cit.

attendibilità più stringente rispetto a quello previsto per le vittime di altri reati, talvolta invertendo persino l'ambito dell'accertamento.

Quella delle false denunce è una vulgata, mai supportata da dati inequivoci e diffusa in tutto il mondo, utilizzata in modo pressoché sistematico spesso da difese non specializzate, tanto da rischiare di rendere gli imputati paradossalmente non assistiti, peraltro con l'unico effetto, contrario a tutti gli indirizzi normativi (nazionali e sovranazionali), di creare un diffuso "sistema di sospetto" e di colpevolizzazione, tale da indurre le donne a non denunciare, come infatti avviene.

Appare significativo, inoltre, che chi reitera le affermazioni circa la strumentalità o falsità delle denunce delle donne in questa materia, oltre a non rappresentare quali sono i benefici realmente tratti dalle donne che denunciano, non offre mai dati tali da dimostrare che questo costituisca un diffuso fenomeno, non assumendo alcun rilievo il singolo caso che si può verificare per la denuncia di qualsiasi altro delitto. Al contrario esistono ricerche, fondate su dati concreti, che smentiscono queste affermazioni<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Nel sostenere la *strumentalità o falsità* delle denunce delle vittime di violenza, talvolta si fa riferimento alla presenza contestuale di una causa di separazione o divorzio e, dunque, al presunto vantaggio che la donna spera di trarre dalla denuncia. Tale affermazione, mai supportata da dati, è stata smentita dall'unica ricerca disponibile in Italia, peraltro proveniente da un soggetto istituzionale quale la Procura della Repubblica di Tivoli, che ha raccolto i dati relativi ai procedimenti civili dal marzo 2021 al febbraio 2023 in cui vi è stato l'intervento della Procura (essendo in corso un concomitante procedimento penale):

a) esito delle denunce/querelle presentate dalle donne ai danni dei partner per reati di violenza di genere o domestica (oltre che per i delitti di cui agli artt. 388 e 574 c.p.), in un totale di 176 procedimenti di separazione contenziosa risulta che:

- nel 56% (97 procedimenti penali) il procedimento penale è in fase avanzata e ha superato dunque diverse fasi (avviso *ex art. 415-bis*/richieste di rinvio a giudizio/rinvio a giudizio/sentenze di condanna in primo grado);

- nel 44% (79 procedimenti penali) le denunce/querelle sono state archiviate con diverse formule: improcedibilità per remissione di querela per *612-bis c.p.*, per insostenibilità dell'accusa *ex art. 125 disp. att. c.p.p.* (all'epoca vigente). Ma non risultano sentenze di assoluzione per l'uomo denunciato.

I dati sono in linea con quelli relativi alla totalità dei procedimenti per tutti gli altri reati;

b) esito delle denunce/querelle presentate dall'uomo ai danni della partner per reati di violenza di genere o domestica (oltre che per i delitti di cui agli artt. 388 e 574 c.p.) in un totale di 45 procedimenti:

- nel 9% (4 procedimenti penali) il procedimento penale è in fase avanzata e ha superato dunque diverse fasi (avviso *ex art. 415-bis*/richieste di rinvio a giudizio/rinvio a giudizio), ma non risultano condanne di primo grado;

- nel 91% (41 procedimenti penali), sono stati archiviati con diverse formule.

In conclusione:

- il numero di archiviazioni emesse per querelle/denunce presentate da donne nei confronti dei loro compagni nel corso di procedimenti civili di separazione e divorzio è in linea con i dati generali relativi a qualsiasi altro reato, smentendo l'affermazione della strumentalità;

- le denunce/querelle presentate dall'uomo nei confronti della donna in presenza di un concomitante procedimento civile sono archiviate in misura doppia rispetto a quelle delle donne (per le donne 44%, per gli uomini 91%).

La ricerca è riportata in Procura di Tivoli, [Nuove Linee guida per l'Azione del PM nei procedimenti civili in materia di violenza di genere e tutela dei minori](#), in *questa Rivista*, 17 marzo 2023, par. 7.

I dati sono confermati da una successiva ricerca relativa al periodo 1° gennaio 2023-30 giugno 2024 per un totale di 105 procedimenti civili, riportata in *L'attuazione della l. n. 168/2023, Disposizioni per il contrasto*

È bene rappresentare che chi opera questo stravolgimento giuridico e fattuale, limitandosi ad enunciazioni generalizzate prive di qualsiasi supporto, sia consapevole che, in tal modo, avalla, fino ad oggi in modo inconsapevole, l'impunità della violenza maschile contro le donne, tra le più gravi, estese e mai adeguatamente contrastate violazioni dei diritti umani di metà del genere umano.

Agitare falsi miti sulle vittime ostacola, in concreto, l'emersione di un estesissimo fenomeno criminale e potrebbe porsi in relazione ad un posizionamento culturale.

In questi termini si veda da ultimo la sentenza della Corte EDU Scuderoni contro Italia, del 25 settembre 2025, che ha condannato, per l'ennesima volta, il nostro Paese ravvisando una «tendenza sistematica» nell'uso di alcuni «stereotipi pregiudizievole» nel trattamento giudiziario delle donne vittime di violenza, tra i quali, per quello che interessa in questa sede, «presumere automaticamente che la vittima, se è all'origine della separazione, cerchi di vendicarsi, di ottenere un risarcimento o di punire il proprio partner» (§ 118).

Anche la stessa Corte di cassazione, in una sentenza per stupro di gruppo, ha evidenziato il rischio dell'interprete di ritenere «la vittima di reati sessuali mossa sempre da un personale interesse a denunciare il falso, a mentire sull'esistenza dell'atto sessuale e/o sul consenso, si da trasformare la presunzione di veridicità in presunzione di falsità o non credibilità del suo racconto», tanto da arrivare alla «presunzione (irragionevole nei suoi fondamenti giuridici)» in ordine alla non veridicità del racconto della persona offesa che «spesso inquina dibattiti, discussioni, approfondimenti sul tema della credibilità della vittima dei reati sessuali che non hanno eguali in altri campi del diritto penale, sostanziale e processuale.»<sup>47</sup>.

#### 7.4. *Restare immobilizzate è consenso.*

Tra i miti dello stupro vi è quello di ritenere che una vittima reagisca attivamente per non subirlo. Forse, anche per questo, è stato coniato il proverbio planetario *chi tace acconsente*.

Al contrario, chi subisce uno stupro è talmente spaventato o sopraffatto da quanto sta accadendo da restare immobilizzato, motivo per il quale mancano lesioni refertabili che supportino il racconto di un fatto avvenuto senza testimoni.

Si tratta di un dato acclarato, persino giuridicamente, a livello internazionale, infatti già dal 2003 la Corte EDU nella pronuncia M.C. c. Bulgaria del 4 dicembre 2003, tra le più significative mai emesse in materia, ha accertato al § 164 come: «Le vittime di violenza sessuale, in particolare le minorenni, non oppongono resistenza fisica al loro aggressore per numerose ragioni di ordine psicologico o per paura della violenza dell'autore dell'atto.».

---

*della violenza sulle donne edella violenza domestica nel circondario di Tivoli dopo un anno dall'entrata in vigore, reperibile sul sito della Procura.*

<sup>47</sup> Cass. Pen, Sez. III, 3 marzo 2022 (dep. 2023), n. 5234.

La tanatosi (o freezing) è la paralisi da terrore che secondo studi accreditati colpisce circa il 70-80% delle vittime di stupro<sup>48</sup>. La ricerca psicologica, infatti, ha dimostrato che di fronte a una minaccia percepita come mortale, i mammiferi (inclusi gli esseri umani) possono reagire in tre modi: reagendo, fuggendo e restando pietrificati. Il terzo tipo di reazione è involontario, automatico, non controllabile. La vittima non sceglie di non reagire: semplicemente non può reagire.

A fronte dell'essere l'immobilizzazione<sup>49</sup> una normale e diffusa reazione delle vittime di stupro per provare meno dolore, tanto da costituire ormai un dato di comune esperienza fondato su evidenze scientifiche, nei Tribunali vengono ancora formulate domande vittimizzanti (*perchè non è fuggita? perché non ha urlato sapendo che nella stanza accanto c'erano le sue amiche? perchè non ha usato lo spray al peperoncino che aveva nella borsa?*) e si pretende il riscontro oggettivo alla *resistenza* con certificati medici che ove manchino rendono quel comportamento espressivo di un consenso implicito<sup>50</sup>.

In tal modo non solo si inverte l'oggetto dell'accertamento che, in un reato di mera condotta, rende irrilevante la reazione della vittima, ma si disattende la giurisprudenza della Corte di cassazione che, nel suo massimo consenso, non richiede "riscontri" soprattutto rispetto a delitti che, per la loro stessa dinamica, non possono averne, bastando un approfondito accertamento della credibilità e dell'attendibilità della persona offesa<sup>51</sup>.

Lo stereotipo del mito dello stupro non è solo descrittivo, ma ha natura pericolosamente prescrittiva: stabilisce i criteri che il caso deve soddisfare per essere qualificato reato. Come scrive Pierre Bourdieu «l'istituzione giuridica contribuisce a imporre universalmente una rappresentazione della normalità in rapporto alla quale tutte le pratiche differenti tendono ad apparire devianti, anomiche, oppure anormali, patologiche.»<sup>52</sup>.

Dunque, chi non risponde al modello, soggettivo e stereotipato dello stupro che ha il giudice, ha mentito e poiché questo modello non esiste nella realtà – essendo frutto di false credenze – la conclusione non può che essere che le donne mentano sempre quando denunciano violenza.

I casi tipici di inattendibilità, frutto dei miti dello stupro, che portano erroneamente a ritenere il dissenso non genuino o mal interpretabile dall'aggressore sessuale, sono quelli in cui la vittima:

- viola le aspettative sociali riguardanti le donne "perbene" (veste abiti succinti, è disinibita, è truccata, balla e si diverte, esce sola, torna tardi, è lesbica, ha una vita sessuale "promiscua", ecc.) così da porsi in una condizione di rischio e trasmettere messaggi manifesti sulla propria disponibilità sessuale;

---

<sup>48</sup> I. FRACKAKI-J. STINS-K. ROELOFS-R.A. JONGEDIJK-M.A. HAGENAARS, , in *www.psychotraumanet.org*, 23 Settembre 2016.

<sup>49</sup> Corte EDU M.C. c. Bulgaria, 4 dicembre 2003.

<sup>50</sup> P. DI NICOLA, *La mia parola contro la sua*, cit.

<sup>51</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 19 luglio 2012, n. 41461.

<sup>52</sup> P. BOURDIEU, *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, 2017, p. 112.

- ha bevuto, è tossicodipendente, ha una disabilità fisica o psichica, è anziana, non attraente;
- non reagisce fisicamente, resta pietrificata nel corso della violenza, non urla e mancano referti medici;
- non si mostra traumatizzata;
- non è in grado di esprimere in modo chiaro consenso e dissenso;
- ha avuto precedenti relazioni sessuali con l'autore o si è sottratta ad un iniziale approccio sessuale consensuale;
- non ha denunciato subito l'aggressione e non lo ha rivelato ad amici e familiari;
- si è posta in una condizione di rischio (ha bevuto, ha accettato un invito a casa, ha preso l'autobus di notte, ecc.) quindi "se l'è cercata";
- quando acconsente al rapporto sessuale, o solo a determinati approcci, e poi cambia idea ha denunciato falsamente.

È tutto quello che non sono le reali vittime di stupro, perché lo stupro non è un mito, ma un delitto multiforme che può colpire qualsiasi donna, con le sue peculiarità, ovunque e con chiunque si trovi. Significativamente, la mostra itinerante "What Were You Wearing?" (Com'eri vestita?) espone gli abiti che le vittime indossavano al momento dello stupro: pigiami da bambina, tute da ginnastica, uniformi da lavoro. Nessuna minigonna. Perché lo stupro è solo un atto di potere, sottomissione, controllo, disciplinamento e umiliazione del corpo femminile<sup>53</sup>.

#### 7.5 La vittima di stupro denuncia per un interesse economico.

È ricorrente anche il pregiudizio per cui la vittima di stupro (o di qualsiasi altro delitto di violenza contro le donne) denuncia solo per perseguire un interesse personale, soprattutto economico.

Si tratta di un argomento che potrebbe essere riferibile a tutti i delitti in cui la persona offesa lamenta un danno derivante dal reato, ma la diffidenza, quasi sistematica, riguarda soprattutto queste vittime, senza tenere conto che devono affrontare un percorso a tal punto vittimizzante da essere definito dalla Corte EDU, nella sentenza J.L. contro Italia, "un calvario" perché non solo impone la descrizione di circostanze relative alla loro intimità violata, ma vi è la messa in discussione della loro stessa persona, della loro reputazione e della loro credibilità, giungendosi perfino a scandagliare, in modo illegittimo, la loro vita in tutti gli aspetti più reconditi.

L'ulteriore sospetto pregiudiziale per le vittime di questi reati si incrementa quando si costituiscono parte civile sebbene si tratti di un diritto sollecitato dalla Convenzione di Istanbul (art. 30)<sup>54</sup> e dalla Direttiva 2024/1385/UE del 14 maggio 2024

---

<sup>53</sup> E. BIAGGIONI, *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale*, cit.; J. BENEVIERI, *Cosa indossavi? Le parole nei processi penali per violenza di genere*, Roma, 2022; I. BOIANO, *Femminismo e processo penale: il mutamento del discorso giuridico in tema di reati sessuali*, 2017; C. PECORELLA, (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, 2021.

<sup>54</sup> La Convenzione di Istanbul è stata adottata l'11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con la legge n. 77/2013,

sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, tanto che la Corte EDU, nella citata sentenza Scuderoni contro Italia, ha ritenuto questo soltanto un diffuso stereotipo per il quale l'Italia è già stata ammonita nel *Rapporto di valutazione* del Grevio (Gruppo di Esperti sulla lotta contro la Violenza nei confronti delle Donne e la Violenza Domestica) del 3 gennaio 2020<sup>55</sup>.

La ricorrenza dell'“argomento” secondo cui le vittime di violenza maschile costituite parte civile hanno una credibilità sostanzialmente attenuata ha condotto, da ultimo, la Corte di legittimità a smentirlo anche sotto il profilo logico-giuridico<sup>56</sup>.

Poiché l'aula di giustizia è la rappresentazione di ciò che è culturalmente diffuso fuori da essa, interessante riportare i risultati dell'indagine dell'Istat del 2019 secondo cui il 39,3% delle persone intervistate pensa che le donne che non vogliono un rapporto sessuale riescano comunque a evitarlo; il 23,9% degli intervistati crede che siano le donne

entrata in vigore il 1° agosto 2014. L'Unione europea ha concluso il processo di adesione alla Convenzione il 1° giugno 2023.

<sup>55</sup> Vedi in particolare: il § 58 della sentenza ove si fa espresso rinvio ad alcune parti del [Rapporto di Valutazione di Base sull'Italia](#) secondo cui:

- «17. I casi di studio sopra citati hanno ... inoltre rivelato la persistenza di stereotipi nelle decisioni dei tribunali...a supporre automaticamente [che] una moglie/partner che si avvia verso la separazione è una donna che vuole vendicarsi, che cerca di danneggiare e punire il partner»;
- «319. Il GREVIO ha detto di temere, in particolare, che una vittima che compie il passo positivo di costituirsi parte civile in un processo penale si trovi ad affrontare lo stereotipo persistente secondo il quale una vittima «attendibile» è fragile, passiva, e poco disposta a chiedere riparazione, e in tal caso l'azione può esporla a una certa incredulità e poi, più frequentemente, a una vittimizzazione secondaria. Peraltro nei suoi rapporti di valutazione di riferimento sull'Italia e i Paesi Bassi, il GREVIO ha anche constatato all'interno dei servizi giudiziari la presenza di stereotipi aventi un impatto negativo sulla valutazione dell'attendibilità delle vittime, e ha dunque esortato le autorità ad adottare soprattutto delle misure per agevolare l'accesso delle vittime a un risarcimento nei procedimenti civili e penali, e a fare in modo che tale riparazione sia rapidamente attribuita e sia proporzionata alla gravità del pregiudizio subito».

<sup>56</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 2025, n. 40216, in motivazione: «8.4. Con riferimento, inoltre, alla mancanza di credibilità della persona offesa in ragione dell'interesse economico perseguito, perché costituitasi parte civile, è opportuno ricordare che la vittima di un reato, subendo il danno criminale, gode sia dell'interesse privato di esercitare un diritto, denunciando la lesione del bene giuridico protetto dalla norma e testimoniando come ciò è avvenuto; sia dell'interesse pubblico alla repressione del delitto, esercitando una serie di poteri in senso rafforzativo della pubblica accusa (art. 90 cod. proc. pen.). Quando la persona offesa sia anche lesa civilmente dal reato, avendone subito un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile, ha il diritto di esercitare l'azione civile mantenendo le prerogative proprie della persona offesa dal reato e la sua testimonianza può essere posta, anche da sola, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica della sua credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto. La circostanza che vi sia un risvolto economico derivante dalla responsabilità dell'imputato non legittima un aprioristico giudizio di inaffidabilità della sua dichiarazione, potendo risultare «opportuno», ma non necessario, per il giudice «procedere al riscontro ditali dichiarazioni con altri elementi». Ritenere che la stessa in detto caso abbia una credibilità attenuata, o prossima a quella prevista dal citato art. 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen., rischia di determinare una forma di vittimizzazione secondaria non consentita, in quanto la persona offesa, in assenza di qualsiasi dato normativo che lo preveda, si troverebbe nell'alternativa tra rinunciare ad esercitare un proprio diritto, previsto dall'ordinamento, per essere creduta o esercitarlo con l'obbligo di uno standard superiore di prova (Sez. 3, n. 4252 del 18/11/2024, dep. 2025, M., cit.)). Vedi anche Cass. Pen, Sez. VI, 18 novembre 2025, n. 41489.

a provocare, per il loro modo di vestire, la violenza sessuale; e il 15,1% è dell'opinione che una donna che subisce violenza sessuale quando è ubriaca o sotto l'effetto di droghe sia almeno in parte responsabile.

7.6. *I miti dello stupro che giustificano gli uomini e il diritto di questi a non comprendere.*

Dobbiamo partire dalla premessa, tuttora spesso ignota ed ignorata, che lo stupro è solo un atto di potere e umiliazione che non ha nulla a che vedere con il desiderio sessuale e con gli impulsi. Ma non lo vediamo perché siamo vittime dei miti dello stupro.

Per capire la natura "culturale" ed identitaria di questo reato sono disvelatrici le parole pronunciate nel processo da Dominique Pelicot – imputato con altri 50 uomini sconosciuti e "normali" (camionisti, giornalisti, professionisti, studenti, ecc.) per gli stupri commessi per anni sulla moglie narcotizzata – : «era totalmente diversa da mia madre, era un'indomabile ribelle». Per questo doveva ottenerne la sottomissione come norma sociale della femminilità, cui quella donna si era sottratta, e lo stupro era lo strumento più efficace. Gli atti giudiziari hanno accertato che Dominique Pelicot aveva appoggiato sul corpo sedato della moglie un cartello con su scritto «sono una puttana sottomessa»<sup>57</sup>.

Questo dimostra come lo stupro costituisca un dispositivo di controllo e disciplinamento per dare una lezione a chi ha violato l'ordine<sup>58</sup> e pratica un rituale volto a confermare la propria virilità, tanto da essere spesso filmato, registrato, commesso in gruppo.

Per celare la vera matrice del reato sono stati costruiti nei millenni i miti dello stupro per gli uomini che lo commettono, uguali e contrari rispetto a quelli delle donne:

- sono mossi da bisogni sessuali incontrollabili alla sola vista di un corpo femminile;
- dominano naturalmente nelle relazioni, specie sessuali, e spetta a loro prendere l'iniziativa anche forzando perché "il no vuol dire sì";
- sono per natura irruenti, confusi, danno per scontato il consenso perché provocati dai comportamenti ambigui femminili rispetto ai quali non riescono a frenare il loro istinto virile;
- nel momento dell'eccitazione non comprendono il mancato consenso della vittima;
- quando attraenti non hanno necessità di usare violenza.

Grazie a questi miti, operatori privi di formazione confondono questo delitto per un incoercibile *impulso sessuale*, una incontenibile forza naturale che rende gli uomini privi di volontà<sup>59</sup>, perché costantemente in preda a desideri che li portano all'incapacità di assumere decisioni razionali.

Nel citato processo a Dominique Pelicot, il presidente del collegio aveva rivolto al perito la seguente domanda: «Possiamo dire che l'uomo, in generale, quando è *in preda*

<sup>57</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, cit. p. 70.

<sup>58</sup> G. PRIULLA, *Violate. Sessismo e cultura dello stupro*, Catania, 2019, p. 79.

<sup>59</sup> C. VOLPATO, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne in Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, a cura di C. Pecorella, 2021, Torino, p. 26 e ss.

*ai suoi bisogni sessuali... viene forse privato ancora di più delle capacità, che normalmente ha, di valutare il divieto?»<sup>60</sup>.*

È lo stesso meccanismo, inconsapevolmente giustificazionista, predisposto, di frequente, attraverso il *raptus* di gelosia per i femminicidi.

L'Autorità giudiziaria, a prescindere dalla decisione assunta (di assolvere o condannare), alla luce di quanto esposto, di frequente mostra di aderire in pieno ai miti dello stupro secondo il quale gli uomini prendono ciò che vogliono per rispondere ad un *naturale* e, in quanto tale, legittimo desiderio di appagamento che non può che generare fraintendimenti.

## 8. Il consenso sessuale: accettare o scegliere? L'inconsapevolezza maschile.

Il discorso sulla sessualità è strettamente connesso ai meccanismi di potere perché, come sopra scritto, nella storia dell'umanità lo stupro ha costituito un'operazione regolatrice di precisi rapporti di forza tra uomini e donne e queste ultime non hanno mai avuto alcuna voce in capitolo rispetto a desiderio e piacere.

Il consenso è stato sempre concepito in termini radicalmente diversi a seconda di chi lo esprimesse: per gli uomini segno di autonomia, razionalità, capacità di autodeterminazione; per le donne, invece, di acquiescenza, adattamento ai desideri altrui, accondiscendenza.

D'altra parte, chi è subalterno per statuto epistemologico e discorsivo, come appunto le donne, non può verbalizzare consenso o rifiuto, ma solo rassegnazione.

Il consenso non è un'astrazione e non si esprime soltanto nelle parole; è una lotta con la propria interiorità e richiede di saperla leggere, di avere la forza di conoscerla ed interpretarla, senza piegarsi ad accettare supinamente.

Il consenso ha lati oscuri, disagi, ombre; è una tensione continua con sé stesse, con gli altri e con i contesti in cui si esprime; si muove da dentro a fuori e da fuori a dentro perché vive della relazione e dell'ascolto. È un continuo movimento di certezze e disagi. È un incontro non banalizzabile a un frammento di suoni; è l'offerta della propria diversità di cui il corpo esprime tutti i segnali.

C'è bisogno che chi raccoglie il consenso intenda coinvolgersi in questo difficile e reciproco posizionamento, accettando l'unicità e le contraddizioni dell'altro, decidendo di non confondersi e di non fraintendere, ma di porre tutta l'attenzione che merita un altro essere umano, con le sue insicurezze e le sue fragilità.

In quanto incontro tra persone, il consenso va letto tenendo conto della sua complessità epistemica; del serio disvelamento del differente approccio di uomini e donne alle relazioni sessuali, figlio di radicati assetti culturali e di potere; della necessità di disarticolare stereotipi di genere atavici che impongono agli uomini di essere attivi e incompressibili sessualmente, con accesso illimitato al corpo altrui, e alle donne di essere

---

<sup>60</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, cit. p. 66.

passive e arrendevoli; della conoscenza dei miti dello stupro, incistati in ognuno di noi, che, in quanto miti, non riconoscono alle donne dignità di parola e di scelta.

Solo dopo questa difficile operazione di approfondimento sarà possibile procedere alla scelta di modelli giuridici che, in quanto tali, costituiscono l'assunzione di una precisa responsabilità rispetto al contrasto alla violenza maschile contro le donne, di cui lo stupro è il delitto emblematico, rinunciando al privilegio degli uomini di "prendere senza chiedere", di accedere ad un corpo femminile senza ascoltare, di far finta di confondere il gioco seduttivo che, in quanto tale, è fondato su un rapporto paritario di desideri e volontà, nella *conquista* di una *preda* per alimentare il proprio individuale narcisismo.

È, dunque, irricevibile, alla luce di quanto precede, la banalizzazione parossistica per cui la mera pretesa di reciprocità sessuale (modello consensuale "affermativo"), espressiva di minimali livelli di civiltà relazionale – tanto che si parla di "rapporto" sessuale – conduca ad una visione "notarile", fatta di schede e formulari, per cui sarebbe imposto all'uomo di aggiornarsi, atto dopo atto, circa l'esistenza del consenso del partner<sup>61</sup>.

C'è bisogno di uomini che decidano, culturalmente ed emotivamente, di assumere un nuovo sguardo nel mondo delle relazioni con il genere femminile e solo dopo potremo stabilire il modello giuridico migliore per dirlo.

Il diritto deve partire, innanzitutto, da un nuovo alfabeto che abbia chiaro che gli uomini sono abituati, da una storia millenaria, a dare per scontato che c'è chi prende e chi è preso, chi sceglie e chi acconsente, mentre, al contrario, l'atto sessuale, in quanto relazione, non è una pretesa unilaterale, ma un incontro convergente e paritario, in cui vi deve essere un reciproco, libero e coinvolgente avvicinamento che può essere fermato da ciascuno, in ogni momento, quando non corrisponde più a ciò che si vuole.

La difficoltà di comprendere che una relazione sessuale richieda scambio ed ascolto dell'altro, in ogni passaggio e senza necessità che avvenga alcuna procedimentalizzazione, è tale da avere indotto la Thames Valley Police, in collaborazione con Rape Crisis England and Wales, Oxfordshire Sexual Abuse and Rape Crisis Centre e Oxford University Student Union, a pubblicare nel 2015 un video dal titolo #Consentiseverything<sup>62</sup>: «Se ancora fai fatica a capire cosa vuol dire consenso,

---

<sup>61</sup> M. PELLINI, *Violenza sessuale: la Corte di cassazione conferma la scelta del modello del consenso "affermativo"*, in *Giurisprudenza penale* 31 marzo 2025 cita alla nota 41 M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, e richiama p. 295 in cui l'autore afferma che «se l'"iter" implicitamente suggerito dal modello in esame può astrattamente apparire adeguato in termini di bon ton, già pensando concretamente ai primi "contatti" tra soggetti che, pur non essendo perfetti sconosciuti, non hanno particolare confidenza reciproca, sembra proporre una prospettiva un po' forzata e rispetto alla quale potrebbe risultare necessario ottenere un esplicito consenso persino e, anzi, a maggior ragione, per il "primo bacio". Beninteso: non si vuole legittimare a ogni costo il bacio "rubato", ma è anche vero che dover necessariamente chiedere il permesso per scambiarselo, anche se non verbalmente – si lascia al lettore lo sforzo di immaginazione... – potrebbe, in alcuni contesti, rovinare l'atmosfera che altrimenti lo renderebbe più "naturale" oppure rappresentare persino un ostacolo psicologico per persone timide».

<sup>62</sup> Il video è presente in una [pagina web](#) ove è approfondito, sotto molteplici aspetti, il tema del consenso: Cos'è il consenso? Consenso: come ottenerlo. Miti e fatti. La versione italiana del video è visionabile su

immagina soltanto che invece di prepararti a fare del sesso, stai per preparare una tazza di tè». È stato ripreso dalla campagna internazionale «Io lo chiedo» di Amnesty international. Viene spiegato agli uomini, in modo semplice ed efficace, con figurine stilizzate e sottotitoli, come comportarsi di fronte ad un approccio sessuale proponendo l'analogia dell'invito a bere una tazza da tè: se dice di sì lo vuole e si avvia la preparazione; se rifiuta non si va avanti; se appare titubante, si può comunque preparare il tè, ma si deve essere consapevoli che l'altra persona potrebbe non berlo e che se non lo beve – questa è la parte importante – non puoi imporglielo, devi lasciarla libera. Nel caso, invece, l'altra persona inizialmente chieda il tè, ma poi, una volta preparato, cambia idea, anche se la bustina è già in infusione nella tazza, chi lo ha offerto può essere infastidito e dispiaciuto, perché ci ha messo tempo e impegno, prefigurandosi un'altra situazione, ma deve accettarlo e fermarsi. Se poi la persona cui si offre il tè prima o durante la preparazione è incosciente e, dunque, non è in grado di berlo, anche nel caso in cui avesse prima detto di volerlo, la tazza resta dove è. «Lascia stare il tè, fermati», spiega con chiarezza il video. Anche se il tè è stato gustato con piacere, insieme, nelle settimane precedenti questo non vuol dire che quella stessa persona lo desideri in altri momenti.

Questo è proprio l'A, B, C. Dobbiamo allora chiederci, se servono video e testi predisposti da forze di polizia ed Università del calibro di quella di Oxford, che spiegano cosa è il consenso, servendosi di figurine e sottotitoli, vuol dire che la maggioranza degli uomini non ne ha alcuna consapevolezza.

Il video, però, non volge alcuno sguardo alla persona a cui è offerto il tè e alla sua appartenenza sessuale, alla sua storia millenaria di esclusione e di assenza di parola che la pone immediatamente in una condizione di soggezione: la preoccupazione di compiacere e di non ferire chi gentilmente ha preparato il tè, la paura per gli effetti individuali e sociali di un eventuale rifiuto, la colpevolizzazione di avere dato l'illusione di accettare l'invito e di non potere per questo tornare indietro. E poi, la situazione che ha preceduto quell'offerta e tutto ciò che avviene e avverrà fuori da quella stanza; il rapporto di forza tra chi "propone" e chi accetta.

La filosofa francese Geneviève Fraisse scrive in *Du consentement* «Perché il consenso, esplicito o implicito, esteriorizzato o supposto, rimane una questione profondamente intrecciata all'intimità del soggetto. Ecco perché l'immagine del sì, espressione esteriore o apparente del consenso, è una comoda copertura. Certamente, una persona esprime il suo consenso; ma un'altra otterrà, o addirittura strapperà il consenso di un'altra. Il consenso è come una cosa che circola da un individuo all'altro; un oggetto estraneo, suscettibile sia al controllo che al furto. Dalla parte più intima di sé a quella più estrema; dal proprio io interiore alla relazione con l'altro.... Si tratta, quindi di pura libertà o di una inevitabile lotta di potere?»<sup>63</sup>.

Il tema è: quale significato attribuire alla parola "consenso"? scegliere, accettare o permettere? Non sono affatto sinonimi.

---

[YouTube.](#)

<sup>63</sup> G. FRAISSE, *Du consentement*, Paris, 2007, pp. 24-25.

*Scegliere* vuol dire assumere una posizione paritaria, incontrarsi, agire, proporre, decidere, avere un ruolo attivo, iniziare; *accettare* significa limitarsi ad aderire alla richiesta altrui collocandosi in una posizione passiva, manifestare una volontà che presuppone condizioni (esterne o interne) che inducono a ritenere di non avere opzioni; *permettere* è non fermare chi tenta e che non attribuisce alcun valore all'ascolto.

Rendere centrale il consenso nel delitto di stupro è un atto minimale di civiltà, ma solo se si riconosce che non può essere ridotto a un atto singolo e decontestualizzato.

La filosofa e docente statunitense Linda Alcoff, in *Rape and Resistance*, condivisibilmente ritiene come sia riduttivo confinare il problema alla ricerca di un "sì" esplicito perché il consenso sessuale non è un contratto che, una volta firmato, autorizza qualsiasi cosa. È un dialogo continuo tra corpi e volontà che può interrompersi in qualsiasi momento<sup>64</sup>.

È proprio la rappresentazione del consenso non come *atto* ma come *processo di interazione* ad imporre che esso prosegua libero nel suo sviluppo, ma perché ciò accada è necessario che, dall'altra parte, ci sia qualcuno che abbia un'attenzione costante ai segnali, verbali e non verbali, della persona con cui condivide quell'intimità.

Questo vuol dire che anziché rincorrere i miti dello stupro, di una virilità ritagliata sull'incontinenza della fisiologia maschile e di un'eccitazione inarginabile che obnubila la capacità di ascolto, l'intera società, inclusi gli interpreti del diritto, deve attrezzarsi, sotto il profilo conoscitivo e culturale, a pretendere che gli uomini – intesi come appartenenti al sesso maschile – abbiano la conoscenza sia della complessità dell'esperienza sessuale, fondata su continui aggiustamenti e ripensamenti, sia della necessità che il consenso ottenuto abbia un'affidabilità epistemologica, priva di elementi di coercizione, anche emotivi e di posizione (superiori gerarchici, docenti universitari, terapeuti, sacerdoti, ecc.).

La mancata conoscenza di queste basilari nozioni sull'interazione umana e sessuale non configura alcun "errore". D'altra parte, a nessun essere umano si consente di non sapere che non si ruba, non si picchia e non si uccide, a partire dalle XII Tavole.

Il problema, dunque, non è di ordine formale, cioè se le donne "acconsentono", ma interrogare quel "sì"<sup>65</sup> per conoscere in quali condizioni è stato prestato, ben sapendo che la sessualità femminile (e la stessa identità femminile) è stata costruita socialmente per il solo piacere maschile, come dimostra la prostituzione.

Si può acconsentire a qualcosa o a qualcuno senza averlo scelto: perché tutte le alternative sono peggiori; perché si è in una condizione di ricattabilità; perché si temono conseguenze; perché in quanto donne si viene *educate*, sin dall'infanzia, a non riconoscere i propri desideri e le proprie volontà, ma solo ad essere gentili e cedevoli a quelli altrui, interpretando il proprio valore attraverso la desiderabilità agli occhi maschili; perché si agisce secondo le convenzioni sociali in cui il diniego femminile non è previsto; perché si è economicamente dipendenti e vulnerabili; perché si vive in una relazione maltrattante, e tanto altro che di rado viene accertato nei processi penali per

---

<sup>64</sup>L. ALCOFF, *Rape and Resistance*, Cambridge, Polity Press, 2018.

<sup>65</sup>C. SERRA, *El sentido de consentir*, Barcellona, 2024.

stupro alla ricerca soltanto dell'avvenuto segnale di una qualsiasi forma di "accondiscendenza".

L'interiorizzazione di subalternità non permette sempre di esprimere un consenso libero, può essere una capitolazione mascherata da scelta. La preda è stata catturata e il cacciatore è innocente.

Mettere al centro del delitto di stupro il consenso è un passo di civiltà, culturale e giuridica, e si tradurrà in un nuovo lessico processuale solo se, anziché partire dalla agiuridica pregiudiziale falsità femminile, utile solo a rendere impuniti questi delitti, avremo operatori giudiziari formati ed imparziali, capaci di: a) capire che lo stupro è un atto di sottomissione e di potere; b) sapere che il consenso esiste solo a parità di effettivo e dimostrato potere negoziale; c) riconoscere il sistema, strutturale e sistemico, diseguale per uomini e donne, in cui esso viene dato o negato (vedi Preambolo della Convenzione di Istanbul), tale da poterlo condizionare o limitare; d) non confondere il ritenuto diritto maschile all'accesso al corpo femminile con l'errore sulla percezione del consenso.

Ma a questo si aggiunge altro. Lo stupro, oltre a costituire la più umiliante delle invasioni intime in cui una persona viene usata come oggetto e, dunque, negata come essere umano, produce molto altro: espone a gravidanze indesiderate e malattie, segna socialmente, incide sulla futura vita sessuale e sulle relazioni con il genere maschile, traumatizza e annichilisce. Insomma, non è solo un "atto sessuale senza consenso".

L'avvocata femminista Catharine A. MacKinnon, docente dell'Harvard University, sostiene correttamente che il fatto che molte donne "acconsentano" alla sottomissione sessuale non dimostra che siano libere, ma soltanto l'efficacia del condizionamento sociale che subiscono<sup>66</sup>. In tal modo, dimostra di avere ben chiaro come la subordinazione al piacere maschile, tale da creare un pervasivo differenziale di potere, sia una costante della nostra cultura «veicolata attraverso immagini o parole che include anche donne disumanizzate come oggetti, cose o merci sessuali: godere del dolore, dell'umiliazione o dello stupro, essere legata, tagliata, mutilata, ammaccata o ferita fisicamente, in atteggiamenti di sottomissione sessuale, servilismo o esibizione, ridotta a parti del corpo, penetrata da oggetti o animali o presentata in scenari di degrado, ferimento, tortura, mostrata come sporca o inferiore, sanguinamento, lividi o dolore in un contesto che rende queste condizioni sessuali»<sup>67</sup>.

E che natura hanno i casi di accettazione di un rapporto sessuale non desiderato, cioè frutto di un interiorizzato obbligo di adattamento?<sup>68</sup>

1. per evitare conflitti o reazioni peggiori ("È più semplice dire sì che sopportare un litigio o essere picchiata", "so per certo che sveglierà i bambini urlando se non ci sto");
2. per mantenere la relazione ("Se dico no, mi lascerà", "dice che se non lo faccio non lo amo");
3. per *dovere*: ("Sono sua moglie, è mio dovere");
4. per stanchezza ("Insiste così tanto che alla fine cedo").

<sup>66</sup> C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

<sup>67</sup> C.A. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 176.

<sup>68</sup> M. BORRELLO, [Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità](#), in *Nomos*, 1/2023.

Nessuno di questi casi è stupro nel senso giuridico tradizionale perché non c'è violenza fisica, non c'è minaccia esplicita. Eppure, non c'è consenso.

Questo non vuol dire negare che le donne compiano scelte, ma semplicemente sapere che, per affrontare in modo consapevole il tema dello stupro (e dei modelli giuridici preferibili), è essenziale riconoscere le asimmetrie di potere sistemiche che, in quanto tali, non soltanto costituiscono lo stesso punto di partenza di chi esprime il consenso, di chi denuncia lo stupro e di chi lo pratica, ma soprattutto di coloro che svolgono l'attività difensiva delle une e degli altri e di chi interpreta, con apparenti argomenti giuridici inquinati spesso dai menzionati miti dello stupro, quel consenso (con tutte le sue robuste aggettivazioni) e quel dissenso, inevitabilmente aderendo al medesimo acquisito immaginario.

### 9. Il consenso da questione tecnica a tema centrale del dibattito pubblico.

Partiamo da un dato: il consenso funziona come ideale regolativo, non descrive la complessità del reale, indica la direzione verso cui il diritto deve tendere.

Come scrive condivisibilmente la filosofa Manon Garcia, il consenso non è uno stato di fatto da accertare, ma una condizione normativa da costruire. Inserire il consenso nella fattispecie significa affermare che la sessualità deve essere basata sul riconoscimento reciproco, sull'ascolto, sulla cura, sulla possibilità reale di dire no. Significa spostare il *focus* dalla resistenza della vittima alla responsabilità dell'aggressore<sup>69</sup>.

Il consenso al rapporto sessuale è questione che non appartiene più soltanto agli ambiti militanti del femminismo o a quelli tecnico-giuridici di pochi esperti – ambiti, peraltro, fino ad oggi rimasti drammaticamente separati – ma si è imposto all'attenzione pubblica internazionale grazie a tre fenomeni di portata globale che hanno scoperchiato la diffusione sistematica delle molestie e delle violenze sessuali degli uomini nei confronti delle donne.

La domanda che legittimamente viene posta di fronte agli stupri su donne narcotizzate e prive di coscienza è: gli uomini hanno davvero bisogno che le donne siano vive e partecipino per “appagare” il loro desiderio sessuale?

In primo luogo, il movimento internazionale #MeToo, che non a caso non ha intaccato l'Italia, ne ha rivelato la pervasività in tutti i settori – dal mondo del lavoro a quello dello spettacolo, dallo sport all'università – dando voce e visibilità a milioni di vittime che avevano subito in silenzio e normalizzato comportamenti che costituivano vere e proprie violenze, ovviamente non denunciate nella certezza di non essere credute.

Il movimento #MeToo ha trasformato una questione privata in un problema sociale strutturale, costringendo le istituzioni a confrontarsi con la realtà della violenza maschile contro le donne.

---

<sup>69</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit.

In secondo luogo, l'emersione delle piattaforme online come "Mia moglie" e "phica.eu", nelle quali sono state scambiate dagli uomini fotografie di figlie, sorelle, compagne, mogli, madri e amiche accompagnate da commenti umilianti e sessisti, con oltre 80 milioni di accessi in poco tempo. Questi fenomeni hanno mostrato in modo inequivocabile come la cultura dello stupro e dell'oggettificazione sessuale delle donne da parte degli uomini non siano residuo di epoche passate o di pochi individui "perversi", ma rappresentino una realtà drammaticamente attuale e diffusa, alimentata dalle nuove tecnologie.

In terzo luogo, i processi giudiziari, in cui l'evidenza dei miti dello stupro in avvocati, difensori e giudici, con umilianti e non necessari esami delle vittime, hanno fatto assurgere a rilevanza simbolica planetaria il ruolo delle istituzioni in questi ambiti.

In Spagna, il processo della "Manada", relativo a uno stupro di gruppo perpetrato ai danni di una ragazza durante le feste di San Fermín a Pamplona nel 2016, che ha portato 1 milione di persone in piazza contro la decisione assunta dal tribunale di qualificare i fatti come "abuso sessuale" anziché come "aggressione sessuale", ha evidenziato il problema delle aspettative giudiziarie sulla reazione della vittima. In Francia, il processo Pelicot ha mostrato al mondo come decine di padri di famiglia, professionisti, persone apparentemente insospettabili avessero stuprato per anni, "a rotazione" una donna narcotizzata dal marito (si legge negli atti processuali «parliamo di una morta sul letto»), rivelando la banalità del male sessuale e smascherando il mito dello stupratore come "mostro" o "deviante" rispetto alla normalità sociale ed egemonica di maschilità.

Tutto questo ha portato la gran parte dei Paesi occidentali a modificare la definizione penale dello stupro anche grazie alle disposizioni della Convenzione di Istanbul, delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa – che chiedono agli Stati di adottare una definizione di stupro basata sull'assenza di consenso piuttosto che sulla violenza fisica – e alle numerose condanne della Corte EDU sulla sistematica pratica giudiziaria della vittimizzazione delle donne.

Si tratta di un dibattito difficile e delicato perché impone la concettualizzazione giuridica del termine "consenso", nonostante l'assoluta complessità filosofica, psicologica e relazionale che lo connota, ben sapendo le conseguenze concrete che ogni definizione adottata determinerà non solo nell'attività interpretativa delle Corti, ma anche nella concreta gestione dei processi penali. Anche l'aggiunta di un singolo aggettivo alla parola "consenso" – come "esplicito", "affermativo", "espreso", "libero" o "volontario", "riconoscibile" – potrebbe determinare effetti rilevanti soprattutto a fronte di una magistratura e di un'avvocatura non specializzate che, in quanto tali, rischiano di continuare ad essere vittime dei miti dello stupro (rape myths), ovvero di quegli stereotipi culturali che attribuiscono alla vittima una inattendibilità presunta, una volontà vendicativa pregiudiziale e comportamenti attesi (reazione fisica, denuncia immediata, coerenza narrativa) che, quando disattesi, conducono a giudizi di non incredibilità.

## **10. I limiti e le potenzialità del diritto penale nel cambiamento culturale.**

È evidente che non basta iscrivere la parola "consenso" nella norma penale per cancellare il sessismo – anche giudiziario – e per risolvere la difficoltà strutturale del sistema processuale, e ancor meno l'ambiguità della comunicazione nelle relazioni sessuali. Non può essere chiesto al diritto penale di insegnare agli uomini a ricercare la relazione e non la sopraffazione sessuale, a interrogarsi su cosa sia il consenso a un rapporto sessuale e di essere tenuti a chiederlo o a capirne i segnali; così come non spetta alle definizioni contenute nei delitti creare un cambiamento culturale e risolvere il problema della dominazione maschile sulle donne in un paese ancora profondamente machista – in cui il 70% degli obblighi di cura continua a gravare sul genere femminile – che non riconosce la competenza e la libertà femminile. Questo spetta alle politiche educative e sociali affinché garantiscano le condizioni materiali per consentire alle donne di esprimere in maniera chiara il diritto al "no" nei rapporti sessuali.

La riformulazione del delitto di stupro, però, come dimostra il dibattito culturale e giuridico in corso, può aiutare a operare una precisa scelta di valore capace di smentire i miti dello stupro, che tuttora vivono nelle aule di giustizia di tutto il mondo legittimando profonde asimmetrie di potere e inquinando l'imparzialità dei giudici, per offrire strumenti per leggere correttamente il contesto particolare nel quale il consenso viene compromesso e le condizioni di disuguaglianza di quella specifica relazione. È quello che è avvenuto con l'introduzione del diritto di femminicidio nel codice penale italiano.

In questa prospettiva, l'analisi comparata dei modelli di criminalizzazione della violenza sessuale non è un mero esercizio di diritto comparato, ma uno strumento per comprendere quali scelte legislative possano effettivamente contribuire – nei limiti del diritto penale – a una più efficace tutela della libertà sessuale e a un più rigoroso contrasto alla cultura dello stupro.

Prima di affrontare il tema dei modelli attualmente esistenti e quale sarebbe auspicabile per il nostro Paese, è necessario conoscere le fonti sovranazionali e la giurisprudenza europea a cui l'Italia deve adeguarsi.

## **11. Le fonti sovranazionali, la Corte EDU, il Comitato CEDAW: la scelta del modello consensuale.**

### *11.1. L'articolo 36 della Convenzione di Istanbul come standard minimo europeo.*

L'adozione di un modello consensuale per il delitto di stupro, che discende da una precisa scelta culturale ampiamente esposta nella parte che precede, è la richiesta, in primo luogo, dalle fonti sovranazionali.

L'articolo 36 della Convenzione di Istanbul<sup>70</sup> rappresenta il punto di riferimento normativo vincolante per tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e richiede che gli Stati criminalizzino: «gli atti sessuali intenzionali e non consensuali compiuti su un'altra persona».

La formulazione dell'articolo 36 pone al centro della definizione di violenza sessuale l'assenza di consenso, anziché la presenza di violenza o minaccia<sup>71</sup>.

L'articolo 36, paragrafo 2, della Convenzione di Istanbul stabilisce che il consenso «deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto.».

Questa formula normativa è decisiva perché non stabilisce semplicemente che il giudice possa limitarsi a verificare se c'è stato un "sì" o un "no" verbale, ma gli chiede di ricostruire:

a) il contesto relazionale, accertando se quello tra denunciante e denunciato è un rapporto paritario o c'è asimmetria di potere (per rapporto di fiducia, di parentela, lavorativo, di età, di salute, eccetera); se vi è una storia di violenza, anche psicologica, precedente; se risulta una condizione di dipendenza economica o emotiva;

b) il contesto in cui quel consenso è stato manifestato, accertando se la persona era in condizioni di intossicazione, se si trovava in un luogo o in una situazione che non consentiva di chiedere aiuto e vi fossero forme di pressione o manipolazione, l'ambito delinquenziale – soprattutto mafioso – in cui è stato commesso lo stupro che costituisce anche atto simbolico di esercizio di potere sul territorio;

c) il contesto sociale, accertando quali fossero le norme di genere operanti, cioè le aspettative sociali connesse all'appartenenza sessuale; la condizione di vulnerabilità della donna (straniera senza permesso di soggiorno, prostituita, con disabilità, molto giovane e molto anziana, eccetera).

La scelta normativa stabilita dall'art. 36 menzionato è stata da ultimo sollecitata anche dal *Rapporto sull'attuazione in Italia della Convenzione di Istanbul* del Grevio<sup>72</sup> del 2 dicembre 2025 perché riflette un preciso orientamento, cioè che il bene giuridico tutelato è la libertà di autodeterminazione sessuale, non la mera incolumità fisica, e indirizza anche sulle modalità per accertarlo: «la valutazione del consenso richiede un'analisi contestuale che tenga conto dei rapporti di potere, delle vulnerabilità specifiche, della storia della relazione. Non può essere ridotta a una verifica formale della presenza o assenza di resistenza fisica.».

La Convenzione di Istanbul impone anche di evitare domande vittimizzanti alle donne che denunciano uno stupro. Infatti, l'art. 54 stabilisce che gli Stati adottino «le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che in qualsiasi procedimento

<sup>70</sup> Si veda l'ampio e ricco volume di commento alla Convenzione di Istanbul, *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention* (a cura di) S. DE VIDO E M. FRULLI, Elgar, 2023.

<sup>71</sup> La [Relazione esplicativa alla Convenzione di Istanbul](#) al § 191 precisa che «nella valutazione degli elementi costituenti reato, le parti devono tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.», con espresso richiamo alla sentenza della Corte EDU M.C. c. Bulgaria, 4 dicembre 2003.

<sup>72</sup> [Rapporto sull'attuazione in Italia della Convenzione di Istanbul del Grevio](#) del 2 dicembre 2025.

civile o penale, le prove relative agli antecedenti sessuali e alla condotta della vittima siano ammissibili unicamente quando sono pertinenti e necessarie».

In questa stessa ottica va letta anche la Direttiva UE del 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica che al Considerando 48 indica le regole di una corretta valutazione della credibilità delle vittime vietando: «La produzione di prove del comportamento sessuale passato, delle preferenze sessuali e dell’abbigliamento della vittima per contestarne la credibilità e l’assenza di consenso nei casi di violenza sessuale...». Il divieto è posto perché la presentazione delle prove indicate «in particolare in caso di stupro, può rafforzare il perpetuarsi di stereotipi dannosi nei confronti delle vittime e portare a una vittimizzazione ripetuta o secondaria. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le prove relative al comportamento sessuale passato della vittima, o ad altri aspetti della sua vita privata ad esso connessi, siano consentite soltanto se è necessario valutare una questione specifica nel caso di specie o per l’esercizio dei diritti della difesa».

È perciò indispensabile che tutti gli operatori giudiziari abbiano un’adeguata conoscenza del fenomeno della violenza sessuale e della sua natura per una corretta assunzione ed interpretazione della testimonianza della vittima, al fine di accertare i fatti senza distorcerli con propri convincimenti soggettivi.

#### 11.2. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: consenso, divieto di resistenza e di utilizzo dei miti dello stupro.*

L’adozione di un modello consensuale deriva anche dalla risalente e costante giurisprudenza della Corte EDU.

Sin dal 1985<sup>73</sup> I giudici di Strasburgo hanno sancito l’esistenza di obblighi positivi degli Stati al fine di garantire agli individui l’effettivo godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione e questo principio, a fronte della sua ineffettività e violazione soprattutto rispetto al diritto umano delle donne di vivere libere dalla violenza, è stato progressivamente rafforzato.

È bene ricordare che gli artt. 2 e 3 CEDU – che tutelano le persone contro forme gravi di offese alla vita e all’integrità della persona – sono tra le clausole fondamentali della Convenzione Europea e sanciscono alcuni dei valori fondanti delle società democratiche che formano il Consiglio d’Europa. Contrariamente alle altre disposizioni della Convenzione, essi sono formulati in termini assoluti, non prevedono eccezioni né limitazioni e non ammettono deroghe da parte degli Stati membri *ex art. 15 CEDU*<sup>74</sup>.

I principali obblighi positivi cui uno Stato deve adempiere in materia di violenza contro le donne sono i seguenti: un sistema giuridico e giudiziario adeguato, che abbia un effetto deterrente e permetta di condurre indagini effettive e di punire i responsabili;

---

<sup>73</sup> Si veda la sentenza X e Y c. Paesi Bassi del 26 marzo 1985 relativo allo stupro di una ragazza di 16 anni con *handicap* mentale in una casa per bambini con disabilità mentali.

<sup>74</sup> K. VELCIKOVA, [Violenza contro le donne e accesso alla giustizia](#), in *Questione giustizia*, numero speciale sulla Corte di Stasburgo, aprile 2019.

una pronta reazione delle autorità alle denunce delle vittime attraverso l'adozione di misure di protezione e prevenzione; l'impegno a contrastare ogni forma d'inerzia e tolleranza di fronte a tale forma di violenza, di natura discriminatoria per le donne.

In questo quadro la Corte EDU ha avuto un impatto diretto sulle riforme legislative nazionali spingendo verso il modello consensuale volto anche ad escludere la dimostrazione che la vittima abbia reagito.

Come dimostrano le sentenze di seguito sinteticamente citate, numerosi interventi della giurisprudenza di Strasburgo sono stati frutto del sistematico utilizzo dei miti dello stupro, nelle indagini penali e nelle sentenze, da parte di forze di polizia e Magistratura di molti Paesi europei, compresa l'Italia.

La sentenza M.C. c. Bulgaria, del 4 dicembre 2003, può essere ritenuta fondativa di questo indirizzo che, si noti bene, risale ad oltre 20 anni fa ed è ancora scarsamente citato nelle sentenze di merito. La rilevanza di detta pronuncia risiede nel fatto che è stata la prima a valutare uno stupro avvenuto in assenza di violenza fisica. Questi sono alcuni principi fondamentali per l'evoluzione del diritto anche interno in materia:

- «... Nella maggior parte dei paesi europei influenzati dalla tradizione giuridica continentale, la definizione di stupro contiene riferimenti all'uso della violenza o minacce di violenza da parte dell'autore. È significativo, tuttavia, che nella giurisprudenza e nella dottrina l'assenza di consenso, non la forza, sia considerata l'elemento costitutivo del reato di stupro.» (§ 159);
- «Alla luce di quanto sopra, la Corte è persuasa che qualsiasi approccio rigido al perseguimento dei reati sessuali, come richiedere la prova della resistenza fisica in tutte le circostanze, rischia di lasciare impuniti determinati tipi di stupro e quindi di compromettere l'effettiva protezione dell'autonomia sessuale dell'individuo. In conformità con gli standard e le tendenze contemporanee in questo settore, gli obblighi positivi degli Stati membri ai sensi degli articoli 3 e 8 della Convenzione devono essere interpretati come richiedenti la penalizzazione e il perseguimento efficace di qualsiasi atto sessuale non consensuale, anche in assenza di resistenza fisica da parte della vittima.» (§ 166).

La giurisprudenza successiva ha consolidato e rafforzato gli standard in materia di violenza sessuale espressi in M.C. c. Bulgaria del 4 dicembre 2003, tra le più recenti: A.J. e L.E. c. Spagna del 23 ottobre 2025<sup>75</sup>; L. et autres c. Francia del 24 aprile 2025, sullo stupro ai danni di una vittima minorene<sup>76</sup>; X c. Cipro del 27 febbraio 2025, in un passaggio significativo ha ritenuto che l'imputato debba accertarsi del consenso della

---

<sup>75</sup> Secondo la Corte EDU: «Sebbene gli Stati mantengano un margine di discrezionalità su come definire e affrontare lo stupro, la Corte ha affermato che gli standard contemporanei riconoscono l'assenza di consenso come elemento centrale del reato, piuttosto che l'uso della forza fisica. Il requisito della resistenza è stato screditato nei sistemi di giustizia penale europei e qualsiasi approccio legale o penale che richieda la prova della resistenza fisica rischia di non tutelare l'autonomia sessuale e di consentire l'impunità.» (§ 80).

<sup>76</sup> Secondo la Corte EDU: «esiste ormai un consenso tra gli Stati Parte [che] si sta diffondendo l'esigenza di incorporare espressamente la nozione di consenso informato nella definizione di stupro e di stabilire la mancanza di tale consenso come elemento costitutivo del reato.» (§ 208).

vittima<sup>77</sup> e ha richiamato lo Stato sull'obbligo di evitare i pregiudizi nei confronti delle donne<sup>78</sup>.

In particolare, la Corte EDU nel caso N.Ö. c. Turchia del 14 gennaio 2025 ha affrontato specificamente lo stereotipo giudiziario sul "ritardo nella denuncia"<sup>79</sup>.

Con riferimento all'Italia, si ricorda la sentenza J.L. c. Italia del 27 maggio 2021, in cui la Corte EDU ha censurato l'approccio della magistratura italiana che aveva annullato una condanna per stupro di gruppo ai danni di una giovane donna sulla base di stereotipi sessisti e miti dello stupro (*supra* § 6.3 che precede).

### 11.3. Il Comitato CEDAW: *Vertido c. Philippines, A.F. c. Italia e i miti dello stupro come discriminazione.*

Il modello consensuale costituisce un approccio anche in due decisioni del Comitato CEDAW, di cui una riguardante proprio l'Italia.

Il Comitato CEDAW, nel caso Karen Tayag Vertido c. Philippines (Comunicazione n. 18/2008, decisione del 16 luglio 2010)<sup>80</sup>, ha fornito un'analisi dettagliata sui miti dello stupro come forma di discriminazione strutturale contro le donne nel sistema giudiziario tali da avere viziato la decisione di assoluzione dell'imputato da parte della Corte filippina.

I miti identificati dal Comitato sono: il mito della fuga (l'aspettativa che la vittima tenti la fuga ad ogni occasione); il mito della resistenza (l'idea che l'assenza di lesioni fisiche indichi consenso); il mito della relazione precedente (l'idea che una relazione tra vittima e accusato costituisca prova di consenso); il mito dell'eiaculazione (l'idea che se l'accusato è riuscito ad eiaculare, la vittima non si è opposta).

Il Comitato ha concluso che: «lo stupro costituisce una violazione del diritto delle donne all'integrità personale e fisica e che suo elemento essenziale è la mancanza di consenso.» (§ 8.7).

<sup>77</sup> Secondo la Corte EDU: «Non sembra che sia stata condotta alcuna indagine in merito alle misure adottate dagli indagati per garantire che il ricorrente acconsentisse al rapporto sessuale il 17 luglio 2019, ma vi sono state testimonianze secondo cui alcuni degli indagati avevano sperato e si aspettavano di avere rapporti sessuali con la ricorrente, dando per scontato che sarebbero stati in grado di farlo semplicemente in base al suo comportamento precedente (vedere paragrafi 41 e 42 sopra)» (§ 117).

<sup>78</sup> Secondo la Corte EDU: «Il caso di specie rivela alcuni pregiudizi nei confronti delle donne a Cipro che hanno impedito l'effettiva tutela dei diritti della ricorrente in quanto vittima di violenza di genere e che, se non invertiti, rischiano di creare un contesto di impunità, scoraggiando la fiducia delle vittime nel sistema di giustizia penale.» (§ 125).

<sup>79</sup> Secondo la Corte EDU: «...supposizioni o stereotipi su come una vittima di violenza sessuale dovrebbe comportarsi non sono appropriati e che l'indagine sugli atti di violenza sessuale può richiedere una valutazione contestuale specifica per i fatti del caso...Il timore di perdere il lavoro, le ritorsioni e altri fattori psicologici legati al trauma possono giocare un ruolo nella decisione della vittima di procedere con la denuncia. Di conseguenza, una valutazione sensibile al contesto avrebbe richiesto ai tribunali nazionali di considerare la rilevanza del momento in cui è stata presentata la denuncia nel contesto di altre prove nel fascicolo» (§ 52).

<sup>80</sup> Comitato CEDAW, Causa Vertido c. Filippine, pubblicata in italiano (traduzione non ufficiale a cura di E. BIAGGIONI e S. LUPI) in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e Violenza. Stereotipi culturali*, cit., p. 113 ss.

La seconda pronuncia di rilievo è A.F. contro Italia del 20 giugno 2022, in cui il Comitato CEDAW<sup>81</sup> ha ritenuto che l’Autorità giudiziaria italiana in una sentenza assolutoria di stupro abbia violato la Convenzione a causa di «stereotipi e pregiudizi di genere nel sistema giudiziario [che] hanno conseguenze di vasta portata sul pieno godimento dei diritti umani da parte delle donne [...] e portano decisioni basate su credenze di preconcetti piuttosto che su fatti rilevanti [...] Gli stereotipi influiscono anche sulla credibilità delle voci, delle argomentazioni e delle testimonianze delle donne come parti e testimoni. Questi stereotipi possono indurre i giudici a interpretare o applicare in modo errato le leggi» (§ 7.5).

Il Comitato, dopo avere elencato specificamente tutti gli stereotipi utilizzati (sull’uso del preservativo, sui lividi all’interno delle ginocchia della vittima che «potevano essere spiegati dall’esuberanza di un incontro consensuale», sul comportamento lucido della vittima, sulla natura vendicativa della denuncia, ecc.) ha rilevato come la Corte di appello di Cagliari avesse ribaltato la decisione del Tribunale formulando ipotesi ed esaminando prove alla ricerca «di giustificazioni alternative» fondando la propria decisione «solo su stereotipi di genere profondamente radicati che hanno portato ad attribuire un peso probatorio maggiore al racconto dell’imputato, che è stato chiaramente preferito, senza alcun esame critico delle argomentazioni della difesa» (§ 7.16).

Alla luce della Convenzione di Istanbul, della giurisprudenza della Corte EDU e del Comitato CEDAW, delle Raccomandazioni del GREVIO, la strada è obbligata verso un modello consensuale affermativo.

## 12. I modelli di definizione dei reati sessuali: a) dal modello coercitivo al modello consensuale.

### 12.1. Il modello italiano: il paradigma coercitivo superato dall’evoluzione giurisprudenziale.

Come è noto, la dimensione normativa costituisce solo la traduzione di passaggi culturali di una comunità.

Il modello normativo attualmente vigente in Italia esprime ancora il cosiddetto modello coercitivo, fondato sulla presenza di violenza fisica o minaccia come elementi costitutivi del reato di violenza sessuale.

Tuttavia, l’obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e alle Convenzioni del Consiglio d’Europa<sup>82</sup> ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost., che costituiscono strumento interpretativo delle corrispondenti garanzie costituzionali<sup>83</sup> cui è tenuto il giudice italiano, «sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU<sup>84</sup>, specie

---

<sup>81</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, [I pregiudizi giudiziari contro le donne all’esame di organismi internazionali: il caso A.F. contro Italia](#), in *questa Rivista*, 29 luglio 2022.

<sup>82</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349 cd. “sentenze gemelle”.

<sup>83</sup> Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102, con specifico riferimento alla Convenzione di Istanbul (par. 3.2).

<sup>84</sup> In tal senso, la Corte EDU ha reiteratamente affermato che gli articoli 3 e 8 della Convenzione richiedono

quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima»<sup>85</sup>, ha correttamente condotto la Corte di cassazione<sup>86</sup> a ritenere che:

1) la mancanza del consenso costituisce requisito, ancorché implicito, della fattispecie, e l'errore si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale<sup>87</sup>;

2) «La struttura dei reati contro la libertà sessuale è tutta costruita attorno al consenso»<sup>88</sup> e deve aversi riguardo a tutte le situazioni che influiscano negativamente sul processo di libera determinazione della vittima;

3) il consenso deve essere libero, cioè prestato in una condizione di piena capacità di autodeterminazione, non compromessa da fattori esterni (violenza, minaccia, abuso) o interni (incapacità, stato di inferiorità); validamente prestato, cioè espresso in modo esplicito e senza ambiguità in relazione al momento del compimento dell'atto stesso, non può essere presunto, dedotto o inferito da circostanze indirette o dall'assenza di reazione da parte della vittima<sup>89</sup>; deve riguardare non solo l'*an* dell'atto sessuale ma anche il "tipo" di atto sessuale da compiere; specifico rispetto alla persona che quell'atto compie<sup>90</sup>; perdurante nel corso dell'intero rapporto<sup>91</sup>.

Questa giurisprudenza, consolidatasi da oltre un decennio, ha ampiamento superato i miti dello stupro tuttora utilizzati sia per mettere in discussione la credibilità della vittima, sia per dimostrare un consenso implicito, miti che non solo operano una vietata vittimizzazione secondaria nel corso dei processi, drammaticamente persistenti, ma che si ravvisano anche nella giurisprudenza di merito che non si adegua a quella di legittimità. I più ricorrenti, oltre quelli già richiamati, sono:

a) condotta "provocatoria" della vittima precedente al fatto (abbigliamento, comportamento seduttivo, flirt)<sup>92</sup>;

---

(il corsivo è del Collegio) «un obbligo positivo agli Stati di adottare disposizioni di diritto penale che criminalizzino e puniscano efficacemente qualsiasi atto sessuale non consensuale, anche quando la vittima non ha opposto resistenza fisica» (v., *ex plurimis*: M.C. c. Bulgaria del 4 dicembre 2003, § 166: Y. c. Bulgaria, del 20 febbraio 2020, § 95; J.L. c. Italia del 27 maggio 2021).

<sup>85</sup> Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, con richiamo alle sentenze numero 68 del 2017, 36 e 276 del 2016.

<sup>86</sup> Si veda per un completo, puntuale e aggiornato richiamo a tutta la giurisprudenza della Corte di cassazione sul tema la Relazione di Alberto Galanti, Consigliere di questa Corte, nel corso dell'audizione alla Commissione giustizia del Senato in data 17 dicembre 2025 presente sul [sito del Senato](#).

<sup>87</sup> Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2022, n. 7873; Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780; Cass. pen., Sez. III, 5 ottobre 2017, n. 2400. Il Consigliere Galanti ha richiamato anche l'orientamento minoritario secondo cui l'errore sul «dissenso» rileva come errore di fatto, sicché è teoricamente ammissibile ma incombe sull'imputato l'onere fornire la prova del relativo assunto (Cass. Pen., Sez. III, 25 novembre 2021 (dep. 2022), n. 3326).

<sup>88</sup> Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2025, n. 37173.

<sup>89</sup> Cass. Pen., Sez. III, 26 novembre 2024 (dep. 2025), n. 967.

<sup>90</sup> Cass. Pen., Sez. III, 23 giugno 2016, n. 22127.

<sup>91</sup> Cass. Pen., Sez. III, 20 novembre 2012, n. 15334; Cass. Pen., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 27252.

<sup>92</sup> Cass. Pen., Sez. 3, 19 gennaio 2022, n. 7873.

b) condotta della vittima successiva al fatto (come l'essersi fatta riaccompagnare a casa; ritardo nella denuncia, mantenimento di contatti con l'aggressore)<sup>93</sup>;

c) "costumi sessuali" della vittima (il numero di partner precedenti, l'eventuale attività prostitutiva)<sup>94</sup>;

d) assenza di segni di violenza fisica essendo sufficiente la costrizione ad un consenso viziato<sup>95</sup>.

Grazie alla giurisprudenza convenzionalmente orientata (artt. 18 e 36 della Convenzione di Istanbul e artt. 3 e 8 CEDU) della Corte di legittimità, pur criticata dalla dottrina<sup>96</sup> nonostante non risulti che sia stata oggetto di rilievi di costituzionalità o sia stata portata all'attenzione della Corte EDU, il nostro Paese si è doverosamente adeguato agli obblighi sovranazionali sulla tutela dei diritti inviolabili delle donne, al progresso del costume sociale e agli esiti del dibattito culturale e giuridico sollecitato dall'associazionismo delle donne e dalla proficua presenza dei Centri Antiviolenza nei processi.

Va, inoltre, richiamato il già citato Rapporto del Grevio del 2 dicembre 2025 che al § 134, con riguardo ai processi per stupro, dopo essersi dato atto «con soddisfazione che la Corte suprema di cassazione si è allineata ai requisiti della Convenzione di Istanbul applicando nelle sue decisioni un'interpretazione di questo reato basata sul consenso» ha espresso rammarico in quanto i tribunali spesso non rispettano tale interpretazione, «richiedendo l'uso della forza o (che) riflettono stereotipi e pregiudizi non in linea con la Convenzione. Sarebbe quindi di vitale importanza un emendamento legislativo che allinei il Codice penale italiano al requisito della Convenzione di Istanbul di adottare una definizione di violenza sessuale e stupro basata sul consenso, accompagnato da una campagna di sensibilizzazione pubblica e da un dibattito sulla natura del consenso».

## 12.2. I modelli comparati: l'evoluzione verso il "consenso affermativo".

Ad oggi sono 17 gli Stati membri dell'Unione europea che hanno introdotto nelle proprie legislazioni una definizione di stupro basata sul consenso (Belgio, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia, Spagna e Svezia). In Europa, dispongono da tempo di definizioni analoghe anche Islanda, Norvegia, Svizzera e Regno Unito<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Cass. Pen. Sez. VI, 19 maggio 2025, n. 21253; Cass. Pen., Sez. III, 16 ottobre 2019 (dep. 2020), n. 5512.

<sup>94</sup> Cass. Pen., Sez. III, 9 giugno 2017, n. 46464.

<sup>95</sup> Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2023, n. 48809; Cass. Pen., Sez. III, 12 maggio 2010, n. 24298.

<sup>96</sup> Da ultimo G.L. GATTA, [Sul Disegno di Legge in tema di violenza sessuale e consenso \("riconoscibile": alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato](#), in *questa Rivista*, 8 gennaio 2026; A. CADOPPI, [Violenza sessuale e "riconoscibile" mancanza di consenso. Brevi spunti per una redazione della norma in linea con gli obiettivi politici condivisi](#), cit.

<sup>97</sup> Per un approfondito e ricco studio, storico e comparato, del delitto di stupro e delle implicazioni relative al consenso si veda G. M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto*

Anche a livello internazionale sono rinvenibili numerose legislazioni che hanno adottato il medesimo modello, il primo è stato il Canada, anticipando le riforme europee di oltre vent'anni.

La Section 273.1 del codice penale canadese non soltanto stabilisce cosa si intende per atto sessuale consensuale<sup>98</sup>, ma in un elenco contenuto al § 2 esemplifica, in termini non tassativi, le situazioni di “assenza di consenso”.

Le ipotesi sono le seguenti:

- a) l'accordo è espresso da una persona diversa dalla persona offesa;
  - a.1) la persona offesa è priva di sensi;
- b) la persona offesa è incapace di acconsentire all'attività per qualsiasi ragione diversa da quella di cui alla lettera (a.1);
- c) l'accusato induce la persona offesa ad acconsentire attraverso abuso di potere o fiducia
- d) la persona offesa esprime, con parole o condotta, assenza di accordo
- e) la persona offesa, pur avendo acconsentito, esprime, mediante parole o condotte, una mancanza di accordo a continuare (revocabilità del consenso durante l'atto sessuale).

La Svezia è stato il primo Paese europeo ad adottare una legge basata interamente sul consenso (*Samtycke*) come paradigma nel 2018.

La nuova normativa ha modificato il Capitolo 6 del Brottsbalken (Codice Penale svedese) introducendo il concetto di "våldtäkt" (stupro) come: «atto sessuale compiuto con una persona che non partecipa volontariamente».

La legge svedese, oltre ad escludere in modo espresso il requisito della resistenza della vittima, prevede che la "non partecipazione volontaria" può risultare da diverse circostanze o situazioni (incapacità come sonno, incoscienza, intossicazione grave, disabilità grave; paura o terrore; stato di impotenza o altra situazione di vulnerabilità) e stabilisce l'obbligo di "assicurarsi" del consenso, nel senso che è implicitamente richiesto che chi compie atti sessuali accerti la partecipazione volontaria dell'altra persona, introducendo un elemento di diligenza.

La Spagna, anche in risposta al citato caso della Manada e alle valutazioni minimizzanti operate dalla magistratura in uno stupro di gruppo, ha adottato nel 2022 la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual, nota come legge del "Solo Sí es Sí" (Solo sì è sì). La riforma ha eliminato la distinzione tra "abuso sessuale" (senza violenza) e "aggressione sessuale" (con violenza o intimidazione), unificando tutte le condotte non consensuali sotto la categoria di "agresión sexual".

L'articolo 178.1 del nuovo Codice penale spagnolo punisce: «chi realizzi qualsiasi atto che attenti contro la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso». La norma specifica poi che il consenso deve manifestarsi «liberamente mediante atti che, in

---

*vivente*, Bologna, 2023.

<sup>98</sup> Art. 273.1 (1) «Fatte salve le disposizioni del paragrafo (2) e del paragrafo 265(3), per consenso si intende, ai fini degli articoli 271, 272 e 273, l'accordo volontario della persona offesa di impegnarsi nell'attività sessuale in questione», reperibile sul [sito del Governo canadese](#).

considerazione delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona.».

La Procura generale spagnola, attesa la complessità della rivisitazione dell'intera materia, ha adottato una puntuale circolare per indirizzare verso una corretta attuazione della riforma indicando per ciascuna norma sia lo stato della dottrina che della giurisprudenza spagnola<sup>99</sup>.

Una delle più rilevanti pronunce sul tema del consenso è quella del Tribunale Supremo Spagnolo (STS) 84/2025 del 5 febbraio 2025 relativa al delitto di abuso sessuale (toccamenti non consensuali da parte di un paziente ospedaliero nei confronti di un'infermiera) in cui viene chiarito che : a) il consenso della donna all'atto di contenuto sessuale non è presunto e non è patrimonio dell'interpretazione soggettiva dell'autore ma deve risultare da elementi oggettivi e verificabili, dalle "circostanze del caso". (§ 5 «Non è l'uomo che realizza toccamenti sulla donna quello che decide come e quando portare a termine atti di contenuto sessuale. Si esige la bilateralità...»); b) la donna non è soggetto di "servitù sessuale", come già stabilito nella sentenza del Tribunale Supremo, n. 625/2024 del 19 Giu. 2024, nel senso che non è tenuta a «sopportare il desiderio di un uomo» in quanto anche atti apparentemente "minori" (come un bacio non consensuale) costituiscono aggressione sessuale perché ledono la libertà di autodeterminazione sessuale.

La Francia, con la riforma del 6 novembre 2025, ha completato la propria transizione al modello consensuale sulla spinta di due eventi: a) la risonanza del processo a Dominique Pelicot e della volontà della moglie di svolgerlo a "porte aperte" così da mostrare i limiti di un delitto che anziché fondarsi sul mancato consenso della vittima ancora imponeva di accertare violenza, coercizione, minaccia e sorpresa cioè condotte che, nel caso di specie, non erano ravvisabili; b) la condanna della Corte EDU, Affare L. et autres c. Francia (ricorso n. 46949/21) del 24 aprile 2025<sup>100</sup> per l'utilizzo di stereotipi sessisti e vittimizzazione secondaria di una ragazzina di 13 anni, psicologicamente fragile e disabile all'80%, stuprata a rotazione da 20-22 vigili del fuoco intervenuti decine di volte a casa sua per le emergenze sanitarie. La persona offesa era stata descritta dalla sentenza «in modo caricaturale e dispregiativo» e facendo riferimento al «consueto successo delle donne con i vigili del fuoco e al loro

---

<sup>99</sup> Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, in [Boletín Oficial Del Estado](#), núm. 81, de 5 de abril de 2023.

<sup>100</sup> Sentenza L. et autres c. Francia del 24 aprile 2025: «221. Tuttavia, la Corte rileva che, nella sua valutazione della condotta e nonostante la mancanza di consenso della ricorrente, i giudici nazionali non hanno effettuato una valutazione contestuale delle circostanze del caso, in particolare per quanto riguarda lo squilibrio di potere tra la ricorrente e gli individui con cui aveva avuto rapporti sessuali. Pertanto, sebbene le indagini abbiano accertato che alcuni degli individui coinvolti erano a conoscenza della sua storia clinica e della sua giovanissima età (si vedano i paragrafi 5 e 23 sopra), non hanno analizzato adeguatamente né questi fattori né le dichiarazioni della ricorrente che descrivevano gli atti sessuali con il custode come sistematicamente conseguenti alle sue richieste, nonostante il fatto che egli avesse conquistato la sua fiducia e quella dei suoi genitori durante precedenti operazioni di soccorso. Allo stesso modo, non hanno preso in considerazione le prove contenute nel fascicolo che avrebbero potuto supportare le affermazioni della ricorrente secondo cui era stata considerata una "facile preda sessuale" ...»

comportamento talvolta sfrenato nei loro confronti, che non le avrebbe "indotte a riflettere"» (§ 193).

Peraltro, la precedente riforma dei delitti sessuali, risalente al 2018 (legge 2018-703 del 3 agosto 2018), non aveva né incluso il consenso tra gli elementi costitutivi del reato, né eliminato i riferimenti alle modalità coercitive.

Con la legge 2025-1057 è avvenuto un vero e proprio cambiamento di paradigma nel sistema francese (articolo 222-22-1 del Code Pénal) che introduce nel codice penale la nozione di "consentement" – già accolta dalla giurisprudenza francese da tempo, come avvenuto in Italia – stabilendone non solo le connotazioni (libero, informato, specifico, preventivo e revocabile), ma stabilendo che esso non possa essere desunto dal solo silenzio o dalla sola assenza di reazione della vittima.

L'altro passaggio di particolare rilievo della riforma francese è costituito dall'introduzione del reato di molestie sessuali che punisce chiunque rivolga ripetutamente osservazioni o comportamenti con connotazione sessuale, ovvero sessisti offensivi per la dignità a causa del loro carattere degradante o umiliante o tali da creare comunque una situazione intimidatoria, ostile o offensiva.

### 12.3. *Gli elementi comuni dei modelli consensuali esaminati.*

Nei modelli consensuali citati emergono alcuni elementi comuni conformemente alla Convenzione di Istanbul e alla giurisprudenza della Corte EDU e del Comitato CEDAW:

a) l'assenza di consenso è l'elemento costitutivo del reato. La violenza, la minaccia, l'intimidazione, la sorpresa, l'abuso di autorità sono modalità attraverso cui il consenso viene compromesso, ma non sono condizioni necessarie per l'integrazione del reato;

b) il consenso, oltre ad avere le caratteristiche di libertà, specificità, revocabilità, non può essere desunto dal silenzio, dall'assenza di opposizione o dalla mancata resistenza, perché si configura solo in presenza di un accordo positivo, espresso attraverso parole o comportamenti che, nel contesto delle circostanze concrete, manifestino in modo chiaro la volontà della persona;

c) il necessario accertamento del profilo relazionale e dello squilibrio di potere tra autore e vittima;

d) il divieto per i giudici di fondare le proprie decisioni su stereotipi e miti relativi:

- A come dovrebbe reagire (resistenza fisica, urla, fuga) una "vera vittima";
- all'assenza di lesioni fisiche come indice di consenso;
- al comportamento precedente o successivo della vittima (continuare a frequentare l'aggressore, ritardare la denuncia);
- alla storia sessuale della vittima;
- alla relazione precedente tra vittima e imputato.

### 13. I modelli di definizione dei reati sessuali: b) il modello del consenso "riconoscibile" o dissenso temperato. Il sistema tedesco (non in linea con gli standard sovranazionali).

#### 13.1. La riforma tedesca del 2016: il consenso "riconoscibile" o dissenso temperato.

La Germania, che sino al 1997 puniva lo stupro commesso nell'ambito matrimoniale come mera violenza privata (§ 240 StGB), ha riformato i reati sessuali nel 2016 – a seguito della notte di Capodanno in cui circa 1200 donne vennero abusate sessualmente in diverse città tedesche – adottando il sistema cosiddetto "Nein heißt Nein" (No significa No), modificando il § 177 dello Strafgesetzbuch (StGB, Codice Penale tedesco *Aggressione sessuale, costrizione e stupro*).

La nuova norma punisce al primo comma: «Chi compie atti sessuali su un'altra persona contro la volontà riconoscibile di quest'ultima...»<sup>101</sup>.

L'aggettivo "riconoscibile" (erkennbaren) applicato alla volontà contraria della persona offesa costituisce l'elemento caratterizzante (e problematico) del modello tedesco, definito di "dissenso temperato"<sup>102</sup>.

Affinché il consenso sia "riconoscibile" è necessario che la persona offesa lo abbia esternato in modo tale da poter essere percepito dall'autore e questi deve essere in grado di riconoscere (erkennen) l'assenza di consenso dalle circostanze esterne.

#### 13.2. Il condivisibile documento critico delle giuriste tedesche.

L'associazione delle giuriste tedesche (docenti universitarie, avvocate e magistrato) con un robusto documento critico del 18 novembre 2024 – intitolato «Documento programmatico: Solo sì significa sì!» – hanno evidenziato le profonde problematiche della scelta legislativa tedesca sotto diversi profili che attengono sia all'effettiva protezione del principio di autodeterminazione sessuale, sia al rischio di vittimizzazione secondaria, sia all'incompatibilità con la Convenzione di Istanbul e con

---

<sup>101</sup> Il § 177 comma 2 StGB elenca alcune situazioni nelle quali la vittima non può esprimere una volontà contraria all'atto sessuale: ad esempio quando la vittima, a causa di una limitazione permanente o temporanea, è incapace di formare o esprimere la volontà (§ 177 comma 2 n. 1), quando l'autore sfrutta un momento di sorpresa (§ 177 comma 2 n. 3), oppure quando l'espressione della volontà per la vittima non è esigibile per via di una situazione di minaccia (§ 177 comma 2 n. 4, n. 5). La cosiddetta soluzione "Solo il sì significa sì" è stata introdotta dal legislatore nel § 177 comma 2 n. 2 StGB per i casi in cui una persona è soggetta solo parzialmente a un deficit di formazione o espressione della volontà, per esempio quando è fortemente alcoolizzata. In tali casi, affinché l'imputato non sia colpevole deve essersi assicurato del consenso dell'altra persona. Il codice penale tedesco è reperibile sul [sito del Ministero della giustizia](#).

<sup>102</sup> Per una puntuale disamina del sistema tedesco I. IOVINELLA, [Problemi e prospettive dell'errore sul consenso nella violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.](#) in *Diritto e procedura penale*, 15 dicembre 2025; F. MACRÌ, [La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e tolleranza zero verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 10 novembre 2016.

i principi enunciati dalla Corte ECDU nella sentenza M.C. contro Bulgaria del 4 dicembre 2003<sup>103</sup>.

Il documento, nel propugnare fortemente la modifica legislativa a favore del modello consensuale affermativo (“Solo il sì significa sì”), rileva che il requisito della “riconoscibilità del consenso” ignora le dinamiche reali della violenza sessuale, trasmette sulla vittima l’obbligo di rendere esternamente riconoscibile la propria volontà contraria, normalizza le zone grigie, non permette di perseguire i casi in cui la vittima: a) non può manifestare una volontà contraria come avviene per la “Paralisi da shock” (Schockstarre) o resta in silenzio o in condizione di passività; b) cambia opinione o manifesta ambivalenza; c) accetta il rapporto sessuale solo con il preservativo come condizione necessaria di consenso.

Il documento, inoltre, problematizza le valutazioni *ex post* su ciò che sarebbe “riconoscibile” per un terzo, con il rischio che il metro di giudizio venga influenzato da stereotipi e aspettative sociali sulla comunicazione sessuale e sul “modo corretto” di rifiutare ed esplicita la preoccupazione di come «miti e stereotipi – in particolare a svantaggio delle donne – influenzino l’applicazione del diritto e il modo in cui vengono valutati comportamento, credibilità, resistenza, comunicazione sessuale e “normalità” delle reazioni, con effetti negativi sulla tutela effettiva».

Si tratta di argomenti pienamente condivisibili, soprattutto perché, a 10 anni dalla riforma, provengono da professioniste che, da ambiti diversi, hanno accertato i limiti del sistema del “consenso riconoscibile” e che permettono di contestare gli argomenti che, nel dibattito pubblico italiano attualmente in corso, richiamano come preferibile il modello tedesco soprattutto per la necessità di tenere conto dell’incapacità dell’autore di comprendere il dissenso della vittima. Questo timore rischia di esprimere, inconsapevolmente, il retropensiero di una mascolinità fatta di vuoto, incapace di interrogarsi in una relazione sessuale, vittima dell’impalcatura culturale del mito dello stupro secondo il quale gli uomini, quando “in preda ai bisogni sessuali”, sono privati della capacità di discernere, di ascoltare, di capire la persona con cui hanno a che fare alla ricerca solo di gratificazioni sessuali individuali, di abbattere qualsiasi limitazione venga loro imposta e di temere “l’insuccesso”. In sostanza di riconoscere l’alterità. Ma il desiderio non è un terreno libero<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> [Policy Paper: Nur Ja heißt Ja!](#).

<sup>104</sup> S. CICCONE, *Essere maschi, tra potere e libertà*, cit., p. 85.

## 14. L'onere probatorio nel modello consensuale affermativo: oltre ogni ragionevole dubbio e garanzie processuali.

### 14.1. L'onere della prova grava sull'accusa (senza inversione).

Una delle preoccupazioni più ricorrenti sollevate in più ambiti (forense e accademico) rispetto al modello consensuale affermativo riguarda il timore che possa avvenire un'inversione dell'onere della prova a danno dell'imputato, con conseguente violazione della presunzione di innocenza e del diritto di difesa<sup>105</sup>.

Tale preoccupazione potrebbe essere di natura culturale perché non appare trovare alcun fondamento nell'esperienza concreta dei Paesi che hanno adottato il modello consensuale affermativo.

Il consenso non è rimesso alla percezione soggettiva dell'imputato, ma richiede, come avviene per qualsiasi delitto, che questi dia conto di quali fossero le circostanze concrete ed oggettive sulla base delle quali si fosse formato detto convincimento e di come abbia accertato positivamente che esso fosse stato manifestato.

Se, ad esempio, l'imputato rappresenta di avere desunto il consenso solo dall'accettazione di un passaggio in auto della vittima o da battute reciproche dal risvolto sessuale o dall'invito a casa per bere un bicchiere di vino, è di tutta evidenza che si è trattato di segnali fraintesi e dunque non costitutivi di una corretta percezione di un consenso libero ed attuale della vittima. Se, invece, l'imputato dà conto che dopo reciproci approcci questa ha iniziato a spogliarsi autonomamente, si tratta di un elemento oggettivo da valutare a suo favore, purché non vi siano state successive revoche del consenso con atti o comportamenti espliciti.

In tutti i sistemi sopra esaminati, l'onere della prova dell'assenza di consenso rimane sull'accusa che deve provare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la persona offesa non ha acconsentito all'atto sessuale. La difesa può limitarsi a confutare tale prova, senza dover dimostrare positivamente l'esistenza del consenso e, se ritiene, può allegare elementi a favore dell'imputato/indagato offrendo una ricostruzione fattuale alternativa che indichi le circostanze del caso concreto in modo compatibile con l'esistenza del consenso. Come per qualsiasi reato, l'allegazione difensiva non è idonea se si limita a negare genericamente i fatti, senza indicare su quali elementi concreti essa si fondi.

È un dato giuridico dirimente che nessun sistema consensuale affermativo adottato da Stati membri del Consiglio d'Europa sia mai stato sottoposto a censura dalla Corte Europea dei Diritti umani per violazione della presunzione di innocenza, del diritto di difesa o del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Ciò dimostra, in modo incontrovertibile, che il modello consensuale è pienamente compatibile con le garanzie dell'articolo 6 CEDU (diritto a un equo processo).

---

<sup>105</sup> Per la capacità di disvelare nuovi modelli di difesa, ancorati a nuove e diverse strutture culturali, si vedano i puntuali e approfonditi testi di J. BENEVIERI, *Cosa indossavi? Le parole nei processi*, cit.; J. BENEVIERI, *Il massacro del Circeo. Linguaggio e cultura cinquant'anni dopo*, Roma, 2025.

14.2. *Le allegazioni difensive sul consenso.*

Ferma restando, ovviamente, la libertà della strategia difensiva, per rispondere alle critiche al modello consensuale affermativo e al timore che determini una limitazione del diritto di difesa, è opportuno indicare alcune possibili allegazioni da parte dell'imputato evitando che incorra, in modo inconsapevole, nei miti dello stupro<sup>106</sup>.

La difesa nel modello consensuale può:

a) contestare la credibilità del racconto della persona offesa sulla base di incongruenze fattuali tra le diverse dichiarazioni, di contraddizioni oggettive con altri elementi di prova (testimonianze, messaggi, filmati), di tempistiche incompatibili con la versione accusatoria;

b) fornire una ricostruzione alternativa verosimile e congrua dei fatti basata: su elementi oggettivi come messaggi precedenti o successivi, testimonianze di terzi, prove video/fotografiche; su comportamenti della persona offesa compatibili con il consenso (prima, durante, dopo i fatti); su condotte concretamente tenute per accertarsi del consenso;

c) indicare comportamenti indicativi, in modo univoco, del consenso nel contesto specifico; fornire comunicazioni esplicite (verbali o scritte); dare conto dell'esistenza di una relazione paritaria; fornire testimonianze di terzi.

Appare, invece, incompatibile con le fonti sovranazionali e nazionali:

a) invocare e indagare sulla storia sessuale della persona offesa, oggi espressamente vietato anche dall'art. 499 comma 6-*bis* c.p.p.<sup>107</sup>, introdotto dalla legge sul femminicidio (n. 181 del 2025), che ha recepito le indicazioni della Convenzione di Istanbul (art. 54, § 4) e della Corte EDU, vietando il ricorso ai cosiddetti "rape myths" in sede processuale;

b) richiamare il comportamento "provocatorio" o l'abbigliamento della vittima<sup>108</sup>;

c) invocare il ritardo nella denuncia come prova di falsità<sup>109</sup>;

d) sostenere che l'assenza di lesioni fisiche dimostri consenso<sup>110</sup>;

e) rappresentare che la relazione precedente o successiva costituisca di per sé prova automatica di consenso<sup>111</sup>;

---

<sup>106</sup> J. BENEVIERI, *La legge sullo stupro tra politica e società*, in *Micromega*, 11 dicembre 2025.

<sup>107</sup> «Quando si procede per i delitti previsti dall'articolo 362, comma 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».

<sup>108</sup> Circostanza dichiarata irrilevante da Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2022, n. 7873.

<sup>109</sup> Circostanza dichiarata irrilevante dalla Corte Edu: N.Ö. c. Turchia del 14 gennaio 2025, § 52; Scuderoni c. Italia, del 25 settembre 202, § 16.

<sup>110</sup> Corte EDU, J.L. c. Italia, cit., § 121; Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2023, n. 48809.

<sup>111</sup> Cass. Pen., Sez. III, 16 ottobre 2019 (dep. 2020), n. 5512.

f) utilizzare stereotipi sulla "vera vittima" (come dovrebbe reagire, vestirsi, comportarsi in un certo modo, ecc.)<sup>112</sup>.

#### 14.3. Il divieto di vittimizzazione secondaria nell'ascolto della vittima.

Tutti i sistemi consensuali hanno introdotto misure di protezione contro la vittimizzazione secondaria durante il processo, diffusa in tutto il mondo, in particolare, quando l'esame della vittima non è svolta da professionisti specializzati.

In Italia, la l. n. 181 del 2025<sup>113</sup> è intervenuta su questo tema introducendo il citato art. 499, comma 6-*bis* c.p.p., ma soprattutto prevedendo all'articolo 8 la formazione obbligatoria per i magistrati assegnati, anche non in via esclusiva, alla trattazione dei procedimenti in materia di famiglia (dunque i giudici civili e minorili), di violenza contro le donne o domestica, di materie ad essa connesse (si pensi ai delitti di tratta degli esseri umani, di favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione, di criminalità organizzata, ecc.).

La norma risponde a precisi obblighi sovranazionali (artt. 15 della Convenzione di Istanbul, 25 della Direttiva 2012/29/UE e 36 della Direttiva 2024/1385/UE) che impongono allo Stato un serio impegno in ordine alla formazione degli operatori che si occupano di violenza contro le donne e domestica secondo precisi canoni senza i quali la risposta istituzionale rischia di essere disarticolata ed inefficace, come dimostrato dalle plurime condanne della Corte EDU nei confronti dell'Italia per *passività giudiziaria* e uso di *stereotipi sessisti*.

La norma individua l'oggetto della formazione menzionando, per quello che interessa in questa sede, il divieto di vittimizzazione secondaria da parte delle istituzioni e le forme che la connotano proprio nei confronti delle donne che denunciano violenza e i pregiudizi e gli stereotipi giudiziari, che costituiscono la principale barriera rispetto all'accesso delle donne alla giustizia, proprio a causa del loro genere. Infatti, gli stereotipi negativi sono capaci di deformare od omettere la corretta lettura dei fatti per piegarli a massime di esperienze e convincimenti soggettivi fortemente radicati negli operatori perché fondati su categorizzazioni e generalizzazioni estranee al caso specifico.

Le norme che vietano la vittimizzazione secondaria partono dal presupposto che il potere discrezionale dei giudici, il principio di indipendenza della magistratura e il diritto di difesa non siano privi di limiti, ma devono conformarsi all'obbligo di protezione della dignità umana delle vittime (in questi termini Corte EDU, J.L. contro Italia, cit., § 139).

Chi non conosce la materia in esame, tra le più complesse e delicate dal punto di vista giuridico e umano, non sempre comprende come i diritti e le garanzie processuali, che spettano a qualsiasi parte, non si trovino in posizione di concorrenza e opposizione

---

<sup>112</sup> Corte EDU, J.L. c. Italia, cit., §§ 139-141.

<sup>113</sup> Per un completo esame dell'intera legge P. DI NICOLA TRAVAGLINI- F. MENDITTO, *Legge sul femminicidio*, Milano, 2025.

perché l'ampliamento degli uni non riduce gli altri, ma li illumina in modo più completo<sup>114</sup>.

Ci si dovrebbe interrogare se le citate norme richiedano all'avvocatura (e, prima ancora, alla stessa magistratura nel suo ambito), l'opportunità ed utilità di costruire un nuovo modello di esercizio dell'attività giudiziaria che tenga conto come ormai esista nel processo penale un nuovo soggetto di diritti, con un proprio statuto e una propria difesa tecnica, cioè la persona offesa del reato. Si è evidenziato che le fonti nazionali e sovranazionali impediscono di attaccarla ed umiliarla come persona, come avviene, quasi sistematicamente, solo per questi reati.

La Corte EDU ha ripetutamente affermato che il diritto al contraddittorio deve essere bilanciato con il diritto della vittima alla dignità e alla protezione contro la vittimizzazione secondaria (L. et autres c. Francia, § 200; X c. Cipro, § 121).

In particolare, nella sentenza J.L. contro Italia, viene chiarito, in modo esemplare, come la ricerca di questo equilibrio parta dal presupposto che i diritti delle vittime di reati rientrano nell'articolo 8 della CEDU ed è obbligo degli Stati «organizzare la loro procedura penale in modo tale da non mettere indebitamente in pericolo la vita, la libertà o la sicurezza dei testimoni, in particolare quelle delle vittime chiamate a deporre». In questa chiave la sentenza precisa che «Gli interessi della difesa devono dunque essere bilanciati con quelli dei testimoni o delle vittime chiamate a testimoniare (Doorson c. Paesi Bassi, 26 marzo 1996, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1996-II). Inoltre, i procedimenti penali relativi a reati di carattere sessuale sono spesso vissuti come una prova da parte della vittima, soprattutto quando quest'ultima viene messa a confronto con l'imputato contro la sua volontà, e nelle cause in cui è coinvolto un minore (S.N. c. Svezia, n. 34209/96, § 47, CEDU 2002-V, e Aigner c. Austria, n. 28328/03, § 35, 10 maggio 2012). Di conseguenza, nell'ambito di procedimenti penali di questo tipo, possono essere adottate delle misure di protezione particolari a tutela delle vittime (Y. c. Slovenia, sopra citata, §§ 103 e 104)» (§120).

## 15. La risposta ai timori rappresentati rispetto al modello consensuale affermativo.

È emersa una forte critica, soprattutto dell'Avvocatura penalista<sup>115</sup> e di parte della dottrina, sull'introduzione del consenso affermativo nel delitto di stupro, critica che non ha mai attinto, con identica determinazione, ad esempio, un'altra norma strutturalmente analoga.

---

<sup>114</sup> Assai condivisibilmente, J. BENEVIERI, *Cosa indossavi? Le parole nei processi penali*, cit., «Solo se acquisiremo profonda consapevolezza che ogni garanzia processuale, ogni diritto previsto dal codice di procedura penale passa attraverso un'unica membrana, quella della garanzia della parola, sarà possibile adempiere al dettato costituzionale di garantire un "giusto processo"», p. 62.

<sup>115</sup> *Violenza sessuale e consenso: le osservazioni dell'Unione Camere Penali Italiane al disegno di legge in questa Rivista*, 5 dicembre 2025.

Infatti, anche il delitto di violazione di domicilio è fondato sulla mancanza di volontà della vittima<sup>116</sup>, eppure l'esame di questa, nel corso del processo, dura pochi minuti, e, soprattutto, sino ad oggi, dal 1930, nessuno ha posto i temi dell'attuale dibattito circa l'impossibilità di provarne la volontà contraria, la necessità di redigere moduli prima di entrare in casa di una persona, l'inversione dell'onere della prova, il timore per la salvaguardia del principio costituzionale di non colpevolezza, la natura vendicativa e falsa delle denunce di violazione di domicilio. Eppure, ogni giorno, entriamo in un negozio, in una casa, in un luogo di lavoro, in un cortile, in un condominio, in un locale.

Questo ad ulteriore riprova che il tema del consenso più che giuridico è culturale, anche nelle prese di posizione assunte rispetto ad un delitto che, non va mai dimenticato, viene commesso da metà del genere umano nei confronti dell'altra metà violando diritti umani inalienabili e non è sostanzialmente denunciato. D'altra parte, non ha valore neutro, anche ai fini del posizionamento giuridico, la circostanza che attenga proprio alla grammatica delle relazioni sessuali tra uomini e donne rispetto alle quali ciascuno vive o ha vissuto esperienze che impongono necessariamente di confrontarsi con gli stereotipi di genere inconsapevolmente interiorizzati.

Ciò che balza agli occhi è che, chi critica aspramente anche la giurisprudenza evolutiva e convenzionalmente orientata della Corte di legittimità, a cui va riconosciuto di avere evitato all'Italia almeno le condanne della Corte EDU sotto questo profilo, di rado menzioni le Convenzioni sovranazionali e la loro doverosa applicabilità nell'ordinamento attraverso il sistema dell'art. 117, primo comma, Cost.

## **16. Conclusioni: la necessaria adozione del modello consensuale affermativo.**

Il percorso teorico e giuridico tracciato conduce a una conclusione tanto semplice quanto netta: inserire il consenso come elemento centrale del reato di stupro significa operare quel cambio di paradigma culturale che la Convenzione di Istanbul, la giurisprudenza della Corte EDU e gli organismi internazionali richiedono agli Stati.

Quando si obietta che il consenso "creerebbe l'inversione dell'onere della prova", "consentirebbe denunce calunniose", "renderebbe impossibile difendersi", si rischia di replicare, inconsapevolmente, una millenaria negazione allo statuto giuridico della sola parola femminile attraverso la presunzione di non veridicità che colpisce le vittime di violenza sessuale in violazione dei principi ordinari dell'ordinamento processuale e dei principi universali di uguaglianza così faticosamente acquisiti.

L'Italia, già condannata da Corte EDU e Comitato CEDAW per uso di stereotipi sessisti, non può adottare un modello che codifica proprio quegli stereotipi ignorando la più recente giurisprudenza europea che ha definitivamente superato il modello della resistenza/dissenso per abbracciare il modello del consenso affermativo.

---

<sup>116</sup> Art. 614 cod. pen.: «Chiunque si introduca nell'abitazione altrui...contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo...è punito con la reclusione da uno a quattro anni», la pena è aggravata se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone...»

Il consenso non è solo un elemento della fattispecie penale. È un paradigma di relazione che riconosce nell'altra persona un soggetto, non un oggetto. È il rifiuto della logica ovidiana per cui "se dice no è sì". È l'affermazione che il corpo femminile non è disponibile per ordine gerarchico di soddisfacimento al desiderio maschile. È il riconoscimento che la sessualità deve fondarsi sul reciproco riconoscimento, sull'ascolto, sulla relazione.

Condivisibilmente si è sottolineato che la norma approvata all'unanimità dalla Camera dei Deputati: «ha il merito di operare il passaggio da un modello di relazioni tra sessi dove la sessualità maschile è presunta legittima fino a prova contraria, a un modello dove la libertà sessuale dell'altra persona è il punto di partenza, il criterio che orienta il potere, la responsabilità e le modalità di contatto.»<sup>117</sup>.

Sì significa sì. No significa no. Forse non è sì, è un momento di ascolto che impone di fermarsi, aspettare, comprendere, costruire relazione. Il consenso non è un documento da ratificare dove c'è chi agisce attivamente (l'uomo) e chi aderisce passivamente (la donna). È l'incontro paritario di volontà. Quando questo scambio non c'è, se la reciprocità manca e emerge l'asimmetria, allora bisogna fermarsi. Se si va oltre, sapendo di non avere il consenso dell'altra persona, l'elemento soggettivo del reato è integrato.

Letto in questa logica, fondata sul rispetto della dignità personale, la norma assume una funzione di leva culturale per la crescita del Paese, anche in chiave preventiva. Impone di interrogarsi su cosa sia un rapporto sessuale consensuale, nozione che evidentemente fa ancora fatica ad essere compresa in chiave bilaterale e paritaria.

Con questa norma viene definitivamente stabilito che, di fronte al proprio desiderio, all'uomo è richiesto di interrogarsi se sia reciproco e condiviso, senza sentirsi libero di accedere al corpo femminile perché gli appartiene per statuto millenario.

A tutte le parti processuali, come insegna la Corte EDU in numerose sentenze, sarà richiesto di leggere in modo contestualizzato la storia dello stupro denunciato, interpretando la complessità della relazione, la presenza dei pregiudizi su uomini e donne, l'avvenuto rispetto o meno del silenzio e della dignità, l'assenza di reciprocità, la presenza di posizioni asimmetriche (per condizioni soggettive come età, salute, rapporti di lavoro/economici), senza piegarsi a stereotipi più o meno inconsci sulla incontrollabile sessualità maschile alla mera vista del corpo femminile e sulla natura ontologicamente provocatoria di qualsiasi comportamento tengano le donne.

Questo richiede formazione adeguata, nell'interesse tanto dell'indagato-imputato quanto della persona offesa. Formazione che, grazie alla legge 181 del 2025, è ora obbligatoria per i magistrati e si auspica diventi tale per tutti gli operatori della giustizia.

Il percorso è ancora lungo. Ma la direzione è segnata dalle fonti sovranazionali, dalla giurisprudenza europea, dalla Corte di cassazione italiana, dalle teorie femministe che da decenni illuminano le strutture di potere nascoste dietro l'apparente neutralità del diritto.

---

<sup>117</sup> I. BOIANO, [Sul consenso libero e attuale](#), in *Centro Riforma dello Stato*, 6 dicembre 2025.

Non si tratta di “proteggere le donne”, formula paternalistica volta ad infantilizzarle.

Si tratta di riconoscere che per millenni il diritto è stato costruito per e da uomini, escludendo sistematicamente il genere femminile e di decostruire quella «massa di pregiudizi ereditati e acquisiti» di cui parlava persino Lord MacMillan negli anni '30<sup>118</sup>, quella «parzialità dagli argomenti» che contamina le decisioni quando il giudice non ne ha consapevolezza.

Si tratta, infine, di prendere sul serio il principio di uguaglianza. Non l'uguaglianza formale che proclama diritti identici ignorando le differenze strutturali. Ma l'uguaglianza sostanziale, prevista dall'articolo 3, secondo comma, Cost., che riconosce le asimmetrie di potere e costruisce gli strumenti giuridici per contrastarle.

Il consenso è uno di questi strumenti. Non perfetto. Non risolutivo. Ma necessario. Il testo approvato all'unanimità dalla Camera dei Deputati<sup>119</sup>, laddove fa riferimento all'assenza di consenso, risponde ai principi su indicati perché, a prescindere dalla necessità delle aggettivazioni (libero e attuale), già costitutive del diritto vivente internazionale e nazionale, segna il passaggio da un diritto che protegge l'accesso maschile ai corpi femminili, a un diritto che protegge l'integrità e l'autodeterminazione di ogni persona. Uomini e donne.

---

<sup>118</sup> Lord MACMILLAN, *Law and Other Things* (1939) in B. Shientag, *The Virtue of Impartiality* in G. Winters (ed), *Handbook for Judges*, 1971, pp. 57-62.

<sup>119</sup> Primo comma dell'art. 609-bis c.p. «Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni».



## SUL DISEGNO DI LEGGE IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE E CONSENSO (“RICONOSCIBILE”): ALCUNE RIFLESSIONI, PER SUPERARE LO STALLO AL SENATO

*A proposito del Disegno di legge A.S. 1715 Boldrini e a.*

di Gian Luigi Gatta

1. Il 19 novembre 2025 la Camera ha approvato in prima lettura, con voto unanime, un disegno di legge di modifica della disciplina in tema di violenza sessuale, ora all’esame del Senato (A.S. 1715) e che può leggersi in allegato. Si tratta di uno dei non molti disegni di legge di iniziativa parlamentare in materia penale, approvati (per ora in prima lettura) nel corso dell’attuale Legislatura. Esso nasce da un’iniziativa di alcune deputate del Partito Democratico e, dunque, dalla minoranza. Su tale disegno di legge è stato possibile trovare un accordo politico con la maggioranza, parallelo a quello che ha portato all’approvazione, anch’essa *bipartisan*, della legge che introduce il reato di femminicidio. Senonché, il disegno di legge sulla violenza sessuale, dopo un’improvvisa accelerazione in occasione dell’approvazione alla Camera (con una riformulazione compromissoria, incentrata sull’estremo della mancanza di un “consenso libero e attuale”), si trova da settimane in una inattesa fase di stallo politico e di approfondimento, al Senato, senza peraltro che sia venuta meno, almeno espressamente, la volontà politica di un intervento in materia. La Presidente della Commissione Giustizia, Giulia Bongiorno, ha annunciato che il testo - in questa fase aperto ad emendamenti - [sarà votato il 10 febbraio 2026](#) e che la sua intenzione, come relattrice, è di valorizzare il profilo della “riconoscibilità” del consenso. Le note che seguono, rielaborate al fine della pubblicazione su questa *Rivista*, sono tratte dalla memoria depositata da chi scrive in occasione di una audizione presso la Commissione Giustizia del Senato il 10 dicembre 2025.

2. Il disegno di legge si compone di un unico articolo e incide sull’art. 609 *bis* c.p. (Violenza sessuale) limitatamente a due soli aspetti:

a) attribuisce rilievo al primo comma, quale prima tra più fattispecie e modalità alternative della condotta sanzionate con la stessa, invariata, pena (reclusione da 6 a 12 anni), al fatto di “chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un’altra persona senza il consenso libero e attuale di quest’ultima”;

b) estende l’ipotesi della fattispecie di induzione all’ipotesi di abuso delle condizioni di “vulnerabilità” della persona offesa, che si aggiunge a quella dell’abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica.

3. Il nucleo della riforma è rappresentato dal rilievo dato, per la prima volta in modo espresso nella nostra legislazione in tema di violenza sessuale, alla mancanza del consenso. Attorno a questo punto è ruotato un acceso dibattito, che ha interessato l'opinione pubblica e ha ingenerato in molti – di qui anche le ragioni dello stallo politico – il timore per possibili effetti negativi per le garanzie degli imputati, conseguenti alla novità normativa; una novità imposta, non senza l'influenza di posizioni ideologiche più o meno dichiarate, da esigenze di adeguamento della nostra disciplina alla mutata percezione sociale della “violenza sessuale” e ai modelli internazionali di riferimento. Tra questi, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, che dal 2011 prevede un obbligo di incriminazione delle condotte realizzate in assenza di consenso, non ancora attuato dal nostro legislatore.

Ebbene, una considerazione preliminare può ridimensionare, almeno in parte, alcune preoccupazioni manifestate nel dibattito pubblico dopo l'approvazione della proposta di legge da parte della Camera. Il Parlamento sta codificando una regola – quella della rilevanza degli atti sessuali realizzati *senza l'altrui consenso* – che è già stata da diversi anni formulata dalla giurisprudenza, che è cioè già oggi ‘diritto vivente’<sup>1</sup>. Non si sta introducendo un nuovo reato, tanto è vero che, a mio parere, la nuova disposizione sarebbe applicabile anche ai fatti antecedentemente commessi: nessuno potrebbe seriamente metterlo in dubbio perché la *ratio* di garanzia del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente non opera. Già oggi, infatti, alla luce del diritto vivente, chi compie atti sessuali con persona non consenziente sa o può sapere che il fatto integra un reato e, pertanto, può calcolare le conseguenze della sua condotta. Un eventuale ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non avrebbe successo, perché è noto che nel sistema della Cedu la “legge”, che ai sensi dell'art. 7 non può essere applicata retroattivamente, è sia il diritto positivo, sia il ‘diritto giurisprudenziale’ (caso *Contrada docet*).

Ciò non toglie che sia criticabile la giurisprudenza che, pur per nobili ragioni di giustizia sostanziale – ad es., nel caso di condotte repentine – o di interpretazione evolutiva della fattispecie, ha palesemente e da tempo sconfinato rispetto alla lettera della legge, mettendo tra parentesi il concetto di ‘violenza’ in senso vero e proprio<sup>2</sup>. La lettera della legge, in un sistema retto dal principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, co. 2 Cost.), è un limite invalicabile per il giudice, e questo limite è stato invece ampiamente valicato. Ecco allora una ragione, tra le altre, che rende opportuno un intervento del Parlamento: si tratta di riaffermare la forza e i limiti del principio di

---

<sup>1</sup> Cfr., da ultimo, Cass. Sez. III 20 ottobre 2025, n. 34181, nella quale si legge che: “la mancanza totale del consenso e l'impossibilità psico-fisica di esprimerlo colloca la condotta nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 609-bis c.p.; più nel dettaglio, l'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti quando è tale da privare del tutto la persona della capacità di intendere e di volere ponendola in una situazione di palese incapacità di esprimere un consenso, esclude la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 609-bis, co. 2, c.p., dovendosi piuttosto ritenere integrata la violenza di cui al primo comma del medesimo articolo (Sez. 3, n. 7873 del 19/01/2022, D.S., Rv. 282834, cit.)”. V. anche Cass. Sez. III, 29 novembre 2023, n. 857, nella quale si richiama il “costante orientamento della giurisprudenza per cui i rapporti sessuali sono leciti quando vi è il consenso, espresso o manifestato per fatti concludenti, della persona offesa”.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, 2002, p. 195 s.

legalità, adeguando la fattispecie ai mutati valori della società in ordine al concetto di violenza sessuale e alla sfera degli atti sessuali illeciti e precisando, se possibile, aspetti della disciplina che richiedono precisazioni.

Questa considerazione, in qualche misura, ridimensiona come dicevo i problemi emersi nel dibattito pubblico dopo l'approvazione della proposta di legge da parte della Camera, e sui quali meglio mi soffermerò oltre: se c'è un problema di inversione dell'onere della prova, come pure si è sostenuto e personalmente non credo, non è ad opera della legge all'esame del Parlamento, che non è sostanzialmente innovativa. Non lo è in punto di prova come non lo è, d'altra parte, in ordine al carattere libero (non coartato/viziato) e attuale (cioè, sempre presente)<sup>3</sup> del consenso, e in relazione all'attenuante per i "casi di minore gravità", che è già prevista dalla disciplina vigente e che per la Corte costituzionale è una "valvola di sicurezza" che consente una risposta punitiva ragionevole e proporzionata a fronte di una fattispecie legale che dà rilievo a condotte tra loro assai diverse per grado di incidenza sul bene giuridico tutelato<sup>4</sup>.

Per cercare di aiutare il Senato nella sua opera di superamento dello stallo nel quale si trova il disegno di legge, occorre allora diradare una cortina di fumo piuttosto densa che circonda la proposta legislativa e andare dritti al cuore di problemi specifici, sui quali è a mio avviso opportuno concentrare l'attenzione.

4. Sono sei, a mio avviso, gli aspetti meritevoli di riflessione.

- a. l'attribuzione di rilievo penale agli atti sessuali "senza il consenso libero e attuale";
- b. la questione della definizione del consenso e della valutazione della sua assenza;
- c. i profili relativi alla prova dell'assenza del consenso e all'errore su di esso;
- d. l'inedita attribuzione di rilevanza penale agli atti commessi approfittando delle condizioni di "vulnerabilità" della persona offesa;
- e. il concetto omnicomprensivo di "atti sessuali";
- f. il trattamento sanzionatorio della nuova ipotesi di violenza sessuale introdotta dal d.d.l.

5. Consenso *vs* dissenso. - L'esperienza comparatistica<sup>5</sup> mostra come la scelta politica di dare rilievo alla mancanza del consenso può essere realizzata seguendo, fondamentalmente, due modelli alternativi: quello che vieta l'atto sessuale in presenza di un dissenso e quello, che invece, vieta quell'atto in assenza di un consenso. Optare per l'uno o per l'altro modello non è la stessa cosa. Implica scelte differenti di tecnica

---

<sup>3</sup> Cfr., ad es., Cass. Sez. III, 29 novembre 2023, n. 857, nella quale si legge che: "la giurisprudenza ha affermato che nei rapporti tra maggiorenni è il consenso - non il dissenso - agli atti sessuali che deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità", sicché è penalmente rilevante "la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente a un consenso originariamente prestato, intervenga *in itinere* una manifestazione di dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà (Sez. 3, n. 15010 del 11/12/2018, dep. 2019, F., Rv. 275393 - 01)".

<sup>4</sup> Cfr., da ultimo, Corte cost. n. 203/2025 e n. 202/2025.

<sup>5</sup> Cfr., per tutte, l'ampia analisi di G. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, 2023, disponibile online in [open access](#).

legislativa, dalle quali conseguono significative implicazioni pratiche (anche in punto di prova), e, soprattutto, sottende a monte *differenti scelte sul piano politico, socio-culturale, valoriale* e, attraverso la minaccia della pena, di *orientamento dei comportamenti nelle relazioni sessuali*. Come è stato a ragione osservato da uno studioso della materia, Gian Marco Caletti, in un recente lavoro monografico, infatti, “in un caso si fa carico al destinatario di attenzioni sessuali sgradite di esprimere un dissenso, nell’altro invece si richiede a chiunque voglia intrattenere un rapporto sessuale di constatare la presenza di un consenso pieno ed autentico, attendendo, prima di procedere, che vi sia una manifestazione di segno positivo”<sup>6</sup>.

Optare per l’uno o per l’altro modello di incriminazione appartiene alla sfera delle scelte politico-criminali che la Costituzione riserva al Parlamento. La prima valutazione di fondo che il Senato è chiamato a compiere, pertanto, è se confermare l’opzione per il modello del consenso, accolto dalla Camera, o se, invece, optare per il modello del dissenso. Una volta compiuta questa scelta di fondo, i modelli di disciplina, anche raffinati, elaborati da ordinamenti a noi vicini sono, non mancano e possono essere senz’altro mutuati e/o rielaborati.

**5.1.** Il modello del dissenso – che prima di essere scartato andrebbe ad avviso di molti studiosi opportunamente considerato<sup>7</sup> – è stato adottato in Germania nel 2016. L’art. 177 del codice penale tedesco punisce, infatti, gli atti sessuali commessi “contro la volontà riconoscibile di un’altra persona”, salvo poi stabilire la stessa pena si applica per il caso in cui “l’autore sfrutta il fatto che la persona non è in grado di formare o esprimere una volontà contraria, ovvero che la persona è significativamente limitata nel formare o esprimere la propria volontà a causa della sua condizione fisica o mentale, ovvero che approfitti di un momento di sorpresa”. Il dissenso è qui *un elemento positivo del fatto di reato*, la cui esistenza va provata dall’accusa, analogamente a quanto avviene in Italia nel delitto di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), che dà rilievo al fatto commesso “contro la volontà espressa o tacita”. E solo quando la volontà non può essere manifestata, per condizioni personali della vittima (ad es., perché è sotto l’effetto di alcohol o stupefacenti) o per la tipologia degli atti (a sorpresa, repentini), si tratterà di dimostrare l’incapacità di formulare un dissenso e lo sfruttamento di tale situazione, da parte dell’autore.

Condivido l’opinione di quanti ritengono che quella tedesca può senz’altro rappresentare una disciplina da prendere a modello in vista di una riforma dell’art. 609-bis c.p. È meno problematica sul piano delle garanzie difensive, della precisione della fattispecie e della prova. Sul piano culturale, e della pedagogia comportamentale in materia sessuale, il messaggio veicolato è che di fronte a un riconoscibile ‘no’ non si inizia un rapporto sessuale o ci si ferma e che non si deve *approfittare* dell’eventuale incapacità altrui di dire di ‘no’ (come nei casi in cui si sfrutti la circostanza che la vittima

---

<sup>6</sup> Così G. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 251.

<sup>7</sup> In questo senso v. anche J. Fernandez Mejias, [La centralidad del consentimiento en el delito de violencia sexual. Analisis comparado y propuesta de reforma del artículo 609 bis del código penal](#) (tesi di dottorato discussa il 27 gennaio 2025 presso l’Università degli Studi di Milano).

sia ubriaca o abbia una reazione di *freezing* sessuale, cioè di paralisi emotiva). Il modello del dissenso, opportunamente integrato, alla tedesca, con disposizioni che considerino le non infrequenti ipotesi di incapacità a esprimere un dissenso, non presenta lacune di tutela ed è senz'altro plausibile e ragionevole anche sul piano della regolazione dei rapporti interpersonali di natura sessuale<sup>8</sup>.

5.2. La soluzione alternativa che si presenta al Senato è, invece, quella di confermare la scelta del modello del consenso, adottato in anni recenti in Spagna, in Inghilterra, in Francia, nonché dalla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa. Mentre nel modello tedesco la presenza del dissenso è un elemento del fatto di reato, la cui esistenza va dimostrata, in questo diverso modello l'assenza del consenso è, invece un elemento negativo del fatto di reato: un *quid* di cui va dimostrata, appunto, l'assenza.

Ecco, sul piano sistematico, un profilo differenziale di non poco conto tra i due modelli alternativi, con ricadute sul piano processuale. La prova di un fatto negativo – cioè, di un non fatto, di ciò che non è accaduto – può infatti risultare ben più complessa rispetto alla prova di ciò che è accaduto.

Nondimeno, va riconosciuto che numerose sono le fattispecie penali previste nel codice penale che danno rilievo all'assenza di consenso: l'infedeltà del patrocinatore (art. 318, co. 2), l'interruzione di gravidanza non consensuale (art. 593 *ter*), la sottrazione di minore (art. 574, co. 2), la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612 *ter*), l'illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale (art. 612 *quater*), lo stato di incapacità di intendere o di volere procurato con somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti o in altro modo (art. 613), la divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale (art. 734 *bis*). In tutte queste fattispecie, l'assenza del consenso – elemento negativo del fatto tipico – va dimostrata. Ciò comporta una inversione dell'onere della prova, come si è sostenuto nel dibattito pubblico a proposito della proposta di legge approvata dalla Camera in tema di violenza sessuale? Per ragioni che meglio illustrerò, penso che non si possa parlare di una inversione dell'onere della prova, rispetto a tutte le fattispecie considerate. Penso però anche che, nel caso della violenza sessuale, vi siano difficoltà di prova peculiari e maggiori che devono essere riconosciute e debitamente considerate dal legislatore. Nelle altre fattispecie sopra considerate, che pure danno rilievo all'assenza del consenso quale elemento negativo del fatto, la prova può infatti risultare verosimilmente più agevole in ragione della maggiore possibilità di ricorrere a testimonianze e riscontri, in relazione a fatti che, diversamente dalla violenza sessuale, non si svolgono spesso nel chiuso di una stanza o comunque in una situazione tipicamente intima o comunque appartata.

---

<sup>8</sup> In questo senso v. anche J. Fernandez Mejias, [La centralidad del consentimiento en el delito de violencia sexual. Analisis comparado y propuesta de reforma del artículo 609 bis del código penal](#) (tesi di dottorato discussa il 27 gennaio 2025 presso l'Università degli Studi di Milano).

6. Definizione del consenso e valutazione della sua assenza. - Anche per tale ragione, è a mio avviso opportuno definire il concetto di consenso, rispetto alla violenza sessuale. La proposta Boldrini, nel testo originario presentato alla Camera, aveva il pregio di farsi carico di una definizione legale, che non solo è coerente con il principio di precisione della legge penale, ma è anche utile perché fornisce indici per l'accertamento probatorio (il consenso è "espresso quale libera manifestazione della volontà della persona e che rimanga tale e immutato durante l'intero svolgersi dell'atto sessuale. Il consenso deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto e può essere revocato dalla persona in qualsiasi momento e con ogni forma"). Questa definizione è certamente migliore rispetto ai due soli aggettivi (libero e attuale) residuati nel testo approvato dalla Camera.

Sottolineo, in particolare, l'importanza del riferimento al "contesto" quale elemento di valutazione da parte del giudice; un riferimento che apre le porte, ragionevolmente, a forme di consenso espresso in forma tacita o per fatti concludenti, desumibile quindi, per l'appunto, dal contesto.

Anche la Convenzione di Istanbul (art. 36), alla quale il giudice penale potrà e dovrà riferirsi per operare una interpretazione conforme a Costituzione (art. 117, co. 1 Cost.), si fa d'altra parte carico di definire il consenso dando rilievo al contesto: "il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto".

In questa valutazione, a mio avviso, sarebbe opportuno e ragionevole valorizzare la riconoscibilità dell'assenza del consenso. Il [Sexual Offences Act inglese del 2003](#) stabilisce ad esempio, in questa direzione, che l'autore, per commettere violenza sessuale, non deve ragionevolmente ritenere che sussista l'altrui consenso e aggiunge: "*Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents*".

Anche nel modello spagnolo del consenso, d'altra parte, si richiede che questo debba "essere espresso liberamente mediante atti che, in considerazione delle circostanze concrete, manifestano in modo chiaro la volontà della persona" (così l'[art. 178 del codice penale spagnolo](#), come modificato nel 2022)<sup>9</sup>.

Da ultimo, risale alla fine del 2025<sup>10</sup> l'approvazione, in Francia, di una riforma dell'[art. 222-22 del codice penale](#) che ha dato rilevanza al consenso "libero e informato, specifico, preventivo e revocabile", precisando che deve essere "valutato alla luce delle circostanze. Non può essere dedotto esclusivamente dal silenzio o dalla mancata reazione della vittima". Si precisa, inoltre, che "non vi è consenso se l'atto sessuale è commesso con violenza, coercizione, minacce o sorpresa, indipendentemente dalla loro natura".

Il quadro comparato e internazionale, insomma, rende evidente l'opportunità di introdurre una norma che precisi cosa si intenda per consenso e che fornisca al giudice indici di valutazione al quale attenersi, a garanzia dell'imputato e contro ogni

---

<sup>9</sup> [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.](#)

<sup>10</sup> [Loi n° 2025-1057 du 6 novembre 2025 modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles.](#)

forma di presunzione. Gli atti sessuali sono penalmente rilevanti quando il contesto e la situazione concreta rendono chiara e in qualche modo percepibile, riconoscibile cioè, l'assenza del consenso. In una materia caratterizzata da difficoltà probatorie e dall'attribuzione di rilevanza penale ad atti, quelli sessuali, di per sé non illeciti e normalmente acconsentiti, l'introduzione di indici normativi di valutazione (c.d. indici probatori), che valorizzino per quanto possibile il contesto per accertare l'assenza del consenso, appare a ben vedere più necessaria, che opportuna<sup>11</sup>.

Si potrebbe, in tal direzione, introdurre con un emendamento al disegno di legge approvato dalla Camera una disposizione di questo o di analogo tenore:

*Nel valutare l'assenza del consenso, ai sensi del primo comma del presente articolo, il giudice tiene comunque conto del contesto e delle circostanze concrete, che manifestino in modo riconoscibile la mancata espressione di una libera volontà della persona offesa, anche tacita o per fatti concludenti. Tale volontà deve permanere durante l'intero atto sessuale.*

Si noti: non sarebbe la prima volta che la legge precisa gli elementi dei quali il giudice penale deve tenere conto nel valutare l'assenza di un elemento del reato, con ciò contribuendo a una definizione dell'elemento stesso. Si pensi, ad esempio, alla norma, varata per la prima volta durante la pandemia<sup>12</sup>, che indica al giudice gli elementi da considerare al fine di escludere la colpa grave alla quale è limitata in situazioni d'emergenza la responsabilità per colpa medica.

7. Prova dell'assenza del consenso e rilevanza dell'errore su di esso. - A mio parere non è vero, come è invece stato detto dopo l'approvazione del disegno di legge da parte della Camera, che introdurre l'assenza del consenso, quale elemento negativo del fatto di violenza sessuale, comporti un'inversione dell'onere della prova<sup>13</sup>. I principi del sistema accusatorio non lo consentono, in questo caso come in tutti quelli, sopra menzionati, in cui pure l'assenza del consenso è prevista dalla legge penale come elemento della fattispecie.

Deve essere chiaro che tutti gli elementi del fatto, anche quelli negativi, devono essere provati e non sono tollerabili presunzioni, in questa come in qualsiasi altra materia. L'unica presunzione, costituzionalmente obbligata, è quella di innocenza (art. 27, co. 2 Cost.), fino a prova contraria raggiunta da una sentenza definitiva di condanna, che abbia accertato la responsabilità – ivi compresa l'assenza del consenso – con il rigoroso standard dell'*al di là di ogni ragionevole dubbio*.

La mancanza o l'insufficienza di prova, sia dell'elemento oggettivo – l'atto sessuale e l'assenza del consenso – sia dell'elemento soggettivo – il dolo, cioè la rappresentazione e la volontà dell'atto sessuale non acconsentito –, impongono

---

<sup>11</sup> In dottrina, v. da ultimo, in questo senso, F. Vitarelli, *Il disvalore penale tra testo e contesto. Prolegomeni per una formalizzazione degli 'indici di tipicità'*, Torino, 2025, p. 267 s.

<sup>12</sup> Art. 3 bis, co. 2 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, conv., con modif., in l. 28 maggio 2021, n. 76.

<sup>13</sup> Di questo avviso è anche il [parere dell'Associazione Nazionale Magistrati](#), depositato in sede di audizione nel corso dell'esame del disegno di legge in commento. V. anche le Note scritte del Prof. Avv. B. Romano all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso, che possono leggersi [in Penale, Diritto e Procedura](#).

l'assoluzione. Anche un solo ragionevole dubbio sull'effettiva assenza del consenso e/o sulla relativa rappresentazione da parte dell'imputato impone l'assoluzione.

7.1. Non va infatti dimenticato, quanto all'elemento soggettivo del reato, che la violenza sessuale è un delitto doloso. L'introduzione dell'assenza del consenso, quale elemento negativo del fatto, incide sull'oggetto del dolo richiesto per l'integrazione del delitto, che consisterebbe nella rappresentazione e nella volontà di compiere o far compiere o subire atti sessuali in assenza dell'altrui consenso. Il giudice dovrebbe perciò – come deve ora rispetto alla fattispecie di matrice giurisprudenziale già presente nel diritto vivente – dimostrare che l'imputato si è rappresentato l'assenza del consenso e ha voluto agire comunque (a seconda dell'intensità della volontà, con dolo intenzionale, o diretto o eventuale).

7.2. Poiché l'assenza del consenso rileva come elemento costitutivo del fatto, l'errore che su di esso ricada esclude il dolo, ai sensi dell'art. 47 c.p.<sup>14</sup>. La giurisprudenza della Cassazione, sul punto, è oggi equivoca. Per un verso, la Cassazione<sup>15</sup> precisa che “anche a voler dedurre l'errore sul fatto, la giurisprudenza ha sempre affermato, in tema di violenza sessuale, che ai fini dell'applicazione dell'art. 47 c.p., ricade sull'imputato l'onere di provare che egli ha agito sull'erroneo presupposto dell'esistenza del consenso della vittima - non dell'assenza di consenso - o, quanto meno, di allegare elementi utili che consentano una verifica di tale assunto difensivo”. Per altro verso, e soprattutto, un orientamento presente nella giurisprudenza della Cassazione afferma, *contra legem*, che “la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito [sic!] della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale (v., *ex plurimis*, Sez. 3, n. 7873 del 19/01/2022, De Souza, Rv. 282834 - 02; Sez. 3, n. 2400 del 05/10/2017, Rv. 272074 - 01; Sez. 3, n. 17210 del 10/03/2011, Rv. 250141 - 01)”<sup>16</sup>. L'errore logico e giuridico di questo orientamento giurisprudenziale è tanto evidente quanto grave: un conto è non sapere che la legge punisce il compimento di atti sessuali senza l'altrui consenso (o, il che non cambia, con l'altrui dissenso) – e questo è un errore sulla legge penale inescusabile ai sensi (e nei limiti) dell'art. 5 c.p.; un altro conto è compiere atti sessuali non accorgendosi che manca il consenso (o vi è il dissenso) del partner – e questo è un errore sul fatto che costituisce il reato, che ai sensi dell'art. 47 c.p. esclude la responsabilità penale perché manca il dolo del delitto di violenza sessuale, che presuppone, appunto, la rappresentazione e la volontà di un atto sessuale senza l'altrui consenso (o in presenza dell'altrui dissenso). Attribuire rilevanza all'assenza del consenso e pretendere, come fa il criticato orientamento della Cassazione, che sia irrilevante la concreta mancata percezione dell'assenza del consenso contrasta palesemente con il principio costituzionale di colpevolezza ed è inammissibile.

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. Sez. III, 25 novembre 2021, n. 3326, Rv. 282715-01.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Sez. III, 29 novembre 2023, n. 857, che richiama, sul punto, Cass. Sez. III, 19 giugno 2018, n. 52835, P., Rv. 274417-03.

<sup>16</sup> Così, da ultimo, Cass. Sez. VII, 31 ottobre 2025, n. 37170.

7.3. Una possibile spiegazione dell'orientamento giurisprudenziale di cui si è detto può forse essere data dal fatto che, essendo la violenza sessuale punita solo a titolo di dolo, e non anche di colpa, ai sensi dell'art. 47 c.p. l'errore sull'assenza del consenso esclude la punibilità anche quando sia colposo per via della riconoscibilità dell'assenza del consenso.

Per ovviare a questo esito, il Parlamento può considerare più strade. Una prima, suggerita dal modello svedese, è di dar vita a una meno grave ma pur sempre penalmente rilevante forma di violenza sessuale colposa per mancato riconoscimento dell'assenza di consenso<sup>17</sup>. Senonché, come avviene in Svezia, sarebbe opportuno circoscrivere la responsabilità penale ai casi di colpa grave<sup>18</sup>.

Con una soluzione meno radicale, più in linea con la nostra tradizione e che non espone al rischio di una *overcriminalization*, anche per via dell'incerta definizione della colpa grave, si potrebbe dare rilievo espresso al carattere "riconoscibile" dell'assenza del consenso (oppure, come in Germania, alla presenza di un riconoscibile dissenso). Così facendo, a ben vedere, si configurerebbe un'ipotesi di violenza sessuale con dolo misto a colpa: quest'ultima sarebbe limitata al mancato riconoscimento dell'assenza, riconoscibile, del consenso.

Sarebbe peraltro ragionevole, come proposto nel 2021 in uno studio sulla riforma dei delitti contro la persona dall'[Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale](#), punire questa ipotesi meno severamente di quella in cui l'agente si è rappresentato l'effettiva assenza del consenso e ha agito solo dolosamente.

L'innesto di un coefficiente di colpa nella struttura di un delitto doloso non sarebbe, d'altra parte, inedito nel nostro sistema. A titolo di esempio si pensi alla disciplina dell'art. 609 *sexies* c.p., in base alla quale la violenza sessuale a danno di minori è punita anche in caso di ignoranza *evitabile* (con l'omessa dovuta diligenza) sull'età minore della persona offesa. Oppure si pensi, in una materia del tutto diversa, relativa alla contraffazione di marchi, alla disciplina dell'art. 473 c.p. che si applica sia a colui che ha contraffatto il marchio sapendo che era registrato, sia a colui che ha contraffatto il marchio *ritenendo colposamente inesistente* il titolo di proprietà industriale<sup>19</sup>.

7.4. A ben vedere, allargando l'orizzonte dei problemi, l'ipotesi dell'errore sul consenso testimonia in generale quel che è noto alla prassi e, in particolare, agli avvocati difensori degli imputati nei procedimenti per violenza sessuale: si tratta di procedimenti nei quali, pur non essendovi per quanto si è detto una inversione dell'onere della prova, può tuttavia essere particolarmente difficile difendersi e rendere effettiva la presunzione di non colpevolezza. E' risaputo da secoli, tanto è vero che il più autorevole trattatista

<sup>17</sup> Sul tema v. M. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, consultabile anche [in Discrimen, 2 dicembre 2020](#).

<sup>18</sup> V. il [Capitolo 6 del codice penale svedese, sezione 1a](#): "A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape". Cfr. G. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 403.

<sup>19</sup> Per un inquadramento di questa disposizione tra le ipotesi di dolo misto a colpa v. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14<sup>a</sup> ed., 2025, p. 465.

inglese del 1700, William Blackstone, riportando il pensiero espresso da un giudice, scriveva che bisogna ricordare che quella per violenza sessuale, reato indubbiamente grave e meritevole di essere perseguito e punito gravemente, “è un'accusa facile da formulare, difficile da provare, ma ancora più difficile da difendere da parte dell'accusato, sebbene innocente”<sup>20</sup>.

L'atto sessuale non violento e non acconsentito presenta infatti peculiarità sul piano probatorio, tutte le volte in cui – come normalmente avviene – si svolge in assenza di testimoni o di riprese video-audio.

A tal proposito va considerato che, almeno dalla sentenza delle Sezioni Unite Bell'Arte del 2012<sup>21</sup>, è pacifico che le dichiarazioni della persona offesa possono essere poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Solo nel caso in cui la persona offesa si sia costituita *parte civile*, e diventi portatrice di una contrapposta pretesa economica dipendente dall'affermazione della sussistenza del reato, secondo le Sezioni Unite può essere opportuno procedere al riscontro delle dichiarazioni con altri elementi.

Se il disegno di legge approvato dalla Camera venisse approvato anche dal Senato, insomma, penso che nella prassi non cambierebbe molto rispetto ad oggi: il processo continuerebbe a ruotare attorno al vaglio giudiziale della credibilità del denunciante e dell'attendibilità del racconto. Sarebbe ed è peraltro non corretto semplificare tale situazione, come si è talora fatto nel dibattito pubblico, sostenendo che la prova dipenderebbe dalla parola di A (la pretesa vittima) contro la parola di B (il supposto autore). La persona offesa, la cui parola è sì spesso decisiva, deve dire la verità ed è passibile di rispondere per falsa testimonianza e per calunnia, qualora denunci una persona che sa essere innocente. L'imputato, invece, può mentire, per difendersi. Per questo un ruolo chiave ha e avrà sempre la valutazione della prova. In tal direzione, mettendo pancia allo scarno disegno di legge, che impallidisce, ad esempio, di fronte alla complessità e all'articolazione dell'omologo spagnolo del 2022, sarebbe opportuno destinare risorse alla formazione specialistica di giudici, pubblici ministeri ed avvocati.

7.5. Quanto a questi ultimi, a ulteriore riprova della correttezza della massima di Blackstone, va problematicamente segnalato come i margini di difesa dell'imputato, nell'esame della persona offesa, già ridotti da un rigoroso orientamento giurisprudenziale<sup>22</sup>, sono stati ulteriormente limitati dalla recente legge sul

---

<sup>20</sup> "It is true, says this learned judge [Matthew Hale], that rape is a most detestable crime, and therefore ought severely and impartially to be punished with death; but it must be remembered, that it is an accusation easy to be made, hard to be proved, but harder to be defended by the party accused, though innocent". Questo passo [può essere letto online qui](#) ed è richiamato come esergo, ad apertura di un capitolo del proprio lavoro monografico, da G. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 281.

<sup>21</sup> Cass. Sez. Un. 19 luglio 2012, n. 41461, Bell'Arte, Pres. Lupo, Rel. Cassano, RV253214-01.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. Sez. III 20 ottobre 2025, n. 34181, nella quale si legge, con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, che “E' stato inoltre affermato che i costumi e le abitudini sessuali della vittima di reati sessuali

femminicidio che ha inserito nell'art. 499 c.p.p. un nuovo comma 6 *bis* dal seguente tenore: "Quando si procede per i delitti previsti dall'articolo 362, comma 1-*ter*[compresa la violenza sessuale, n.d.r.], 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". A questo proposito, ove si ritenesse di introdurre una disposizione in tema di indici probatori dell'assenza del consenso, come si è suggerito, si potrebbe valutare l'opportunità di fare espressamente salva l'applicazione di quella disposizione, intervenendo sul testo del nuovo comma 6-*bis* dell'art. 499 c.p.p.

8. L'inedita attribuzione di rilevanza penale agli atti commessi approfittando delle condizioni di "vulnerabilità" della persona offesa. - Il disegno di legge approvato dalla Camera estende la portata della norma incriminatrice, con effetti di nuova incriminazione irretroattiva *ex art. 2, co. 1 c.p.*, ai casi di abuso delle condizioni di vulnerabilità della persona offesa, al momento del fatto. Tali condizioni si aggiungono, in alternativa, a quelle di inferiorità fisica o psichica e, pertanto, devono intendersi come diverse da quelle. La nozione di vulnerabilità sembra fare riferimento all'art. 90 *quater* c.p.p., che definisce il concetto ai fini dell'applicazione delle norme del codice di rito.

A questo proposito osservo, anzitutto, come sarebbe quanto meno opportuno, con un emendamento, fare riferimento, in linea con l'art. 90 *quater* c.p.p., a condizioni di "particolare" vulnerabilità, in modo da circoscrivere ragionevolmente l'applicazione della disposizione. A dimostrazione di questa esigenza osservo che tra le condizioni di vulnerabilità, la citata disposizione del codice di rito dà rilievo all'età, alla finalità di discriminazione o al fatto che la persona sia "affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato".

A mio avviso è opportuno valutare con attenzione la compatibilità con il principio di determinatezza della legge penale di una nuova incriminazione che punisca l'atto sessuale con abuso di condizioni di dipendenza affettiva e psicologica, trattandosi di ipotesi difficilmente dimostrabile in sede processuale, che sembra evocare il plagio *ex art. 603 c.p.*, dichiarato incostituzionale nel 1981. Se è già difficile dimostrare, ai fini penali, una condizione di vera e propria dipendenza psicologica e affettiva, sembra esserlo ancor più un abuso della condizione stessa nel contesto di relazioni anche sessuali.

9. Il concetto omnicomprensivo di "atti sessuali" - Il disegno di legge all'esame del Senato non interviene sul concetto di "atti sessuali", che rappresenta notoriamente uno dei principali profili problematici della fattispecie introdotta nel 1996 nell'art. 609-*bis* c.p. Quel concetto, omnicomprensivo, abbraccia atti che presentano un disvalore

---

non influiscono sulla sua credibilità e non possono costituire argomento di prova per l'esistenza, reale o putativa, del suo consenso (Sez. 3, n. 46464 del 09/06/2017, F., Rv. 271124); allo stesso modo, è irrilevante l'antecedente condotta provocatoria tenuta dalla stessa persona offesa (Sez. 3, n. 7873 del 19/01/2022, D.S., Rv. 282834)".

enormemente diverso (dalla penetrazione vaginale o anale alla mano morta sull'autobus e al bacio sulla guancia); di qui l'esigenza, da più studiosi sottolineata, di distinguere le mere molestie sessuali dai più gravi atti penetrativi, anche e soprattutto ai fini sanzionatori e di proporzionalità della pena. Mi limito, sul punto, ad aggiungere la mia voce a quella di chi sottolinea l'opportunità di una più organica riforma, che coinvolga anche il concetto di 'atti sessuali'. L'esperienza comparatistica, anche in questo caso, è ricca e istruttiva.

**10.** Il trattamento sanzionatorio della nuova ipotesi di violenza sessuale introdotta dal d.d.l. - Condivido, infine, l'opinione di quanti hanno rappresentato l'esigenza di modulare il trattamento sanzionatorio della violenza sessuale, prevedendo pene diverse, più gravi, per i fatti commessi con violenza o minaccia, ovvero con condotte di abuso o inganno. Inquadrare tutte queste diverse condotte, dal differente disvalore, all'interno di un'unica cornice edittale (da 6 a 12 anni) non è ragionevole e può portare all'inflizione di pene sproporzionate in relazione alla gravità del fatto concreto, soprattutto in ragione del carattere elevato del minimo edittale e della già segnalata mancata distinzione tra gli "atti sessuali".

La soluzione potrebbe essere quella di prevedere circostanze aggravanti per i fatti commessi con violenza, minaccia, abuso o inganno. Oppure, se si vuole escludere l'operatività del bilanciamento con circostanze attenuanti concorrenti, si può pensare a cornici edittali autonome. Si potrebbe inoltre valutare di fare altrettanto con i 'casi di minore gravità' di cui al terzo comma – trasformati da circostanza attenuante ad autonoma figura di reato – realizzando così una modulazione sanzionatoria ragionevole e in linea con il principio costituzionale di proporzione.

**10.1.** Sarebbe altresì ragionevole e proporzionato, infine, escludere nei casi di minore gravità l'applicabilità dell'art. 4-bis ord. penit, con conseguente possibilità di sostituzione della pena detentiva irrogata entro i quattro anni (art. 20 bis c.p.)<sup>23</sup>, e si potrebbe anche valutare di rimuovere, sempre per i casi di minore gravità, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p.

Spunti in tal senso, in particolare per quanto riguarda l'applicabilità di pene sostitutive, mi sembra possano essere tratti da una recente sentenza della Corte costituzionale ([n. 203/2025](#)), che ha dichiarato costituzionalmente illegittima, perché irragionevole, l'esclusione della messa alla prova per i minorenni introdotta dal decreto Caivano nell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 per il caso di caso di violenza sessuale a danno di minori. La Corte costituzionale ha osservato come "per le violenze sessuali di minore gravità, il terzo comma dell'art. 609-bis c.p. prevede la possibilità di diminuire la pena in misura particolarmente significativa, ossia fino a due terzi. A tale significativo riconoscimento della minore gravità del fatto a livello penale sostanziale non corrisponde un'adeguata, diversa considerazione della stessa condotta con riguardo

---

<sup>23</sup> La pena detentiva non può essere sostituita in caso di condanna per i reati che, come la violenza sessuale, sono compresi nell'elenco di cui all'art. 4 bis ord. penit. Cfr. l'art. 59, co. 1, lett. D) d.lgs. 24 novembre 1981, n. 689, come modificato dalla riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022).

all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova". Ancora, in quella sentenza si legge, con argomenti a mio parere traslabili all'istituto delle pene sostitutive, che "la 'valvola di sicurezza' fornita dal terzo comma dell'art. 609-*bis* c.p., quindi, ben può valere come segno di confine oltre il quale risulta superata la soglia della manifesta irragionevolezza in conseguenza della mancata previsione della facoltà del giudice minorile di disporre la sospensione del processo con messa alla prova sulla base di una valutazione individualizzata della personalità del minore, funzionale alle esigenze del suo recupero e della sua risocializzazione. Un imperativo di coerenza, per linee interne al sistema, esige, allora, che tale specificità venga riconosciuta anche nell'ambito dell'istituto della messa alla prova". Orbene, pur consapevole di come la Corte costituzionale abbia di recente ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della preclusione delle pene sostitutive per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., penso che una nuova questione, incentrata sull'ipotesi dell'art. 609-*bis*, co. 3 c.p., potrebbe avere qualche chance di accoglimento.

A prescindere da quel che la Corte potrebbe o non potrebbe dire e fare, di certo un intervento del legislatore sarebbe non solo possibile e costituzionalmente lecito, ma anche auspicabile.

Se si compie la scelta di estendere i margini di applicazione della fattispecie, includendovi casi meno gravi di quelli realizzati con vera e propria violenza, occorre responsabilmente farsi carico dei problemi di ragionevolezza e di proporzione della risposta sanzionatoria, consentendo al giudice di individualizzarla secondo il canone dell'art. 27, co. 3 Cost.



## UN RECENTE PROGETTO DI RIFORMA DELLA PROCEDURA PENALE SPAGNOLA TRA SPINTE EUROPEE E RESISTENZE LEGATE ALLO STATUS ORDINAMENTALE DEL MINISTERO FISCAL (\*)

di Mitja Gialuz e Alessandro Malacarne

### 1. Il *Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*.

Il 14 novembre 2025 è stato pubblicato sul *Boletín Oficial de las Cortes Generales* spagnolo il *Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, approvato dal *Consejo de Ministros* in data 28 ottobre 2025<sup>1</sup>. Il testo – di notevole ampiezza, giacché composto da 1.023 articoli e corredato da nove disposizioni transitorie, una disposizione abrogativa e dieci disposizioni finali – si presenta come un intervento normativo che (qualora approvato in via definitiva) appare destinato a segnare una svolta di portata storica nel sistema della giustizia penale iberica, ancora fortemente modellato sul paradigma inquisitorio della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrIm) del 1882. La riforma, difatti, si propone di sovvertire tale impianto, segnando una chiara discontinuità rispetto alla tradizione codicistica; essa, in particolare, mira a ridefinire il ruolo del pubblico ministero e del giudice nelle fasi anteriori al dibattimento, muovendo verso la costruzione di un modello accusatorio, maggiormente coerente – così è dato leggere nella *exposición de motivos* – con gli *standard* europei e idoneo a soddisfare esigenze di “efficienza qualitativa”<sup>2</sup>.

---

(\*) Pur essendo il presente lavoro frutto di una riflessione congiunta, Alessandro Malacarne ha redatto i §§ 1-4.1 e Mitja Gialuz ha redatto i §§ 4.2-5.

<sup>1</sup> Il provvedimento è consultabile al seguente indirizzo: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-74-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-74-1.PDF#page=1).

<sup>2</sup> *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, p. 45: «un edificio procesal que, aunque soporta una carga creciente, sigue sosteniéndose sobre cimientos del siglo XIX y sobre los andamios provisionalmente instalados a lo largo de casi ciento cincuenta años de vigencia. Sigue siendo imprescindible un instrumento procesal plenamente adaptado a las necesidades de nuestra sociedad y de nuestra administración de justicia. Sigue siendo insoslayable aprobar una Ley de Enjuiciamiento Criminal que sirva de referencia normativa básica a las profundas transformaciones que requieren nuestras instituciones procesales penales. Estamos ante una asignatura pendiente del programa constitucional que la presente Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende, finalmente, superar». Spicca, in questo senso, l’affermazione secondo cui «la entrada en vigor el 2 de marzo de 2025 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que implanta un nuevo sistema organizativo y funcional en los órganos judiciales obliga, además, a una necesaria acomodación del sistema procesal penal a esta nueva realidad, al objeto de alcanzar mayores cotas de eficacia del servicio público de justicia». Negli stessi termini si è espresso il *Fiscalía General del Estado* nel *Discurso del Fiscal General del Estado en el acto de apertura del año judicial 2025-2026*, 5 settembre 2025, p. 20 ss., reperibile al link: <https://www.fiscal.es/-/garcia-ortiz-defiende-una-fiscalia-con-autonomia-respecto-del-poder-judicial-y-del->

La necessità di un intervento organico in tal senso, del resto, era avvertita da tempo nelle sedi politico-istituzionali.

Il sistema vigente, ancorato alla centralità del *Juez de Instrucción* nella direzione delle indagini, veniva considerato inadeguato rispetto alle trasformazioni della società contemporanea e alle nuove configurazioni del fenomeno criminale. Nondimeno, i molteplici tentativi di riforma succedutisi nell'arco dell'ultimo quindicennio – dall'*Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 2011, al *Borrador de Código Procesal Penal* del 2013, sino all'ALECRIM del 2020 (dal quale il progetto del 2025 riprende in larga misura diverse soluzioni) – non hanno conseguito esito favorevole.

## 2. I connotati peculiari del sistema processuale penale spagnolo

Per comprendere la portata innovativa della proposta, è opportuno richiamare preliminarmente due caratteristiche del procedimento penale spagnolo che contribuiscono a configurarlo come un *unicum* nel panorama europeo.

Da un lato, la *fase de instrucción*, come detto, conserva profili riconducibili ai modelli di matrice inquisitoria, posto che è il *Juez de Instrucción* – e non il *Ministerio Fiscal* – a dirigere formalmente l'attività investigativa, disponendo e assumendo gli atti necessari all'accertamento dei fatti.

Dall'altro lato, assumono primario rilievo la *acusación particular* e la *acusación popular*, quest'ultima considerata una vera e propria singolarità per l'ampiezza dei poteri attribuiti a soggetti privati nell'esercizio dell'azione penale<sup>3</sup>. L'"accusa popolare" costituisce, infatti, un'istituzione di antica tradizione, ancora oggi preservata quale strumento di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia e di controllo democratico sulla pretesa punitiva (art. 125 Cost. e art. 101 LECrim). A differenza della *acusación particular* – qualifica riconosciuta alle vittime del reato (*víctimas*) e ai soggetti offesi (*ofendidos por el delito*) –, la *acusación popular* può essere promossa da qualsiasi cittadino spagnolo, persona fisica o giuridica, anche se completamente estraneo ai fatti oggetto del procedimento e a prescindere dall'intervento del *Ministerio Fiscal*. Tuttavia, l'ampiezza dei poteri riconosciutigli ha alimentato nel tempo un intenso dibattito dottrinale, in particolare con riguardo al rischio che tale strumento venga utilizzato «con ánimo vengativo o exhibicionista»<sup>4</sup>.

---

[resto-de-poderes-del-estado-](#)

<sup>3</sup> Cfr., *amplius*, S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular. Pautas para una futura regulación legal*, Marcial Pons, Madrid, 2003. In lingua italiana, v. R.M. GERACI, *Le parti accusatrici nel processo penale spagnolo*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 798 ss.; S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali II, t. I, p. 790 ss.

<sup>4</sup> Così, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 101. Come ricorda anche J. NIEVA-FENOLL, *¿Hacia un nuevo enjuiciamiento criminal?*, in *elPeriodico*, 11 novembre 2025, nel commentare la presente proposta di legge, «la persecución penal, por sus gravísimas consecuencias, precisa de un acusador ecuaníme y desapasionado, y desde luego el actor popular no suele serlo».

### 3. Gli antecedenti della riforma: procedimento penale minorile ed EPPO

Invero, occorre rilevare come l'attribuzione in capo al *Ministerio Fiscal* della direzione delle indagini e la previsione di un giudice delle garanzie *lato sensu* inteso – interventi qualificanti la proposta di riforma – non rappresentino un'assoluta novità per il sistema processuale spagnolo.

Un modello strutturalmente affine era già stato introdotto oltre vent'anni fa con la *Ley Orgánica* 12 gennaio 2000, n. 5, relativa al procedimento di accertamento della responsabilità penale dei minori. In tale contesto, il *Juez de Menores* non dirige l'attività investigativa, bensì esercita funzioni tipiche di un giudice delle garanzie, limitandosi a verificare la legittimità degli atti sollecitati dal pubblico ministero. È quest'ultimo a dirigere «*personalmente la investigación de los hechos y ordenar que la Policía Judicial practique las actuaciones necesarias para la averiguación de aquéllos y de la participación del menor en el mismo*» (art. 6). La dottrina ha efficacemente descritto tale assetto come una vera e propria «*metamorfosis*»<sup>5</sup> del *Ministerio Fiscal*, osservando come la centralità assunta dall'accusa pubblica in questo ambito avrebbe potuto rappresentare, in qualche misura, una sorta di “prova generale” di ciò che sarebbe poi dovuta diventare la fisionomia della fase istruttoria nei processi penali a carico degli adulti<sup>6</sup>.

Ancor più decisiva, però, è risultata l'implementazione della Procura europea (EPPO) ad opera della *Ley Orgánica* 1° luglio 2021, n. 97.

Lo si ricava chiaramente dalla lettura della *exposición de motivos*, ove si afferma che «*la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017 [...] constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español*». Benché, come noto, il considerando n. 15 del regolamento istitutivo lasci «impregiudicati i sistemi nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il modo in cui sono organizzate le indagini penali», il legislatore iberico ha ritenuto valida tale statuizione solamente con riguardo «a quei modelli processuali in cui vi è già una netta separazione, dal punto di vista funzionale e ordinamentale, tra chi conduce le indagini e chi si fa garante dei diritti fondamentali dell'indagato [traduzione nostra]». Al contrario, qualora entrambe le funzioni continuino ad essere attribuite alla stessa autorità – come avviene in Spagna –, l'istituzione di EPPO richiede inevitabilmente «*la articulación de un nuevo sistema procesal*»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> M.J. DOLZ LAGO, *El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica*, in *La Ley*, 1992, p. 970.

<sup>6</sup> Á. TINOCO PASTRANA, *El procedimiento especial para la investigación por el Fiscal Europeo Delegado en España*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2023, p. 31. Cfr. anche M.J. DOLZ LAGO, *La instrucción penal del fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites*, in *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, diretto da J.M. TAMARIT SUMALLA-J.L. GÓMEZ COLOMER-J.L. GONZÁLEZ CUSSAC-M.G. ALTAVA LAVALL, Tirant, Valencia, 2002, p. 263 ss.; R. PÉREZ MARTELL, *El proceso del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 186; J.A. SAINZ RUIZ, *Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿Hacia un Fiscal instructor?*, in *Revista General de Derecho*, p. 3791 ss.

<sup>7</sup> Cfr., per una panoramica, i contributi pubblicati in *Tratado sobre la Fiscalía Europea y el procedimiento penal especial de la L.O. 9/2021, de 1 de julio*, diretto da S. GUERRERO PALOMARES, Aranzadi, Navarra, 2023.

<sup>8</sup> Per le ultime citazioni, v. *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p.

In effetti, la *Ley Orgánica 9/2021* ha determinato – come ampiamente rilevato in dottrina – una profonda rottura dell’architettura processuale<sup>9</sup>, delineando un vero e proprio *procedimiento especial*<sup>10</sup>. Per i reati rientranti nella competenza di EPPO, la direzione dell’indagine è oggi affidata al Procuratore europeo delegato (*Fiscal Europeo Delegado*). Il giudice istruttore, per contro, assume le vesti di un *Juez de Garantías*, chiamato a controllare la legalità delle decisioni adottate dal pubblico ministero e ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dell’indagato. Tra i numerosi compiti ad esso attribuiti possono ricordarsi il potere autorizzativo di atti limitativi di libertà costituzionalmente garantite e l’adozione delle misure cautelari personali e reali (art. 8). Si può ben dire, dunque, che la novella del 2021 ha rappresentato una spinta verso la progressiva erosione del modello istruttorio e, al tempo stesso, verso l’affermazione di un paradigma investigativo fondato sulla netta separazione delle funzioni tra accusa e giurisdizione<sup>11</sup>. In questa direzione, peraltro, la circostanza per cui i pubblici ministeri sono oggi soggetti a regole differenti a seconda che agiscano nell’ambito della competenza della Procura europea o della Procura nazionale è apparso a taluno non pienamente conforme ai canoni di uguaglianza e ragionevolezza<sup>12</sup>.

#### 4. Il contenuto del *Proyecto de Ley*: la valorizzazione del *Ministerio Fiscal*

Ai fini che qui interessano, il progetto di riforma si concentra, in particolare, sulla fase preliminare, oggi denominata *instrucción*, e definita nella proposta *procedimiento de investigación* (art. 524, comma 1).

In questo contesto, l’attribuzione al pubblico ministero della direzione della *investigación preliminar* e della *Policía Judicial* (art. 540, comma 1) può senz’altro annoverarsi tra le modifiche più rilevanti. Ad avviso del legislatore, tuttavia, l’assunzione di tali compiti presuppone una profonda rivisitazione dell’*Estatuto Orgánico*

47. Nella stessa direzione, v. Pleno del Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, 18 dicembre 2024, p. 17.

<sup>9</sup> D. BENITO SÁNCHEZ, *The implementation of the EPPO regulation in Spain: a critical assessment of legal compliance*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2025, f. 67, p. 5; B. VIDAL FERNÁNDEZ, *La actuación de la fiscalía europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021*, in *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2022, f. 66, p. 9.

<sup>10</sup> Cfr. T. ARMENTA DEU, *Fiscalía Europea. Su incidencia en el ordenamiento procesal español*, in *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, diretto da V. MORENO CATENA-M<sup>a</sup> I. ROMERO PRADAS, Tirant, Valencia, 2021, p. 145 ss.; L. ESTÉVEZ MENDOZA, *La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2017, f. 1, p. 106 ss.; J.L. GÓMEZ COLOMER, *La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal español*, *ivi*, p. 53 ss.; J. GOYENA HUERTA, *La Fiscalía Europea y su intervención en el ordenamiento jurídico español*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, f. 9, p. 53 ss.

<sup>11</sup> Passaggio già auspicato, tra i molti, da B. VIDAL FERNÁNDEZ, *El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, in *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2021, f. 4, p. 239: «El RFE obliga a incluir en nuestro sistema una figura hasta ahora no existente: el Juez de Garantías».

<sup>12</sup> A. FERNÁNDEZ LE GAL, *Estado de Derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de Fiscal*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 2022, p. 138.

del Ministerio Fiscal-EOMF (Ley 30 dicembre 1981, n. 50), con il fine di rafforzarne l'autonomia e l'indipendenza, specie esterna, adeguando così l'organizzazione e il funzionamento della Procura alle nuove e più rilevanti responsabilità attribuitele. Lo riconosce espressamente la stessa *Relazione* di accompagnamento, ove si soggiunge come tale obiettivo sia stato più volte messo in luce nelle plurime raccomandazioni formulate dal *Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa* (GRECO), il quale ha sottolineato l'opportunità di riconsiderare il metodo di selezione del Procuratore generale dello Stato, nonché la disciplina che regola il rapporto tra detto organismo e il Governo, onde garantire al primo maggiore autonomia<sup>13</sup>.

D'altro canto, si tratta di un'esigenza largamente segnalata da una parte significativa della dottrina, che insiste da tempo sulla necessità di procedere in questa direzione<sup>14</sup>. E, a ben considerare, la stessa «idea di rendere il *Ministerio Fiscal dominus* della fase preliminare, sulla dichiarata falsariga dell'esperienza italiana, con conseguente soppressione della figura del giudice istruttore (appartenente invece al *Poder Judicial*), ha sempre trovato un freno proprio nell'opacità dello *status* soggettivo e nelle scarse garanzie di indipendenza della pubblica accusa»<sup>15</sup>.

#### 4.1. La separazione delle carriere in Spagna e la discussa autonomia dell'organo d'accusa rispetto all'Esecutivo.

Al proposito, merita ricordare l'attuale assetto ordinamentale della magistratura spagnola, che si articola – per usare un'espressione in voga nell'attuale dibattito italiano – sulla separazione delle carriere.

Per un verso, l'art. 122 della Costituzione del 1978 stabilisce direttamente che a governare l'articolazione dei giudici sia il *Consejo General del Poder Judicial*<sup>16</sup>. La disposizione ne individua natura e struttura, rinviando alla *Ley Orgánica del Poder*

<sup>13</sup> Greco, *Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, 21 giugno 2024, p. 35; Greco, *Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, 6 dicembre 2013, p. 35. Cfr. Anche la *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 64.

<sup>14</sup> Cfr., *amplius*, T. ARMENTA DEU, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*, Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 73 ss., 148 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *El futuro del proceso penal y del Ministerio Fiscal*, in *Revista Tribunales de Justicia*, 1997, f. 1, p. 9 ss.; J.L. GÓMEZ COLOMER, *La fiscalía española, ¿Debe ser una institución independiente?*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, f. 41, p. 157 ss.; A. DEL MORAL GARCÍA, *Ministerio Fiscal y reforma de la justicia*, in *Revista de Jueces para la Democracia*, 2002, f. 42, p. 19 ss.; J. MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, Atelier, Barcellona, 2019, p. 17 ss.; J.M. MORALES BRAVO, *La naturaleza y ubicación constitucional del ministerio fiscal español: un órgano en permanente equilibrio*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2017, f. 10, p. 144 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal. Límites constitucionales y valoración político-jurídica*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1990, f. 2, p. 230-233.

<sup>15</sup> S. MARCOLINI, *op. cit.*, p. 783.

<sup>16</sup> *Link al sito ufficiale: poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\_Judicial*. Per una recente ed approfondita trattazione, v. R. MIGUEL BARRIO, *El Consejo General del Poder Judicial poder, bloqueo y reforma en la diversidad europea*, Tirant, Valencia, 2025.

*Judicial* (1° luglio 1985, n. 6) la determinazione della disciplina di dettaglio<sup>17</sup>. Molteplici sono le mansioni attribuite a tale organo, quali, ad esempio, la determinazione e l'organizzazione interna degli uffici giudiziari, la distribuzione territoriale delle sedi, la definizione delle piante organiche, nonché la proposta e la deliberazione delle nomine per gli incarichi direttivi nei tribunali superiori, nel *Tribunal Supremo* e nelle altre giurisdizioni. Esso è tenuto anche alla gestione del regime disciplinare dei giudicanti, oltre alla definizione delle politiche formative e alla predisposizione di relazioni periodiche sullo stato della giustizia.

Per altro verso, con riguardo al *Ministerio Fiscal*, la Costituzione prevede che questi abbia per missione quella di agire «*en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*» (art. 124 Cost.). Sotto il profilo ordinamentale, la stessa disposizione rinvia alla legge ordinaria la disciplina dello statuto organico del pubblico ministero (comma 3). Nondimeno, essa fornisce alcune indicazioni significative: anzitutto, prevede che egli eserciti le proprie funzioni tramite organi propri «conformemente ai principi di unità di azione e di dipendenza gerarchica e con rispetto, in ogni caso, di quelli di legalità e imparzialità [traduzione nostra]» (comma 2); in secondo luogo, stabilisce che il *Fiscal General del Estado* sia nominato dal Re su proposta del Governo, sentito il Consiglio Generale del Potere Giudiziario (comma 4).

Nel dare attuazione al disposto costituzionale, il già richiamato *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* ha configurato la *Fiscalía General del Estado*<sup>18</sup> quale organo apicale dell'apparato inquirente e requirente. Al vertice dell'istituzione è posto il *Fiscal General del Estado*, cui compete la direzione unitaria dell'attività del *Ministerio Fiscal* e il governo della relativa carriera. Nell'esercizio delle proprie attribuzioni, il Procuratore Generale è coadiuvato dal *Consejo Fiscal* (art. 14 EOMF), organismo collegiale composto dal *Fiscal General del Estado*, che lo presiede, da due membri di diritto – il *Teniente Fiscal* del *Tribunal Supremo* e il *Fiscal Jefe Inspector*, nonché da nove membri elettivi, scelti ogni quattro anni tra i pubblici ministeri mediante votazione diretta del corpo. Le funzioni del *Consejo Fiscal* si articolano lungo direttrici consultive e organizzative: esso elabora criteri generali volti ad assicurare l'unità d'azione del *Ministerio Fiscal*, presta

---

<sup>17</sup> Si rammenti che il *Consejo General del Poder Judicial* è composto dal presidente del *Tribunal Supremo*, che ne assume anche la presidenza, e da venti membri, per una durata in carica di cinque anni. Dodici di questi provengono dalla carriera giudiziaria, mentre gli altri otto devono essere giuristi di riconosciuta competenza. La Costituzione stabilisce che tali ultimi componenti siano scelti per metà dal *Congreso de los Diputados* e per metà dal *Senado*, con una maggioranza qualificata dei tre quinti. La legge organica dettaglia, invece, le modalità di selezione dei membri togati, che pure richiedono una votazione parlamentare qualificata, creando un sistema di nomina oggetto di intenso dibattito, data l'influenza che tale meccanismo può esercitare sull'equilibrio istituzionale dei poteri dello Stato (cfr. D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico*, in *Revista de Derecho Político*, 2022, p. 13 ss. Come rileva R. MIGUEL BARRIO, *El Consejo General del Poder Judicial en perspectiva: análisis, desafíos y propuesta de reforma*, in *Revista de Derecho Político*, 2024, p. 292, «el procedimiento de selección de los vocales que integran el Consejo ha sido objeto de cuestionamientos y suspicacias»).

<sup>18</sup> Link al sito ufficiale: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/fiscalia-general-del-estado>; <https://www.fiscal.es/>.

pareri al Procuratore Generale sulle questioni che questi ritenga di sottoporgli e formula le relazioni valutative necessarie ai fini delle promozioni e progressioni nella carriera dei membri del corpo. Quanto al regime disciplinare, è interessante notare come l'EOMF distingua le sanzioni in ragione della gravità dell'infrazione (art. 67). In particolare: a) per le infrazioni lievi, la competenza sanzionatoria spetta al *Fiscal Jefe*, con possibilità di impugnazione innanzi al *Consejo Fiscal*; b) per le sanzioni più incisive, quali la sospensione dall'esercizio delle funzioni, è competente il *Fiscal General del Estado*, le cui decisioni sono ricorribili dinanzi al Ministero della Giustizia; per la sanzione dell'espulsione, la più grave, la competenza appartiene al Ministero della Giustizia, che procede tuttavia su proposta del *Fiscal General* e previo parere favorevole del *Consejo Fiscal*; avverso tale decisione è ammesso ricorso innanzi all'*Audiencia Nacional*.

A fronte di questo quadro, il Governo ha recentemente approvato, nel maggio 2025, un *Proyecto de Ley Orgánica* (n. 121/000059) che interviene simultaneamente sulla *Ley Orgánica del Poder Judicial* e sulla *Ley 50/1981*, con l'obiettivo dichiarato di ampliare e rafforzare le carriere dei rispettivi attori coinvolti<sup>19</sup>. La proposta, attualmente all'esame della Commissione giustizia del Parlamento, mira a riformare l'accesso, la formazione e la carriera di giudici e pubblici ministeri. Quanto a questi ultimi, in particolare, l'obiettivo è quello di limitare la discrezionalità delle decisioni assunte dalla *Fiscalía* e assicurare un maggiore livello di prevedibilità e controllabilità degli atti organizzativi, con effetti indiretti sull'autonomia funzionale dell'organo.

Ad ogni modo, come accennato, la letteratura scientifica ha più volte posto in evidenza diversi profili dai quali sembrerebbe potersi desumere, *de iure condito*, una non piena emancipazione del *Ministerio Fiscal* dall'influenza del potere politico. Sebbene l'indipendenza dall'Esecutivo venga da taluni desunta in ragione dei principi di legalità e imparzialità che connota costituzionalmente il suo agire (art. 124, comma 2, Cost.)<sup>20</sup>, si è sostenuto che «il *Ministerio Fiscal* si è trovato in una posizione decisamente ambigua, il cui principale problema è stato individuato nel rapporto che intercorre con il Governo [traduzione nostra]»<sup>21</sup>; in sostanza, si è affermato che «*el Ministerio Fiscal depende políticamente del Gobierno*»<sup>22</sup>.

A tal fine, vengono generalmente richiamati quattro aspetti decisivi<sup>23</sup>.

In primo luogo, la procedura di designazione del Procuratore Generale – come detto, nominato dal Re su proposta del Consiglio dei Ministri e previo parere del *Consejo General del Poder Judicial* (art. 29 EOMF)<sup>24</sup> – attribuisce all'Esecutivo un ruolo

---

<sup>19</sup> [https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XV&iniciativas\\_id=121/000059](https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XV&iniciativas_id=121/000059).

<sup>20</sup> M. GARCÍA GARCÍA, *La dependencia del Ministerio Fiscal y la investigación oficial*, in *Jueces para la democracia*, 1989, f. 8, p. 17; S. MARCOLINI, *op. cit.*, p. 783.

<sup>21</sup> O. FUENTES SORIANO, *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, in *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 2003, f. 16, p. 11.

<sup>22</sup> Ancora, O. FUENTES SORIANO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>23</sup> J.L. GÓMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, in *Revista peruana de derecho procesal*, 1997, f. 1, p. 331 ss.

<sup>24</sup> Più precisamente: il *Fiscal General del Estado* è scelto tra giuristi spagnoli di riconosciuto prestigio che

determinante, ritenuto potenzialmente idoneo a compromettere l'indipendenza dell'organo apicale dell'accusa pubblica<sup>25</sup>. A ciò si aggiunge che l'art. 31 EOMF stabilisce una durata quadriennale del mandato, coincidente con il ciclo ordinario del Governo, e include tra le cause tipiche di cessazione dell'incarico (invero non automatiche) anche il venir meno dell'Esecutivo che ne aveva formulato la proposta (comma 1, lett. e: «*cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto*»)<sup>26</sup>.

In secondo luogo, si segnala la facoltà riconosciuta al Governo di sollecitare l'intervento del *Fiscal General del Estado*, richiedendogli di promuovere le iniziative giudiziarie ritenute necessarie per la tutela dell'interesse pubblico (art. 8 EOMF). Pur essendo prevista la possibilità per il Procuratore di valutare autonomamente la fondatezza della richiesta, la persistenza di un potere di impulso governativo è considerata un ulteriore elemento fonte di possibili condizionamenti.

In terzo luogo, un ulteriore profilo attiene agli obblighi informativi cui è assoggettato il Procuratore Generale. Egli è tenuto a presentare annualmente al Governo una *Memoria* sull'attività svolta dalla Procura sull'andamento della criminalità e sulle eventuali riforme ritenute opportune per migliorare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia (art. 9, comma 1, EOMF). Inoltre, su richiesta dell'Esecutivo, è chiamato a fornire informazioni «*respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia*»; infine, in circostanze eccezionali può essere convocato a riferire dinanzi al *Consejo de Ministros* (art. 9, comma 2, EOMF).

In quarto luogo, desta particolare attenzione il regime di rimozione dei Procuratori capo (*Fiscales Jefes*) e dei Sostituti Procuratori (*Tenientes Fiscales*), i quali possono essere liberamente destituiti dal Governo su proposta del *Fiscal General del Estado* (art. 41, comma 5, EOMF). Anche questo assetto normativo viene abitualmente indicato come indice di una struttura gerarchica suscettibile di essere influenzata dall'indirizzo politico.

abbiano maturato un'esperienza professionale effettiva di almeno quindici anni. Non possono essere proposti per tale incarico coloro che, nei cinque anni precedenti, siano stati titolari di un Ministero, di una *Secretaría de Estado* o di una *Consejería* di un Governo autonomo, né coloro che abbiano ricoperto la carica di presidente di un ente locale o siano stati membri del *Congreso de los Diputados*, del *Senado*, del Parlamento Europeo o di un'assemblea legislativa autonoma. Ricevuto il parere del *Consejo General del Poder Judicial*, il Governo trasmette la propria proposta al *Congreso de los Diputados*, affinché quest'ultimo possa, nei termini stabiliti dal rispettivo regolamento, disporre la comparizione del candidato dinanzi alla Commissione competente allo scopo di valutarne i meriti e l'idoneità all'incarico. Una volta nominato, il *Fiscal General del Estado* presta giuramento dinanzi al Re e assume formalmente le proprie funzioni in una solenne cerimonia di insediamento davanti al *Pleno del Tribunal Supremo*.

<sup>25</sup> O. FUENTES SORIANO, *op. cit.*, p. 12; C. GRANADOS PÉREZ, *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, in *Revista del Ministerio fiscal*, 1997, f. 4, p. 19.

<sup>26</sup> Le ulteriori ipotesi sono rappresentate dalla «a) *petición propia*, b) *por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en esta Ley*, c) *en caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo*, d) *por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones*». Merita segnalare che, a seguito della condanna per *revelación de secretos* a due anni di inabilitazione e una multa di 7.200 euro e un' *inindemnización* di 10.000 euro, il *Fiscal General* ÁLVARO GARCÍA ORTIZ ha presentato il 24 novembre 2025 le proprie dimissioni al Governo: <https://elpais.com/espana/2025-11-24/el-fiscal-general-presenta-su-renuncia-tras-la-condena-del-supremo.html>.

#### 4.2 *Le (timide) misure proposte per rafforzare l'indipendenza esterna del pubblico ministero*

Al fine di porre parziale rimedio a tali criticità, il progetto di riforma – pur non incidendo, nella versione approvata dall'Esecutivo, sulla procedura di designazione del vertice della Procura dello Stato – introduce innovazioni sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, viene modificata la durata dell'incarico del *Fiscal General*, portandola da quattro a cinque anni<sup>27</sup>, ed eliminata la causa di cessazione prevista dall'art. 31, comma 1, lett. e, EOMF, vale a dire l'ipotesi di decadenza connessa alla cessazione del Governo proponente<sup>28</sup>. L'obiettivo è quello di scollegare la permanenza in carica del Procuratore generale dal ciclo politico, evitando la sovrapposizione temporale tra la durata del suo mandato e quella del Consiglio dei Ministri che ne ha promosso la nomina, e riducendo così – quantomeno in parte – il rischio di condizionamento<sup>29</sup>.

Degna di menzione è, inoltre, l'eliminazione della facoltà di convocare il *Fiscal General* dinanzi al *Consejo de Ministros* affinché riferisca su questioni relative all'attività svolta dai *Fiscales*<sup>30</sup>. La soppressione di tale prerogativa mira a rimuovere una potenziale via di interferenza diretta, rafforzando così le garanzie di autonomia funzionale della Procura

Come si può notare, sembrano modifiche assai timide rispetto a una dipendenza che deriva principalmente dal potere di nomina e di revoca e da un assetto fortemente gerarchico.

#### 4.3 *L'istituzione del Juez de Garantías e la modifica dell'acusación popular*

Parallelamente, come accennato, il progetto istituisce la figura del *Juez de Garantías*, il quale, legittimato a intervenire «*en el procedimiento de investigación*», è chiamato a tutelare «*los derechos fundamentales de las partes, dictando las resoluciones y realizando las actuaciones que la ley le reserva expresamente*» (art. 524, comma 2)<sup>31</sup>. Più precisamente, il giudice delle garanzie, le cui funzioni sono attribuite alla *Sección de Investigación del Tribunal de Instancia*, deve esercitare un «*control judicial de la actividad investigadora*». Tra le sue competenze rientrano, ad esempio, la proroga del termine

<sup>27</sup> Auspicava da tempo una novella in tal senso, A. DEL MORAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>28</sup> *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 480 s.

<sup>29</sup> *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 65.

<sup>30</sup> Il nuovo art. 9, comma 2, così recita: «*el Fiscal General del Estado informará al Gobierno, cuando éste lo interese sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En ningún caso podrá informar al Gobierno de los concretos procedimientos de que conozca*».

<sup>31</sup> Ad avviso di J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, «*el modelo podría alejar a la investigación penal de un juez todopoderoso que hace y deshace prácticamente sin límites, investigando y limitando los derechos fundamentales de los investigados –la libertad y la intimidad, sobre todo– sin más frontera que su propio criterio, escasamente moderado por la propia ley*».

massimo per lo svolgimento delle indagini (art. 579), l'autorizzazione al compimento di atti investigativi limitativi di diritti fondamentali, l'adozione delle misure cautelari personali e la decisione sulle "impugnazioni" contro i decreti adottati dal pubblico ministero (art. 588). Evidenti sono, al riguardo, le contiguità con i compiti già attribuiti dalla *Ley Orgánica 9/2021* al giudice delle garanzie nei procedimenti di competenza di EPPO.

Merita, altresì, segnalare – per le sue ricadute sistematiche – la modifica concernente l'istituto dell'*acusación popular*.

Il nuovo modello processuale, costruito attorno alla centralità del pubblico ministero quale *dominus* delle indagini, è apparso al legislatore, sul piano teorico-sistemico, difficilmente conciliabile con la perdurante attribuzione a qualsiasi cittadino del potere di promuovere un'azione penale parallela e potenzialmente alternativa rispetto a quella esercitata dall'accusa pubblica<sup>32</sup>. In un sistema che intende concentrare nelle mani del *Ministerio Fiscal* la funzione investigativa e l'iniziativa requirente, la permanenza di un soggetto privato dotato di autonomi poteri di impulso avrebbe potuto determinare – secondo quanto evidenziato nella *Relazione illustrativa* – frizioni, sovrapposizioni e incoerenze dell'impianto procedimentale. In tale prospettiva sono state, dunque, introdotte limitazioni soggettive (art. 102) e oggettive (art. 103), oltre a un requisito di carattere formale, in forza del quale l'aspirante esercente l'"azione popolare" è onerato della dimostrazione di un collegamento qualificato con l'interesse pubblico protetto dalla fattispecie incriminatrice (art. 104).

Tale impostazione, nondimeno, non ha raccolto il favore del *Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia*, che in un recente rapporto ha evidenziato come siffatte restrizioni risultino difficilmente conciliabili con l'attuale assetto ordinamentale del *Ministerio Fiscal*. L'istituto, nato storicamente quale strumento di controllo civico sull'inerzia o sull'eventuale condizionamento politico dell'accusa pubblica, non potrebbe essere compreso in assenza di una piena garanzia di autonomia del pubblico ministero, che l'ordinamento – secondo il *Colegio* – non assicura, allo stato, pienamente. Poiché il progetto mantiene la dipendenza del *Fiscal General del Estado* dal Governo e, contestualmente, amplia i poteri del pubblico ministero nella direzione delle indagini, la riduzione dell'"azione popolare" rischierebbe di eliminare un fondamentale contrappeso<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> È questa, del resto, una delle critiche mosse in dottrina: T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 101.

<sup>33</sup> Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, *Análisis crítico del Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2025*, 31 ottobre 2025, p. 4-5.

#### 4.4. Mezzi di indagine tecnologici, giustizia riparativa e vittima

Ulteriori e davvero numerose sono le altre novità previste nello schema di riforma. Tra le molte, possono menzionarsi, specie per l'ampio dibattito suscitato nel contesto italiano, tre innovazioni.

La prima riguarda l'implementazione di mezzi di indagine tecnologici e fondati sull'intelligenza artificiale, tra cui spicca quello previsto all'art. 523, rubricato «*identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público*». La disposizione – volta a recepire a livello processuale quanto previsto nel regolamento 2024/1689/UE (AI Act)<sup>34</sup> – attribuisce al *Ministerio Fiscal* la facoltà di richiedere al *Juez de Garantías* l'autorizzazione all'impiego di sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi pubblici, a fini di localizzazione e identificazione di una persona indiziata di delitto. Al riguardo, può osservarsi come la previsione di un *placet* preventivo dell'organo giurisdizionale si giustifichi in ragione del carattere altamente intrusivo della misura, che il legislatore non a caso riconduce nel novero dei «*medios de investigación basados en datos protegidos*» (Libro III, Titolo VIII).

La seconda direttrice d'intervento attiene all'introduzione di una disciplina organica in materia di *justicia restaurativa* (artt. 170-175)<sup>35</sup>, che mira a positivizzare un modello compositivo generalizzato, accessibile in qualunque fase del procedimento penale, purché sussista il consenso delle parti coinvolte. Sotto vari profili, la normativa riproduce soluzioni oggi previste nel sistema italiano a seguito della riforma Cartabia, ma se ne discosta in punti qualificanti. È, ad esempio, la *Fiscalía* – e non il giudice – a poter disporre, anche d'ufficio, l'invio delle parti a un *procedimiento restaurativo*, salvo che si tratti di *delito privado* o che il processo si trovi già nella fase del *juicio oral*. In tali ipotesi, la competenza passa, rispettivamente, al *Juez de Garantías* o al *Tribunal de Enjuiciamiento*.

Un ulteriore ambito di intervento riguarda il rafforzamento delle prerogative processuali della vittima, cui sono riconosciuti diritti di informazione, partecipazione e protezione. A tal fine, il progetto introduce un autonomo capitolo dedicato alla «*víctima, el ofendido y los perjudicados*» (artt. 92 ss.), con l'obiettivo di consolidarne la posizione all'interno dell'architettura procedimentale.

## 5. Conclusioni

Il progetto di riforma spagnolo trova nella spinta europea, e in particolare nell'esperienza di EPPD, un fondamentale impulso. Esso rappresenta un intervento

---

<sup>34</sup> *Exposición de motivos, Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 95.

<sup>35</sup> Normativa in tema di giustizia riparativa che è stata da ultimo modificata nell'ordinamento spagnolo a seguito dell'approvazione della *Ley Orgánica* 2 gennaio 2025, n. 1, concernente *medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* (in particolare, v. *Disposición adicional novena. Justicia restaurativa*): cfr., *amplius*, D. BIANCHI, *Gemelli diversi. La recente riforma spagnola in tema di giustizia riparativa non colma le distanze con il sistema italiano*, in *Leg. pen. web*, 3 dicembre 2025.

fortemente innovativo, soprattutto sul piano culturale, in quanto implica un ripensamento radicale del ruolo degli attori processuali e della struttura delle indagini. L'affermare il canone di separazione funzionale tra chi svolge le investigazioni e l'organo chiamato a tutelare i diritti dei cittadini appare sicuramente meritorio.

Ciò, a ben vedere, risulta del tutto coerente con le recenti linee di tendenza del "diritto processuale penale europeo", nell'ambito del quale va sempre più emergendo la necessità di assicurare, nel corso della "fase preliminare", piena ed effettiva imparzialità all'autorità garante delle libertà fondamentali. La Corte di giustizia dell'UE lo ha ribadito a più riprese e in diversi ambiti<sup>36</sup>, anzitutto in tema di *data retention*. Come noto, a partire dalla sentenza *H.K.*, essa ha chiarito che «il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare [...] impone che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna»<sup>37</sup>; in particolare, in ambito penale, il requisito di indipendenza assume una dimensione funzionale<sup>38</sup> e impedisce quindi che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo possa essere il pubblico ministero «che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale»<sup>39</sup>. Questa impostazione mira a rafforzare il giudice quale unico organo in grado di garantire un «giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso»<sup>40</sup>.

Naturalmente, rispetto alla Spagna rimane centrale la questione dell'indipendenza di *status* del pubblico ministero. Benché, come si è ricordato, il *Proyecto de Ley* intervenga per rafforzare l'autonomia esterna del *Fiscal General del Estado*, permangono rilevanti incertezze legate soprattutto alla perdurante "natura governativa" della procedura di nomina. Tale criticità – come ben si intuisce – appare tanto più rilevante in un sistema nel quale al pubblico ministero verrebbe attribuito il ruolo di *dominus* della fase delle indagini. E si può pronosticare che proprio questo rappresenterà l'ostacolo maggiore (almeno sul piano teorico) rispetto alla prospettiva di riforma in senso accusatorio. Il che suona abbastanza singolare proprio dall'angolo visuale italiano, ove uno degli argomenti sbandierati in Italia a supporto della riforma costituzionale che prevede la separazione delle magistrature risiede proprio nella necessità di attuare uno *status* ordinamentale coerente con il modello accusatorio. Proprio l'esperienza spagnola dimostra in modo lampante – se ancora ve ne fosse bisogno – che non esiste un nesso consequenziale tra impianto processuale e

---

<sup>36</sup> Sul punto, si rimanda all'ampia analisi di E. GRISONICH, *Dinamiche evolutive verso un modello processuale penale europeo*, in AA.VV., *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 3 ss.

<sup>37</sup> Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K.*, C-746/18, par. 54.

<sup>38</sup> Così, Conclusioni dell'Avv. Generale rese nella causa Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K.*, cit., par. 106.

<sup>39</sup> Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K.*, cit., par. 55.

<sup>40</sup> Ancora, Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K.*, cit., par. 52.

ordinamento giudiziario: il tema è complesso e condizionato da dinamiche storiche stratificate. Per questo, ci si dovrebbe guardare da semplificazioni comparatistiche servite alla politica per impieghi strumentali.

In conclusione, la prospettiva di modifica spagnola appare incerta, pure se si considerano la debolezza della maggioranza nell'attuale congiuntura politica e le resistenze che tradizionalmente accompagnano ogni tentativo di superamento di un modello processuale risalente al 1882. Per tutte queste ragioni, le possibilità di giungere a una compiuta novella appaiono piuttosto ridotte<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Lo sottolinea anche J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*



## FEMMINICIDIO O OMICIDIO SE IL MARITO TENTA DI UCCIDERE LA MOGLIE DOPO AVER SCOPERTO CHE SI PROSTITUISCE? NOTE A MARGINE DEL CASO DI VENTIMIGLIA

*GIP Trib. Imperia, ord. 12 gennaio 2026, Giud. Botti*

di Gian Luigi Gatta

1. Un'ordinanza del G.i.p. di Imperia del 12 gennaio 2026, che ha avuto ampio risalto sui media nei giorni scorsi, è di particolare interesse perché risulta uno dei primi provvedimenti che si confrontano con l'applicazione della nuova disciplina del femminicidio (art. 577 *bis* c.p.), introdotta dalla l. 2 dicembre 2025, n. 181 (v., su questa *Rivista*, il [commento di F. Lazzeri](#)).

Il caso è questo: a Ventimiglia, il marito aggredisce all'interno dell'abitazione la moglie, con efferata violenza (colpendola con delle forbici prima e con un coltello da cucina poi). La moglie fugge verso il balcone dell'abitazione e, nel disperato tentativo di mettersi in salvo dalla furia omicida del marito, si getta dal primo piano aggrappandosi a un cavo d'acciaio che però si spezza. Rovina così al suolo e riporta lesioni alla colonna vertebrale, che ne rendono necessario il ricovero in ospedale. Il marito, arrestato, riferisce agli operatori della polizia giudiziaria "di avere aggredito la moglie poiché aveva scoperto che quest'ultima si prostituiva, fornendo le relative prove, verificate dalla P.G."

Il pubblico ministero contesta il delitto di tentato femminicidio ex artt. 56, 577 *bis* c.p., aggravato ai sensi del secondo comma dell'art. 577 *bis* c.p., in rapporto all'art. 577, co. 1, n. 1 per essere stato commesso il fatto contro il coniuge.

È il caso di precisare che, pur trattandosi di un reato punito con l'ergastolo, pena massima prevista nel nostro ordinamento, al femminicidio sono applicabili, ex art. 577 *bis*, co. 2 c.p., le aggravanti speciali dell'omicidio, di cui agli artt. 576 e 577 c.p., che comportano per quel diverso fatto, punito con la reclusione da 21 a 24 anni, la pena dell'ergastolo. L'operatività delle richiamate aggravanti, come vedremo, comporta in rapporto al delitto di femminicidio effetti sul giudizio di bilanciamento con attenuanti concorrenti, in deroga alla disciplina generale.

2. Ma torniamo al caso in esame. Con l'ordinanza, il G.i.p. convalida l'arresto e accoglie la richiesta del p.m. di applicare la misura della custodia cautelare in carcere, che, vista l'efferatezza della condotta e, tra l'altro, la dimostrata "incapacità di dominare gli impulsi aggressivi", viene motivata in ragione del pericolo di reiterazione del reato.

Per quanto più interessa, pacifica essendo la configurabilità di un tentativo di uccidere la moglie, l'ordinanza riqualifica il fatto da tentato femminicidio aggravato a

tentato omicidio aggravato, sempre ai sensi della medesima aggravante (fatto commesso contro il coniuge).

Ricordiamo al lettore che, ai sensi dell'art. 577 bis c.p., il femminicidio si configura, in luogo dell'omicidio, quando il fatto è commesso *“come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio [della vittima] 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”*.

3. Orbene, il pubblico ministero, nel caso di specie, ha contestato il tentativo di femminicidio riferendosi nel capo d'imputazione ad atti idonei e diretti in modo non equivoco a cagionare la morte della moglie *“determinati da esigenze di controllo o dominio della moglie in quanto donna e/o di limitazione delle sue libertà individuali”* (si noti, per inciso, come il riferimento a *“esigenze”* sembri improprio e non trovi un riscontro nella formulazione della fattispecie).

Giudicando allo stato degli atti (è bene ricordarlo), il G.i.p. ritiene, in primo luogo, che *“al momento, salvo i necessari approfondimenti istruttori, non risulta in alcun modo che la lite da cui è scaturita l'aggressione fosse determinata dall'odio discriminatorio nei confronti della moglie o da un'ossessiva volontà di controllo o dominio”*.

In secondo luogo, il G.i.p. afferma – nel passaggio più discutibile e di maggiore interesse del provvedimento – che *“appare dubbio che l'esercizio della prostituzione da parte della vittima costituisca espressione di una libertà individuale, tenuto conto che, in costanza del rapporto di matrimoniale, i coniugi sono tenuti ad obblighi di rispetto e fedeltà reciproci”*.

La riqualificazione del fatto, da tentato femminicidio a tentato omicidio, è dunque motivata in ragione dell'esclusione degli elementi specializzanti previsti dalla prima fattispecie e oggetto dell'imputazione. Il motivo di controllo o dominio della moglie, in quanto donna, viene escluso per l'assenza, agli atti, di elementi a sostegno dell'esistenza di un simile motivo.

Il fine di limitare le libertà individuali della donna viene invece escluso avanzando, pur in forma dubitativa, la tesi secondo cui al concetto di *“libertà individuale”* di cui all'art. 577 bis c.p. non sarebbe riconducibile l'esercizio della prostituzione. Non si tratterebbe, infatti, di una libertà del coniuge, perché sarebbe incompatibile con gli obblighi assunti col matrimonio nei confronti del marito e, in particolare, con quello di fedeltà *ex art. 143, co. 2 c.p.* Il G.i.p. – che accanto alla fedeltà richiama peraltro anche un atecnico, vago e scivoloso concetto di *“rispetto”* – sembra affermare, in sostanza, il principio secondo cui la libertà individuale della donna, rilevante rispetto al femminicidio, deve avere un fondamento giuridico, ritenuto insussistente qualora, attraverso la scelta e l'atto del matrimonio, la donna abbia assunto obblighi che limitano quella libertà. Detto in altri termini, in costanza di matrimonio la donna non sarebbe *“libera”* di prostituirsi e, di conseguenza, la sua uccisione, anche tentata, motivata in ragione dell'esercizio della prostituzione, non integrerebbe il femminicidio (almeno *sub specie* di fatto commesso per liberare una libertà individuale), ma l'ipotesi generale di omicidio.

\*\*\*

4. Il principio da ultimo affermato ha subito attirato prevedibili critiche. Caterina Soffici, [su La Stampa](#), ha parlato ad esempio di un “ritorno alla logica del delitto d’onore”. E' vero che si tratta di un provvedimento che ha convalidato l’arresto e disposto la custodia in carcere, cioè la più restrittiva tra le misure cautelari. Ma il principio affermato nell’ordinanza può portare a un’eccessiva e irragionevole limitazione dell’ambito di applicazione dell’incriminazione, evidentemente contro la *ratio* e la volontà dell’intervento normativo.

L’ordinanza fa infatti leva su una interpretazione restrittiva e formalistica del concetto di libertà individuale che sembra tradire la *ratio* dell’incriminazione. Si valorizza l’obbligo civilistico di fedeltà al coniuge per escludere una libertà individuale il cui esercizio può violare un obbligo matrimoniale, con i conseguenti effetti sul piano civile e del diritto di famiglia, ma – questo il punto – non può a nostro avviso ragionevolmente escludere la sfera della maggiore tutela penale oggi accordata alle donne all’art. 577 *bis* c.p. D’altra parte, un’inaccettabile conseguenza logica del principio di diritto affermato nell’ordinanza dovrebbe essere che l’infedeltà della donna, anche al di fuori della prostituzione, escluderebbe l’applicazione del femminicidio commesso come atto di limitazione del comportamento infedele. È evidente come si tratti di un esito irragionevole (oltre che sideralmente distante dall’intenzione del legislatore), così come è evidente quanto, alla prova della prassi, la norma sul femminicidio, che non brilla certo per precisione, possa comportare difficoltà applicative, specie in difetto di una prassi consolidata e di orientamenti giurisprudenziali. A ben vedere l’ordinanza in esame, pronunciata a meno di un mese dall’entrata in vigore della legge sul femminicidio, offre lo spunto alla giurisprudenza, e alla comunità degli studiosi, compreso chi scrive e i lettori di questa *Rivista*, per alcune prime riflessioni attorno a non facili problemi ermeneutici posti dal nuovo reato.

5. Tornando al caso di Ventimiglia, il pubblico ministero, che lamenta la riqualificazione giuridica del fatto, [ha annunciato un ricorso al tribunale del riesame](#) (il che prospetta il tema, pure rilevante, dell’ammissibilità ex art. 310 c.p.p. del ricorso avverso l’ordinanza del gip che, pur accogliendo le richieste del pm, quanto a convalida e misura cautelare, qualifichi diversamente il fatto: uno specifico interesse che in via di principio deve essere individuato e motivato: cfr. Cass. Sez.II, 9.9.2020, n. 29224, Rv 279814-01). La vicenda processuale, ora solo all’inizio, potrà nei successivi sviluppi naturalmente fornire all’autorità giudiziaria elementi di valutazione ulteriori, grazie a un compendio probatorio del quale il G.i.p. non disponeva e non poteva disporre, per la fase in cui si è pronunciato.

Il caso oggetto dell’ordinanza, peraltro, presenta un altro profilo di interesse. Sollecita infatti un interrogativo non secondario: quali le conseguenze della diversa qualificazione giuridica del fatto, da tentato femminicidio a tentato omicidio, pur sempre aggravato?

Nel primo caso (femminicidio), trattandosi del tentativo di un reato punito (quando consumato) con l'ergastolo (pena base, sulla quale non può influire, in termini di aumento di pena, l'aggravante contestata), ex art. 56, co. 2 c.p. la pena è della reclusione da 12 a 24 anni. Nel secondo caso (omicidio aggravato), trattandosi pur sempre del tentativo di un reato punito (quando consumato) con l'ergastolo, la pena è la stessa, cioè la reclusione da 12 a 24 anni.

6. E allora, tanto rumore per nulla? No, perché sarebbe errato concludere nel senso dell'irrelevanza della diversa qualificazione giuridica del fatto, in un caso come quello di specie. La disciplina del femminicidio del coniuge è infatti diversa da quella dell'omicidio del coniuge per alcuni profili, tra i quali spicca il regime delle eventuali circostanze attenuanti che dovessero essere riconosciute (e che potrebbero peraltro far venir meno, in caso di reato consumato, la preclusione all'accesso al rito abbreviato in caso di omicidio, ma non anche in ipotesi di femminicidio, in quanto reato punito con l'ergastolo: cfr. art. 438, co. 1 *bis* c.p.p).

Prima di fare una rapida (quasi temeraria per chi non vi è avvezzo) incursione nella complessa disciplina speciale del calcolo della pena in presenza di circostanze concorrenti, va premesso in termini generali che "con riguardo al calcolo della pena nel delitto tentato, la giurisprudenza richiede la preliminare individuazione della cornice edittale applicabile alla (ipotetica) fattispecie consumata, tenendo conto delle circostanze ritenute nella fattispecie concreta (Sez. 4, n. 1611 del 21.6.1996, Raza, Rv. 205678; Sez. 1, n. 41491 del 21.10.2005, Picone, Rv. 232412), dovendosi aver riguardo, in termini concettuali, alla pena per il 'delitto circostanziato tentato' e non ad un ipotetico 'delitto tentato circostanziato' (cfr. Cass. Sez. I, 25.2.2021, n. 7557, Bianchi, Rv. 580500). In altri termini, prima occorre valutare la cornice edittale del corrispondente reato consumato, al netto delle eventuali circostanze (e delle relative regole, generali o speciali, sul calcolo della pena), e solo dopo si effettua la diminuzione di pena per il tentativo (sottratta al giudizio di bilanciamento perché il delitto tentato è una figura autonoma di reato e non una circostanza attenuante). Prima di effettuare tale ultimo passaggio, peraltro, occorre tenere presente, per quanto qui più interessa, la disciplina speciale sull'incidenza delle circostanze previste per le due diverse fattispecie. È infatti attraverso questa disciplina che il legislatore, in sostanza, ha introdotto una disciplina più rigorosa per il femminicidio, rispetto all'omicidio. Sicché, anche in caso di tentativo, come mostreremo, l'incidenza delle circostanze comporta un trattamento più severo per il femminicidio.

6.1. In relazione all'omicidio, l'art. 577, ult. co. c.p. prevede un divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante del fatto commesso contro il coniuge, che conosce però significative eccezioni in rapporto a diverse attenuanti (quelle di cui agli artt. 62, n. 1, 89, 98 e 114, nonché, per effetto di un'importante sentenza della Corte costituzionale - Corte cost. n. 197/2023 - le attenuanti generiche e l'attenuante di cui all'art. 62, co. 1 n. 2). È quindi possibile che, all'esito del giudizio di bilanciamento, con prevalenza di una delle predette attenuanti (es., le generiche), la pena per il l'omicidio consumato del coniuge non sia più quella dell'ergastolo, bensì la reclusione

da 21 a 24 anni e che, di conseguenza la pena per il delitto circostanziato tentato sia la reclusione da 4 anni e 8 mesi a 15 anni, 11 mesi e 29 giorni.

6.2. In relazione al femminicidio, ex art. 577 *bis*, co. 3 e co. 4 c.p., in presenza di un'attenuante (es., le generiche), prevalente sulla ritenuta aggravante, la pena per il delitto consumato non può essere inferiore a 24 anni; non può invece essere inferiore a 15 anni se le attenuanti prevalenti sono più d'una.

Quanto alla *prima ipotesi*, il discorso si fa ancor più complesso perché la pena non inferiore a 24 anni, in caso di una sola attenuante prevalente (art. 577 *bis*, co. 3 c.p.), è una pena fissa di più che dubbia legittimità costituzionale, dovendo il limite massimo edittale essere individuato per regola generale (art. 24 c.p.) in 24 anni, cioè nello stesso limite minimo. Con una non implausibile lettura costituzionalmente orientata, ci sembra allora – se non vediamo male – che la riduzione della pena per il femminicidio circostanziato tentato andrebbe operata nella misura di un terzo sul massimo (24 anni) e di due terzi sul minimo (pure 24 anni). Dunque, la pena sarebbe la reclusione da 8 a 16 anni: una pena ben più grave – questo è il punto – rispetto a quella della corrispondente ipotesi di omicidio circostanziato tentato.

Quanto alla *seconda ipotesi*, se le attenuanti prevalenti fossero più d'una, cioè nell'ipotesi dell'art. 577 *bis*, co. 4 c.p., la pena per il femminicidio circostanziato tentato sarebbe la reclusione da 5 anni a 15 anni, 11 mesi e 29 giorni. In caso di omicidio circostanziato tentato, invece, in presenza di più attenuanti prevalenti (tra quelle escluse dalla regola di cui all'art. 577, ult. co. c.p.) la pena sarebbe invece la reclusione da 3 anni, 1 mese e 10 giorni a 15 anni, 11 mesi e 28 giorni. In questo caso, la pena per il femminicidio tentato sarebbe ancora una volta più elevata nel minimo edittale; sarebbe invece sostanzialmente la stessa in rapporto al massimo edittale.

7. La qualificazione del fatto in termini di femminicidio o di omicidio, come si è cercato di mostrare, ha dunque una concreta rilevanza. È un'operazione che può risultare difficile, soprattutto quando, nelle fasi iniziali del procedimento, pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari non dispongono ancora di elementi di valutazione sufficienti. Il che suggerisce, già in sede di contestazione, anche a beneficio dell'esercizio del diritto di difesa, di dare un rilievo specifico agli elementi specializzanti dell'art. 577 *bis* c.p., descrivendoli quando possibile in modo completo e preciso e non limitandosi a richiamarli, in alternativa tra di loro. Basti pensare, quanto ai concetti di possesso e dominio dell'uomo sulla donna, all'opportunità di valorizzare, già in sede di imputazione, la dimensione relazionale intersoggettiva, anche facendo riferimento a pregressi episodi di violenza. L'opportunità di una condivisione di prassi, in questa fase di prima applicazione, sembra evidente, come anche quella di investire il più possibile sulla formazione di magistrati e avvocati.



## LA CAMERA PRELIMINARE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE HA DEFERITO L'ITALIA ALL'ASSEMBLEA DEGLI STATI PARTE PER LA MANCATA COOPERAZIONE NEL CASO ALMASRI

di Chantal Meloni

1. Il 26 gennaio 2026, la Camera preliminare I della Corte penale internazionale (CPI) ha deferito l'Italia all'Assemblea degli Stati parte (ASP) per la mancata cooperazione nel caso di Osama Almasri Njeem. Va ricordato che il 19 gennaio 2025, l'Italia ha arrestato Almasri a Torino in base a un mandato della CPI per crimini di guerra e crimini contro l'umanità in Libia. Tuttavia, due giorni dopo, è stato rilasciato e riportato a Tripoli su un aereo di Stato italiano senza che la CPI ne fosse informata. [I capi di imputazione nei confronti di Almasri](#) includono crimini di guerra e contro l'umanità quali omicidio, tortura e violenza sessuale commessi mentre gestiva la prigionia di Mitiga a Tripoli. Il deferimento fa seguito alla [decisione emessa il 17 ottobre 2025](#), ai sensi dell'articolo 87, par. 7, ove la Camera preliminare ha ritenuto l'Italia in violazione dei suoi obblighi internazionali di cooperazione ai sensi dello Statuto di Roma, per avere mancato di consegnare il ricercato alla Corte, anche alla luce della mancata consultazione della Corte nel corso delle concitate fasi che hanno portato alla scarcerazione del ricercato e al suo riaccompagnamento in Libia. La Camera ha in quella sede respinto le giustificazioni dell'Italia, che includevano una (presunta) richiesta di estradizione concorrente da parte della Libia e preoccupazioni per la sicurezza nazionale. Sebbene la constatazione di inadempienza sia stata emessa – all'unanimità – già a ottobre dello scorso anno, la Camera - a maggioranza, con l'opinione dissenziente della giudice Flores Liera – ha inizialmente rinviato il deferimento formale all'ASP per consentire all'Italia di fornire ulteriori informazioni sui procedimenti interni.

2. La [decisione dei giudici del 26 gennaio 2026](#) segna quindi l'atto conclusivo di tale procedimento davanti alla Camera preliminare e la trasmissione formale di questa constatazione di inadempienza all'ASP per ulteriori azioni. Tale decisione è stata assunta a maggioranza, con l'opinione dissenziente della giudice Motoc, e quella concorrente della giudice Flores Liera (che in linea con la sua precedente opinione dissenziente si è limitata a ribadire di essere in disaccordo con il ritardo con cui questa decisione di deferimento è stata assunta). La Camera non ha quindi ritenuto di deferire l'Italia al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che sarebbe stato l'altro organo deputato, ai sensi dell'art. 87, par. 7, a prendere delle misure in caso di inadempimento di uno Stato parte ai propri obblighi di cooperazione, limitandosi a investire la Assemblea degli Stati parte di questa vicenda. La prossima occasione per porre la violazione dell'Italia sull'agenda dell'ASP sarà dunque a dicembre 2026, trattandosi di una ricorrenza annuale.

3. La presente decisione di deferimento dell'Italia all'ASP va considerata uno sviluppo significativo nell'ambito dell'attuale attività della CPI. Come è noto, con la ratifica del suo trattato istitutivo (lo Statuto di Roma del 1998), avvenuta in Italia già nel 1999, gli Stati assumono un obbligo generale di cooperazione con la Corte, che si sostanzia in una serie di obblighi di cui al capo IX dello Statuto (artt. 86-102). Tra questi, un ruolo importante ricoprono ovviamente gli obblighi di cooperazione relativi alle richieste di consegna, ai sensi degli artt. 89-90, di arresto e consegna, ai sensi dell'art. 91, e di arresto provvisorio in casi di urgenza, ai sensi dell'art. 92 dello Statuto. Il procedimento di cui all'art. 87 par. 7 dello Statuto è previsto qualora si configuri una apparente violazione di tali obblighi di cooperazione e può essere avviato dai giudici competenti per quella fase del procedimento. Senza dubbio, il tema della mancata cooperazione degli Stati è uno dei più scottanti in un momento storico in cui la giustizia penale internazionale è sotto attacco e l'indipendenza e lo stesso futuro della Corte penale internazionale sono minacciate dalle violente prese di posizioni di alcuni Stati che, pur non facendo parte della CPI, sono determinati a bloccarne l'operato. A fronte delle enormi pressioni cui la Corte è sottoposta, diviene quindi sempre più importante che gli Stati parte assicurino il loro supporto fattivo (e non solo a parole) e cooperino pienamente e in buona fede, in modo da rafforzare questa istituzione e rendere possibile l'esecuzione del mandato conferitole in sede di adozione dello Statuto nel 1998. Tra i casi recenti di mancata cooperazione, si possono ricordare quello della Mongolia, dichiarata inadempiente per il mancato arresto e consegna del Presidente russo Vladimir Putin, sul quale pende un mandato di arresto della CPI per crimini di guerra emesso a marzo 2023, e quello dell'Ungheria, che è stata ugualmente ritenuta inadempiente per essersi rifiutata di eseguire il mandato di arresto emesso a novembre 2024 nei confronti del Primo ministro israeliano Benjamin Netanyahu, per crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

4. Non a caso, nel corso dell'ultima Assemblea degli Stati parte, (che riunisce 125 Stati al momento, sebbene un paio abbiano di recente notificato la loro intenzione di lasciare la CPI), a dicembre 2025, è stata per la prima volta inserita una plenaria dedicata alla non-cooperazione degli Stati. In tale sede, molti delegati hanno fatto notare che, nel valutare la mancata cooperazione di uno Stato con la CPI, occorre prendere in considerazione anche l'apparato normativo dello Stato inadempiente, nel senso che il paese in questione (l'Italia), si sia dotato di una normativa adeguata, a livello sia processuale che sostanziale, per cooperare pienamente con la Corte. Da questo punto di vista, occorre notare che l'Italia è tuttora priva della normativa sostanziale in materia di crimini internazionali – essendo stato abortito nel 2023 (in sede di Consiglio dei ministri) il progetto di [Codice dei crimini internazionali](#) che era stato completato nel 2022 da una Commissione di esperti nominata dall'allora Ministra Cartabia. La perdurante lacuna dell'Italia deprime in senso negativo anche nel valutare la "buona fede" del governo nella vicenda della mancata cooperazione con la Cpi nel caso specifico. Quanto alla normativa processuale, l'Italia si è dotata – sebbene con ritardo – di una legge "di cooperazione" con la Cpi (legge 20 dicembre 2012, n. 237); tale normativa, tuttavia, appare inadeguata.

Ciò è evidenziato nel caso di specie dalla stessa Corte d'Appello di Roma, Sez. IV Pen. – lo stesso collegio che ha deciso sulla scarcerazione di Almasri – che ha di recente sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, 4, 11 e 13 della legge 237/2012 «nella parte in cui non prevedono che il Procuratore generale debba formulare le sue richieste e la Corte di appello di Roma debba deliberare sulle stesse anche a seguito di diretta trasmissione delle medesime richieste di cooperazione della Corte penale internazionale ai sensi dell'art. 87(1)(b) dello Statuto di Roma, dandone notizia al Ministro della giustizia». In base all'interpretazione posta alla base della *Ordinanza in materia di consegna ex lege 237/2012 Corte penale internazionale* della Corte d'Appello di Roma del 21 gennaio 2025, che ha portato alla scarcerazione di Almasri, ogni richiesta di cooperazione giudiziaria della Cpi richiederebbe il passaggio attraverso il Ministro della giustizia quale presupposto per l'intervento della magistratura. In tal modo, la normativa di attuazione conferirebbe al potere esecutivo un controllo discrezionale su decisioni tipicamente giurisdizionali – e questo anche in quei casi in cui le richieste della CPI pervengano direttamente alle autorità giudiziarie tramite Interpol (come previsto dall'art. 87, par. 1, lett. b) dello Statuto di Roma). È la stessa Corte d'Appello a rendersi conto della problematicità di una tale interpretazione, ritenendo che esista una contraddizione nel disposto della legge italiana rispetto all'obbligo di cooperazione con la CPI, in quei casi in cui vi sia – come nel caso Almasri – una omissione da parte del Ministro della Giustizia, tale da impedire al Procuratore generale di presentare le sue richieste. Ciò determinerebbe uno stallo nella procedura traducendosi in una sorta di veto da parte dell'esecutivo su richieste provenienti dalla CPI, (*riguardanti reati di eccezionale gravità, quali crimini di guerra e contro l'umanità – come nel caso in esame – relativi a migliaia di vittime*”).

5. Come già approfonditamente sostenuto da diversi esperti, peraltro, una interpretazione alternativa della legge in questione era non solo possibile ma anche dovuta, ed avrebbe assicurato la possibilità di convalidare l'arresto e la consegna del ricercato alle autorità giudiziarie dell'Aia (si veda tra i tanti il precedente commento con Michele Caianiello, [Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia](#), in *questa Rivista*, fasc. 1/2025, pp. 179-185). È quindi anche in connessione con il caso Almasri che deve essere letto criticamente il ritardo dell'intervento legislativo per adeguare la normativa interna al diritto penale internazionale. Si può sommessamente notare in proposito che non è necessario attendere l'esito del giudizio pendente davanti alla Corte costituzionale per avviare tale riforma rispetto a una legge che oltre che monca, perché priva della sua componente sostanziale, è di difficile interpretazione (come reso evidente dall'esito infausto nel caso Almasri, come deciso dalla Corte d'appello di Roma).



## VIOLENZA SESSUALE: IL MODELLO DEL DISSENSO “ALLA TEDESCA” NELL'EMENDAMENTO DELLA SEN. BONGIORNO AL DISEGNO DI LEGGE ALL'ESAME DEL SENATO

di Gian Luigi Gatta

1. Segnaliamo ai lettori una rilevante novità relativa all'*iter* parlamentare del disegno di legge in tema di violenza sessuale (A.S. 1715 e collegati). Nella seduta del 22 gennaio 2026, la Presidente della Commissione Giustizia del Senato, Giulia Bongiorno, ha presentato in qualità di relattrice un emendamento che riformula l'art. 609 bis c.p. rispetto alla versione approvata dalla Camera.

Per il resoconto della seduta della Commissione Giustizia, [clicca qui](#).

L'emendamento della Pres. Bongiorno, non ancora sottoposto a votazione, riformula così la disposizione sulla violenza sessuale.

*«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».*

2. Rispetto al testo del disegno di legge A.S. 1715, approvato alla Camera all'unanimità il 19 novembre 2025, l'emendamento Bongiorno:

a) abbandona il modello del consenso (“assenza di consenso” libero e attuale) in favore del modello del dissenso (“contro la volontà”, espressione che ricorre anche nella violazione di domicilio ex art. 614 c.p.). Il modello del dissenso è adottato ad es. nel [codice penale tedesco \(§ 177\)](#);

b) precisa il concetto di “volontà contraria” stabilendo che essa ricorre anche quando il fatto è commesso a sorpresa (come nel caso delle condotte repentine – es., palpeggiamenti) ovvero, approfittando dell'impossibilità della persona offesa di esprimere il dissenso (ad es., perché ubriaca o sotto l'effetto di stupefacenti). Tale

precisazione riprende il modello del [§ 177 del codice penale tedesco](#), pure improntato al modello del dissenso. Da notare che non si fa riferimento a un dissenso che può essere manifestato in ogni momento (anche dopo un iniziale consenso), come già riconosce peraltro la giurisprudenza;

c) precisa – in linea con quanto prevede l’art. 36 della Convenzione di Istanbul per l’accertamento dell’assenza del consenso – che la volontà contraria deve essere valutata “tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso”;

d) prevede non più la stessa pena per condotte dal differente disvalore (in particolare, quelle propriamente violente – per l’uso di forza fisica o minaccia – e quelle non violente), ma - in linea con il principio costituzionale di proporzionalità della pena - modula la pena diversamente per i fatti commessi contro la volontà (reclusione da 4 a 10 anni), da un lato, e, dall’altro lato, per i fatti più gravi perché commessi con violenza o minaccia o abuso di autorità o approfittamento di condizioni di inferiorità psicofisica (reclusione da 6 a 12 anni, cioè la stessa pena comminata oggi dall’art. 609 bis c.p.). Da notare che, rispetto alla vigente cornice edittale, (una volta tanto) non viene aumentato il massimo ma diminuito il minimo per i fatti privi di particolari modalità della condotta (con effetti di retroattività della *lex mitior*, che sarebbe limitata *ex art. 2, co. 4 c.p.* ai procedimenti in corso e non anche a quelli definiti con sentenza irrevocabile)

e) abbandona il (non privo di problemi) riferimento all’abuso di non meglio precisate condizioni di “particolare vulnerabilità” della persona offesa (diverse da quelle di vera e propria inferiorità psico-fisica);

f) modifica l’attenuante dei casi di minore gravità facendola dipendere dalle modalità della condotta dalle circostanze del caso concreto nonché dal danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa (che sembra invero assai difficile da dimostrare);

g) non fa più riferimento ai fatti commessi traendo in inganno la persona offesa attraverso la sostituzione di persona (con effetto di *abolitio criminis in rapporto a un’ipotesi non frequente ma non assente nella prassi: es., chi si finga medico o millanti di essere un agente nel settore del cinema, della moda o della musica, in grado di avviare la persona offesa a una promettente carriera*).

3. L'emendamento, pur non privo di alcuni segnalati profili problematici, recepisce diverse indicazioni emerse nell'ambito delle audizioni parlamentari e del dibattito scientifico, migliorando sotto diversi aspetti il testo. La scelta politico-criminale di optare per il modello del dissenso alla tedesca (tenendo conto, cioè, anche dei casi di impossibilità di esprimere il dissenso) è in linea con indicazioni emerse in dottrina, anche sulle pagine di questa Rivista, ma è certo diversa da quella accolta unanimemente alla Camera a novembre. La proposta della Relatrice del disegno di legge, al Senato, ha così dato adito a polemiche e critiche da parte dell'opposizione, cui si deve peraltro l'originaria iniziativa di presentare il disegno di legge. Ciò detto, i profili di critica politica - concentrati sul mancato rispetto degli accordi presi dai partiti prima del voto alla Camera e sull'iter del disegno di legge, nonché quelli relativi alle scelte politico-criminali e ideologiche di fondo - devono essere tenuti distinti da quelli di natura tecnico-giuridica e di compatibilità con i principi del sistema.

## IL CASO *DIACO E LENCHI C. ITALIA*: UN'IMPORTANTE SPINTA VERSO LA RISOLUZIONE DI UN DIFETTO STRUTTURALE DEL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 11 dicembre 2025, Diaco e Lenchi c. Italia.*

di Elisa Grisonich

1. L'11 dicembre 2025 è stata adottata dalla Corte di Strasburgo una sentenza che scuote la giustizia italiana e che tocca un punto nevralgico per misurare il grado di effettività della difesa tecnica in un ordinamento, vale a dire la gratuità della stessa in favore di chi non può permettersi le relative spese. Il riferimento va alla pronuncia *Diaco e Lenchi c. Italia*, nella quale i Giudici europei hanno condannato l'Italia per la violazione dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU (diritto di proprietà) con riferimento al ritardo nei pagamenti ai difensori operanti in regime di patrocinio a spese dello Stato in procedimenti penali e civili. Si tratta di una decisione di grande rilevanza se osservata da due angoli prospettici. Il primo è europeo: a quanto consta, è la prima volta che la Corte EDU valorizza l'art. 1 del protocollo n. 1 alla Convenzione per riscontrare una sua lesione sul fronte della tempestività dei pagamenti dei patrocinatori nella cornice del *legal aid*. Il secondo è interno: quel che preme mettere in luce sin da subito è che la decisione della Corte di Strasburgo assume i toni di una condanna non limitata al caso concreto, ma protesa a porre in luce un difetto strutturale del nostro ordinamento che costituisce «uno dei problemi che affligge la giustizia italiana»<sup>1</sup>.

«*Rossi di vergogna, anzi paonazzi*»: era questo l'evocativo titolo di un acceso contributo<sup>2</sup> con cui veniva accolta la celebre decisione *Artico c. Italia* nel 1980, condanna della Corte EDU collocata nell'orbita del precedente istituto del gratuito patrocinio<sup>3</sup>. A distanza di quarantacinque anni, quelle parole non sembrano aver perso di attualità e ben si prestano a descrivere l'atteggiamento con cui ci si appresta a commentare la nuova sentenza *Diaco e Lenchi c. Italia*. Certo, la cornice di questa recente pronuncia è assai diversa da quella che faceva da sfondo al caso *Artico c. Italia*; il *legal aid* ha invero pienamente assunto i contorni di un diritto sociale, richiedente un intervento pubblico da parte dello Stato nella remunerazione dei difensori grazie all'avvento del patrocinio a spese dello Stato<sup>4</sup>. Meccanismo, quest'ultimo, che ha superato il precedente archetipo

<sup>1</sup> Così, G.L. GATTA, *Patrocinio a spese dello Stato: Italia condannata a Strasburgo, per la prima volta, per il ritardo strutturale nel pagamento agli avvocati delle somme dovute dallo Stato*, in questa Rivista, 12 dicembre 2025.

<sup>2</sup> Ci si riferisce ad A. PIZZORUSSO, *Rossi di vergogna, anzi paonazzi*, in *Foro it.*, 1980, p.te IV, c. 150.

<sup>3</sup> Cfr. Corte EDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*.

<sup>4</sup> Sul patrocinio a spese dello Stato, v., tra i molti, G. BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Nuovi scenari*, Torino, 2017, pp. 52 ss.; G. BELLUCCI, *Il patrocinio a spese dello Stato. Presupposti, casi, liquidazione del compenso e atti successivi*, Torino, 2019, *passim*; S. BOLOGNA, *Guida al patrocinio a spese dello Stato. Nel processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario*, Santarcangelo di Romagna, 2018, *passim*; D. BOTTILLO, *Il*

caritativo che connotava il gratuito patrocinio<sup>5</sup>. Eppure, nonostante le modifiche normative intervenute, la recente condanna dell'Italia attesta che il dilemma dei compensi dei legali di fatto persiste pure nella rinnovata cornice del patrocinio a spese dello Stato, con inevitabili riverberi negativi sull'effettività della difesa.

2. La sentenza in esame è in particolare intervenuta a valle di ricorsi presentati da due avvocati che avevano svolto la propria opera defensionale in diversi procedimenti penali e in uno civile nei confronti di soggetti ammessi al patrocinio statale. Entrambi i legali avevano ottenuto i decreti di pagamento conformemente all'art. 82 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (T.U. spese di giustizia); il problema è che l'effettiva corresponsione dei compensi era intervenuta molto tempo dopo, in un arco temporale che era andato, per quanto attiene ai procedimenti penali, da un minimo di un anno e un mese fino a un massimo di tre anni e sette mesi. Rispetto all'unico procedimento civile in questione, il ritardo era stato perfino di quattro anni e due mesi, anche in forza della perdita del fascicolo. Su queste basi, i due legali avevano adito la Corte EDU, lamentando la lesione dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU, nonché degli artt. 6, par. 1 e 13 della Convenzione a causa del ritardo del loro pagamento per l'attività svolta. Dal canto suo, la Corte di Strasburgo ha considerato violato solo l'art. 1 prot. n. 1 CEDU, mentre ha ritenuto assorbite le altre doglianze sull'asserita violazione delle due ulteriori disposizioni convenzionali.

Diversi sono i passaggi significativi dell'arresto che meritano di essere ripercorsi.

In primo luogo, i Giudici europei non hanno avuto remore nel considerare il credito vantato dai due avvocati un "*intérêt patrimonial*" avente fondamento nel diritto interno e, di conseguenza, suscettibile di rientrare nella nozione convenzionale di "bene" ai sensi dell'art. 1 prot. n. 1 alla Convenzione.

Nel merito, la Corte EDU ha ribadito questo passaggio e ha osservato che la mancata esecuzione di una decisione che riconosce un diritto di proprietà rappresenta un'ingerenza nei propri beni in base alla garanzia convenzionale<sup>6</sup>. Si è trattato pertanto

---

*patrocinio a spese dello Stato nel processo penale e la difesa d'ufficio*, Napoli, 2021, *passim*; V. BONINI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di D. Negri – P. Renon, Torino, 2017, pp. 405 ss.; V. COMI, voce *Patrocinio a spese dello Stato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino, 2010, pp. 620 ss.; C. DI RUZZA, voce *Patrocinio d'ufficio e per i non abbienti*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, pp. 578 ss.; L. DIPAOLO, *La fragilità economica*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di G. Spangher – A. Marandola, Torino, 2021, pp. 522 ss.; EAD., *Difesa d'ufficio e patrocinio dei non abbienti nel processo penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2016, *passim*; L. LUPÁRIA, *Il nuovo procedimento di ammissione al patrocinio per i non abbienti nel processo penale*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 836 ss.; M. MARCONI, *Patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio nel giusto processo. Aspetti teorico-pratici*, Milano, 2003, *passim*; G. PAVICH, *Il gratuito patrocinio*, Milano, 2012, *passim*; G. REYNAUD, *La difesa delle persone non abbienti*, in AA.VV., *Soggetti deboli e giustizia penale. Per ricordare Dina*, Torino, 2003, pp. 49 ss.; M. ROMANO, *Il gratuito patrocinio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, pp. 181 ss.; P. SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, *passim*; nonché, volendo, E. GRISONICH, *Legal aid e procedimento penale. Evoluzioni, paradigmi e prospettive tra Europa e Italia*, Milano, 2025, *passim* e, in particolare, pp. 359 ss.

<sup>5</sup> Sull'istituto del gratuito patrocinio di cui al r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282, cfr., tra i molti, P. BRANDI, voce *Gratuito patrocinio*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 732 ss.; N. DANIELE, voce *Patrocinio gratuito (diritto processuale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 688 ss.; D. MARAFIOTI, *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti*, Milano, 1960, *passim*; R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990, pp. 67 ss.; P. SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti*, cit., pp. 111 ss.; A. VALENTINI, voce *Patrocinio gratuito*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1939, pp. 577 ss.; T. VENTURA, *Appunti sul gratuito patrocinio*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1961, pp. 134 ss.

<sup>6</sup> La decisione in commento cita in particolare Corte EDU, Sez. III, 9 dicembre 2008, *Viașu c. Romania*, § 60; nonché Corte EDU, Sez. IV, 13 novembre 2007, *Ramadhi e altri c. Albania*, § 77.

di comprendere se il ritardo nel pagamento dei compensi in favore dei legali abbia determinato un onere sproporzionato ed eccessivo, alla luce dell'esigenza di ravvisare un punto di equilibrio tra le istanze di interesse pubblico e le necessità di tutela del pacifico godimento dei beni.

Premessa fondamentale di questo ragionamento è stata l'individuazione del momento da cui decorre il periodo da prendere in considerazione ai fini della valutazione della tempestività dell'effettiva corresponsione delle somme dovute. Contrariamente alla tesi del Governo, secondo la quale il *dies a quo* sarebbe dovuto coincidere con il giorno di invio della fattura da parte degli avvocati, i Giudici europei hanno sostenuto che l'arco temporale di riferimento inizia dalla data del deposito del decreto di pagamento. Una soluzione che si giustifica alla luce della circostanza che è a partire da quel momento che l'autorità giudiziaria riconosce l'esistenza di un credito in favore del legale.

Su queste basi è stato sviluppato il ragionamento successivo incentrato sulla ragionevolezza del periodo entro cui interviene il pagamento. In proposito, sono stati ripresi criteri già sviluppati nella giurisprudenza EDU: il ritardo deve essere considerato alla luce della complessità della procedura, del comportamento delle autorità competenti e del titolare del diritto, nonché della posta in gioco per quest'ultimo, tenuto conto dell'importo e della natura della somma stabilita dal giudice<sup>7</sup>.

In linea di principio, la Corte di Strasburgo ha osservato che un ritardo superiore a un anno è irragionevole<sup>8</sup>; nondimeno, siffatta presunzione può essere superata sulla scorta di situazioni peculiari e alla luce dei parametri poc'anzi tratteggiati. Una volta calate tali considerazioni rispetto al caso concreto, si è coerentemente affermato che un'esecuzione del pagamento oscillante tra un anno e un mese e quattro anni e due mesi è da considerare a primo acchito irragionevole. In questa cornice, la pronuncia ha sondato i diversi criteri da impiegare nel compiere tale accertamento: ed è da siffatti passaggi dell'arresto che si evincono considerazioni di una certa rilevanza, le quali vanno al di là del caso di specie.

Anzitutto, in relazione alla complessità della procedura, le attività che devono essere compiute dalle autorità italiane competenti non sono state considerate particolarmente complesse, posto che si estrinsecano nella comunicazione del decreto di pagamento alle parti, nell'autorizzazione all'invio della fattura a opera degli avvocati e nella corresponsione delle somme. Rispetto invece al comportamento dei ricorrenti, è stata presa in esame la contestazione del Governo in base a cui i difensori non avrebbero dimostrato un ritardo imputabile alle autorità. In proposito, la Corte di Strasburgo ha smontato l'eccezione ponendo l'accento sull'onere dell'esecutivo di sollevare tempestivamente il rilievo e di argomentarlo; circostanza non soddisfatta nel caso concreto. Ma vi è di più. I Giudici europei hanno avuto cura di constatare le cause a monte dei ritardi. Dai documenti presentati dalle parti – osserva la sentenza – si ricava una pluralità di fattori: per un verso, vizi concernenti la gestione del procedimento da

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte EDU, Sez. V, 1 luglio 2014, *Gerasimov e altri c. Russia*, §§ 168 e 182-183; Corte EDU, Sez. I, 15 gennaio 2009, *Bourdov c. Russia (n. 2)*, §§ 66 e 87.

<sup>8</sup> Sul punto, la pronuncia riprende Corte EDU, Sez. V, 1 luglio 2014, *Gerasimov e altri c. Russia*, § 169.

parte delle cancellerie degli uffici giudiziari e, per altro verso, assenza di risorse finanziarie sufficienti per il pagamento dopo l'invio delle fatture. Tant'è che, a quest'ultimo riguardo, la pronuncia valorizza a titolo esemplificativo una comunicazione del 2017 rivolta al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati da parte del Tribunale di Milano, con cui si invita i legali a rinnovare l'invio delle fatture concernenti l'anno 2018, poiché i fondi disponibili non sarebbero stati in grado di coprire i pagamenti per gli anni 2016 e 2017. Come messo in risalto dalla Corte europea, è stato poi lo stesso Governo italiano a riconoscere che in alcune sedi si possono verificare ritardi più elevati in ragione di carenze di finanziamento o di personale<sup>9</sup>.

Merita inoltre riprendere un ragionamento di più ampio respiro sviluppato nella sentenza. La Corte di Strasburgo ha esplicitato lo stretto collegamento esistente tra, da un lato, la tempestività dei pagamenti dei difensori che prestano la loro opera in regime di *legal aid* e, dall'altro lato, l'effettività del diritto dei soggetti maggiormente vulnerabili alla difesa tecnica in materia penale *ex art. 6, par. 3, lett. c), CEDU* e al concreto accesso al giudice sul fronte civilistico dell'art. 6, par. 1 della Convenzione. Va da sé – hanno affermato i Giudici europei – che questo sollecita una particolare diligenza nel pagamento dei compensi dei difensori nel contesto del patrocinio gratuito; il tutto in ragione «*non seulement de la mission fondamentale de l'avocat dans une société démocratique, mais aussi du rôle essentiel de l'aide judiciaire dans l'accès à la justice et l'effectivité des droits garantis par la Convention*».

Per concludere, la Corte EDU è giunta perfino a fissare dei termini precisi da rispettare quanto ai pagamenti dei compensi nella cornice italiana del patrocinio a spese dello Stato<sup>10</sup>. Salve circostanze eccezionali, il ritardo in materia non dovrebbe superare un anno in totale, al netto del termine previsto per presentare opposizione avverso il decreto di pagamento *ex artt. 84 e 170 T.U. spese di giustizia*<sup>11</sup>. Seguono precise scansioni temporali in cui si snoda tale termine massimo: in linea di principio, da un canto, non devono passare più di sei mesi tra il deposito dei decreti di pagamento e la possibilità per i legali di inviare la fattura e, dall'altro, va rispettato un tempo non superiore a sei mesi tra la trasmissione della fattura e il pagamento. Considerata la mancata osservanza nel caso concreto di tali termini, la Corte EDU non ha potuto che constatare la lesione dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU, con conseguente condanna dell'Italia.

Chiude il cerchio un ultimo profilo di indubbia portata. Sulla scorta della documentazione in possesso e grazie, oltretutto, al contributo fornito dall'Unione delle Camere Penali Italiane intervenuta nel giudizio con un *amicus curiae*<sup>12</sup>, la Corte di

<sup>9</sup> Cfr. i §§ 100 e 107 della sentenza.

<sup>10</sup> Secondo l'Unione delle Camere Penali Italiane, si è al cospetto di «un criterio generale destinato ad orientare la prassi degli uffici giudiziari e dell'amministrazione»: in questo senso il comunicato dell'UCPI, *La CEDU condanna l'Italia per i ritardi nei pagamenti dei crediti da patrocinio a spese dello Stato valorizzando i rilievi di UCPI nel suo amicus curiae*, 11 dicembre 2025, consultabile in [https://www.camerepenali.it/cat/13450/la\\_cedu\\_condanna\\_l%27italia\\_per\\_i\\_ritardi\\_nei\\_pagamenti\\_dei\\_crediti\\_da\\_patrocinio\\_a\\_spese\\_dello\\_stato\\_valorizzando\\_i\\_rilievi\\_di\\_ucpi\\_nel\\_suo\\_amicus\\_curiae.html](https://www.camerepenali.it/cat/13450/la_cedu_condanna_l%27italia_per_i_ritardi_nei_pagamenti_dei_crediti_da_patrocinio_a_spese_dello_stato_valorizzando_i_rilievi_di_ucpi_nel_suo_amicus_curiae.html).

<sup>11</sup> In merito, v. D. BOTTILLO, *Il patrocinio a spese dello Stato*, cit., pp. 462 ss.

<sup>12</sup> V. *Osservazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane quale terzo autorizzato*, 29 agosto 2019, consultabile in <https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Osservatorio%20Europa/UCPI-OSS-DIACO-LENCHI-C-ITALIA.pdf>.

Strasburgo ha rilevato come i ritardi verificatisi nei casi sottoposti alla sua attenzione non parrebbero isolati, ma piuttosto frutto di un problema sistemico. Conformemente all'art. 46 CEDU, i Giudici europei hanno quindi imposto all'Italia l'adozione di misure generali per individuare, sulla scorta di dati statistici, i malfunzionamenti strutturali su scala nazionale o in specifici distretti di corte d'appello, nonché determinare le relative cause e conseguentemente adottare interventi generali idonei a porre fine a tali carenze e a prevenire future violazioni simili.

3. Come anticipato sin da questo esordio, il caso *Diacò e Lenchi c. Italia* si candida ad avere un notevole impatto sul fronte europeo e su quello italiano.

Quanto al primo versante, v'è da mettere in luce una certa tendenziale ritrosia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ad agganciare la questione della remunerazione dei difensori che prestano la loro attività nella cornice del *legal aid* a una garanzia convenzionale. Basti osservare che, durante il periodo storico in cui prevaleva a livello europeo il precedente modello caritativo di assistenza legale gratuita, basato su un obbligo in capo ai patrocinatori di prestare gratuitamente la loro opera in favore degli assistiti, la Corte EDU non ha mai dichiarato di per sé incompatibile con la Convenzione siffatto sistema<sup>13</sup>. Una volta diffusosi negli ordinamenti europei il modello pubblico di *legal aid*, rispondente a una concezione dell'assistenza legale gratuita come diritto sociale, la Corte di Strasburgo non ha avuto modo di affrontare il tema del pagamento dei legali dal punto di vista della previsione posta a salvaguardia dell'accusato, vale a dire l'art. 6, par. 3, lett. c), CEDU<sup>14</sup>. E lo stesso può sostenersi dall'angolo di visuale del *legal aid* delle vittime riguardo all'art. 6, par. 1, CEDU, nonché in relazione al peculiare e dirompente fronte degli obblighi positivi di tutela penale *ex artt.* 2, 3, 4 e 8 della Convenzione.

Nel cambiare prospettiva e nel porsi dal punto di vista della tutela del lavoro professionale e, segnatamente, del diritto di proprietà del difensore *ex art.* 1 prot. n. 1 CEDU, la panoramica era fino a questo momento parzialmente diversa, ma, a ogni modo, non incoraggiante. Finora, l'incidenza di tale parametro convenzionale era minima e circoscritta al tema dell'inadeguatezza dei compensi dei patrocinatori<sup>15</sup>. La Corte di Strasburgo aveva di fatto limitato di molto la rilevanza pratica dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU in materia: secondo una giurisprudenza che mantiene attualità anche dopo la pronuncia in commento, i Giudici europei evitano infatti di sindacare l'ammontare del corrispettivo se la decisione nazionale sul punto non presenta caratteri di arbitrarietà, è sufficientemente motivata e ha un fondamento normativo o giurisprudenziale<sup>16</sup>. Dal canto suo, attenta dottrina aveva da anni prospettato una conclusione ben più

<sup>13</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a E. GRISONICH, *Legal aid e procedimento penale*, cit., pp. 26 ss.

<sup>14</sup> V. E. CAPE – Z. NAMORADZE, *Standards for Effective Criminal Defence*, in *Effective Criminal Defence in Eastern Europe. Bulgaria, Georgia, Lithuania, Moldova, Ukraine*, a cura di E. Cape – Z. Namoradze, 2012, Soros Foundation, Moldavia, p. 59.

<sup>15</sup> In argomento, cfr. ancora, volendo, E. GRISONICH, *Legal aid e procedimento penale*, cit., pp. 157 ss.

<sup>16</sup> V. Corte EDU, Sez. II (dec.), 13 settembre 2016, *Marčan c. Croazia*, § 35 e §§ 38 ss. Per una soluzione analoga, v. Corte EDU, Sez. III (dec.), 18 ottobre 2011, *Šafárik c. Slovacchia*, §§ 35 e 37. Rilevante in materia è inoltre Corte EDU, Sez. IV, 27 ottobre 2015, *Konstantin Stefanov c. Bulgaria*, sulla quale cfr. S. QUATTROCOLO, *Verso una maggiore effettività del legal aid*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 11 novembre 2015.

soddisfacente sul fronte specifico dei ritardi dei pagamenti<sup>17</sup>, e la successiva pendenza del caso *Diacò e Lenchi c. Italia* aveva contribuito ad alimentare tali aspettative. Si comprende bene pertanto come sia da accogliere con grande favore l'intervenuta decisione della Corte di Strasburgo dell'11 dicembre 2025. Contrariamente a quanto sinora verificatosi, l'approccio dei Giudici europei sul versante della tempestività dei pagamenti dei *legal aid lawyers* è stato guidato da particolare rigore: un'impostazione che ha perfino condotto all'individuazione di precise scansioni temporali massime da rispettare, pena la configurazione di un ritardo irragionevole, incompatibile con l'art. 1 prot. n. 1 CEDU.

Ma non è solo questo il dato che giova mettere in luce. L'ulteriore elemento degno di essere ripreso è quel passaggio della pronuncia in cui viene esplicitato in termini chiari la connessione tra l'art. 1 prot. n. 1 CEDU e l'art. 6, parr. 1 e 3, lett. c) della Convenzione. In altre parole, la tempestività dei pagamenti dei legali che svolgono la propria attività defensionale in favore di un soggetto ammesso al *legal aid* è concepita non solamente come garanzia a salvaguardia del diritto di proprietà del legale, ma anche, e in misura riflessa, quale tassello essenziale che riempie di contenuto l'obbligo degli Stati di assicurare il diritto di difesa in modo concreto ed effettivo. E questo sia sul fronte penalistico dell'art. 6, par. 3, lett. c), CEDU, quando a venire in gioco è l'imputato, sia su quello civilistico ex art. 6, par. 1 della Convenzione, laddove, per quanto qui interessa, rilevi la vittima del reato che vanti una pretesa di carattere civile<sup>18</sup>. È un passaggio che pare costituire un progresso nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, se si tiene a mente quanto poc'anzi indicato circa la sua tendenza a non valorizzare il tema della remunerazione del legale con riferimento all'effettività dell'assistenza difensiva ai sensi dell'art. 6 CEDU. Di fatto, grazie all'elaborazione intervenuta con riferimento all'art. 1 prot. n. 1 CEDU a tutela dei difensori coinvolti nel *legal aid*, viene irrobustita in maniera indiretta l'effettività della difesa tecnica e dell'accesso alla giustizia nei confronti delle persone che versano in una situazione di maggiore debolezza ai sensi dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. c) della Convenzione.

Il salto di qualità in materia può cogliersi pure se si sposta lo sguardo verso la direttiva 2016/1919/UE, quell'atto fondamentale di diritto derivato dell'Unione europea in tema di patrocinio gratuito degli accusati e delle persone destinatarie di un MAE<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. S. QUATTROCOLO, *Verso una maggiore effettività*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. Corte EDU, GC, 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*, §§ 66 e 70-72. Giova ricordare che, nonostante il silenzio dell'art. 6, par. 1, CEDU sul *legal aid*, la Corte di Strasburgo ha ricavato a livello interpretativo l'obbligo di assicurare, entro certi limiti, tale garanzia, riconducendola al diritto di accesso a un giudice, sin dal caso *Airey c. Irlanda* (Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*).

<sup>19</sup> V. direttiva 2016/1919/UE, *sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *G.U.U.E.*, 4 novembre 2016, L 297/1. Su tale direttiva, cfr., tra gli altri, C. ARANGÜENA FANEGO, *Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2019, n. 1, pp. 31 ss.; F. BENOIT-ROHMER, *Chronique UE et droits fondamentaux-Directive (UE) 2016/1919 du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2018, p. 451; L. CAMALDO, *La direttiva 2016/1919/UE sul gratuito patrocinio completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*,

Sebbene l'esigenza di assicurare pagamenti tempestivi in favore dei legali si possa ricavare a livello interpretativo dall'art. 7 di tale atto eurounitario<sup>20</sup>, non si può sottacere l'importanza di una sua esplicitazione sul versante convenzionale con una piena esaltazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. c), CEDU, che a sua volta corrisponde agli artt. 47, par. 3 e 48 della Carta di Nizza<sup>21</sup>. Grazie alla clausola di equivalenza ai sensi dell'art. 52, par. 3, CDFUE, l'impostazione della Corte EDU protesa a richiamare l'art. 6 CEDU nella sentenza *Diacò e Lenchi c. Italia* si presta così a venire valorizzata sul piano interpretativo per individuare il contenuto dell'art. 7 della direttiva n. 1919 del 2016, rafforzando in tal modo quanto si poteva già evincere da tale disposizione a livello ermeneutico.

Rispetto invece alla vittima del reato, l'elevazione dello *standard* di tutela da parte della Corte EDU, se paragonato a quello eurounitario, appare ancora più lampante, vista l'assenza di riferimenti puntuali attinenti alla materia in esame sia nelle direttive rivolte a specifiche categorie di vittime (direttive 2011/36/UE, 2011/93/UE, 2017/541/UE, 2024/1385/UE<sup>22</sup>), sia nell'atto a contenuto generale, vale a dire la direttiva 2012/29/UE<sup>23</sup>; e questo anche alla luce delle recenti prospettive di riforma di quest'ultima misura<sup>24</sup>.

---

in *Cass. pen.*, 2017, pp. 839 ss.; S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings. Genesis and Description of the Sixth Instrument of the 2009 Roadmap*, in *Eucrim*, 2017, n. 1, pp. 35 ss.; B.V. FERNÁNDEZ, *La aplicación de la directiva 2016/1919 sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados y a las personas buscadas por una OEDyE*, in *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, a cura di C. Arangüena Fanego – M. de Hoyos Sancho – B. Vidal Fernández, Valencia, 2018, pp. 201 ss.; M. FONTAINE, *Une directive relative à l'aide juridictionnelle dans l'Union, enfin?*, in *www.gdr-elsj.eu*, 22 ottobre 2016; Z. NAMORADZE, *Adoption of the Legal Aid Directive in the EU: Step Forward to end class Justice?*, *ILAG Conference*, Sud Africa, 2017; C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/1919 sul patrocinio a spese dello Stato: la battuta finale nel cammino verso la mappatura dei diritti procedurali fondamentali*, in *Leg. pen.*, 4 maggio 2017; M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato*, in *www.eurojus.it*, 20 febbraio 2017; V.C. RAMOS – B.V. FERNÁNDEZ, *Access to a Lawyer and Legal Aid (Directives 2013/48 and 2016/1919)*, in *Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons in Criminal Proceedings. Good Practices Through the European Union*, a cura di C. Arangüeno Fanego – M. de Hoyos Sancho – A.H. López, Cham, 2021, p. 39; D. VIGONI, *Novità sovranazionali. La direttiva (UE) 2016/1919 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, pp. 224 ss. Con particolare riferimento al diritto alla *dual defence* nella direttiva in commento, cfr. M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3/2016, pp. 40 ss.

<sup>20</sup> Per un approfondimento al riguardo sia consentito di nuovo il rinvio a E. GRISONICH, *Legal aid e procedimento penale*, cit., pp. 294 s.

<sup>21</sup> Lo chiariscono le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, in *G.U.U.E.*, 14 dicembre 2007, C 303/17.

<sup>22</sup> Cfr. direttiva 2011/36/UE, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, in *G.U.U.E.*, 15 aprile 2011, L 101/1, a sua volta modificata dalla direttiva 2024/1712/UE; direttiva 2011/93/UE, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio*, in *G.U.U.E.*, 17 dicembre 2011, L 335/1; direttiva 2017/541/UE, *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio*, in *G.U.U.E.*, 31 marzo 2017, L 88/6; direttiva 2024/1385/UE, *sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, in *G.U.U.E.*, 24 maggio 2024, Serie L.

<sup>23</sup> Cfr. direttiva 2012/29/UE, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in *G.U.U.E.*, 14 novembre 2012, L 315/57. Su tale atto, cfr., di recente, per tutti, AA.Vv., *Stronger Victims' Rights in EU Law? Assessment and Prospects*, a cura di J. Burchett – A. Weyembergh, Oxford-New York, 2025, *passim*.

<sup>24</sup> Come noto, sono in atto i lavori per l'approvazione di una nuova direttiva che modifica la direttiva 2012/29/UE, a seguito della presentazione da parte della Commissione europea della *Proposta di direttiva recante modifica della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, Bruxelles, 12 luglio 2023, COM(2023) 424 final.

4. Sul versante italiano, la sentenza, se presa sul serio, appare destinata a impattare significativamente sull'effettività del sistema di patrocinio a spese dello Stato, per diverse ragioni.

In prima battuta, le indicazioni della Corte europea sono particolarmente chiare e precise, tarate sul funzionamento del nostro meccanismo di *legal aid*. Se in generale un ritardo nei pagamenti dei difensori nell'ambito del patrocinio a spese dello Stato è considerato compatibile con la Convenzione, il discorso cambia quando questo è irragionevole. E in tale cornice la Corte EDU stabilisce un limite insuperabile, salve ipotesi eccezionali: un anno in totale, escluso il termine per presentare opposizione al decreto di pagamento, a sua volta sdoppiato in due segmenti temporali, pari a sei mesi tra il deposito dei decreti di pagamento e la possibilità per i legali di inviare la fattura e sei mesi tra la trasmissione di quest'ultima e la corresponsione delle somme dovute. Si tratta di un'affermazione puntuale, che deve essere seguita nel sistema italiano quale *standard* minimo di tutela. In quest'ottica, l'auspicio è che tale indicazione venga recepita a livello normativo e conseguentemente rispettata sul fronte operativo.

In secondo luogo, vanno nuovamente messe in rilievo le prescrizioni della Corte di Strasburgo circa la necessità per l'Italia di adottare misure di carattere generale al fine di mappare il difetto strutturale e porvi rimedio con interventi mirati. Si è in presenza di un obbligo di grande importanza, destinato potenzialmente a risolvere uno dei mali del nostro sistema di patrocinio a spese dello Stato. In merito, non va ommesso di rilevare che, anche in sede di recepimento della direttiva 2016/1919/UE sul *legal aid* degli imputati e dei ricercati, il tema dei compensi dei legali non era passato inosservato. Durante l'esame dello schema di decreto legislativo di implementazione della direttiva n. 1919 in seno alla Commissione permanente Politiche dell'Unione europea della Camera dei Deputati, non solo si era constatata la necessità di assicurare «l'effettiva remunerazione degli avvocati»<sup>25</sup>, ma si era anche dato atto dei ritardi, pure di anni, dei pagamenti degli onorari<sup>26</sup>. Le tematiche non avevano poi trovato una risposta a livello normativo nel d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24 con cui è stata data attuazione all'atto eurounitario. I puntuali obblighi sorti in capo all'Italia per conformarsi alla sentenza in esame rappresentano pertanto l'occasione per finalmente affrontare e risolvere in maniera concreta il problema.

Da questo punto di vista, non vanno sottaciuti alcuni tentativi di miglioramento realizzatisi nell'ultimo decennio. Si tratta di interventi in parte valorizzati dalla stessa Corte di Strasburgo nella decisione in commento a seguito delle prospettazioni del Governo. Si pensi alle novità introdotte dalla legge di bilancio 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208) al fine di «contrastare le lentezze burocratiche della fase della liquidazione dell'onorario del difensore»<sup>27</sup>. Allo scopo di imprimere un'accelerazione in materia, si è aggiunto un comma 3-*bis* all'art. 83 d.P.R. n. 115 del 2002, a tenore del quale il decreto di

---

<sup>25</sup> Cfr. *Atti parlamentari – XVIII Legislatura – Camera dei deputati – Resoconto XIV Commissione permanente*, giovedì 31 gennaio 2019, p. 220.

<sup>26</sup> V., ancora, *Atti parlamentari – XVIII Legislatura – Camera dei deputati – Resoconto XIV Commissione permanente*, cit., p. 220.

<sup>27</sup> Queste le parole di G. CAPUTO, *Novità sul patrocinio statale nella 'Legge stabilità'*, in *Arch. pen.*, 2016 (versione web), p. 1.

liquidazione dell'onorario deve essere disposto dal giudice in maniera contestuale al «provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta». Con specifico riferimento ai ritardi nei pagamenti, particolare rilievo assume l'introdotta possibilità di opporre in compensazione nei confronti dell'erario i crediti per il patrocinio a spese dello Stato<sup>28</sup>; una facoltà estesa da ultimo dalla legge di bilancio 2023 (l. 29 dicembre 2022, n. 197) ai contributi dovuti alla Cassa Forense a titolo di oneri previdenziali.

Tuttavia, tali interventi non sembrano sufficienti. Solo per fare un esempio recente, a febbraio 2025, l'Organismo Congressuale Forense (OCF) ha denunciato il grave ritardo dei pagamenti, posto che da ottobre 2024 i fondi a ciò destinati sono stati completamente esauriti<sup>29</sup>. Il tutto con ripercussioni notevoli: si registrano una crescente rinuncia da parte degli avvocati a difendere i non abbienti e una cancellazione dall'elenco dei legali d'ufficio. Situazioni che nel complesso evocano quanto anche indicato dall'Unione delle Camere Penali Italiane, nonché dai ricorrenti davanti alla Corte di Strasburgo<sup>30</sup>.

Ciò posto, appare chiara l'esigenza di riflettere su nuove soluzioni di tipo pratico e normativo, a cominciare – come osservano i Giudici europei – da un'adeguata fotografia della questione a livello statistico con riferimento ai diversi uffici giudiziari, allo scopo di comprendere la reale portata del problema. In proposito, non si può omettere di rilevare che, richiesto dalla Corte EDU di fornire statistiche su scala nazionale, il Governo non ha soddisfatto pienamente l'istanza<sup>31</sup>.

Due cause del fenomeno sono peraltro già emerse dall'arresto e, in parte, anche dalle dichiarazioni dello stesso esecutivo: carenze di personale e di finanziamento. Va da sé che su questi due profili si impone un'opportuna riflessione in un'ottica di doveroso intervento. In proposito, val la pena oltretutto di riprendere la considerazione sviluppata dall'Organismo Congressuale Forense, secondo cui le cause dei ritardi nei pagamenti non sarebbero da ricercare solo in uno stanziamento inadeguato, ma anche in una questione di carattere organizzativo. Il «problema principale» starebbe nell'accorpamento dei fondi per il patrocinio statale nell'ambito della voce di bilancio n. 1360, che racchiude spese eterogenee «completamente diverse: trasferte di funzionari, indennità per periti e testimoni, costi di estradizione e notifiche di atti esenti»<sup>32</sup>. Di qui

---

<sup>28</sup> Al riguardo, cfr. V. BONINI, *Il patrocinio*, cit., p. 457.

<sup>29</sup> V. OCF, *Comunicato stampa, Patrocinio Gratuito: OCF denuncia il blocco dei pagamenti dei difensori. Ministero ignora problema strutturale*, 6 febbraio 2025, consultabile in <https://www.organismocongressualeforense.news/comunicati-stampa/patrocinio-gratuito-ocf-denuncia-il-blocco-dei-pagamenti-dei-difensori-ministero-ignora-problema-strutturale/>. Per indicazioni sul punto cfr., anche, *Gratuito patrocinio, avvocati senza compensi: l'OCF denuncia il blocco dei pagamenti*, in *il Dubbio*, 6 febbraio 2025. Plurimi elementi attestano negli anni questa patologia. Si vedano anche i risultati della ricerca dell'UCPI: UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE – UCPI, OSSERVATORIO SUL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO, *Indagine sul patrocinio a spese dello Stato*, 7 maggio 2020. Meno di recente, cfr. i dati statistici contenuti in G. DI FEDERICO, *I diritti della difesa nella fase delle indagini*, in G. DI FEDERICO – M. SAPIGNOLI, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia. Le esperienze di 1265 avvocati penalisti*, Milano, 2014, p. 74.

<sup>30</sup> Si vedano i §§ 62 e 68 della pronuncia.

<sup>31</sup> Dati statistici riguardanti alcuni uffici giudiziari negli anni 2014-2018 sono a ogni modo consultabili nell'allegato III alla pronuncia in commento.

<sup>32</sup> Per questa e la citazione immediatamente precedente, v. *Gratuito patrocinio, avvocati senza compensi*, cit.

la sollecitazione a operare una «revisione delle voci di bilancio con la separazione delle voci destinate al patrocinio a spese dello Stato»<sup>33</sup> dalle altre.

Non resta che concludere con l'auspicio che la sentenza in esame imprima una reale svolta in materia, grazie agli interventi di carattere generale imposti. Ogni soluzione dovrebbe essere sospinta dalla presa d'atto di quel passaggio nevralgico della decisione, ove si mette in chiara luce la connessione funzionale tra tempestività dei pagamenti dei difensori in seno al *legal aid* ed effettività della difesa tecnica e dell'accesso alla giustizia. Secondo una considerazione di più ampio respiro, la speranza è di assistere a un netto cambio di approccio con riferimento alle riforme cui ambire in tema di patrocinio a spese dello Stato. Si tratta di superare la crescente tendenza a concepire le modifiche alla sua normativa in un'ottica di esclusiva dilatazione dell'ambito applicativo della tutela, specie sul fronte delle vittime di determinati reati. Si pensi come solo da ultimo non sia sfuggita l'occasione per allargare ulteriormente le ipotesi di ammissione al patrocinio statale in deroga al criterio reddituale mediante la l. 2 dicembre 2025, n. 181 (c.d. legge sul femminicidio)<sup>34</sup>. Al netto delle riserve che desta la tecnica normativa di procedere in astratto per tipologie di reato nella configurazione di canali preferenziali di accesso al patrocinio gratuito<sup>35</sup>, in questa sede val la pena di porre l'accento sull'esigenza di riflettere in primo luogo sull'effettività del patrocinio a spese dello Stato e di agire anzitutto sui gangli vitali che ne condizionano in concreto l'operatività. A tal fine, la rotta è stata segnata dalla Corte di Strasburgo.

---

<sup>33</sup> Così, OCF, *Comunicato stampa, Patrocinio*, cit.

<sup>34</sup> Si vedano, in particolare, l'art. 4, comma 2 e l'art. 12 della l. n. 181 del 2025. Per un commento a tale legge, cfr. F. LAZZERI, *In G.U. la l. 2 dicembre 2025, n. 181 (c.d. legge sul femminicidio): una panoramica dei profili penalistici sostanziali e processuali*, in *questa Rivista*, 3 dicembre 2025.

<sup>35</sup> Cfr. E. GRISONICH, *Legal aid e procedimento penale*, cit., pp. 562 s. e 598 ss.



Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**