SISTEMA PENALE

FASCICOLO

10/2026

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia, Mitja Gialuz

ISSN 2704-8098

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 Risicato, 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 Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozzi, 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 Quattrocolo, 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 Ubertis, 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 *Committe 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.

SISTEMA PENALE
10/2026

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

G. POLLINA, *Quando il diritto si scontra con la (tragica) realtá: qualche riflessione sulla* poena naturalis…….. 5
F. VINCELLI, *La responsabilità omissiva dell'amministratore non esecutivo tra atipicità dei poteri impeditivi e ripetitività delle anomalie*……. 23
S. AMORE, A.D'AMATO, *Oltre l'affidamento. La nuova detenzione domiciliare terapeutica tra profili sistematici e criticità nella legge n. 140 del 2026*…… 51
F. PISCONTI, *Ceuta, frontiera d'europa: Possibili scenari penalistici della recente crisi migratoria*…… 101

SCHEDE

M. GANDOLFI, *Il "consenso" che non libera: la Cassazione sull'indisponibilità del divieto di avvicinamento*……. 123
F. LAZZARINI, *L'interrogatorio preventivo nei procedimenti soggettivamente cumulativi e il regime della nullità: i chiarimenti delle Sezioni Unite*…… 135
G. PONTEPRINO, *Gatti randagi, posizioni di garanzia e tenuta della legalità: un curioso caso di molestie olfattive*…… 145
B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale: pubblicati in gazzetta ufficiale i decreti attuativi della l. 132/2025*…….. 159

SISTEMA PENALE
10/2026

QUANDO IL DIRITTO SI SCONTRA CON LA (TRAGICA) REALTÁ: QUALCHE RIFLESSIONE SULLA *POENA NATURALIS*

di Gianluca Pollina

Il presente contributo, muovendo da una recente vicenda giudiziaria assurta agli onori della cronaca, nella quale una madre ha involontariamente investito il figlio neonato, cagionandogli lesioni irreversibili, nonché dalla conseguente richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero, si propone di soffermarsi sul ruolo che la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a svolgere in materia di pena naturale, anche alla luce della recente sentenza 48/2024. L'analisi si estenderà, inoltre, ai principali nodi problematici che un eventuale intervento legislativo sarebbe necessariamente tenuto a dirimere, in vista di una compiuta giuridicizzazione dell'istituto.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I profili fattuali della vicenda. – 3. Un primo "esame" per la pena naturale: la sentenza 48/2024 della Corte costituzionale. – 3.1. Qualche riflessione sulle statuizioni della Consulta. – 4. Le "valvole di sfogo" per escludere la pena forense, nella prospettiva della Procura di Milano. – 5. *De lege lata*, l'opportunità di un "secondo esame" per la *poena naturalis*. – 6. *De lege ferenda*, gli ipotetici 'spazi codicistici' per la pena naturale.

1. Introduzione.

Il termine 'pena', secondo i dizionari della lingua italiana, presenta due significati differenti indicando, da un lato, l'esperienza della sofferenza umana e, dall'altro, la sanzione comminata per la violazione delle norme.

Kant riteneva che la pena giudiziaria (*poena forensis*) dovesse essere tenuta distinta da quella naturale (*poena naturalis*), riconoscendo che, attraverso quest'ultima, "il vizio si punisce da sé stesso"[1]. Nell'idea Kantiana si annida la concezione secondo cui la distribuzione delle ricompense per le azioni buone e delle pene per le malefatte spetti originariamente al fato o, comunque, all'ordine morale del mondo, in un orizzonte anteriore alla formazione di apparati statali aventi come scopo espropriare alle divinità questa precipua finalità[2].

---

[1] I. KANT, *La metafisica dei costumi, Parte I, La dottrina del diritto (trad. it. a cura di G. VIDARI)*, Torino, 1983, 174. Per un'ampia disamina della tematica, v. M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

[2] La tradizione classica e mitologica è costellata di esempi di punizioni divine inflitte alla tracotanza umana.

Sorge spontaneo un interrogativo: quale pertinenza possono avere le pene divine o il concetto di *karma* all'interno di un contesto propriamente giuridico? La realtà è che, pur consapevoli che ai tribunali spetta decidere dei reati e delle pene, il fato non pare aver abdicato totalmente il proprio ruolo a favore della giustizia umana. Invero, non sono rari i casi in cui gli uomini subiscono le conseguenze di una natura beffarda, ben prima che il lento meccanismo giudiziario possa pronunciarsi con un verdetto di colpevolezza[3].

Ciò costituisce motivo per una riflessione circa fondamento e necessità della pena umana: quale spazio residua alla sanzione inflitta dall'uomo, qualora un diverso "ordine di giustizia" abbia già provveduto al castigo? In altri termini, quale giustificazione potrebbe assumere l'irrogazione di una sanzione nei confronti di un soggetto che, in definitiva, risulti aver già subito una punizione sufficiente per via "naturale"?[4] Dante Alighieri, nel riferirsi allo zio Geri del Bello, affermava: "credo ch'un spirto del mio sangue pianga la colpa che là giù cotanto costa"[5]. Il passo si presta a essere interpretato quale esplicito richiamo al principio di autoresponsabilità, inteso come dovere di riconoscere e assumere le proprie colpe senza trasferirne l'onere su altri; in altre parole, chi ha cagionato il proprio pregiudizio se ne assuma integralmente la responsabilità, senza imputarne ad altri cause o conseguenze. Tuttavia, il tema oggetto di riflessione impone di domandarsi se taluni debbano "piangere"[6] più di altri.

Non si tratta di riflessioni lontane dalla realtà: nella più recente esperienza penalistica, il dilemma della *poena naturalis* è affiorato di frequente, sollevando interrogativi che scuotono le fondamenta stesse del diritto penale e la concezione della pena. Si prenderanno le mosse, in particolare, da una nota e drammatica vicenda verificatasi a Milano, che ha visto una madre investire tragicamente il proprio figlio neonato, unitamente alla successiva richiesta di archiviazione avanzata dal competente pubblico ministero. All'esito di una puntuale disamina delle criticità emergenti e dei possibili esiti applicativi dell'istanza, l'indagine volgerà a considerare il ruolo che la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a svolgere in tema di pena naturale, nonché i nodi problematici che un eventuale intervento del legislatore sarebbe tenuto a sciogliere in vista di una giuridicizzazione dell'istituto.

A titolo esemplificativo, P. RICOUER, *Il diritto di punire (1958),* in *L. ALICI (a cura di), Il diritto di punire. Testi di Paul RICOUER*, Brescia, 2012, 50 s., ricorda come l'antica religione spietata volle "pagare la morte di Ifigenia con quella di Agamennone, suo padre; poi quella di Agamennone con quella di Clitennestra, sposa adultera; poi quella di Clitennestra, la madre, con quella di Oreste, il figlio […]".

[3] Si v. ad es. l'episodio, citato da G. S. BASSI, *Quando c'è già una pena naturale è giusto aggiungervi una condanna? www.avvenire.it*, 9 giugno 2023, verificatosi il 7 giugno 2023 a Roma ove un padre, per una tragica dimenticanza, avrebbe lasciato la piccola in macchina convinto di averla portata all'asilo.

[4] Si interroga T. PADOVANI, *La pena naturale al vaglio della Corte costituzionale,* in *Sist. pen.*, 17 aprile 2024, 2, chiedendosi: "il padre che cancella dalla mente la presenza del figlio da condurre al nido e ne provoca la morte, quale ulteriore ammaestramento rieducativo potrebbe mai ricevere, superiore allo strazio ed al rimorso per il fatto compiuto?".

[5] DANTE, *La divina commedia*, canto XXIX, 21.

[6] Il verso di Dante può volgarmente essere tradotto in "chi è causa del suo mal pianga sé stesso".

2. I profili fattuali della vicenda.

I tragici fatti oggetto della vicenda trattata dalla Procura di Milano originavano da una condotta innocua, tipica della quotidianità di ciascuno. Nella prima mattinata, facendo manovra all'interno del cortile della propria abitazione, una madre non si avvedeva della presenza, pochi metri innanzi, del suo bambino di diciotto mesi, schiacciandone parzialmente il corpo sotto la ruota anteriore sinistra.

Il tempestivo intervento del personale medico e le successive cure non valevano ad evitare plurime lesioni gravissime e irreversibili ai danni del piccolo il quale, come si legge nella relazione medica vagliata dalla Procura, è "destinato ad essere gravemente menomato per tutta la vita sotto più punti di vista".

Ciononostante il P.M, attribuendo rilievo alla sofferenza patita dalla madre e ravvisando, in tali ipotesi, il carattere sproporzionato o irragionevole della sanzione, formula richiesta di archiviazione e, in via subordinata, sollecita la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che la pena astrattamente irrogabile si sarebbe risolta in un trattamento contrario ai principi di umanità[7].

I fatti suesposti non costituiscono un caso isolato ma, al contrario, si inseriscono all'interno di un lungo e drammatico elenco. È recentissima la notizia della morte di un bambino di sei anni, travolto da un muletto condotto dal padre all'interno di un piazzale sito nella zona industriale di Sedico, nei pressi di Belluno. In relazione all'accaduto, è stato aperto un fascicolo per omicidio colposo nei confronti del genitore. Nel 2023, a Roma, una bambina di circa un anno doveva andare all'asilo ma non è mai arrivata: è stata trovata morta all'interno dell'autovettura dei genitori. Fatalità voleva che sia l'asilo sia il posto di lavoro del padre fossero nello stesso stabile e, così, dopo aver parcheggiato, l'uomo si è recato al lavoro, 'dimenticando' la figlia sul seggiolino.

La casistica appare, nostro malgrado, ampia e potenzialmente indefinita, rendendo superfluo indugiare ulteriormente nel tentativo di dimostrare la rilevanza della problematica, la cui attualità e centralità risultano ormai evidenti nella prassi quotidiana.

---

[7] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, *giurisprudenzapenale.com*, 20 giugno 2025. Tale richiesta veniva accolta dal GIP, sebbene sulla base di argomentazioni differenti da quelle prospettate dal pubblico ministero. In particolare, veniva esclusa la sussistenza di un conflitto di interessi del padre del minore tale da rendere necessaria la nomina di un curatore speciale ai fini della proposizione della querela. Il conflitto di interessi, precisava il giudice, non può essere presunto, ma deve trovare concreto riscontro negli atti, dai quali non emergeva alcuna limitazione della responsabilità genitoriale del padre. Ne consegue che, quest'ultimo, avrebbe potuto validamente proporre querela nei confronti della madre, senza tuttavia procedervi; pertanto, l'archiviazione veniva disposta non in ragione della ritenuta tenuità del fatto (che, all'evidenza, tenue non è), bensì sull'assenza della necessaria condizione di procedibilità.

3. Un primo "esame" per la pena naturale: la sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale.

Va preliminarmente osservato, sul punto, che la richiesta avanzata dalla Procura milanese non costituisce un *novum* assoluto sul tema (sebbene, come evidente, il terreno della *poena naturalis* risulti, tutto sommato, ancora piuttosto inesplorato in giurisprudenza), trovando un antecedente nella sentenza costituzionale n. 48/2024 che, pur cursoriamente, va qui ricordata.

Il 20 febbraio 2023[8] il Tribunale di Firenze sollevava questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 13 e 27 terzo comma Cost., dell'art. 529 c.p.p. nella parte in cui, con riferimento ai procedimenti concernenti reati colposi, "non prevede la possibilità per il giudice di emettere una sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso"[9]. In sostanza, il giudice rimettente chiedeva alla Consulta la pronuncia di una sentenza manipolativa - additiva che introducesse, all'interno dell'ordinamento, una speciale causa di improcedibilità[10].

Con una decisione il cui esito veniva ritenuto, in linea generale, prevedibile[11], la Corte dichiarava infondata la questione per l'eccessiva ampiezza del *petitum*, considerato talmente esteso da risultare "incompatibile con la tesi della sussistenza di un corrispondente vincolo costituzionale"[12], senza - per l'effetto - entrare compiutamente nel merito dell'istituto.

---

[8] Ad onor del vero, preme sottolineare come una questione analoga a quella sollevata dal Tribunale fiorentino avesse visto l'intervento dei Supremi Giudici i quali, prima della statuizione della Corte costituzionale, avevano deciso di non trattare la questione in quanto esterna alle valutazioni giuridiche cui è chiamato il giudice, ed estranea "ai principi costituzionali che attengono alla responsabilità penale", così Cass. pen., Sez. IV, 27 luglio 2023, n. 32661, *DeJure*.

[9] Trib. Firenze 20 febbraio 2023, n. 37, *www.cortecostituzionale.it*.

[10] Giova evidenziare come il caso toscano si differenziava da quello ambrosiano sotto diversi profili e, soprattutto, si discostava dal nucleo più circoscritto di fattispecie rispetto alle quali risulta maggiormente condivisa e, pertanto, meno controversa, la valutazione circa l'inutilità dell'irrogazione di una pena da parte dell'ordinamento giuridico.
In particolare, la vicenda oggetto di scrutinio traeva origine da un incidente occorso all'interno di un cantiere edile a seguito del quale perdeva la vita un lavoratore, figlio del fratello del titolare dell'impresa individuale. La vittima, stando al capo di imputazione, stava lavorando in assenza dei basilari presidi antinfortunistici e in palese violazione di molteplici disposizioni specifiche in tema di sicurezza sul lavoro.

[11] Si esprime in questi termini M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen e proc.*, 2023, 10, 1359 s., ritenendo la questione "prevedibilmente inammissibile, in quanto spetterebbe comunque al legislatore regolare la materia".

[12] Corte cost., sent. 6 marzo 2024, n. 48, *www.cortecostituzionale.it*. Tuttavia, tacendo dell'indiscutibile merito di questa ordinanza di aver risvegliato l'interesse della dottrina su un tema forse troppo marginalizzato, la sentenza di infondatezza ha indirettamente individuato l'ambito entro il quale il giudice delle leggi potrebbe risultare più incline a pronunciare un accoglimento. Traspare, in altri termini, una certa apertura rispetto alla eventuale accoglibilità futura della questione (sebbene la Corte abbia attentamente evitato di pronunciarsi in maniera esplicita, non ha nemmeno detto il contrario), qualora questa venisse formulata in termini differenti [così M. E. FLORIO, *La pena naturale*, Napoli, 2025, 262. Similmente, N. RECCHIA, *A ciascuno*

In particolare, la richiesta di pronuncia additiva si sarebbe connotata per un'eccessiva latitudine, articolata in tre distinti profili critici, ciascuno dei quali risulta, autonomamente considerato, sufficiente ad inficiarne la fondatezza.

In primo luogo, l'eccessiva estensione del *petitum* a tutti i reati colposi, finanche alle contravvenzioni: invero, l'esplicito riferimento alla natura colposa del reato, in ragione della sua generalità, non risulta idoneo ad operare alcuna distinzione all'interno della categoria della colpa[13], la quale si connota, peraltro, per un'ontologica multiformità[14].

In secondo luogo, l'estensione del *petitum* con riguardo ai delitti colposi che determinano la morte di un "prossimo congiunto" dell'agente, sulla scorta della definizione fornita dall'art. 307 c.p.[15]: ad avviso della Consulta, la richiesta avrebbe contemplato un novero soggettivo particolarmente ampio, e per l'effetto intrinsecamente generico, tale da trascendere la famiglia nucleare fino a comprendere rapporti di parentela in linea collaterale di grado inferiore al secondo e persino vincoli di affinità[16].

In terzo luogo, e infine, la stessa disposizione sospettata d'incostituzionalità, ossia l'art. 529 c.p.p., e l'inquadramento della stessa nella cornice delle cause di improcedibilità, che nella prospettiva del giudice *a quo* avrebbe dovuto essere rimodulata nel senso di consentire l'utilizzo della sentenza di non doversi procedere in presenza di una pena naturale, alimenta perplessità. Senz'altro condivisibile il rilievo formulato dalla Consulta, secondo cui la disposizione censurata non potrebbe costituire l'oggetto del giudizio di costituzionalità. I giudici costituzionali, richiamando un proprio precedente (sentenza n. 120 del 2019), hanno rilevato come qualificare un evento come causa di non procedibilità produce effetti sostanzialmente differenti rispetto alla sua

---

il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale", in *Dir. pen. cont*., 3, 2025, 118].

[13] Secondo il Giudice delle Leggi, le diverse declinazioni della colpa possono corrispondere a fattispecie profondamente eterogenee, tanto sotto il profilo criminologico quanto in relazione alla tutela dei beni giuridici coinvolti. Ciò emerge in particolare con riferimento alla colpa specifica e a quella professionale, nelle quali tipicamente incorrono soggetti gravati da obblighi di garanzia posti a protezione di persone in condizioni di particolare esposizione al rischio [Corte cost., sent. 6 marzo 2024, n. 48, cit., 5,6].

[14] Per la differenziazione tra le varie tipologie di colpa si rimanda a T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3, secondo il quale, all'interno dell'ambito della responsabilità per diritto colposo, "occorre ulteriormente distinguere […] tra le ipotesi di colpa cosciente e di colpa impropria, da un lato, da quella di colpa incosciente, dall'altro".

[15] L'art. 307 4° co. c.p. presenta la seguente formulazione: "agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole".

[16] Tuttavia, ad assecondare la prospettiva della Corte, ove si ragioni in termini presuntivi, neppure un vincolo di parentela ben più stretto avuto riguardo all'*id quod plerumque accidit* è oggi in grado di offrire, nel contesto sociale contemporaneo, la certezza che l'agente stia effettivamente patendo una sofferenza equiparabile a quella che potrebbe derivargli dall'irrogazione di una *poena forensis*. Così M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 274 ove l'autore sottolinea che "anche restringendo il cerchio alla sola famiglia nucleare non si potrebbe insomma escludere a *priori* che il vecchio adagio 'parenti serpenti, cugini assassini, fratelli coltelli' non venga ad applicarsi […]".

configurazione come causa di non punibilità, in particolare con riferimento all'iscrizione della pronuncia nel casellario giudiziale, alla capacità della stessa di formare il giudicato sull'illiceità penale della condotta e, conseguentemente, alla possibilità di impugnazione della pronuncia medesima. Non vi sarebbero, pertanto, ragioni di carattere costituzionale che giustifichino l'attribuzione alla pena naturale (derivante da omicidio colposo del prossimo congiunto) della qualifica di causa di non procedibilità, piuttosto che di esimente di natura sostanziale[17].

3.1. Qualche riflessione sulle statuizioni della Consulta.

Gli innumerevoli paletti che la Corte costituzionale sembrerebbe aver posto al futuro giudice rimettente, così come la conseguente incisiva perimetrazione della *poena naturalis*, hanno fatto si che la decisione costituzionale venisse resa oggetto di numerose critiche da parte della dottrina.

La pena naturale, si presenta, in effetti, come una misura sostanzialmente circoscritta, limitata, in primo luogo, non già all'insieme dei fatti colposi indicati dal giudice rimettente, ma esclusivamente a quelli di minore gravità[18]. L'impianto che pare emergere dalle motivazioni è che soltanto in presenza di ipotesi di colpa connotate da particolare tenuità, in quanto riconducibili a forme di colpa incosciente e generica, possa assumere significato il riconoscimento, in sede giuridica, della sofferenza patita dall'agente quale conseguenza della commissione del fatto di reato. Non può eludersi l'interrogativo se tale convincimento sia effettivamente sorretto da adeguati fondamenti argomentativi, ovvero se non si sia, piuttosto, al cospetto di una presa di posizione connotata da un'impronta più ideologica che genuinamente giuridica[19].

Di incerta identificazione, infatti, appare il fondamento teorico in base al quale la pena naturale potrebbe spiegare effetti con riferimento alla colpa generica, ma non a quella specifica, ovvero alla colpa incosciente, escludendone invece l'incidenza nelle ipotesi di colpa cosciente. Pertanto, non appare perspicua la *ratio* sottesa alla differenziazione (già sul piano astratto) tra le diverse forme di colpa ai fini del riconoscimento della pena naturale: l'unica conclusione ragionevolmente sostenibile sembra essere che una giustificazione autenticamente coerente di tale distinzione, in realtà, non vi sia[20].

---

[17] Sul punto si veda T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 2, il quale ritiene che "per riconoscere alla 'pena naturale' una funzione surrogatoria rispetto alla pena legalmente prevista, non si può prescindere da una sentenza di condanna".

[18] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 264. Contrariamente, D. PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo. L'humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. e proc.*, 6, 2024, 777, secondo cui la sentenza parrebbe aprire la strada anche ai reati dolosi "laddove si è espressa a favore della delimitazione dell'area di rilevanza ai soli delitti".

[19] *Ut supra*, 265.

[20] *Ut supra*, 266. L'Autore, per suffragare la non condivisibilità di tale distinzione, ricorre a degli esempi. Si consideri l'ipotesi di un giovane medico di turno che, suo malgrado, si trovi nella necessità di prestare assistenza alla sorella ricoverata e che, sopraffatto dall'agitazione derivante dalla situazione, incorra in un

È indubbio, infatti, che debba pur sempre ravvisarsi un rapporto di proporzionalità tra la gravità della pena naturale e l'entità dei danni cagionati dal reo; nondimeno, tale esigenza di simmetria non può condurre, di per sé, a escludere il rilievo di pene naturali particolarmente severe in presenza di fatti colposi altrettanto gravi. Il baricentro della valutazione dovrebbe, in definitiva, ritenersi integralmente imperniato sull'intrinseca gravità della pena naturale patita e sulle modalità con cui essa si rivela idonea a incidere sulle finalità cui la poena *forensis* sarebbe chiamata ad assolvere ove si aggiungesse alla prima, anziché sostituirvisi[21].

Parimenti problematica si presenta, peraltro, l'adesione al convincimento, espresso in sentenza, secondo cui eccessivamente ampia risulterebbe la nozione di "prossimo congiunto" di cui all'art. 307, comma 4, c.p. Invero, anche ove si intendesse aderire alla prospettiva della Corte, la preoccupazione evocata finirebbe per rivelarsi eccessivamente circoscritta nella misura in cui trascura che, ove si ragioni in termini presuntivi, neppure il vincolo di parentela più stretto, avuto riguardo all'*id quod plerumque accidit*, è oggi in grado di offrire, nel contesto sociale contemporaneo, la certezza che l'agente stia effettivamente patendo una sofferenza equiparabile a quella che potrebbe derivargli dall'irrogazione di una *poena forensis*[22].

Si potrebbe allora, ad esempio, ipotizzare di valorizzare l'intensità del legame affettivo concretamente intercorrente con l'agente, prescindendo dalla mera sussistenza di vincoli formali, i quali non sempre si rivelano idonei a qualificare in modo adeguato la consistenza dei sentimenti e delle relazioni effettivamente esistenti[23].

Nondimeno, una siffatta proposta implica, come prontamente osservato dalla dottrina, che risulterebbe arduo configurare uno spazio effettivo di intervento della

---

errore diagnostico, somministrandole un farmaco cui ella risulti allergica e determinandone così il decesso. In tale ipotesi, la pena naturale si configurerebbe con un contenuto afflittivo sostanzialmente coincidente con quello della pena statale, il che comporta, in primo luogo, che il medico, a seguito dell'evento, non sarà più lo stesso e non necessiterà di ulteriori sanzioni per astenersi dal compiere comportamenti analoghi; in secondo luogo, che, agli occhi della collettività, l'irrogazione della *poena forensis* potrebbe non produrre alcun beneficio concreto sotto il profilo generalpreventivo.

[21] M. E. FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *La legisl. pen.*, 15 novembre 2023, 18 s. È d'obbligo, tuttavia, segnalare come T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3, appaia orientato in senso difforme, sostenendo che possa ben verificarsi come, a seguito dell'infortunio mortale occorso al figlio trasportato a bordo di un veicolo condotto a velocità sconsiderata, il padre ne risulti profondamente e drammaticamente segnato, sino a sopportare una sofferenza che, sotto il profilo retributivo, appaia proporzionata alla gravità del fatto e al grado di colpevolezza; ciò nondimeno, da tale circostanza non conseguirebbe automaticamente il venir meno di un'esigenza di prevenzione speciale.

[22] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 274. L'autore, condivisibilmente a parere di chi scrive, ritiene che "anche restringendo il cerchio alla sola famiglia nucleare non si potrebbe insomma escludere a *priori* che il vecchio adagio 'parenti serpenti, cugini assassini, fratelli coltelli' non venga ad applicarsi […]".

[23] D. PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo. L'humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, cit, 776. Secondo la dottrina latino-americana, C. BOBADILLA BARRA, *La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*, in *Polít. crim.*, 2016, 11, 22, 548 ss, la pena naturale deve tradursi in "un'alterazione, connotata da sofferenza dell'esistenza dell'individuo", sicché il giudice non può limitarsi alla mera valutazione degli elementi oggettivi, ma è tenuto a considerare anche le circostanze, incluse quelle di carattere soggettivo, che hanno accompagnato la commissione del fatto.

Corte costituzionale sulla questione della *poena naturalis*. Ove la stessa proponibilità della questione risultasse subordinata a una previa valutazione del giudice in ordine alla sussistenza, tra l'autore del fatto e la vittima, di un rapporto in concreto idoneo a fondare quell'equivalenza poc'anzi richiamata, ne deriverebbe una significativa compressione dello spazio valutativo della Corte; quest'ultima, infatti, vedrebbe inevitabilmente circoscritta la possibilità di apprezzarne o sindacarne la rilevanza poiché il vaglio risulterebbe integralmente rimesso alla valutazione effettuata dal giudice in sede di merito[24].

Da ultimo, la Consulta non ha (invero, stavolta, condivisibilmente[25]) accolto la prospettazione del Tribunale toscano, nel senso dell'improcedibilità, rilevando come l'adesione a tale soluzione risulti sorretta esclusivamente dall'assunto, privo tuttavia di un vincolo costituzionale, secondo cui sarebbe opportuno evitare all'autore del reato, già colpito dalla pena naturale, l'ulteriore sofferenza connessa all'instaurazione o alla prosecuzione del procedimento penale. Invero, affinché alla pena naturale possa riconoscersi una funzione surrogatoria rispetto alla pena legalmente prevista, non sembra potersi prescindere dall'adozione di una sentenza di condanna. Qualora, infatti, difettasse anche uno soltanto dei presupposti della responsabilità, il giudice non avrebbe alcuna ragione di trascurarne la rilevanza; d'altro canto, la stessa sofferenza derivante dal fatto commesso, per poter essere qualificata come *poena*, presupporrebbe necessariamente il previo accertamento della responsabilità dell'agente[26]. Diviene a questo punto evidente come la norma eventualmente destinataria della censura di incostituzionalità dovrebbe essere l'art. 533, comma 1 c.p.p. nella parte in cui, dopo aver stabilito che il giudice pronunci "sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio", prosegue disponendo che "con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza". Ne conseguirebbe, pertanto, l'esigenza di intervenire sul rapporto di necessaria correlazione tra la pronuncia di condanna e l'applicazione della pena, attenuandone il carattere di assoluta indefettibilità[27].

---

[24] I dubbi circa la possibilità di "attribuire alla 'sartoria' della Corte costituzionale la confezione dell'abito normativo necessario per rivestire la pena naturale" sono di T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 5, il quale reputa necessaria la "sartoria legislativa".

[25] Concordi sul punto T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 2; D. PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo*, cit., 777.

[26] A ben vedere, l'art. 40 del Progetto Pagliaro del 1992 prevedeva che il giudice "nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale".

[27] T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 2.

4. Le "valvole di sfogo" per escludere la pena forense, nella prospettiva della Procura di Milano.

Ritornando ora alla tragica vicenda sottoposta al vaglio della Procura milanese, del tutto evidente il rischio che la stessa, con riferimento al tema della *poena naturalis*, potesse arenarsi nelle 'sacche' dell'autorevole *decisum* della Consulta, di poco anteriore.

E tuttavia, nella coraggiosa richiesta di archiviazione, il pubblico ministero esplora e 'soppesa' le diverse alternative astrattamente prospettabili in una fattispecie di tal fatta. La soluzione di più rapida e di immediata prospettazione: "proporre alla madre di patteggiare una pena minima, a pena sospesa"[28]. Senz'altro, pur con "buona dose di cinismo"[29], soluzione più elusiva che risolutiva del nodo giuridico.

Tale opzione viene, tuttavia, presto esclusa, dovendosi ritenere che una condanna, seppur minima, non sarebbe in grado di valorizzare la drammatica situazione in cui versava l'indagata e che l'ordinamento, in tal caso, reagirebbe "senza alcuna ragione o necessità e soltanto per riaffermare una norma di divieto", strumentalizzando di fatto la persona sottoposta a giudizio. Un simile approccio, pur ricorrente nella prassi applicativa per fattispecie analoghe, finirebbe per sottrarre al diritto la sua funzione strumentale, trasformandolo in una sorta di valore fine a sé stesso[30].

Nella prospettiva di ricercare nella tessitura ordinamentale vigente delle "valvole di sfogo [...] che consentano di escludere la punibilità (e anche 'la pena del processo')"[31], è nella disposizione dell'art. 131-*bis* c.p. che il magistrato individua la seconda opzione, lo strumento "servente allo scopo" che consentirebbe di archiviare il procedimento *ex* art. 411 c.p.p.

L'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto appare, secondo l'interpretazione del pubblico ministero, idoneo a garantire piena attuazione tanto del principio di proporzionalità della pena (in quanto "aggiungere alla sofferenza naturale la pena statale determinerebbe una sproporzione tra reato e pena, che verrebbe in buona sostanza inflitta due volte"), quanto del principio di colpevolezza, "reputando lievi fatti che, pur provocando gravi lesioni, sono connotati da colpevolezza minima (colpa incosciente)"[32]. In tale prospettiva, la non punibilità emerge quale logica conseguenza della considerazione secondo cui, in contesti analoghi a quello in esame, alla luce del grado di colpevolezza, della gravità delle conseguenze e delle finalità rieducative della

---

[28] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 2.

[29] L'espressione è di N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 121.

[30] *Ibidem*, ritiene che sarebbe un mero esercizio di formalismo illusorio ritenere che l'irrogazione della pena nel caso in esame possa assolvere a una qualsivoglia delle funzioni a essa tradizionalmente attribuite. Inoltre, "sarebbe impossibile disconoscere la torsione applicativa dell'istituto della sospensione condizionale della pena, chiamato a svolgere non il ruolo special – preventivo che gli è da sempre assegnato, ma un ruolo di strumento clemenziale *extra ordinem*".

[31] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 3.

[32] *Ibidem*, 3.

pena, "una reazione penalistica risulta non solo inutile, ma addirittura controproducente"[33].

A ben vedere, è però lo stesso rappresentante dell'accusa che osserva come l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. richiederebbe preliminarmente di superare l'inciso contenuto nel capoverso della norma, laddove il legislatore dispone che l'offesa "non può essere ritenuta di particolare tenuità […] quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona"[34].

Con la conseguenza che, qualora l'art. 131-*bis* c.p. venisse interpretato alla luce degli orientamenti restrittivi che ne hanno sinora prevalentemente contraddistinto l'applicazione, residuerebbe uno spazio assai esiguo per prospettare il riconoscimento, nel giudizio di particolare tenuità del fatto, di efficacia esimente alla pena naturale.

Per contro, le cose cambierebbero allorquando tale disposizione venisse interpretata – per così dire – al massimo delle sue potenzialità[35]. In particolare, sembra potersi prospettare un'interpretazione del succitato inciso tale da impedirne un'applicazione così marcatamente limitativa dell'ambito di operatività della norma[36]. La precisazione secondo cui "la morte o le lesioni gravissime di una persona" debbano apprezzarsi "quali conseguenze non volute della condotta" risulterebbe del tutto pleonastica qualora la preclusione fosse ritenuta applicabile anche ai reati colposi, giacché è pacifico che dalle condotte colpose discendano, per loro stessa natura, conseguenze essenzialmente non volute. Pertanto, la precisazione parrebbe acquistare significato soltanto ove si riconosca che, mediante essa, il legislatore abbia inteso escludere l'applicazione della norma con riferimento alle condotte dolose dalle quali derivino "conseguenze non volute", precludendone l'operatività unicamente con riguardo ai reati preterintenzionali e a quelli aggravati dall'evento. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali una condotta illecita volontariamente posta in essere dà luogo a esiti più gravi di quelli originariamente previsti o messi in conto dall'agente; circostanza che renderebbe illogica l'applicazione a tali fattispecie di un giudizio di particolare tenuità, giacché esse si innestano pur sempre su una condotta di base dolosa[37].

---

[33] *Ibidem*, 3.

[34] In termini ampliamente critici sull'introduzione delle preclusioni di cui al secondo comma, V. BOVE, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2019, 54 s., la quale ritiene che "inserendo una tipologia specifica di ipotesi di non tenuità, individuata in astratto ed in via assoluta, rispetto alle quali viene esclusa la possibilità di riconoscere la causa di non punibilità in esame, il legislatore delegato ha abbandonato il principio della proporzionalità e della valutazione in concreto del fatto ed è andato ben oltre gli ambiti fissati dal legislatore delegante, lasciando fondatamente ventilare il vizio di eccesso di delega".

[35] In tema di potenzialità inespresse, M. E. FLORIO, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *La legisl. pen.*, 30 gennaio 2023, 11 s., ritiene che l'art. 131-*bis*, se opportunamente valorizzato, "rappresenterebbe forse la carta migliore che il nostro ordinamento avrebbe da giocarsi per attuare finalmente, già *de iure conditio*, una depenalizzazione in concreto e in via generale delle ipotesi di colpa ritenute meno gravi, in modo tale da mettersi in pari col resto degli ordinamenti europei".

[36] Critica ampiamente questa preclusione L. CORNACCHIA, *Condizioni negative di punibilità*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a cura di) S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, Bologna, 2017, 735, ritenendo che in essa scorge "l'esplicita legittimazione della responsabilità oggettiva".

[37] Invero, in sede di primo commento, gli interpreti avevano rilevato come fosse chiara la volontà del

In tal modo, la disposizione potrebbe ritenersi suscettibile di applicazione nelle ipotesi in cui da un fatto cagionato per colpa (e non già da condotte dolose o preterintenzionali) siano derivate, quali conseguenze non volute, la morte ovvero le lesioni gravi o gravissime della vittima[38]. In sintesi (ed in conclusione), l'art. 131-*bis* c.p., ove interpretato nella pienezza delle sue potenzialità applicative, parrebbe astrattamente idoneo a fondare una declaratoria di non punibilità dell'agente - analogamente a quanto da sempre consentito dal § 60 *StGB* nell'ordinamento tedesco - nelle ipotesi in cui, "soppesando il grado della colpevolezza […] la gravità delle conseguenze prodotte dal reato e le finalità della pena, si [imponga] immediatamente la conclusione che una reazione da parte del diritto penale non avrebbe più alcuna funzione significativa da svolgere, sia nell'interesse del reo che della collettività"[39].

Qualora non si ritenesse di aderire a tale esegesi e, conseguentemente, si reputasse impossibile attribuire rilievo, *de iure condito*, alla sofferenza "naturale", secondo la prospettazione del pubblico ministero – e si perviene così alla terza ed ultima via delineata nella richiesta di archiviazione – non residuerebbe altra soluzione se non quella di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 582 e 583, comma 2, n. 1, c.p., nella parte in cui sanzionano "le lesioni personali gravissime cagionate per colpa incosciente dalla madre al figlio per contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost. nella parte in cui vieta pene inumane"[40].

Quest'ultima, in dottrina[41], è ritenuta la 'via maestra', l'unica istituzionalmente corretta e decisiva ai fini del riconoscimento della pena naturale. Secondo tale impostazione, in verità del tutto condivisibile, la soluzione non può consistere in forzature interpretative di istituti concepiti per finalità differenti, come l'art. 131-*bis* c.p., le quali finirebbero per compromettere la coerenza e l'unitarietà del sistema normativo. Si impone, invero, una questione di legittimità di carattere minimale, costruita in modo quasi 'sartoriale' sul caso concreto al fine di oltrepassare i limiti delineati dalla Corte nella precedente pronuncia di infondatezza, dovendosi articolare la censura non già sulla procedibilità del reato, bensì sull'incostituzionalità dell'irrogazione di una pena

---

legislatore di far rientrare, all'interno dell'eccezione, la preterintenzione e i delitti aggravati dall'evento; d'altro canto, "meno chiaro risulta l'atteggiamento rispetto alla colpa", così S. QUATTROCOLO, *Delazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Proc. pen. e giust*., 2015, 164.

[38] M. E. FLORIO, *Tenuità del fatto e grado della colpa*, in A. GULLO, V, MILITELLO e T. RAFARACI (a cura di), *Giustizia penale, ripresa economica e recovery found. Verso la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio. Atti del XI corso di Formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli"*, Milano, 2022, 190. Rilettura dell'art. 131-*bis*, peraltro, non esente da alcuni recepimenti giurisprudenziali, v. T. Rovereto, 29 gennaio 2019; Cass. pen., 9 ottobre 2019, n. 42892. Rilettura, invece, apprezzata ma non condivisa da N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 121, che ritiene che l'intenzione del legislatore sia chiarissima e copra "l'intero perimetro dei fatti colposi".

[39] K. LACKNER E K. KHÜL, *§ 60 StGB*, in K. LACKNER, K KHÜL, M. HEGER (Hrsg.), *StGb Kommentar*, München, 2014, Rn. 3.

[40] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 4. Giova tuttavia segnalare che, a parere di chi scrive, la questione di legittimità costituzionale avrebbe dovuto essere sollevata con riferimento agli artt. 589 e 590 c.p.

[41] N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 122.

ormai deprivata di qualsiasi funzione rieducativa e, per l'effetto, contraria al principio di umanità[42].

5. *De lege lata*, l'opportunità di un "secondo esame" per la *poena naturalis*.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, d'obbligo interrogarsi sulle possibili direttrici di sviluppo dell'istituto, procedendo ad una disamina delle diverse soluzioni prospettabili.

In seno al dibattito sin qui stratificatosi sul tema non sembra essersi consolidato un consenso significativo né in ordine alla reale propensione della Consulta ad accogliere un'eventuale, più dettagliatamente articolata, questione di legittimità costituzionale, né, d'altra parte, circa l'opportunità stessa di perseverare nel sollecitare l'intervento della Corte[43].

Non può sottacersi che, se da un lato la delimitazione del *petitum* entro confini più circoscritti potrebbe accrescere le probabilità di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, d'altro canto l'ambito di rilevanza che verrebbe così riconosciuto, per via costituzionale, alla *poena naturalis* rischierebbe di risultare talmente angusto da far "dubitare comunque del senso di perorare il raggiungimento di una siffatta valorizzazione"[44].

Tuttavia, in attesa che la "sartoria legislativa" elabori una veste normativa idonea a consentire l'ingresso e la piena sistemazione della *poena naturalis* nell'ordinamento penale, si può ritenere che il provvisorio "straccio"[45] che eventualmente offrirebbe la Corte costituzionale costituirebbe un primo ed essenziale passo evolutivo, aprendo la strada a ulteriori quesiti di legittimità che, in tempi brevi, potrebbero generare un vero e proprio "sciame"[46] di precedenti giurisprudenziali.

Potrebbe, altresì, delinearsi uno scenario differente qualora la Corte decidesse di non addentrarsi nella materia senza prima aver fornito al legislatore la possibilità di farsi carico della medesima. Ci si riferisce, in particolare, al modello decisionale cd. a "due

---

[42] M. GALLO, *Il dolore di una madre, il dubbio di un PM: un altro caso che interroga sulla pena naturale in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2026, 108.

[43] Rilievo effettuato da M. E. FLORIO, *Spigolature sulla "pena naturale", anche alla luce di alcune vicende e scritti recenti*, in *Pena Forense e pena naturale, tra filosofia e giustizia penale. Atti del seminario tenutosi presso l'Università degli Studi di Genova*, 29 settembre 2025, in *Sist. pen.*, 2026, 33, 34.

[44] M. E. FLORIO, *Ancora qualche considerazione sulla pena naturale: una rivoluzione mancata?* in *Giur. cost.*, 2024, 1087. Come rileva L. BARON, *La poena naturalis. Brevi note a margine di una drammatica vicenda*, in *Dir. di Difesa*, fasc. 1-2, 1° marzo 2025, 19, infatti, la circoscritta portata dell'eventuale intervento manipolativo della Corte, limitato al solo ambito delle lesioni gravissime cagionate con colpa incosciente, "lascerebbe comunque scoperto un esteso spettro di fattispecie rispetto alle quali ben potrebbe ravvisarsi la medesima […] esigenza di valorizzazione della *poena naturalis*".

[45] La terminologia è di N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 120, che segue la metafora tessile proposta da T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, cit.

[46] L'espressione è di V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen e proc.*, 2014, 457 s.

tempi" (già sperimentato nel caso Cappato/Febo)[47], secondo il quale la Consulta pronuncia una sentenza di inammissibilità della questione, rivolgendo un monito al legislatore affinché egli intervenga onde rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato. Solo in caso di ulteriore inerzia normativa, il giudice delle leggi potrebbe dar corso alla censura di incostituzionalità così prospettata, richiamando il Parlamento alle proprie responsabilità[48].

Si ritiene, correttamente ad avviso di chi scrive, che la scelta di non dar seguito all'invito formulato dal Tribunale fiorentino non debba essere letta come un segnale rivelatore circa una presunta volontà della Corte, di fronte alla questione della *poena naturalis*, di sottrarsi al dialogo con il legislatore. Piuttosto, essa attesta il perdurante rispetto istituzionale della Consulta nei confronti delle prerogative legislative, al punto da non ritenere opportuno neppure avviare un confronto diretto con il Parlamento.[49] Parrebbe che la Corte, rilevato fosse la prima volta che il tema della *poena naturalis* (con le rilevanti potenzialità innovative che il suo eventuale ingresso nell'ordinamento penale potrebbe dispiegare) veniva sottoposto al vaglio di costituzionalità e valutata, al contempo, la stessa configurazione del *petitum* attraverso il quale si sollecitava il riconoscimento di una veste giuridica a tale figura, abbia ritenuto opportuno differire ad altra occasione l'avvio di un più esplicito confronto con il legislatore, nell'attesa che maturassero condizioni maggiormente favorevoli a una simile interlocuzione istituzionale[50].

In definitiva, una questione di legittimità costituzionale ben circoscritta, modellata su un caso paradigmatico (come avrebbe potuto essere quello milanese[51]), potrebbe condurre la Consulta a una decisione di accoglimento, attraverso la quale verrebbe accertata la presenza di un *vulnus* costituzionale e, al contempo, rimarcata con particolare incisività la non più procrastinabile necessità di un intervento legislativo[52].

---

[47] *Cfr.* Corte cost. sent. n. 207/2018, in *Foro it.*, 1, 2020, 2565 s. [nota di R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*].

[48] M. E. FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *La legisl. pen.*, 2023, 31.

[49] E. PENCO, *In uno specchio, in un enigma. La Corte costituzionale di fronte alla pena naturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1453 s. L'autore, in particolare, ritiene che si tratti di una disposizione (quella che positivizzerebbe la pena naturale) "che certamente troverebbe un suo fondamento giustificativo nei canoni della proporzionalità, umanità e necessità della pena, che potrebbe sicuramente contare su solidi riferimenti in ottica comparata, che di certo contribuirebbe ad allineare il nostro ordinamento a una tradizione positiva ampiamente condivisa, ma la cui opportunità e le cui fattezze non possono essere valutate e tratteggiate dal Giudice delle leggi […]".

[50] L. BARON, *La poena naturalis. Brevi note a margine di una drammatica vicenda*, cit., 20. Sul punto, in senso conforme, v. N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 125, 126.

[51] *Cfr.* nt. 7.

[52] N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 125 s. L'autore richiama il perentorio monito del Giudice delle leggi, "a ciascuno il suo", espresso nella sentenza n. 230 del 1987, sostenendo che tale principio debba costituire un fondamentale richiamo per la Corte. In particolare, anche qualora si prospettino soluzioni tecniche differenti nell'ottica della *reductio ad legitimitatem*, la Corte mantiene il ruolo imprescindibile di tutela dei diritti fondamentali, al quale non può sottrarsi.

6. *De lege ferenda*, gli ipotetici 'spazi codicistici' per la pena naturale.

In tal segmento conclusivo occorre soffermarsi, sia pur a volo d'uccello, su alcune questioni che, in prospettiva *de iure condendo*, il legislatore dovrebbe affrontare.

Il primo è rappresentato dalla modalità giuridica, in sede sostanziale o processuale, di riconoscimento e applicazione della pena naturale. L'idea di valorizzare quest'ultima prescindendo dalla celebrazione di un processo, nonostante essa non manchi di esercitare un certo fascino[53], si è attirata critiche pressoché unanimi per ragioni certamente fondate. Il nostro ordinamento è notoriamente incentrato sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, rinvenibile all'interno dell'art. 112 Cost.; quest'ultimo comporta, secondo l'opinione prevalente, l'obbligatorietà dello svolgimento delle indagini preliminari ogni qualvolta si ravvisi una *notitia criminis* e, pertanto, l'obbligo per il pubblico ministero di compiere tutte le investigazioni necessarie a stabilire se per una notizia di reato debba o no essere promossa l'azione penale. Altrimenti detto, "[d]isattenderebbe tale indicazione normativa l'ufficio che omettesse un'indagine non perché la ritenga improduttiva a quel fine, ma perché reputi non opportuno […] attivare dei controlli circa la fondatezza" della notizia[54].

D'altro canto, non può escludersi che taluno, aderendo ad una lettura meno polarizzata dell'art. 112 Cost.[55], non possa ritenere plausibile e comunque conforme a Costituzione l'ipotesi di attribuire alla pena naturale già sofferta dal reo la configurazione di una causa di improcedibilità, ovvero di un istituto suscettibile di operare in una fase ben anteriore all'apertura del dibattimento, a condizione, tuttavia, che ne venga fornita una definizione normativa quanto più possibile chiara e univoca[56]. In particolare, in quest'ottica, l'obbligatorietà può essere letta come "legalità, e cioè necessità di prevedere in via generale ed astratta le condizioni che possono rappresentare un ostacolo al promovimento dell'azione penale e, quindi, necessità di

---

[53] Invero, il modello processuale è presente soprattutto in vari Paesi dell'America Latina, ove vige il principio dell'opportunità dell'azione penale: il PM può astenersi dall'esercitare l'azione penale allorquando ritenga che il soggetto agente sia stato colpito gravemente dalle conseguenze del delitto commesso [*cfr*, per tutti, G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2025, 8 s.]. Inoltre, occorre ricordare come lo stesso giudice rimettente avesse chiesto, nella sua ordinanza di rinvio alla Corte, di intervenire in chiave additiva sull'art. 529 c.p.p., ovvero la norma che disciplina le cause di non procedibilità.

[54] O. DOMINIONI, *voce Azione penale*, in *Dig. Disc. Pen*., I, Torino, 1988, 409 s.

[55] R. E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e irrilevanza del fatto*, in *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996, 207 s. L'autore riconosce come la concezione in termini di assoluta rigidità del principio di obbligatorietà dell'azione penale sia irrealistica e rappresenti "una bugia convenzionale".

[56] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 296. *Cfr.* O. DOMINIONI, *Obbligatorietà dell'azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2021, 17.

stabilire criteri sufficientemente determinati di modo che sia esclusa ogni valutazione di convenienza del pubblico ministero"[57].

Ciò posto, deve tuttavia osservarsi che, sebbene non sembrino ravvisabili ostacoli davvero insormontabili all'ipotesi di attribuire alla pena naturale uno spazio operativo già in fasi anteriori all'instaurazione del dibattimento, la configurazione della stessa quale vera e propria causa di proscioglimento in rito risulterebbe comunque impropria[58]. Qualora si intendesse valorizzare, nel nostro sistema, la *poena naturalis* in chiave processuale, risulterebbe senz'altro necessario ricostruirla alla stregua di causa di non punibilità "ibrida", sulla falsariga dell'art. 131-*bis* c.p., piuttosto che configurarla come una causa di improcedibilità in senso stretto[59].

Rivolgendo ora l'attenzione al versante sostanziale, quest'ultimo di gran lunga, se non quasi interamente, privilegiato dalla dottrina, l'introducendo istituto dovrebbe essere modellato secondo la fisionomia di una causa di non punibilità in senso stretto, idonea a imporre al giudice di pervenire a un'esenzione da pena nei confronti dell'autore del reato qualora questi abbia tratto dal fatto una sofferenza tale da rendere superfluo, alla luce delle finalità della pena, l'intervento della *poena forensis*. Tale lettura pare meglio descrivere la tipologia di vicenda oggetto di analisi, ove la mancata punizione del *reo* non proviene da una astratta scelta politica del legislatore di non punire, ma è frutto dell'impossibilità, in concreto, di comminare una pena che possa conservare un qualunque significato positivo[60].

Ulteriore profilo meritevole di particolare attenzione attiene all'elemento soggettivo sotteso alle fattispecie che potrebbero essere interessate – per struttura tipica – dalla pena naturale, il quale si configura come uno dei profili di maggior delicatezza[61]. Da un lato, può rilevarsi come, ove si individui la *ratio* della scelta di attribuire rilievo ai casi di pena naturale nell'esigenza di dare concreta attuazione al principio di umanità -

---

[57] R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2000, 1473 s. L'obbligatorietà dell'azione penale, in sostanza, viene letta come esclusione del principio di opportunità, inteso (quest'ultimo) come "attribuzione al pubblico ministero della facoltà di non esercitare l'azione penale per motivi contingenti ed estemporanei".

[58] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 299. In senso analogo, G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, cit., 28; N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 127.

[59] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 300.

[60] *Ibidem*, 303; N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 127. In senso analogo anche G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, cit., 39, il quale propone anche la possibilità di impostare un modello commisurativo che consenta al giudice di scegliere tra un sostanzioso abbassamento di pena nei casi "ordinari" e l'esclusione *tout court* della stessa allorquando appaia palmare l'assenza di ragioni di una sua applicazione.

[61] Non è forse un caso che, con riferimento all'elemento psicologico, nei due progetti di riforma del codice penale (il primo non distingue tra dolo e colpa mentre il secondo si, ma solo nella misura in cui, in caso di dolo, gli effetti pregiudizievoli devono verificarsi solo a carico dell'agente), nella proposta contenuta nell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale (viene ipotizzata l'esclusione della pena solo in caso di fatti colposi) e nella replica di quest'ultima (ove si sottolinea come 'c'è colpa e colpa') vi siano quattro punti di vista differenti.

nella misura in cui esso consente di negare, in tutto o in parte, la necessità dell'irrogazione della pena - non pare coerente introdurre, già *in limine*, un discrimine fondato sul versante dell'elemento soggettivo[62]. Invero, il sentimento di compassione per le conseguenze afflittive di ordine naturale che abbiano colpito l'autore del fatto non sembra incontrare limiti apprezzabili in relazione alla specifica configurazione del suo atteggiamento psicologico[63]. Dall'altro lato, parte della dottrina osserva come, avuto riguardo al concreto svolgersi delle dinamiche parlamentari e alle fisiologiche esigenze di gradualità che spesso accompagnano l'introduzione di nuovi istituti nell'ordinamento (tanto più quello in parola), potrebbe rivelarsi più prudente limitare, almeno in una fase iniziale, l'ambito applicativo della disciplina ai soli reati colposi. Una simile opzione consentirebbe di far guadagnare all'istituto un primo, sommesso approdo all'interno dell'ordinamento pur sempre potendosi, in un momento successivo, prendere in considerazione un'estensione dei suoi effetti anche ad ulteriori ipotesi di reato[64].

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, a giudizio di chi scrive la pena naturale può essere compiutamente concepita soltanto allorché la pena forense cessi di essere intesa quale un dogma retributivo fine a sé stesso, quasi fosse un 'tributo' da rendere a una 'divinità offesa', per assumere autenticamente la fisionomia di uno strumento razionale orientato al perseguimento di determinate finalità. Si pensi, ad esempio, a quei fatti dolosi in cui non si verifica nessun danno rilevante per la vittima e, invece, si producono conseguenze gravissime per il *reo*: quale finalità potrebbe mai avere la pena statale per un ladro che, dopo aver commesso un furto in un'abitazione, cade da una finestra e rimane paralizzato?[65]

Pertanto, ove si ritenesse configurabile un vincolo volto alla valorizzazione in concreto della *poena naturalis*, esso non potrebbe che riferirsi alla generalità delle ipotesi in cui quest'ultima sia idonea a privare di effettivo significato la pena statuale, ricomprendendo, senza distinzioni aprioristiche, tanto i reati dolosi quanto quelli colposi (in relazione ai quali si siano verificati esiti gravissimi in capo all'agente), siano essi di maggiore o di minore gravità[66].

---

[62] G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, cit., 32.

[63] J.L. GUZMAN DALBORA, *Pena natural y commensuración de la pena*, in J. COUSO SALAS – H. HERNÁNDEZ BASUALTO – F. LONDOÑO MARTÍNEZ, *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021, 284 s., infatti, evidenzia come la compassione si configuri quale forma di partecipazione alla sofferenza altrui che prescinde dalla considerazione delle cause che l'hanno generata.

[64] N. RECCHIA, *A ciascuno il suo! Brevi note sul recente tragico caso milanese di "pena naturale"*, cit., 128. L'Autore osserva, altresì, come sia proprio nell'ambito dei reati colposi che si registri la più ampia incidenza di ipotesi di pena naturale, le quali risultano frequentemente foriere delle conseguenze più percepibili come inique.

[65] L'esempio è di M. E. FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, cit., 22.

[66] In tal senso, G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, cit., 32; M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 272; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 414 s.

Da ultimo, prescindendo per esigenze di economia della trattazione dall'ulteriore nodo rappresentato dai limiti di pena[67], occorre indugiare sull'estensione soggettiva a soggetti diversi dall'autore del reato.

Sul punto, come illustrato in precedenza, la Corte costituzionale aveva ritenuto che la nozione di prossimi congiunti, richiamata dal giudice a *quo* nell'ordinanza di rimessione, fosse troppo estesa per il fine specifico della valorizzazione della pena naturale.

Cerchiamo di fare chiarezza. Premesso che il concetto di pena naturale possa ragionevolmente ricomprendere, quali sofferenze effettivamente rilevanti, soltanto quelle derivanti da danni gravi e irreversibili che l'agente abbia cagionato a sé medesimo o a persone a lui particolarmente "vicine", e posto, pertanto, che si intenda attribuire rilievo anche a patimenti di natura psichica, il loro accertamento richiede, evidentemente, una ricognizione ben più attenta alle peculiarità del caso concreto, nonché alla specifica attitudine del soggetto agente nel confrontarsi con il dolore sperimentato[68]. Diversamente, i pregiudizi di carattere fisico che ricadono direttamente sull'autore del fatto si prestano, nel complesso, a una più agevole verifica in sede processuale, tanto con riguardo alla loro effettiva verificazione quanto alla loro consistenza.

Ciò detto, nel convincimento di chi scrive, nell'eventualità di un intervento legislativo volto alla positivizzazione della pena naturale, sembrano profilarsi due possibili opzioni normative. Da un lato, la disposizione potrebbe limitarsi a stabilire che la vittima debba essere necessariamente una persona legata all'agente da un rapporto di particolare prossimità affettiva, affinché da tale evento egli possa trarre una sofferenza giuridicamente rilevante. Dall'altro lato, in alternativa, la norma potrebbe individuare una specifica e delimitata categoria giuridica di soggetti quale unica effettivamente idonea a rientrare nel novero degli affetti rilevanti per il reo, dalla cui perdita o menomazione si presumerebbe il derivare di un patimento tale da potersi configurare quale pena (naturale). Orbene, considerando che la sfera degli affetti, segnatamente nel contesto sociale contemporaneo[69], può senz'altro estendersi anche a soggetti estranei al nucleo familiare in senso stretto, appare preferibile orientarsi verso la prima opzione. Tale soluzione, infatti, consente di evitare esiti disarmonici quali, per un verso, l'assoggettamento a un trattamento più severo di chi abbia effettivamente patito per la

---

[67] Invero, nella maggior parte degli ordinamenti che prevedono una disciplina dei casi di pena naturale, il legislatore ha fissato limiti massimi di sanzione oltre i quali non è consentito alcun effetto. Occorre, tuttavia, sottolineare che non si tratta, in questa sede, di una forma di pena sostitutiva, bensì della necessità di considerare una sofferenza che ha colpito l'autore del fatto; ne consegue che appare più corretto orientare la riflessione non tanto sulla gravità intrinseca del reato quanto, piuttosto, sul rapporto tra quest'ultimo e il patimento effettivamente subito [*cfr*. G. FORNASARI, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva de lege ferenda*, cit., 34].

[68] D. LE BRETON, *Esperienze del dolore. Fra distruzione e rinascita*, Milano, 2014, 244. L'autore osserva come il dolore non sia "deducibile da una ferita o da una lesione; la percezione che se ne ha dipende dal significato che vi è attribuito".

[69] C. SARACENO, *Coppie e famiglia. Non è questione di natura*, Milano, 2012, spec. 8 s. All'interno del contributo si sottolinea come quasi nessuno, al giorno d'oggi, intenda più la famiglia come un mero fatto di "sangue".

perdita di una persona a lui cara ma non riconducibile alla sfera familiare, e, per l'altro, l'assenza di punizione in casi in cui l'autore non abbia provato alcuna sofferenza dalla morte di un soggetto pur formalmente ricompreso nella predetta sfera.

Sicché la sofferenza di natura psichica sperimentata dal *reo*, chiarito che essa possa derivare unicamente da danni fisici gravi e irreversibili arrecati a sé medesimo o a soggetti legati all'agente da un autentico vincolo affettivo, concretamente accertato, dovrebbe essere oggetto di prova in sede giudiziale, con specifico riguardo alle circostanze peculiari del caso concreto. Ciò, al fine di stabilire se, in relazione alle risultanze emerse, il soggetto abbia effettivamente patito una sofferenza tale da poter essere considerata alla stregua di una pena naturale[70].

[70] M. E. FLORIO, *La pena naturale*, cit, 76. L'autore, inoltre, si premura di precisare che la situazione potrebbe configurarsi diversamente qualora si considerino le sofferenze psichiche derivanti da danni fisici patiti dallo stesso autore del reato, tenuto conto del principio del *favor rei*. Infatti, in tali casi, ci si potrebbe "accontentare" di una presunzione assoluta, non vincibile neanche ricorrendo a evidenze contrarie inequivocabili: "qualora l'agente non abbia ritratto una sofferenza psichica rilevante dalla perdita di deambulare o dalla perdita di entrambi gli arti superiori, della propria vista, e così via dicendo […], ciò non dovrebbe ridondare di certo a suo sfavore, portando addirittura a far ritenere che egli non abbia sperimentato una "pena naturale" nel senso proprio del termine, solo perché abbia reagito alla sventura in cui è incorso meglio di come avrebbero fatto molti altri al suo posto".

SISTEMA PENALE
10/2026

LA RESPONSABILITÀ OMISSIVA DELL'AMMINISTRATORE NON ESECUTIVO TRA ATIPICITÀ DEI POTERI IMPEDITIVI E RIPETITIVITÀ DELLE ANOMALIE

di Francesco Vincelli

Il presente lavoro analizza la responsabilità omissiva degli amministratori non operativi nelle società di capitali, con particolare riferimento al fondamento e ai limiti della loro posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. L'indagine prende le mosse dalla crisi dei modelli tradizionali di imputazione penale nelle organizzazioni societarie complesse, caratterizzate dalla frammentazione delle competenze gestorie e dalla distribuzione dei poteri decisionali. In tale contesto, la figura dell'amministratore non esecutivo pone una tensione strutturale tra ampiezza degli obblighi di vigilanza e limitatezza dei poteri impeditivi concretamente esercitabili. Particolare attenzione è dedicata al problema dell'atipicità dei poteri impeditivi e all'individuazione della condotta concretamente esigibile dal consigliere non operativo. In questa prospettiva, viene elaborato il modello della "atipicità governata", fondato su criteri selettivi di concreta disponibilità del potere impeditivo, ragionevole efficacia impeditiva e proporzionalità dell'intervento rispetto ai segnali di rischio percepibili. L'analisi valorizza inoltre il ruolo della ripetitività delle anomalie gestionali quale criterio di concretizzazione progressiva dell'obbligo impeditivo e quale elemento rilevante nell'accertamento del nesso causale nelle omissioni improprie.

SOMMARIO: 1. La posizione dell'amministratore non esecutivo tra potere, controllo e responsabilità. – 2. La trasformazione dei doveri dell'amministratore non esecutivo. – 3. La posizione di garanzia dell'amministratore non operativo. – 4. La collegialità come limite della posizione di garanzia e l'assenza di poteri impeditivi diretti *uti singulo*. – 5. Tra obbligo tipico e poteri atipici. – 6. L'atipicità governata come modello di concretizzazione dell'obbligo impeditivo. – 7. La ripetitività dei comportamenti come criterio oggettivo di esigibilità dell'impedimento. – 8. La rilevanza causale della ripetitività delle anomalie. – 9. Conclusioni.

1. La posizione dell'amministratore non esecutivo tra potere, controllo e responsabilità.

La responsabilità penale degli amministratori privi di delega nelle società di capitali rappresenta uno dei nodi più complessi e dibattuti dell'intero diritto penale dell'economia. La questione si colloca all'intersezione tra diritto societario, teoria generale del reato e principi costituzionali di legalità e personalità della responsabilità penale, generando tensioni sistematiche che la giurisprudenza, pur con notevole sforzo

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

elaborativo, non ha ancora definitivamente risolto[1]. Tale instabilità interpretativa non è rimediabile con semplici aggiustamenti esegetici in quanto riflette una tensione strutturale tra l'esigenza dell'ordinamento di individuare il destinatario del precetto e la natura inevitabilmente diffusa del potere gestorio nelle moderne organizzazioni societarie[2]. Il diritto penale dell'economia, invero, è caratterizzato da una peculiare "cifra organizzativa" che connota le ipotesi di parte speciale dal lato dell'autoria: si tratta di reati «compiuti in contesto di impresa», nei quali la struttura organizzativa dell'ente diventa al tempo stesso contesto della condotta illecita e fattore determinante ai fini dell'imputazione della responsabilità penale[3]. In questo quadro, la figura dell'amministratore non operativo, soggetto formalmente investito di poteri gestori ma strutturalmente escluso dalla gestione attiva, costituisce un banco di prova particolarmente significativo per misurare la tenuta dei principi generali del diritto penale nelle organizzazioni complesse.

Il problema della responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega si manifesta con tutta la sua acuità proprio sul terreno della tipicità. Il meccanismo di imputazione che viene in rilievo è quello dei reati omissivi impropri, costruito sul combinato disposto tra l'art. 40 c.p., che equipara il non impedire l'evento al cagionarlo, e le disposizioni incriminatrici di parte speciale che prevedono reati tipicamente commissivi. Tuttavia, proprio l'applicazione di questo schema alle società di capitali rivela una tensione strutturale tra le esigenze di determinatezza proprie del diritto penale e la natura intrinsecamente complessa e frammentata dell'organizzazione societaria.

Le norme civilistiche che fondano la posizione di garanzia degli amministratori non operativi sono infatti costruite attraverso clausole elastiche, funzionali alle esigenze del diritto societario ma problematici sul piano penalistico[4]. Espressioni quali "agire informati", "fare quanto possibile" o "assetti adeguati" consentono una valutazione flessibile della responsabilità in sede civile, ma non individuano in modo preciso né il contenuto della condotta impeditiva richiesta al singolo consigliere né i limiti della sua responsabilità penale[5]. La difficoltà è ulteriormente accentuata dalla struttura della

---

[1] Il tema si presenta, nella pratica giudiziaria, con una frequenza che ne testimonia la rilevanza applicativa costante. Come efficacemente osservato in dottrina v. L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, DB Approfondimenti, dirittobancario.it, Aprile 2020, p. 1, si tratta di un argomento che «si presenta con costante frequenza ma con oscillazioni interpretative che ne rendono incerti i confini». Cfr. anche A. MAURA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, Halley, 2007, p. 11.

[2] Sull'organizzazione del consiglio di amministrazione, sul principio di collegialità e sulla delegabilità delle funzioni gestorie cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6468 del 25 marzo 2005; Trib. Milano, 14 novembre 1977; Trib. Verona, 27 febbraio 1992; Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994; Trib. Parma, 16 giugno 2000.

[3] F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in Giurisprudenza Commerciale, 2024, p. 699.

[4] Sul rapporto di necessaria complementarità tra diritto civile e diritto penale v. M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 4.

[5] Come evidenziato in dottrina, «il problema della posizione di garanzia del consigliere senza deleghe è il suo sostanziale rinvio a norme civilistiche le quali, per loro natura, non sono scritte per soddisfare il canone di tassatività richiesto dalla norma penale» in L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli*

governance societaria contemporanea, dove nelle organizzazioni complesse il potere gestorio non si concentra più in un unico soggetto, ma si distribuisce tra molteplici centri decisionali caratterizzati da differenti livelli di competenza, accesso alle informazioni e capacità di intervento. Di fronte tali difficoltà, la giurisprudenza ha spesso tentato modelli interpretativi estensivi, tacciati di dar vita a forme di responsabilità sostanzialmente presuntiva[6].

Il presente lavoro muove dall'idea che tali criticità non possano essere risolte né attraverso un irrigidimento formalistico della posizione di garanzia né mediante una indiscriminata espansione dei doveri impeditivi del consigliere non operativo. La realtà delle organizzazioni societarie contemporanee impone piuttosto una ricostruzione della responsabilità omissiva capace di confrontarsi con la natura dinamica e distribuita del rischio organizzativo. La posizione di garanzia è concetto "a geometria variabile" che subisce una profonda trasformazione a seconda del settore considerato e una visione di lungo periodo consente di comprendere come la nozione si stia «deformalizzando di pari passo con la crescita di attenzione della giurisprudenza per la concreta ripartizione di competenze tra i vari livelli gestori e la loro prossimità al rischio tipico»[7]. Questa deformalizzazione non è un fenomeno patologico del sistema, ma la risposta adattiva di un ordinamento che deve confrontarsi con strutture organizzative sempre più complesse, nelle quali il potere decisionale è diffuso, la circolazione delle informazioni è asimmetrica e la distinzione tra gestione attiva e controllo passivo è sempre meno netta[8].

In questa prospettiva, l'indagine si concentrerà su due profili strettamente connessi. Da un lato, il tema dell'atipicità dei poteri impeditivi, ossia il problema dell'individuazione delle condotte concretamente esigibili dall'amministratore non operativo in assenza di una tipizzazione legislativa delle modalità di intervento. Dall'altro lato, il ruolo della ripetitività dei comportamenti anomali quale criterio di concretizzazione progressiva dell'obbligo impeditivo e quale elemento rilevante nell'accertamento del nesso causale nelle omissioni improprie.

---

amministratori privi di deleghe, cit., p. 8.

[6] Come facilmente intuibile, il conflitto non si esaurisce sul piano della tipicità oggettiva. Esso si ripropone, forse con ancora maggiore intensità, sul versante dell'elemento soggettivo. L'accertamento del dolo omissivo, e in particolare del dolo eventuale, in capo all'amministratore non esecutivo è operazione di straordinaria complessità, che ha dato luogo a orientamenti giurisprudenziali oscillanti e non di rado incompatibili con i principi costituzionali in materia di colpevolezza. La prassi applicativa ha rivelato una tendenza ricorrente a semplificare l'accertamento dell'elemento soggettivo attraverso un meccanismo presuntivo fondato sulla mera violazione dei doveri di controllo, dando vita a quello che autorevole dottrina ha efficacemente definito un «dolo di posizione», sussumibile nella formula del «non poteva non sapere» v. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, Diritto Penale Contemporaneo, 2015, p. 7.

[7] F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 699.

[8] Sul piano dell'atipicità dei poteri impeditivi, la tesi che si propone è che la mancanza di una tipizzazione legislativa delle condotte doverose dell'amministratore non operativo, lungi dal costituire una lacuna colmata pretoriamente in violazione del principio di legalità, riflette una scelta implicita ma coerente dell'ordinamento: quella di ancorare l'obbligo di garanzia non a forme predeterminate di intervento, ma all'effettiva capacità del soggetto di incidere sull'iter criminis in corso, valorizzando ogni potere disponibile, tipico e atipico, che avrebbe potuto ostacolare la realizzazione dell'illecito.

L'obiettivo è dimostrare come l'atipicità dei poteri impeditivi e la valorizzazione della ripetitività delle anomalie non costituiscano una deviazione dai principi del diritto penale, ma rappresentino strumenti necessari per adattare il sistema della responsabilità omissiva alle caratteristiche delle moderne organizzazioni complesse, purché tali strumenti siano governati da criteri rigorosi di determinatezza, proporzionalità ed effettiva capacità impeditiva[9].

2. La trasformazione dei doveri dell'amministratore non esecutivo.

Per comprendere appieno la portata delle trasformazioni che hanno investito la disciplina della responsabilità degli amministratori non operativi, è necessario prendere le mosse dal regime normativo anteriore alla riforma societaria del 2003, il quale costituisce il termine di confronto imprescindibile per valutare la reale portata innovativa del mutato quadro regolatorio e le sue ricadute sul piano penalistico.

Nella formulazione previgente, l'art. 2392 c.c. imponeva a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, indipendentemente dall'attribuzione o meno di deleghe operative, un generale e indifferenziato obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione societaria. Tale obbligo, di contenuto volutamente ampio e indeterminato, si traduceva in un dovere di controllo continuativo e ininterrotto sull'operato degli amministratori esecutivi, con l'annessa responsabilità solidale per i danni derivanti da ogni condotta pregiudizievole non impedita[10]. La vastità e l'indeterminatezza dei precetti operativi facevano sì che, in presenza di fatti di *mala gestio*, tutti i componenti del consiglio di amministrazione fossero ritenuti solidalmente responsabili dei danni patiti dalla società, per non aver adeguatamente esercitato il potere di vigilanza loro imposto. Sul piano penalistico, questo assetto normativo aveva alimentato una prassi applicativa particolarmente severa, favorita proprio da un apparato normativo che poneva in capo ai singoli consiglieri di amministrazione «ampi e indefiniti obblighi di vigilanza sull'andamento della gestione, senza peraltro fornire adeguati poteri di intervento»[11]. Si era così consolidato, nel diritto vivente pre-riforma, uno schema di

---

[9] Si segnala al lettore che l'analisi sarà circoscritta al versante oggettivo della responsabilità. In particolare, verranno esaminati il fondamento e il contenuto della posizione di garanzia, i limiti derivanti dalla collegialità dell'organo amministrativo, la struttura e i limiti dei poteri impeditivi, il problema della tipicità della condotta omessa e il ruolo della ripetitività delle anomalie nell'accertamento dell'obbligo di intervento e del nesso causale. Rimarranno invece estranei al presente lavoro i profili soggettivi dell'imputazione penale la cui trattazione richiederebbe autonome coordinate teoriche e sistematiche.

[10] Come efficacemente sintetizzato, «il regime degli obblighi dei consiglieri senza delega vigente prima della novella prevedeva a carico di questi ultimi un ampio e indefinito dovere di vigilanza sull'andamento della gestione, con l'annesso obbligo di attivarsi per impedire il compimento di atti pregiudizievoli o quantomeno attenuarne le conseguenze» N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 1.

[11] In particolare, la prassi giudiziaria tendeva a individuare, nel semplice binomio costituito dalla violazione del dovere di vigilanza e dalla mancata attivazione dei poteri impeditivi, i sintomi di una consapevole adesione al proposito criminoso degli amministratori esecutivi, quantomeno in termini di dolo eventuale. In altri termini, ogni colpevole inerzia veniva interpretata quale indice dell'accettazione del rischio, da parte

imputazione che, pur formalmente ancorato alla clausola di equivalenza dell'art. 40 c.p., si risolveva nella pratica in una forma di responsabilità sostanzialmente oggettiva[12]. Le distorsioni applicative generate da questo sistema non tardarono a manifestarsi anche sul piano pratico in quanto la sostanziale inevitabilità della responsabilità dei consiglieri non operativi in caso di procedura concorsuale finiva per «allontanare le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili»[13], come avrebbe poi esplicitamente riconosciuto la Relazione di accompagnamento alla riforma societaria del 2003.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha radicalmente innovato il quadro normativo dei doveri e delle responsabilità degli amministratori di società di capitali[14], con ricadute decisive sul perimetro della responsabilità penale omissiva dei consiglieri non operativi[15]. La riforma ha perseguito un duplice obiettivo: da un lato, aggiornare la disciplina codicistica rispetto ai paradigmi societari consolidatisi nell'esperienza nazionale e internazionale; dall'altro, tutelare la figura dell'amministratore non operativo da un diritto vivente che si attestava su posizioni di dubbia compatibilità con il principio della responsabilità colposa[16].

Il nucleo innovativo della riforma si concentra nella riformulazione dell'art. 2381 c.c. e nella modifica dell'art. 2392 c.c.

---

del consigliere delegante, della verificazione di un fatto illecito: e ciò, come si è lucidamente osservato, «a prescindere da qualunque valutazione sulla concreta possibilità, da parte dei membri del consiglio, di percepire eventuali indici rivelatori dell'illecito in itinere» v. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 5, il quale in nota cita Cass. Pen., sez. V, sent. 27 maggio 1996, in Riv. trim. dir. pen. econ, 1996, p. 1394.

[12] N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 7. Forti critiche a tali impostazioni provengono da M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in Giur. It., 2010, p. 978, che fa espresso riferimento a modelli di ascrizione di responsabilità di posizione o per assunzione.

[13] Cfr. Relazione di accompagnamento alla L. 6/2003. Cfr. C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, Scuola Superiore della Magistratura, 3 maggio 2022, Napoli, p. 9.

[14] V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario,* Torino, 2003; F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* Padova, 2003; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale,* Padova, 2004; G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario,* Milano, 2003; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società,* Padova 2003, II; G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Società di capitali,* in Commentario, Napoli, 2004, II.

[15] Come si evince da Cass. Pen., sent. n. 23383, del 04 maggio 2007, Bipop Carire pubblicata in *Guida dir.*, 2007, 71, con nota di R. BRICHETTI, *Un obbligo di garanzia «leggero» che pone numerosi interrogativi*; in *Giur. it.*, 2008, p. 434, con nota di E. BURZI, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*; in *Cass. Pen.*, 2008, p. 109, con nota di F. CENTONZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; in *Dir. e prat. soc.*, 2008, p. 60, con nota di L. D. CERQUA, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*; nonché in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369, con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*. Vedi anche il caso Parmalat (Milano), Cass. pen., 20 luglio 2011 n. 28932; il caso Parmalat (Parma), Trib. Parma 3 marzo 2011 e Corte d'Appello di Bologna del 23 aprile 2012. In dottrina F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, Cass. Pen., I, 2008.

[16] N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 2.

Sul versante dell'art. 2381 c.c., la novella ha introdotto una disciplina organica della delega di funzioni gestorie, distinguendo nettamente il ruolo degli amministratori esecutivi[17], cui competono i compiti di gestione in senso stretto e la cura dell'adeguatezza degli assetti organizzativi[18], da quello degli amministratori non esecutivi, ai quali vengono attribuiti essenzialmente compiti di alta amministrazione e di supervisione. In particolare, gli amministratori privi di deleghe sono tenuti a valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione; e, soprattutto, «agire in modo informato»[19], con la facoltà, che diventa obbligo in presenza di segnali di anomalia, di richiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società[20].

Sul versante dell'art. 2392 c.c., la riforma ha operato una modifica di portata sistematica visto che il generale obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione è stato soppresso e sostituito dal più circoscritto dovere di agire informati[21]. La norma, nella sua attuale formulazione, prevede che gli amministratori siano solidalmente responsabili soltanto «se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose». Questo mutamento normativo ha «alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe», sostituendo all'obbligo di generale vigilanza, che presupponeva un monitoraggio ininterrotto su ciascuna azione gestoria, il dovere di periodica valutazione della gestione sulla base delle informazioni ricevute e, se del caso, di quelle acquisite motu proprio in presenza di specifici segnali di

---

[17] In merito ai soggetti appartenenti alla categoria degli *esecutivi* è rinvenibile in Borsa Italiana, *Codice di Autodisciplina delle società quotate*, 2006, criterio 2.C.1; Commissione Europea, *Raccomandazione n. 2005/162/CE del 5 febbraio 2005 sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza e sui comitati del consiglio di amministrazione e di sorveglianza*, in *Gazzetta uff. UE*, 25 febbraio 2005, L 52/51.

[18] P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, Torino, UTET, p. 493 e G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in ROSSI (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 494, i quali osservano come l'espresso riconoscimento normativo del dovere degli amministratori di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile non introduca un obbligo innovativo rispetto al sistema previgente, essendo tale dovere già ricavabile dal generale obbligo di diligenza gravante sugli amministratori, entro il quale deve ritenersi compreso quello di assicurare alla società un'organizzazione adeguata alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

[19] V. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19556 del 18/09/2020, la quale ha affermato che l'obbligo di "agire in modo informato", previsto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., impone agli amministratori non delegati specifici doveri di condotta. Tale obbligo si articola, da un lato, nel dovere di attivarsi mediante l'esercizio dei poteri connessi alla carica al fine di prevenire, eliminare o quantomeno attenuare le situazioni di criticità aziendale delle quali essi siano, o debbano essere, a conoscenza; dall'altro lato, nel dovere di acquisire informazioni adeguate, affinché tanto la decisione di intervenire quanto quella di non intervenire risultino fondate su una conoscenza effettiva della situazione societaria. Tale conoscenza deve essere perseguita attraverso l'esercizio diligente dei poteri di iniziativa e di controllo inerenti alla carica, avuto riguardo alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze dell'amministratore.

[20] C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 6.

[21] Cass. Sez. 1, Sent. n. 17441 del 31 agosto 2016.

allarme[22]. In altri termini, il consigliere non operativo non è più il guardiano permanente dell'attività gestoria altrui, ma il valutatore periodico di informazioni che gli vengono fornite dagli esecutivi e che, in presenza di specifici segnali di anomalia, è tenuto ad approfondire attivando i propri poteri di iniziativa informativa[23].

Questo nuovo assetto normativo ha determinato anche una profonda modificazione dello standard di diligenza richiesto agli amministratori. Il criterio della diligenza del mandatario, uniforme e indifferenziato[24], è stato sostituito da quello della «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze»[25] del singolo amministratore, una scelta che ha introdotto nel sistema societario un giudizio di responsabilità più personalizzato, capace di valorizzare il bagaglio professionale di ciascun componente del consiglio e di calibrare su di esso l'intensità degli obblighi di controllo e intervento[26].

Sul piano penalistico, la riforma del 2003 ha costituito un vero e proprio spartiacque poiché ha imposto una rivisitazione dei criteri di accertamento della responsabilità penale omissiva dei consiglieri non operativi, nella misura in cui ha ridefinito il contenuto dell'obbligo giuridico di garanzia che rappresenta il fondamento normativo dell'imputazione[27]. Va tuttavia segnalato che la riforma ha lasciato irrisolto

---

[22] L. ROCCATAGLIATA, *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe, Quando repetita iuvant*, in Giur. pen. web, 24 giugno 2018, p. 3.

[23] G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 381, che evidenzia come di regola l'attività dell'amministratore si esaurisce nel voto e pertanto egli non può essere ritenuto responsabile per non avere individualmente preso provvedimenti, perché non ha il potere di farlo. V. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, in CONTI (a cura di), Milano, 1999, p. 81 rileva come solo gli esecutivi sono in grado di conoscere fatti e criticità gestionali, mentre i consiglieri privi di delega non possono che riportarsi alle notizie e alle informazioni riportate dai delegati.

[24] La Corte aveva interpretato il dovere di vigilanza nel senso di imporre a ciascun componente del consiglio di amministrazione l'obbligo di attivarsi concretamente per esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri amministratori. Ne derivava che l'attribuzione di specifiche funzioni gestorie soltanto ad alcuni membri del consiglio non fosse sufficiente ad escludere la responsabilità degli altri amministratori. Pertanto, il singolo consigliere chiamato a rispondere in via solidale per omessa vigilanza non poteva andare esente da responsabilità sostenendo che le operazioni contestate fossero state compiute autonomamente da altri amministratori. V. Cass. 21 luglio 2004, n. 13555, in motivazione; Cass. 27 aprile 2011, n. 9384; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass. 29 agosto 2003, n. 12696; Cass. 11 aprile 2001, n. 5443.

[25] A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, Giuffre, 2007.

[26] C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 5. Gli amministratori privi di deleghe sono dotati di competenze tecniche specifiche, maturate in particolari ambiti connessi all'attività d'impresa, come ad esempio quello consulenziale. Tuttavia, proprio la natura specialistica e settoriale del loro contributo fa sì che la possibilità di incidere concretamente sulle scelte gestionali dell'impresa risulti, nella pratica, piuttosto limitata. V. F. FOGLIA MANZILLO, *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, Diritto Penale dell'impresa, 18 febbraio 2013, p. 414 e ss; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova delega amministrativa*, in Abbadessa, Portale (a cura di), il *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v., II, Torino, 2007, p. 501 ss.

[27] Come ha statuito la Corte di Cassazione nella fondamentale sentenza sul caso Bipop Carire, «l'obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv c.p. deve essere misurato sulla fonte normativa che pone il dovere di intervento» e poiché tale fonte, il novellato art. 2392 c.c., ha circoscritto l'obbligo di garanzia alla conoscenza di fatti pregiudizievoli, non è più possibile fondare la responsabilità penale omissiva sulla mera violazione di un generico dovere di vigilanza. Cosi N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori*

un problema fondamentale, che è al centro dell'analisi del presente lavoro: essa ha ridefinito il *quando* dell'obbligo di garanzia[28], ma non ha tipizzato il *come*, vale a dire le concrete modalità attraverso le quali l'amministratore non operativo avrebbe dovuto attivarsi per impedire l'evento pregiudizievole. L'art. 2392 c.c. si limita, sul punto, alla clausola onnicomprensiva del "fare quanto potevano", rinviando implicitamente a un giudizio casuale e non predeterminabile sulle azioni concretamente disponibili nel caso specifico. È questa lacuna strutturale, l'assenza di una tipizzazione dei comportamenti doverosi, che alimenta il dibattito sull'atipicità dei poteri impeditivi e che costituisce uno dei nodi centrali della presente indagine.

Il quadro normativo di riferimento ha subito un'ulteriore e significativa evoluzione per effetto del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale ha profondamente riformulato l'art. 2086 c.c. e ha introdotto nel tessuto del diritto societario un nuovo paradigma di governance orientato alla prevenzione e alla tempestiva emersione della crisi.

Il secondo comma dell'art. 2086 c.c., nella formulazione introdotta dalla riforma, stabilisce che l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi viene ora espressamente finalizzato non soltanto alla corretta gestione dell'impresa in condizioni di normalità, ma anche, e specificamente, alla rilevazione precoce dei segnali di crisi e alla predisposizione dei rimedi necessari per il suo superamento. Sul piano della governance societaria, questa innovazione ha consolidato e formalizzato un trend evolutivo che la giurisprudenza aveva già iniziato a delineare in via interpretativa, quello della progressiva correlazione tra principi di corretta amministrazione, adeguatezza organizzativa e monitoraggio della continuità aziendale. L'obbligo di adottare adeguati assetti non è una mera formalità burocratica, ma uno strumento operativo attraverso il quale la percezione della crisi deve arrivare agli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre i rimedi più opportuni[29]. E per quanto riguarda specificamente la posizione degli amministratori non operativi, il nuovo art. 2086 c.c. si intreccia con la disciplina dell'art. 2381 c.c. secondo una logica di complementarità funzionale. Mentre la cura degli assetti organizzativi compete primariamente agli organi delegati, la valutazione dell'adeguatezza di tali assetti, "sulla base delle informazioni ricevute", spetta al consiglio di amministrazione nella sua collegialità e, quindi, anche ai singoli consiglieri non operativi. Ne deriva che questi ultimi sono tenuti ad intervenire in presenza di

---

privi di delega, cit., p. 8. Cfr. anche Cass. Pen., sez. V, Sent. n. 23383, del 4/5/2007 in Cass. Pen., 2008, 103, con nota di CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario.*

[28] Ossia le condizioni al ricorrere delle quali sorge il dovere di intervenire

[29] C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 28.

segnali che rivelino una inadeguatezza degli assetti istituiti dai delegati, con una reazione che può concretizzarsi nella richiesta di informazioni aggiuntive, nell'impulso al consiglio affinché impartisca direttive specifiche, e nei casi più gravi persino nella revoca della delega conferita[30]. L'innovazione apportata dall'art. 2086 c.c. rafforza ulteriormente la base normativa della posizione di garanzia degli amministratori non operativi e contribuisce ad ampliare il perimetro dei segnali di allarme rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità omissiva. La mancata istituzione di adeguati assetti organizzativi, o la loro manifesta inadeguatezza rispetto alle finalità di rilevazione tempestiva della crisi, costituisce essa stessa un elemento sintomatico che avrebbe dovuto indurre i consiglieri non operativi ad attivarsi: ignorare deliberatamente tale segnale integra non soltanto una violazione del dovere civilistico di agire informati, ma potenzialmente anche il presupposto soggettivo della responsabilità penale omissiva, laddove gli organi delegati abbiano nel frattempo posto in essere condotte costituenti reato[31].

È in questo quadro normativo stratificato e complesso che si inscrive la questione dell'atipicità dei poteri impeditivi e della rilevanza della ripetitività dei comportamenti[32].

---

[30] C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 35.

[31] Come si vedrà nel proseguo, è proprio la progressiva espansione degli obblighi organizzativi degli amministratori non operativi a rendere sempre più necessario un criterio di imputazione che non si fossilizzi su forme predeterminate di intervento, ma che sia capace di cogliere la varietà e la complessità delle situazioni concrete nelle quali il dovere di garanzia è chiamato ad operare.

[32] Il percorso normativo fin qui delineato mette in evidenza una tensione di fondo che attraversa l'intera materia: la difficoltà strutturale di trasporre in sede penale paradigmi comportamentali elaborati nel contesto del diritto civile societario, con finalità e logiche intrinseche profondamente diverse da quelle del diritto penale. Il problema non è meramente tecnico, ma investe i fondamenti stessi del sistema di imputazione penale. I doveri degli amministratori non operativi sono stati concepiti dal legislatore civile come strumenti di governo dell'impresa e di protezione degli interessi societari: essi sono costruiti su clausole generali elastiche, la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, l'agire informato, l'adeguatezza degli assetti, che consentono una modulazione casistica delle responsabilità in funzione delle specificità di ciascuna realtà aziendale. Questa elasticità è un valore nel contesto civilistico, dove il giudizio di responsabilità mira alla riparazione del danno e può tollerare standards valutativi non predeterminati. Nel contesto penalistico, invece, quella stessa elasticità diventa una criticità: il principio di legalità e il suo corollario della tassatività impongono che il destinatario del precetto possa conoscere ex ante quale comportamento è richiesto dall'ordinamento, e quale sua omissione darà luogo a responsabilità penale.
Come lucidamente rilevato in dottrina, «il trasferimento di concetti e paradigmi comportamentali previsti ed esplicitati nell'ambito del diritto civile, ai quali la prassi applicativa deve necessariamente fare riferimento, non è, e non può essere, automatico» v. L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, cit., p. 1. In assenza di una norma penale che tipizzi con precisione i comportamenti doverosi dell'amministratore non operativo, il ricorso alle norme civilistiche come fonte dell'obbligo di garanzia è necessitato ma intrinsecamente problematico: necessitato, perché non vi sono alternative normative disponibili; problematico, perché quelle norme non sono state scritte per soddisfare le esigenze di determinatezza del precetto penale. È in questo contesto di tensione irrisolta tra flessibilità civilistica e rigore penalistico che si inserisce la proposta interpretativa che si svilupperà nel proseguo del lavoro: quella di riconoscere nell'atipicità dei poteri impeditivi e nella ripetitività dei comportamenti non una patologia del sistema, ma una risposta adattiva e costituzionalmente compatibile alle sfide poste dalla governance societaria contemporanea. Un'atipicità governata, dunque, e non arbitraria.

3. La posizione di garanzia dell'amministratore non operativo.

Una volta delineato il quadro evolutivo della disciplina societaria, occorre ora affrontare il problema che ne costituisce la naturale proiezione sul piano penalistico: l'individuazione della posizione di garanzia dell'amministratore non esecutivo.

La giurisprudenza ha individuato il fondamento normativo della posizione di garanzia[33] degli amministratori non operativi proprio nel combinato disposto degli artt. 2381, 2392 e 2394 c.c., letti in chiave penalistica attraverso la clausola di equivalenza dell'art. 40 c.p[34]. La fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi è stata individuata, in particolare, nell'art. 2392 c.c., che «delinea specifici obblighi di protezione in capo al membro del consiglio di amministrazione»: quest'ultimo, se viene a conoscenza di «fatti pregiudizievoli» per l'interesse sociale, «ha il dovere di fare quanto in suo potere per

[33] In dottrina si distinguono tre principali categorie di obblighi di garanzia. a) Obblighi di protezione di determinati beni contro qualsiasi fonte di pericolo. Tali obblighi presuppongono l'esistenza di uno specifico rapporto giuridico tra il garante e il titolare del bene protetto, in forza del quale al primo è affidato il compito di tutela. Rientrano in questa categoria, tra gli altri, gli obblighi dei genitori e dei tutori di proteggere i beni personali dei figli minori e dei pupilli. b) Obblighi di controllo di determinate fonti di pericolo a tutela dei beni esposti al rischio. Essi presuppongono che la fonte di pericolo sia sottoposta ai poteri di controllo e di signoria di un determinato soggetto, sicché i soggetti minacciati non potrebbero tutelarsi autonomamente senza interferire nella sfera giuridica altrui. c) Obblighi di impedimento dei reati commessi da soggetti sottoposti ai poteri impeditivi del garante. Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, la violazione di tali obblighi comporta una responsabilità a titolo di concorso nel reato non impedito. Vi rientrano gli obblighi dei soggetti investiti di poteri di educazione, istruzione, cura o custodia, di impedire i fatti dannosi posti in essere da figli minori, pupilli, scolari o infermi di mente, ai sensi degli artt. 2047 e 2048 c.c. Nella medesima categoria si collocano, inoltre, gli obblighi degli amministratori di società di impedire la commissione di reati societari, ai sensi dell'art. 2392 c.c. Per approfondire v. G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 175; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 511; L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 1274; Id., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 316; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, p. 1363.

[34] Tale interpretazione è ormai pacifica e consolidata: «è pacifico che in capo agli amministratori privi di delega gravi un obbligo di impedimento dei reati compiuti dai gestori dell'ente», fondato sulla rilettura in chiave penalistica del combinato disposto di quelle disposizioni civilistiche v. F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 701. Il meccanismo di raccordo tra le norme civilistiche e la clausola penalistica opera attraverso un doppio passaggio logico. In primo luogo, le disposizioni del codice civile individuano in capo agli amministratori non operativi specifici obblighi di protezione nei confronti dell'interesse sociale: l'art. 2392 c.c. stabilisce che gli amministratori, «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli», devono fare quanto in loro potere per impedirne il compimento; l'art. 2381 c.c. impone il dovere di agire informati e di valutare periodicamente l'adeguatezza degli assetti organizzativi; l'art. 2394 c.c. estende la tutela anche agli interessi dei creditori sociali, introducendo una dimensione di protezione che trascende il rapporto organico interno all'ente. In secondo luogo, questi obblighi civilistici di protezione vengono qualificati dalla giurisprudenza penale come «obblighi giuridici di impedire l'evento» ai sensi dell'art. 40 c.p., con la conseguenza che la loro violazione consapevole e volontaria, in presenza di un evento pregiudizievole realizzato dagli organi delegati, determina la responsabilità penale concorsuale dell'amministratore non operativo. Cfr. anche C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali,* in *Riv. Soc.,* p. 287 ss.; A. TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa,* Padova, 1983, p. 190 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie,* Giuffrè, 1983, p. 338 ss.

impedirne il compimento», con la conseguenza che il consigliere non operativo il quale, posto a conoscenza della realizzazione, imminente o in corso, di un reato da parte degli amministratori esecutivi, «deliberatamente omette di attivarsi per impedirne la realizzazione, è qualificabile come concorrente nel reato ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 c.p.»[35].

Una volta identificata la fonte normativa della posizione di garanzia, occorre delimitarne il contenuto. In particolare, occorre domandarsi quali siano, in concreto, gli eventi pregiudizievoli che gli amministratori non operativi sono tenuti ad impedire. La giurisprudenza ha delineato con progressiva chiarezza il perimetro degli eventi rientranti nel campo di protezione della posizione di garanzia degli amministratori non operativi. La Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che la posizione di garanzia degli amministratori è stata «delineata con chiarezza rispetto al patrimonio dell'ente da essi gestito»[36], e che in precedenza «analogo obbligo di protezione penalmente rilevante era stato ravvisato rispetto alla tutela della correttezza della contabilità societaria»[37]. Il nucleo essenziale del dovere di garanzia riguarda quindi la preservazione dell'integrità patrimoniale della società e la correttezza delle rappresentazioni contabili, che costituiscono i beni giuridici primariamente tutelati dalle fattispecie penali più frequentemente contestate in questo contesto come la bancarotta fraudolenta e le false comunicazioni sociali.

La tutela dovuta non si limita tuttavia a queste sole fattispecie. Invero, i componenti del consiglio di amministrazione sono titolari di una posizione di garanzia «nello svolgimento dei poteri di controllo e vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto da parte degli amministratori, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato e sull'andamento generale dell'attività sociale, non solo rispetto ad ogni illecito idoneo a depauperare il patrimonio della società, ma anche a tutte le condotte di reato, inerenti all'oggetto sociale, suscettibili di determinare un indebito arricchimento dell'ente»[38]. Il ruolo di controllo proprio degli organi di governance è, quindi, generale e non circoscritto a una specifica categoria di reati. Esso

---

[35] N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 4. L'interpretazione è stata ulteriormente rafforzata, come visto, dalla novellazione dell'art. 2086 c.c., il cui secondo comma impone all'imprenditore societario il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, ampliando così il perimetro degli obblighi organizzativi che fungono da base normativa della posizione di garanzia. Come rilevato in dottrina, «l'interpretazione è ulteriormente rafforzata dalla rinnovata trama del codice civile, dopo la novellazione dell'art. 2086 c.c.», che ha esteso il dovere organizzativo degli amministratori ben al di là della sola gestione corrente, fino a ricomprendere la prevenzione e il governo della crisi aziendale in F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 701. In giurisprudenza v. Corte Cass., sent., n. 172 del 27 maggio 1996; Corte Cass., sent. n. 12372 del 24 maggio 2006.

[36] Cass., Sez. V, n. 57759 del 24/11/2017.

[37] F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico,* cit., pp. 701 - 702 che fa riferimento in nota a Cass., Sez. V, n. 32793 del 13/06/2016, sulla quale si legga G. CARCANO, *La responsabilità dell'amministratore di diritto di una società per falso documentale commesso da soggetto delegato alla gestione*, in Cass. pen., 2016, p. 666. Cita anche Cass., Sez. V, 9 febbraio 2015, n. 33243, Rv. 264952 - 01.

[38] F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico,* cit., p. 705.

abbraccia, in linea di principio, tutte le condotte illecite che si realizzino nell'esercizio dell'attività sociale e che siano riconducibili all'oggetto dell'ente[39].

[39] La ricostruzione sin qui condotta della posizione di garanzia dell'amministratore non operativo ha privilegiato un'impostazione normativa e formale, incentrata sull'individuazione delle fonti civilistiche dell'obbligo di impedimento e sul perimetro degli eventi pregiudizievoli che ne costituiscono l'oggetto. Questa impostazione, pur necessaria come punto di partenza, non è sufficiente a cogliere la trasformazione profonda che la giurisprudenza degli ultimi decenni ha impresso alla morfologia della posizione di garanzia nelle organizzazioni complesse. Tale trasformazione, che ha progressivamente abbandonato i connotati formalistici della posizione di garanzia per assumere una fisionomia sostanziale e funzionale, trova il suo punto di emersione più nitido nell'elaborazione giurisprudenziale della figura del "gestore del rischio". Si assiste così a una progressiva riconduzione in chiave omissiva di fattispecie originariamente e pacificamente commissive, con la conseguente trasformazione di soggetti individuati dal legislatore come possibili autori attivi dell'offesa in garanti generalizzati, chiamati a rispondere per il mero mancato impedimento dell'evento penalmente rilevante v. Riflessioni in questo senso, in M. F. CARRIERO, *L'Ingerenz-Theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023, pp. 957 ss. Cfr. anche Cass., Sez. I, n. 9049 del 07/02/2020, e Cass., Sez. V, n. 27905 del 03/05/2021. Per approfondimento A. GARGANI, *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita da omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in disCrimen, 18 novembre 2020; F. PIERGALLINI, *Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico 'multichoice'*, in Criminalia, 2019, pp. 609 ss. La figura trova la sua elaborazione più compiuta nella sentenza delle Sezioni Unite nel caso ThyssenKrupp, nella quale la Corte ha affermato che la nozione di "garante" avrebbe nell'uso giurisprudenziale un campo semantico assai più esteso di quello tradizionalmente assegnato a tale posizione soggettiva da parte della dottrina, tanto da venire impiegata anche nei contesti commissivi come afferma F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico,* cit., p. 714. L'autore continua evidenziando che secondo la Corte, garante è colui che è chiamato, pro quota e secondo la sua "competenza", a gestire e a organizzare specifici fattori di rischio, sicché la figura del garante dovrebbe essere definita semplicemente come il gestore competente per lo specifico rischio che assume rilievo di volta in volta. Questa definizione segna una rottura significativa rispetto alla concezione tradizionale. Nella nuova prospettiva, ciò che fonda e delimita la posizione di garanzia non è più la qualifica formale del soggetto né il testo della norma che gli impone l'obbligo di impedimento, ma la sua competenza gestionale rispetto a uno specifico fattore di rischio. Il garante diventa così colui che è deputato a governare una specifica sfera di rischio, di modo che a lui saranno da imputare tutti e solo gli eventi che risulteranno essere la concretizzazione del tipo di rischio che rientra nella sua personale competenza, che vi abbia dato causa o contribuito con una condotta attiva o che semplicemente non li abbia impediti. Sul piano oggettivo, che è quello che interessa specificamente il presente lavoro, questa evoluzione ha conseguenze di grande rilievo per la responsabilità degli amministratori non operativi. Essa implica che la posizione di garanzia di tali soggetti non si esaurisca nella loro qualità formale, ma si estenda e si moduli in ragione delle loro specifiche competenze professionali e del tipo di rischio rispetto al quale queste competenze sono chiamate a esplicarsi. Un consigliere non operativo con specifiche competenze finanziarie sarà garante, in modo particolarmente intenso, rispetto ai rischi connessi alla gestione finanziaria dell'ente; un consigliere con competenze giuridiche sarà garante in modo più accentuato rispetto ai rischi di violazione normativa; un consigliere con esperienza industriale sarà garante in modo privilegiato rispetto ai rischi operativi dell'impresa. Questa modulazione soggettiva della posizione di garanzia ha implicazioni dirette anche sul piano della determinazione dei poteri impeditivi rilevanti. Se il garante è definito dalla sua competenza rispetto a uno specifico fattore di rischio, allora i poteri impeditivi che gli sono richiesti sono primariamente quelli connessi all'esercizio di quella competenza: il consigliere con competenze finanziarie è tenuto a rilevare e a segnalare anomalie nei flussi finanziari che altri consiglieri, privi di quelle competenze, potrebbero non essere in grado di intercettare. La sua posizione di garanzia è dunque al tempo stesso più intensa, perché specializzata, e più circoscritta rispetto a quella di un consigliere generico.

4. La collegialità come limite della posizione di garanzia e l'assenza di poteri impeditivi diretti *uti singulo*.

Il nodo centrale che occorre ora affrontare concerne la concreta idoneità dei poteri attribuiti al singolo amministratore non esecutivo rispetto all'obbligo di impedire l'evento dannoso. Più che l'esistenza della posizione di garanzia in sé considerata, viene infatti in rilievo la verifica circa l'effettiva disponibilità, in capo all'amministratore privo di deleghe, di strumenti giuridici e poteri di intervento concretamente capaci di prevenire la realizzazione dell'illecito. Il problema nasce, invero, dalla struttura collegiale del consiglio di amministrazione, che costituisce il vincolo organizzativo fondamentale entro cui si svolge l'attività del singolo consigliere[40]. La collegialità, che assicura l'unitarietà della gestione e giustifica il regime di responsabilità solidale, esclude al tempo stesso che il singolo componente del consiglio possa adottare individualmente provvedimenti direttamente impeditivi di condotte illecite altrui[41]. Come lucidamente osservato, il singolo amministratore non ha, in sostanza, «poteri direttamente e realmente impeditivi *uti singulo*»[42]: le uniche prerogative individuali dotate di una potenziale efficacia impeditiva rispetto all'altrui condotta illecita sembrano essere l'impugnazione della deliberazione consiliare da parte dell'amministratore assente o dissenziente ai sensi dell'art. 2388 c.c. e la segnalazione all'autorità giudiziaria per l'attivazione del procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.; quest'ultimo rimedio, tuttavia, è esperibile soltanto in presenza di gravi irregolarità gestorie idonee ad arrecare un danno rilevante alla società.

Tale limitazione strutturale produce rilevanti conseguenze sul piano penalistico. La configurazione di una posizione di garanzia presuppone, infatti, l'attribuzione al garante di poteri impeditivi concretamente idonei a scongiurare l'evento lesivo, poiché sarebbe irragionevole imporre un obbligo di impedimento a chi non dispone degli

---

[40] Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *L'Amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale,* Giappichelli 2019, p. 156; così anche Cass. 5 giugno 2003, n. 8992; Trib. Milano 30 settembre 1985; App. Milano, 26 giugno 1987; Trib. Milano, 8 febbraio 2006.

[41] Una ricostruzione della responsabilità penale omissiva del *monitoring board* coerente con la teoria generale del reato potrebbe fondarsi sull'individuazione del consiglio di amministrazione, considerato unitariamente quale organo collegiale, come titolare della posizione di garanzia, distinta da quella facente capo ai singoli componenti. In questa prospettiva si colloca la nota "teoria del reato collegiale", elaborata da autorevole dottrina, secondo cui la responsabilità penale dovrebbe essere riferita all'organo amministrativo nel suo complesso, e non atomisticamente ai singoli consiglieri. V. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, pp. 230 ss. in tal senso anche D. RENDE, *Disposizioni penali su società e consorzi,* in *Commentario al Codice civile,* SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Libro V del Lavoro (art. 2555 – 2642),* Bologna, 1947, p. 64 ss; M. TONDO, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società,* in Riv. Pen., 1951, I, p. 286. V. anche critica di A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni,* in *Rirv. It. Dir. pen.*, 1957, p. 528 – 529. V. anche approfondimenti in L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali,* Torino, Giappichelli, 2021.

[42] Si noti in proposito la differenza fondamentale, quanto all'assetto di poteri individuali, tra consiglieri e componenti del Collegio Sindacale. A questi ultimi, infatti, il legislatore ha attribuito (art. 2403 bis c.c.) specifici poteri d'indagine individuale. Si veda, in proposito, quanto osservato da P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata,* in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 132.

strumenti necessari per adempiervi. Ne consegue che la ridotta consistenza dei poteri individualmente esercitabili dal consigliere non esecutivo pone un interrogativo di fondo circa la stessa configurabilità di una responsabilità omissiva impropria a suo carico[43].

Un esame analitico degli strumenti effettivamente disponibili al singolo consigliere non operativo rivela, peraltro, la loro limitatezza pratica: il potere di impugnazione della delibera consiliare risulta efficace soltanto rispetto a reati commessi attraverso l'assunzione di decisioni formali da parte dell'organo gestorio, mentre è del tutto inidoneo ad impedire condotte illecite realizzate al di fuori della sede consiliare, senza necessità di delibera ad hoc, «circostanza che si verifica, nel caso frequente e paradigmatico in cui l'Amministratore Delegato commette il reato nell'esercizio dei poteri delegati e dunque senza necessità di delibera ad hoc»[44]; il potere di sollecitare il Pubblico Ministero ex art. 2409 c.c. è, a sua volta, utilizzabile soltanto nei confronti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e soltanto in presenza di gravi irregolarità, limiti che ne circoscrivono fortemente l'applicabilità pratica; la facoltà di segnalare irregolarità alle autorità di vigilanza, infine, è strutturalmente dipendente dalla risposta dell'ente di vigilanza e non ha di per sé alcuna idoneità impeditiva diretta. In definitiva, può affermarsi senza timore di smentita che «il singolo consigliere di amministrazione è privo di poteri impeditivi "effettivi", in grado cioè di incidere direttamente e concretamente sullo sviluppo dell'*iter* criminoso, essendo piuttosto dotato di una capacità di sollecitazione indiretta, solo astrattamente idonee ad attivare una procedura di controllo da parte di autorità terze»[45].

Tuttavia, questa constatazione non conduce necessariamente all'esclusione della responsabilità penale omissiva, ma impone che essa sia ricostruita su basi diverse rispetto a quelle tradizionalmente proposte: non l'impedimento diretto dell'illecito, ma l'attivazione di meccanismi mediati capaci di incidere, sia pure indirettamente, sull'*iter criminis* in corso di svolgimento.

Il punto di svolta interpretativo consiste dunque nel riconoscimento che i poteri impeditivi rilevanti ai fini dell'art. 40 c.p. non debbono necessariamente essere diretti e immediatamente efficaci, potendo consistere anche in comportamenti di natura meramente sollecitatoria o indirettamente impeditiva. La stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la posizione di garanzia presuppone la disponibilità di poteri impeditivi, i quali non devono necessariamente consistere in

---

[43] Come correttamente rilevato da N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 15 «laddove il soggetto in questione non sia dotato di alcun autonomo potere impeditivo o qualora le prerogative attribuitegli dall'ordinamento non siano in concreto idonee a influire sull'illecito in fieri, è evidente che non potrà essergli ascritta alcuna corresponsabilità per il fatto commesso da terzi»; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. ital. dir. proc penale, 2001, p. 340, sostiene che «in assenza dei poteri impeditivi, si tratterebbe di responsabilità per fatto altrui». Sul consiglio come unico momento in cui l'amministratore senza deleghe ha l'onere di informarsi F. GHEZZI, *Amministratori. Artt. 2380 – 2396 c.c.*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI (a cura di), *Commentario alla Riforma delle Società*, Milano, 2005.

[44] N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 17.

[45] *Ibidem*.

strumenti direttamente idonei a impedire l'evento, ma possono tradursi anche in obblighi di natura sollecitatoria o di controllo, caratterizzati da un'efficacia impeditiva indiretta o mediata[46]; in questa prospettiva, il garante societario non è necessariamente colui che può fisicamente impedire la condotta illecita altrui, ma colui che dispone di strumenti capaci di rendere più difficoltosa la realizzazione dell'illecito o di attivare meccanismi idonei a tal fine[47]. Tale impostazione si inserisce nel più ampio quadro della teoria del potere impeditivo "mediato", elaborata originariamente nell'ambito della sicurezza sul lavoro e successivamente estesa anche al settore societario. Secondo questa ricostruzione, l'impedimento dell'evento può realizzarsi attraverso una sequenza di interventi distinti ma funzionalmente coordinati, posti in essere da soggetti diversi, alcuni dei quali possono essere privi della qualifica di garanti pur disponendo, in concreto, della capacità di incidere sul decorso causale. In tale prospettiva, l'azione impeditiva non viene necessariamente esercitata direttamente dal garante, ma può attuarsi mediante l'attivazione di altri soggetti titolari dei poteri necessari a neutralizzare il rischio. Il ruolo del primo consiste, dunque, nell'esercitare una funzione di segnalazione e di impulso, idonea a sollecitare l'intervento di chi dispone degli effettivi poteri di arresto dell'evento, con la conseguenza che anche tale attività di allerta assume rilevanza ai fini della configurazione e dell'adempimento della posizione di garanzia[48].

Applicata al contesto societario, questa teoria implica che il consigliere non operativo assolva al proprio dovere di garanzia attivando i meccanismi interni disponibili[49], i quali, pur non impedendo direttamente l'illecito, sono idonei a creare ostacoli alla sua realizzazione e ad attivare la reazione di altri soggetti dotati di poteri

---

[46] Cass., Sez. V, n. 28932 del 04 maggio 2011, in Dir. pen. proc., 2011, p. 1096, con nota di F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione, (Commento a Cass., sez. V pen., sent. 4 maggio 2011, n. 28932, Tanzi)*, in Diritto penale e processo, 2011, pp. 1101 ss.; Cass., Sez. IV, n. 16761 del 11 marzo 2010, riferita al delitto di omicidio colposo plurimo, laddove riconosce che i poteri impeditivi rilevanti ai fini della posizione di garanzia non sono necessariamente individuati dal precetto normativo e possono atteggiarsi anche in forme indirette, comprese quelle di mera sollecitazione dell'altrui intervento. Cfr. anche F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 162 ss.; Id., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in Riv. soc., 2007, p. 754; F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in Società, 2012, pp. 557 ss.; F. B. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2006, p. 608; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 275 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in Criminalia, 2012, p. 668 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 67 ss.

[47] Cass., Sez. IV, , n. 16761 del 11 marzo 2010; Cass., Sez. V, n. 28932 del 04 maggio 2011; V. anche G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in Riv. dott. comm., 2012, p. 187.

[48] Cass., Sez. Un., n. 38343 del 24 aprile 2014; Per approfondimenti cfr. G. DE SANTIS, S. M. CORSO, *Nuove dimensioni della responsabilità datoriale*, Napoli, 2024; A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro, note a margine delle Sezioni Unite ThyssenKrupp*, in CURI (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, Bononia University Press Bup, 2016, pp. 172 ss.

[49] Ad esempio, richiesta di informazioni aggiuntive, sollecitazione dell'organo collegiale, richiesta di convocazione del consiglio, esercizio del voto contrario, richiesta di annotazione del dissenso.

più incisivi[50]. Dunque, spetta all'amministratore «il compito di esercitare ogni possibile potere, tipico e atipico (diffide, sollecitazioni, rilievi critici in consiglio)», senza che sia necessaria la produzione di un impedimento totale e immediato ma «quel che occorre appurare è se la condotta omessa avrebbe reso più difficoltoso, a qualunque titolo, il perseguimento dello scopo illecito altrui e dunque più improbabile la produzione dell'evento pregiudizievole»[51].

---

[50] Questa impostazione presenta significativi punti di contatto con quella parte della dottrina che, in recenti studi monografici, ha valorizzato la dimensione collettiva dell'azione prevenzionale. Secondo tale ricostruzione, la rilevanza penalistica della condotta del garante non troverebbe adeguata collocazione né nello schema del reato omissivo proprio né in quello dell'omissione impropria, ma andrebbe piuttosto ricondotta alla logica della fattispecie plurisoggettiva eventuale, risultante dall'interazione tra la norma incriminatrice di parte speciale e la disciplina del concorso di persone di cui agli artt. 110 ss. c.p. A tal proposito vedi A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa University Press, Pisa, 2022, pp. 187 ss.

[51] Cfr. F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., pp. 701-702. Sempre l'autore evidenzia un aspetto rilevante della posizione di garanzia degli amministratori non operativi che riguarda la sua estensione esterna: la domanda è fino a dove si estenda il dovere di impedimento, specie nel contesto dei gruppi societari, nei quali le relazioni di controllo e dipendenza tra diverse entità giuridiche possono far sorgere il dubbio che la posizione di garanzia dell'amministratore della capogruppo si estenda anche alle condotte illecite poste in essere dagli organi delle controllate. La risposta della giurisprudenza è netta e costituisce un limite invalicabile del sistema: la posizione di garanzia degli amministratori è «intensivamente illimitata, poiché riferita a tutti i pregiudizi che l'ente può subire o cagionare, ma estensivamente contenuta, poiché non assume mai rilievo il mancato intervento a tutela di organizzazioni terze». Non è configurabile, in altri termini, la responsabilità dell'amministratore di una società diversa da quella fallita nel reato proprio, ex art. 40 cpv. c.p., «la quale, integrata dalla posizione di garanzia ex art. 2392 c.c., è invocabile solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata e non può invece estendersi ad atti compiuti da amministratori di società terze». Cfr. a riguardo Cass., Sez. V, n. 7556 del 28 novembre 2012. Questo limite vale anche nel contesto dei gruppi societari, nonostante l'esistenza di relazioni di controllo e di influenza gestoria tra capogruppo e controllate. L'orientamento che aveva in passato tentato di costruire una «garanzia intersocietaria» in capo agli amministratori della holding, sulla base del loro ruolo di determinazione delle scelte gestionali delle eterodirette, è stato progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza, la quale si è saldamente attestata sul principio opposto: la posizione di garanzia è strettamente circoscritta all'ente amministrato, e l'amministratore della capogruppo può rispondere di illeciti commessi nelle controllate soltanto a titolo commissivo, attraverso una partecipazione attiva, mai a titolo omissivo attraverso il meccanismo dell'art. 40 cpv. c.p. Per il collegio sindacale v. Cass., Sez. V, n. 11936 del 05 febbraio 2020. Sul tema sempre F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., pp. 717-718 che analizza anche la posizione di garanzia degli amministratori non operativi nel rapporto tra amministratori di diritto e amministratori di fatto. La giurisprudenza ha da tempo costruito «un circuito di responsabilità incrociata tra amministratore di fatto e di diritto, di modo che uno sia garante dell'altro e insieme debbano reciprocamente impedirsi condotte dannose per l'ente». Questo circuito ha implicazioni rilevanti per il tema dell'atipicità dei comportamenti doverosi. La figura dell'amministratore di fatto, soggetto che esercita poteri gestori senza una formale investitura, è ormai pienamente riconosciuta dall'ordinamento come titolare di una posizione di garanzia equiparabile a quella dell'amministratore di diritto, a condizione che «l'esercizio di fatto delle funzioni sia desumibile da comportamenti ricorrenti, costanti e specifici». Questa equiparazione, sancita dall'art. 2639 c.c. per i reati societari e dall'art. 299 d.lgs. n. 81/2008 per la sicurezza sul lavoro, conferma che il fondamento della posizione di garanzia non è soltanto formale, l'investitura giuridica nella carica, ma anche sostanziale: ciò che rileva è l'effettivo esercizio dei poteri gestori e la conseguente capacità di influenzare le scelte dell'organizzazione. A riguardo cfr. Cass., Sez. III, n. 42236 del 14 settembre 2013 e Cass., Sez. V, n. 15065 del 02 marzo 2011. Questa prospettiva sostanziale è coerente con la tesi che si sostiene nel presente lavoro: se la posizione di garanzia si fonda

La valorizzazione dei poteri di impulso e di sollecitazione produce conseguenze particolarmente significative con riferimento alla responsabilità degli amministratori non esecutivi. Essa comporta, invero, che il consigliere non possa sottrarsi alla configurazione di una posizione di garanzia invocando la mancanza di poteri impeditivi diretti, poiché la disponibilità di strumenti idonei ad attivare l'intervento di altri soggetti dotati di effettivi poteri di contrasto è considerata sufficiente a fondare l'obbligo di impedimento dell'evento. Tuttavia, l'ampliamento della nozione di potere impeditivo penalmente rilevante impone, sul versante dell'accertamento causale, un corrispondente rigore ricostruttivo. Quando il potere attribuito al garante è soltanto mediato, non è sufficiente dimostrare che egli avrebbe potuto attivarsi; occorre altresì verificare, secondo il giudizio controfattuale proprio dei reati omissivi impropri, che l'esercizio di tale potere avrebbe verosimilmente determinato l'intervento del soggetto successivo nella catena impeditiva e che tale intervento sarebbe stato, con elevata probabilità logica, idoneo a impedire o quantomeno a ostacolare in modo significativo la realizzazione dell'illecito[52].

---

sull'effettiva capacità di incidere sulle dinamiche organizzative, allora è naturale che i poteri impeditivi rilevanti siano individuati non già in forme tipizzate di intervento, ma in qualsivoglia strumento, formale o informale, diretto o indiretto, che il soggetto abbia concretamente a disposizione per ostacolare la realizzazione dell'illecito. L'atipicità dei poteri impeditivi è, in questa luce, non una deviazione dal sistema, ma la logica conseguenza di un approccio sostanziale alla posizione di garanzia che valorizza la realtà effettiva del potere organizzativo piuttosto che la sua forma giuridica. Per approfondimento su amministratore di fatto G. ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice,*in Giust. Pen., 1933, III, p. 685.

[52] La critica che si deve affrontare è quella secondo cui l'affermazione della responsabilità penale omissiva dell'amministratore non operativo sulla base di poteri impeditivi mediati e sollecitatori si risolve, in ultima analisi, in una responsabilità per fatto altrui: l'evento pregiudizievole è causato dalla condotta illecita dell'organo delegato, e l'inerzia del consigliere non operativo, per quanto censurabile sul piano del dovere di vigilanza, non è causalmente equivalente a quella condotta se i poteri di cui egli disponeva non erano in grado di impedirla autonomamente. Questa critica merita una risposta articolata su due livelli. Sul primo livello, quello della struttura della fattispecie omissiva impropria, occorre ricordare che la responsabilità per omissione impropria è sempre, per sua natura, una responsabilità che si connette causalmente a un evento prodotto dalla condotta attiva di altri soggetti o di fattori naturali: ciò non la trasforma in una responsabilità per fatto altrui, perché il fondamento dell'imputazione non è la condotta altrui ma la propria omissione di fronte a quella condotta. Ciò che l'art. 40 cpv. c.p. richiede non è che il garante abbia causato autonomamente l'evento, ma che la sua omissione abbia contribuito alla sua realizzazione attraverso il mancato esercizio di poteri impeditivi di cui disponeva: è questa omissione, il fatto proprio del garante, che fonda la responsabilità penale, non la condotta dell'autore materiale dell'illecito. Sul secondo livello, quello specifico dei poteri impeditivi, occorre riconoscere che la critica ha una forza maggiore quando si tratta di poteri la cui efficacia impeditiva è meramente ipotetica e dipende interamente dalla reazione di terzi. In questi casi, il rischio di scivolare verso una responsabilità per fatto altrui può essere evitato soltanto attraverso un accertamento rigoroso che dimostri con ragionevole probabilità che l'esercizio del potere sollecitatorio avrebbe effettivamente prodotto, nel caso specifico, gli effetti impeditivi ipotizzati. Questo accertamento non può essere sostituito da presunzioni ma richiede una verifica individualizzata che tenga conto di tutte le circostanze specifiche del caso, e in particolare della prevedibile reazione degli altri soggetti coinvolti nella catena causale. Quando questo accertamento sia stato correttamente compiuto, la responsabilità penale dell'amministratore non operativo non è una responsabilità per fatto altrui ma una responsabilità per fatto proprio: il proprio omissivo mancato esercizio di poteri impeditivi che, se esercitati, avrebbero con ragionevole probabilità impedito l'evento. La personalità della responsabilità penale è garantita non dalla

5. Tra obbligo tipico e poteri atipici.

Un ulteriore profilo problematico della responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi riguarda l'individuazione della concreta condotta impeditiva esigibile nel caso specifico. Una volta accertata, infatti, la sussistenza di una posizione di garanzia e la teorica disponibilità di poteri idonei ad incidere sulla gestione societaria, resta da chiarire quale sia, di volta in volta, l'atto che il singolo consigliere avrebbe dovuto compiere per impedire la verificazione dell'evento pregiudizievole.

Come visto, le fonti normative della posizione di garanzia si limitano per lo più a delineare obblighi di protezione, senza individuare con sufficiente precisione le specifiche condotte che il garante è tenuto ad adottare nelle concrete situazioni operative. Tale deficit di determinatezza non risulta sempre superabile mediante il ricorso alle regole cautelari, le quali, specie nei contesti organizzativi complessi, assumono frequentemente la forma di standard elastici e aperti, privi di un contenuto prescrittivo puntualmente definito. Ne consegue un rilevante margine di incertezza applicativa che, se emerge con particolare evidenza nell'ambito delle fattispecie colpose, è destinato a riflettersi anche sui reati dolosi. L'individuazione della condotta alternativa lecita costituisce infatti il necessario termine di paragone per accertare se l'evento fosse prevedibile, rappresentato e consapevolmente accettato dal soggetto agente, incidendo così sulla stessa ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato[53]. La tensione tra esigenza di determinatezza penalistica e necessità di adattamento alla complessità organizzativa si risolve, nella pratica applicativa, attraverso due approcci contrapposti.

Il primo, di matrice rigorosamente garantista, ritiene che la responsabilità omissiva possa essere configurata soltanto in presenza di poteri impeditivi chiaramente individuati e normativamente disciplinati, tali da consentire di affermare con sufficiente certezza che il loro effettivo esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. In questa prospettiva, il potere impeditivo deve essere definito nei suoi contenuti, nelle modalità di esercizio e nei suoi effetti, così da garantire il rispetto dei principi di legalità e tassatività. Poiché tali requisiti non sembrano trovare piena attuazione nella disciplina vigente, questa impostazione perviene ad una sostanziale limitazione della responsabilità omissiva impropria, escludendone la configurabilità nei casi in cui manchi una espressa e puntuale individuazione legislativa delle condotte doverose e dei correlati poteri impeditivi[54].

---

natura diretta e immediata dei poteri impeditivi ma dalla verifica rigorosa che l'omissione del singolo soggetto ha concretamente contribuito alla realizzazione dell'evento che egli era tenuto a impedire. A riguardo v. Cass., Sez. V, n. 42519 del 8 giugno 2012.

[53] Un ulteriore elemento di complessità risiede nella particolare attitudine del concetto a prestarsi a letture in termini omissivi, in ragione della costante presenza di una componente di non azione nella sua struttura, con il conseguente rischio di sovrapposizione rispetto al diverso piano del mancato impedimento dell'evento. Sul momento omissivo della colpa v. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, pp. 92 ss.

[54] In particolare, alcune pronunce hanno affermato che la responsabilità omissiva può essere riconosciuta soltanto ove i poteri impeditivi attribuiti al garante siano chiaramente determinati e disciplinati dalla legge

Il secondo approccio adotta invece una prospettiva onnicomprensiva: rileva non già la selezione di definite tipologie di intervento, ma l'effetto che essi producono sull'*iter criminis* in corso di svolgimento, con la conseguenza che qualsiasi condotta, tipica o atipica, diretta o indiretta, che avrebbe reso più difficoltosa la realizzazione dell'illecito può rilevare come potere impeditivo omesso[55], approccio che può essere definito, come "a forma libera". La giurisprudenza[56], invero, ha sviluppato nel tempo un orientamento che rifiuta espressamente qualsiasi tipizzazione preventiva degli strumenti impeditivi, optando invece per un criterio funzionale incentrato sull'efficacia della condotta alternativa possibile. Ciò che rileva è verificare se la condotta omessa avrebbe potuto rendere più difficile, sotto qualsiasi profilo, il perseguimento dell'altrui finalità illecita e, conseguentemente, diminuire la probabilità di verificazione dell'evento dannoso. In questo catalogo aperto figurano: le diffide formali agli organi delegati; le sollecitazioni all'adozione di comportamenti conformi alla legge e allo statuto; i rilievi critici espressi in sede consiliare e documentati nei verbali; la richiesta di convocazione straordinaria del consiglio; il voto contrario alle delibere pregiudizievoli accompagnato dalla richiesta di annotazione del dissenso; la segnalazione al collegio sindacale; la sollecitazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 2409 c.c.; la segnalazione alle autorità di vigilanza, ove la società operi in settori regolamentati. La Suprema Corte ha affermato che spetta al giudice «rinvenire la relativa esistenza dei poteri nella dotazione disponibile al soggetto», considerando che «l'area interessata è quella più prossima all'attività professionalmente esercitata dal garante, ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»[57]. Il parametro di riferimento non è quindi un catalogo astratto e predeterminato di strumenti tipizzati, ma la concreta dotazione di poteri e competenze del singolo garante, valutata in relazione alla sua specifica posizione nell'organizzazione societaria e al tipo di illecito che si trattava di impedire[58].

---

in modo tale da consentire di affermare con sufficiente certezza che il loro concreto esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Secondo tale orientamento, la formula normativa del «non aver fatto quanto possibile» non appare, nell'attuale assetto legislativo, sufficientemente precisa da soddisfare tali esigenze di determinatezza. In tal senso Cass., Sez. V, n. 42519 del 08 giugno 2012.

[55] È tra questi due poli che si colloca la proposta interpretativa del presente lavoro: né una atipicità assoluta e indeterminata dei poteri impeditivi, che finirebbe per vulnerare irrimediabilmente il principio di tassatività; né una tipicità rigida e formalistica, che risulterebbe inadeguata a governare la complessità delle situazioni concrete. La tesi che si sostiene è quella di una atipicità governata da criteri funzionali e soggettivi determinati, che individua i poteri impeditivi rilevanti non in base alla loro forma giuridica, ma in base alla loro concreta idoneità, valutata *ex ante* e in relazione alla specifica posizione del soggetto, a incidere sull'iter criminoso, nel rispetto dei limiti imposti dalla struttura collegiale dell'organo amministrativo.

[56] Sul punto Cass., Sez. V, n. 17690 del 18 febbraio 2010, in Cass. pen., 2011, 4422, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, Vol. 51, Nº. 12, 2011, p. 4438 ss., ove la Corte sostiene che non sia richiesta «la presenza di formali e tipicizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole».

[57] F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 703 che in nota fa riferimento a Cass., Sez. V, n. 28932 del 4 maggio 2011.

[58] Tale approccio, come prevedibile, ha suscitato critiche significative in dottrina, con riferimento ai principi di tassatività, di personalità della responsabilità penale e di coerenza interna della teoria del reato omissivo improprio. Evidenziano L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*,

6. L'atipicità governata come modello di concretizzazione dell'obbligo impeditivo.

La proposta interpretativa che si avanza muove dal riconoscimento che entrambi gli estremi del dibattito, la tipicità rigida e l'atipicità assoluta, sono insoddisfacenti e sistematicamente incoerenti. La via da percorrere è quella di una "atipicità governata", ossia di un approccio che riconosca la necessità di adattare l'individuazione dei poteri impeditivi alla specificità di ciascun contesto organizzativo, ma che al tempo stesso sottoponga tale individuazione a criteri selettivi precisi e verificabili, capaci di garantire il rispetto dei principi costituzionali di tassatività e personalità della responsabilità penale.

Un primo criterio è rappresentato dalla concreta disponibilità soggettiva del potere impeditivo. Non è sufficiente che, in astratto, esistano strumenti potenzialmente idonei a ostacolare la commissione dell'illecito; occorre che tali strumenti fossero concretamente nella disponibilità del singolo amministratore non operativo, in ragione della posizione effettivamente ricoperta all'interno dell'organizzazione societaria. Ne deriva la necessità di una valutazione individualizzata, che tenga conto delle competenze specifiche del consigliere, del suo accesso alle informazioni rilevanti e della concreta capacità di incidere sui processi decisionali.

Il secondo criterio selettivo è quello della ragionevole probabilità impeditiva della condotta alternativa in concreto. È necessario che la condotta doverosa omessa fosse, con ragionevole probabilità, idonea a impedire, o significativamente ostacolare, la realizzazione dell'illecito. Questo criterio richiede che il giudice non si limiti ad accertare che il consigliere "avrebbe potuto fare qualcosa", ma verifichi che quella specifica attività avrebbe avuto, in quel contesto e in quella situazione, una concreta efficacia ostativa[59].

---

cit., p. 1 e F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 709 che sul piano del principio di tassatività, la critica fondamentale è che l'assenza di una tipizzazione legislativa dei comportamenti doverosi dell'amministratore non operativo viola l'esigenza, costituzionalmente fondata sull'art. 25 Cost., che il destinatario del precetto penale possa conoscere *ex ante* quale condotta è da lui richiesta e il rischio concreto è quello di una responsabilità che «cala *ex post* e in modo imprevedibile sul soggetto agente». Sul piano del principio di personalità, la critica è che l'approccio atipico, soprattutto nella sua versione più espansiva, finisce per imputare all'amministratore non operativo un evento che egli non aveva alcuna effettiva possibilità di impedire, scivolando verso una responsabilità per fatto altrui mascherata da responsabilità per omissione propria. Come puntualmente rilevato, invero, «la scarsa tipicità della posizione di garanzia si assomma alla già segnalata vaghezza del potere impeditivo», generando «soprattutto per le fattispecie colpose, un enigma imputativo difficilmente decifrabile ex ante» in F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 714.

[59] In tale prospettiva assume particolare rilievo la distinzione, elaborata da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 246, tra causalità generale e causalità individuale. L'autore ha efficacemente evidenziato la differenza tra le probabilità formulate ex ante e la prova causale richiesta ex post: le prime riguardano classi astratte di eventi e consentono soltanto di affermare che una determinata condotta è normalmente idonea a produrre o evitare un certo risultato; la seconda, invece, richiede un accertamento fondato su elementi concreti e individualizzanti, idonei a dimostrare ciò che è realmente accaduto o ciò che sarebbe accaduto nel caso specifico qualora la condotta doverosa fosse stata posta in essere. Solo tale giudizio di causalità individuale, fondato su prove particolaristiche riferite alla vicenda oggetto di processo, risulta compatibile con le esigenze di certezza richieste dall'accertamento penale e con il principio dell'oltre

Il terzo criterio selettivo è quello della proporzionalità tra l'intensità dell'obbligo impeditivo e la gravità dei segnali di anomalia percepiti. Non ogni irregolarità gestoria di modesta entità impone al consigliere non operativo di attivare l'intero arsenale dei poteri disponibili: l'intensità del dovere di intervento deve essere commisurata alla gravità e alla inequivocabilità dei segnali di allarme percepiti[60]. In presenza di segnali gravi, specifici e inequivocabili di un illecito in corso di realizzazione[61], il consigliere non operativo è tenuto ad attivarsi con tutti i mezzi disponibili, tipici e atipici; in presenza di segnali ambigui o di modesta entità, l'obbligo può essere assolto con misure meno incisive, come la richiesta di informazioni aggiuntive o la sollecitazione di una discussione in sede consiliare.

Applicando questi criteri in modo integrato e rigoroso, è possibile costruire un modello di atipicità governata dei poteri impeditivi che sia al tempo stesso rispettosa del principio di tassatività e personalità, nella misura in cui individua criteri precisi e verificabili per la selezione dei poteri rilevanti, e adeguata alla complessità organizzativa delle imprese contemporanee, nella misura in cui non pretende di tipizzare in anticipo e in modo esaustivo i comportamenti doverosi in contesti che per loro natura sono mutevoli e imprevedibili. Questa proposta non elimina la tensione tra determinatezza penalistica[62] e adattabilità organizzativa, ma la governa attraverso criteri metodologici

---

ogni ragionevole dubbio. Sulla stessa linea Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, ric. Franzese; Cass., Sez. Un. pen., 1 n. 33748 del 2 luglio 2005, ric. Mannino, in *Foro it.*, 2006, p. 86 con nota di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

[60] Per l'approfondimento in tema di proporzionalità e intensità dell'obbligo di intervento v. cap. successivo.

[61] Come ha correttamente precisato la giurisprudenza più garantista, citata in N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 9, i segnali di allarme rilevanti ai fini del sorgere dell'obbligo di intervento devono essere «perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito», dotati di «un apprezzabile grado di anomalia rispetto al contesto operativo in cui essi si sono manifestati».

[62] D'altronde, il principio in esame non impone una assoluta e matematica determinatezza del precetto penale. È sufficiente che la norma sia "sufficientemente determinata": ciò vale quando la descrizione complessiva della fattispecie incriminatrice consente comunque al giudice, alla luce delle finalità della norma e del contesto ordinamentale in cui essa si inserisce, di determinarne il significato attraverso un'attività interpretativa che rientri nei limiti del suo ordinario compito. In tali casi, infatti, è possibile formulare un giudizio di corrispondenza tra il fatto concreto e la fattispecie astratta sulla base di criteri ermeneutici verificabili e controllabili. Parallelamente, la norma deve essere sufficientemente chiara da permettere ai suoi destinatari di comprendere in modo adeguato e immediato il contenuto del precetto e le condotte da esso vietate o imposte. Così Corte Cost., sent. n. 278 del 2019 e Corte Cost., sent. n. 145 del 2020. In questa prospettiva, il problema non è l'utilizzo di clausole generali ma la verifica che tali clausole siano sufficientemente precise da orientare il comportamento del destinatario e da delimitare adeguatamente il potere discrezionale del giudice. In dottrina cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale*, in Enc. dir., vol. XXIII, 1973, p. 1046. Applicato alla materia che ci occupa, l'indeterminatezza dell'art. 2392 c.c. non si traduce in una violazione del principio di precisione in quanto il contenuto concreto dell'obbligo di garanzia non viene determinato arbitrariamente dal giudice in ciascun caso, ma attraverso l'applicazione di criteri interpretativi consolidati e ragionevolmente prevedibili che la giurisprudenza ha elaborato nel corso degli anni. In altri termini, la prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta può essere garantita anche dalla tipizzazione giudiziale di criteri applicativi stabili e razionalmente fondati, purché questi criteri siano sufficientemente precisi da orientare il comportamento del destinatario e da delimitare adeguatamente la discrezionalità del giudice. È questo il senso della proposta di una atipicità governata: non l'accettazione di una indeterminatezza strutturale e irrimediabile, ma la costruzione di un sistema di criteri applicativi che trasformi la vaghezza della norma civile in uno standard di condotta sufficientemente determinato da

che consentono un accertamento giudiziale rigoroso e rispettoso dei diritti fondamentali dell'imputato.

7. La ripetitività dei comportamenti come criterio oggettivo di esigibilità dell'impedimento.

La necessità di graduare l'intensità dell'obbligo di intervento del garante in funzione della gravità e della chiarezza dei segnali di anomalia impone di considerare un ulteriore elemento valutativo, strettamente connesso al "terzo criterio" appena esaminato: la ripetitività dei comportamenti anomali[63]. È proprio la reiterazione delle irregolarità, infatti, a consentire di comprendere quando una misura inizialmente sufficiente possa divenire inadeguata e quando, invece, divenga esigibile un intervento più incisivo da parte del consigliere non operativo.

Sotto questo profilo, la ripetitività dei comportamenti assume un ruolo decisivo nell'individuazione della condotta impeditiva concretamente esigibile. Se una singola anomalia può giustificare interventi limitati, quali richieste di chiarimento o approfondimenti informativi, la reiterazione di condotte irregolari trasforma un segnale inizialmente ambiguo in un indice significativo di una disfunzione gestionale. In tal modo, aumentano sia la prevedibilità dell'evento dannoso sia l'esigibilità di interventi

---

soddisfare le esigenze costituzionali di prevedibilità e determinatezza del precetto penale. Sul punto anche M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia*, Torino, 2011; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, 2006; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in Ars intepretandi, 2011, p. 19. Per approfondimenti sul tema della discrezionalità G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in Il Tommaso Natale, 1975; G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in Ind. pen., 2006, p. 564; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1976, p. 369; E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, in Enc. dir., XXXIV, Milano, 1985, p. 744; A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in Il Tommaso Natale, 1975, p. 337; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947. In particolare, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2008, p. 81 riconosce l'inevitabile apertura semantica delle fattispecie penali, i cui termini, per la natura stessa del linguaggio giuridico, sono frequentemente suscettibili di una pluralità di significati. In questa prospettiva, la determinatezza è il risultato di un processo di progressiva concretizzazione cui concorrono dottrina e giurisprudenza. Alla prima spetta il compito di elaborare categorie concettuali coerenti e di chiarire il significato degli istituti fondamentali del diritto penale attraverso un confronto scientifico rigoroso e intellettualmente onesto; alla seconda compete invece la funzione di precisare il contenuto delle fattispecie mediante un'attività interpretativa ancorata ai principi dell'ordinamento e rispettosa dei limiti propri della giurisdizione. In tale quadro, la prevedibilità del precetto non deriva esclusivamente dalla formulazione letterale della norma, ma anche dalla stabilizzazione interpretativa progressivamente realizzata dalla comunità giuridica, che contribuisce a rendere conoscibili e controllabili i criteri di attribuzione della responsabilità penale.

[63] La necessità di governare l'atipicità dei poteri impeditivi attraverso criteri oggettivi e verificabili conduce ad attribuire particolare rilevanza alla dimensione temporale delle anomalie gestorie. La loro ripetitività, infatti, non rileva soltanto come dato empirico, ma opera come meccanismo di progressiva tipizzazione dell'obbligo impeditivo: quanto più le anomalie si consolidano nel tempo, tanto più diviene determinabile il contenuto concreto della condotta doverosa esigibile dal garante. Su tale funzione sistematica della ripetitività si concentrerà il capitolo successivo.

più incisivi. La persistente ripetizione dei segnali di allarme impone quindi al garante un progressivo rafforzamento dell'obbligo di attivazione, rendendo insufficiente il ricorso a mere iniziative conoscitive e richiedendo l'adozione di misure concretamente idonee a contrastare la prosecuzione dell'illecito.

Tuttavia, prima di affrontare il tema della ripetitività dei comportamenti è necessario operare una preliminare distinzione concettuale. La ripetitività può assumere una duplice valenza: soggettiva, come indice della consapevole e volontaria adesione del garante all'inerzia, rilevante ai fini della prova del dolo omissivo; e oggettiva, come criterio autonomo di esigibilità del potere impeditivo, rilevante ai fini della struttura oggettiva della responsabilità omissiva impropria. Il presente lavoro si concentra esclusivamente su questa seconda dimensione, che è quella probabilmente meno esplorata, ma che presenta i profili di maggiore utilità sistematica.

Ciò premesso, la ripetitività come fatto oggettivo indica la reiterazione nel tempo di comportamenti anomali, irregolarità gestionali o segnali di disfunzione organizzativa che, considerati isolatamente, potrebbero non raggiungere la soglia di gravità e inequivocabilità necessaria per far sorgere un obbligo di intervento attivo in capo al consigliere non operativo, ma che, nella loro sequenza temporale e nella loro sistematicità, rivelano l'esistenza di una struttura patologica stabile all'interno dell'organizzazione societaria.

La ripetitività segna il passaggio dall'episodicità alla strutturalità del rischio. Mentre un'irregolarità isolata può apparire come un fatto contingente, la sua reiterazione nel tempo la trasforma in un indice affidabile di una disfunzione organizzativa. È proprio questa trasformazione che accresce l'esigibilità dell'intervento del garante, imponendogli un livello di attivazione progressivamente più intenso. Ne consegue che, quanto più il rischio si manifesta come fenomeno persistente e non occasionale, tanto più si intensifica il dovere di attivazione del garante e si ampliano le misure che da lui possono essere ragionevolmente pretese.

Questa correlazione tra strutturalità del rischio e intensità dell'obbligo di garanzia non è un'invenzione, ma trova riscontro nella stessa logica del sistema normativo di riferimento. L'art. 2086 c.c. impone agli amministratori il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»: questo dovere presuppone un monitoraggio continuativo dell'andamento dell'ente, finalizzato proprio a intercettare i segnali di disfunzione sistemica prima che essi degenerino in una crisi irreversibile. Sul piano applicativo, la strutturalità del rischio, rivelata dalla ripetitività delle anomalie, produce un effetto di abbassamento progressivo della soglia di esigibilità dell'intervento del garante e diventa possibile ricavare uno standard minimo di condotta esigibile dall'amministratore non operativo in presenza di segnali di anomalia gestionale[64]. Non

[64] La proposta di costruire uno standard oggettivo minimo di condotta esigibile costituisce il nucleo di una forma di legalità sostanziale che supplisce alla mancanza di una legalità formale derivante dall'assenza di una tipizzazione legislativa espressa dei comportamenti doverosi. Il contenuto del precetto risulta sufficientemente determinato attraverso un sistema di regole implicite, orientamenti giurisprudenziali consolidati, codici di autodisciplina e *best practices* di governance, che consentono al destinatario della norma

si tratta di un catalogo chiuso di obblighi tipizzati, bensì dell'individuazione delle soglie minime oltre le quali l'inerzia del consigliere non può più ritenersi giustificabile[65].

La prima anomalia può giustificare una risposta cauta e proporzionata, la richiesta di informazioni aggiuntive, la sollecitazione di una discussione in sede consiliare. La seconda anomalia della stessa tipologia impone una risposta più incisiva, la richiesta di una deliberazione specifica, la documentazione formale del dissenso. La terza e successive anomalie, specialmente se di portata crescente o accompagnate dall'assenza di misure correttive da parte degli organi delegati, rendono esigibile il ricorso agli strumenti extraconsiliari disponibili, la segnalazione al collegio sindacale, il ricorso alle autorità di vigilanza, la sollecitazione del pubblico ministero ex art. 2409 c.c., e in casi estremi possono imporre la rassegnazione delle dimissioni motivate dall'incarico, quale ultima forma di dissociazione dal programma gestorio illecito in corso[66].

In questa prospettiva, la ripetitività rappresenta un elemento di razionalizzazione dell'atipicità. Essa non elimina la necessità di una valutazione concreta del caso, ma introduce un parametro oggettivo capace di orientare l'accertamento giudiziale e di ridurre il rischio di decisioni arbitrarie o meramente retrospettive. La reiterazione delle anomalie diviene così il criterio attraverso cui l'ordinamento trasforma una generica facoltà di intervento in un obbligo progressivamente più intenso e determinato.

8. La rilevanza causale della ripetitività delle anomalie.

Se, dunque, la ripetitività delle anomalie consente di individuare con maggiore precisione la condotta impeditiva concretamente esigibile dal consigliere non operativo, occorre affrontare un ulteriore profilo, altrettanto decisivo: verificare se e in quale misura

---

di orientare ragionevolmente il proprio comportamento. Lo standard minimo di condotta esigibile non costituisce pertanto una costruzione arbitraria elaborata *ex post* dall'interprete, ma rappresenta la formalizzazione di aspettative comportamentali già radicate nella cultura della governance societaria contemporanea e riconosciute come parametri minimi di diligenza professionale. La sua legittimazione deriva dalla prevedibilità che tali standard presentano per l'amministratore diligente, il quale è ragionevolmente in grado di conoscere gli obblighi di vigilanza, informazione e reazione che incombono su di lui in presenza di segnali di irregolarità gestoria.

[65] Cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, p. 51; Id., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in Giur. it., 1990, vol. II, parte IV, p. 516.

[66] In presenza di una singola anomalia gestoria, l'individuazione della condotta doverosa omessa risulta particolarmente complessa, poiché dipende dalla gravità del fatto, dalle informazioni disponibili al garante, dai poteri concretamente esercitabili e, più in generale, dalle specifiche circostanze del caso. Il giudizio sull'obbligo di attivazione tende quindi a rimanere fortemente legato alla peculiarità della situazione concreta. Diversamente, quando le anomalie si ripetono nel tempo, la loro reiterazione fornisce un parametro oggettivo ulteriore per la ricostruzione della condotta esigibile. La successione degli eventi e il progressivo consolidarsi del rischio consentono infatti di valutare, in ciascun momento della sequenza, quali iniziative il garante fosse ragionevolmente tenuto ad adottare alla luce delle informazioni già acquisite e degli sviluppi prevedibili della vicenda.

l'omessa adozione di tale condotta possa assumere rilevanza causale rispetto alla verificazione dell'evento lesivo.

La questione presenta peculiari difficoltà in ragione della natura dei poteri attribuiti agli amministratori non esecutivi. Come si è visto, essi raramente dispongono di strumenti direttamente idonei a interrompere il processo illecito. Ne consegue che il giudizio controfattuale richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p. assume una struttura particolarmente complessa, poiché non impone soltanto di verificare se il garante avrebbe dovuto attivarsi, ma anche se tale attivazione avrebbe avuto una concreta capacità di incidere sul successivo sviluppo della vicenda criminosa.

Proprio tale complessità ha talvolta favorito, nella prassi applicativa, soluzioni ricostruttive criticate dalla dottrina per la loro insufficiente attenzione al problema causale. Emblematica, in tal senso, è la teoria del cosiddetto «nesso eziologico in re ipsa», secondo la quale la mera titolarità della posizione di garanzia tenderebbe a fondare, quasi automaticamente, anche la rilevanza causale dell'omissione[67].

In questa prospettiva, la ripetitività delle anomalie non assume rilievo quale autonomo criterio di accertamento del nesso causale, né consente di presumere l'efficacia impeditiva dell'intervento omesso. Essa incide, piuttosto, sulle modalità attraverso le quali il giudizio controfattuale deve essere formulato.

Quando l'anomalia si manifesta in modo episodico e isolato, il giudizio causale tende inevitabilmente a concentrarsi su un singolo momento storico, risultando esposto a valutazioni congetturali. In tali ipotesi, infatti, occorre domandarsi se uno specifico intervento, collocato in un preciso istante temporale, avrebbe impedito la verificazione dell'evento. La risposta a tale interrogativo risulta complessa, soprattutto quando i poteri del garante sono soltanto indiretti o mediati.

Diversamente, la reiterazione delle anomalie evidenzia che il fenomeno illecito non si è sviluppato attraverso un episodio isolato, ma mediante una sequenza progressiva di manifestazioni patologiche. La continuità delle irregolarità dimostra che il rischio si è consolidato nel tempo, offrendo al garante una pluralità di occasioni di intervento. Il consigliere non operativo avrebbe potuto attivarsi alla prima manifestazione dell'anomalia, intensificare le proprie iniziative a fronte delle successive reiterazioni, sollecitare approfondimenti, richiedere informazioni ulteriori, promuovere discussioni in consiglio o attivare gli ulteriori strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento.

La rilevanza della ripetitività risiede proprio in tale moltiplicazione delle occasioni impeditive. Il giudizio controfattuale non riguarda più l'efficacia di una singola iniziativa omessa, ma la complessiva incidenza che una tempestiva e progressiva attivazione del garante avrebbe potuto esercitare sull'evoluzione della vicenda. La reiterazione delle anomalie consente infatti di collocare l'omissione all'interno di un processo causale articolato e di verificare se l'esercizio dei poteri disponibili, nelle

[67] N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 18 che fa riferimento a Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 31163 del 01 luglio 2011.

diverse fasi della sequenza patologica, avrebbe potuto interrompere, rallentare o quantomeno ostacolare il consolidamento del rischio.

Sotto questo profilo, la ripetitività contribuisce a ridurre il carattere ipotetico del giudizio causale, poiché rende possibile una ricostruzione maggiormente aderente alla concreta dinamica concreta. Quanto più numerose e ravvicinate sono le anomalie che precedono l'evento, tanto più risulta ragionevole interrogarsi sull'incidenza che un'attivazione tempestiva del garante avrebbe potuto avere sul decorso causale. La reiterazione dei segnali di allarme rende infatti meno plausibile l'idea che l'inerzia del consigliere sia rimasta del tutto irrilevante rispetto alla progressiva maturazione del rischio.

Una simile impostazione appare coerente con i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese[68], secondo cui l'accertamento della causalità omissiva non può fondarsi né su astratte generalizzazioni probabilistiche né su automatismi presuntivi, ma richiede una verifica individualizzata delle concrete circostanze del caso. La ripetitività delle anomalie rappresenta proprio la circostanza fattuale che consente di svolgerla in modo più aderente alla realtà del fenomeno organizzativo, valorizzando la dimensione progressiva attraverso cui il rischio si manifesta e si sviluppa all'interno dell'impresa.

In definitiva, se sul piano oggettivo la ripetitività delle anomalie contribuisce a definire il contenuto dell'obbligo impeditivo concretamente esigibile, sul piano causale essa rileva perché moltiplica le occasioni di intervento disponibili al garante e consente di collocare il giudizio controfattuale all'interno dell'intera evoluzione della vicenda patologica.

9. Conclusioni.

L'approccio proposto nel presente lavoro conduce a una concezione della responsabilità omissiva dell'amministratore non operativo che trova il proprio fondamento non nella mera titolarità della carica, bensì nella concreta capacità del soggetto di intercettare, comprendere e governare il rischio organizzativo attraverso l'esercizio dei poteri effettivamente disponibili. In questa prospettiva, l'atipicità dei poteri impeditivi non rappresenta un fattore di indeterminatezza incompatibile con il principio di legalità, ma costituisce una caratteristica fisiologica delle organizzazioni complesse, che impone all'interprete uno sforzo di concretizzazione fondato su criteri verificabili di effettività, esigibilità e idoneità impeditiva.

Proprio l'esperienza delle moderne società di capitali dimostra, infatti, come una lettura rigidamente ancorata al tradizionale paradigma del rapporto tra potere e dovere rischi di rivelarsi inadeguata. Se portata alle sue estreme conseguenze, l'esigenza di individuare poteri impeditivi tipici e predeterminati potrebbe tradursi nella creazione di aree di sostanziale impunità ogniqualvolta il soggetto disponga di strumenti di

[68] Cass., Sez. Un. pen., n. 30328 del 10 luglio 2002, ric. Franzese.

intervento reali ma non formalmente riconducibili a un catalogo normativamente definito. Un simile esito finirebbe per sacrificare l'effettività della tutela penale proprio nei contesti organizzativi nei quali la produzione del rischio dipende dalla distribuzione e dall'interazione di competenze molteplici.

Ecco che la proposta dell'atipicità governata assume una specifica funzione sistematica. Essa consente di evitare il pericolo di una deresponsabilizzazione derivante da una concezione eccessivamente formalistica dei poteri impeditivi. L'individuazione della condotta doverosa viene così ancorata non a schemi astratti e predeterminati, ma alla concreta configurazione dei poteri disponibili, alla loro ragionevole efficacia rispetto al rischio percepibile e alla progressiva emersione di segnali sintomatici di disfunzione organizzativa.

La sfida che il diritto è chiamato ad affrontare non consiste, dunque, nello scegliere tra garanzia ed effettività, ma nel costruire modelli di imputazione capaci di preservare entrambe. La responsabilità omissiva dell'amministratore non operativo costituisce uno dei terreni nei quali tale esigenza emerge con maggiore evidenza: solo una ricostruzione funzionale della posizione di garanzia, aperta all'atipicità ma sorretta da criteri rigorosi di selezione e controllo, appare oggi in grado di confrontarsi con la complessità delle organizzazioni contemporanee senza rinunciare ai principi che caratterizzano il diritto penale liberale.

SISTEMA PENALE
10/2026

OLTRE L'AFFIDAMENTO. LA NUOVA DETENZIONE DOMICILIARE TERAPEUTICA TRA PROFILI SISTEMATICI E CRITICITÀ NELLA LEGGE N. 140 DEL 2026(*)

di Stefano Amore e Antonio D'Amato

Il contributo esamina la legge 5 agosto 2026, n. 140, che introduce nel testo unico sugli stupefacenti una nuova forma di detenzione domiciliare terapeutica per condannati tossicodipendenti o alcoldipendenti e una speciale modalità di definizione anticipata del processo. L'analisi assume come termine di raffronto l'affidamento in prova di cui all'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990, ricostruendone non soltanto struttura e presupposti, ma anche le principali criticità emerse in oltre trent'anni di elaborazione dottrinale e di esperienza applicativa: complessità procedurale, formalismo documentale, incertezza della nozione di dipendenza, disomogeneità territoriale, insufficienza delle reti sociali e dei posti in comunità, tensione fra finalità terapeutica e logica custodiale e, soprattutto, rischio di un utilizzo strumentale della condizione di dipendenza per accedere a un regime esecutivo più favorevole di quello ordinariamente praticabile. Su questa base il contributo verifica se e in quale misura i nuovi artt. 94-ter e 94-quater siano in grado di superare tali criticità, rilevando come alcune di esse possano invece riprodursi in forma più accentuata. L'ampliamento sino a otto anni della soglia di pena, la possibilità di presentare la domanda in ogni momento e l'ingresso della prospettiva terapeutica già nella fase di cognizione accrescono infatti il rilievo che l'accertamento dell'effettività e dell'attualità della dipendenza, della sua concreta correlazione con il reato, della genuinità del percorso terapeutico e dell'idoneità individualizzata del programma assume nella selezione dei beneficiari. Il contributo dà inoltre conto del confronto con alcune esperienze straniere e dell'ipotesi, rimasta estranea alla riforma, di una messa alla prova terapeutica collocata nella fase di cognizione. Ne emerge una disciplina che, pur perseguendo finalità terapeutiche e, secondo i lavori preparatori, anche deflattive meritevoli di considerazione, rischia di trasferire e ampliare nel nuovo sistema fragilità già sperimentate nell'applicazione dell'art. 94: in particolare, il pericolo che la terapia divenga strumento per evitare il carcere e, specularmente, che il ricorso al circuito terapeutico sia utilizzato dal sistema per governare il sovraffollamento penitenziario. La tenuta della riforma dipenderà pertanto dalla capacità di mantenere distinta la tutela del diritto alla cura dalla verifica dei presupposti che possono giustificare una diversa modalità di esecuzione della pena e dall'effettiva possibilità, per i servizi e per la magistratura di sorveglianza, di compiere accertamenti individualizzati che richiedono risorse, informazioni e strutture organizzative adeguate.

SOMMARIO: 1. Genesi, obiettivi e ratio della nuova legge. – 2. Il termine di raffronto: l'affidamento in prova di cui all'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. – 3. La detenzione domiciliare terapeutica ex art. 94-*ter* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. – 4. I presupposti applicativi. – 5. Una dipendenza per evitare il carcere? – 6. La

(*) L'articolo è frutto di una riflessione condotta dagli autori congiuntamente. I §§ 1, 2, 3, 4, 5, 8 e 9 sono stati redatti da Stefano Amore; i §§ 6, 7 e 10 da Antonio D'Amato.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

definizione anticipata del processo ex art. 94-*quater* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. – 7. La comunità terapeutica quale luogo di esecuzione della pena. – 8. Copertura finanziaria, sostenibilità amministrativa e impatto sul territorio. – 9. Curare prima della condanna? L'ipotesi di una messa alla prova terapeutica. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Genesi, obiettivi e ratio della nuova legge.

Illustrando alla Commissione giustizia del Senato, il 20 gennaio 2026, il disegno di legge A.S. n. 1635, il relatore assegnava all'intervento una duplice finalità: ampliare la platea dei condannati tossicodipendenti o alcoldipendenti ammessi a programmi di trattamento in ambito extramurario e contribuire, al contempo, a ridurre il sovraffollamento penitenziario.[1]

Le due finalità, sovente accostate nel dibattito parlamentare, pur non essendo incompatibili, obbediscono a logiche ben diverse: la prima si iscrive in una prospettiva specialpreventiva, poiché mira a incidere sui fattori criminogeni connessi alla dipendenza attraverso il trattamento; la seconda risponde a un'esigenza di governo dei flussi della popolazione detenuta. La legge 5 agosto 2026, n. 140, si colloca, dunque, nel punto di intersezione tra politica sanitaria e politica penitenziaria, facendo del nuovo trattamento extramurario, nei casi previsti, la modalità di esecuzione della pena o di una porzione della pena.

Se il problema fosse stato di sola presa in carico terapeutica, il legislatore avrebbe potuto, in realtà, potenziare i servizi per le dipendenze all'interno degli istituti, ampliare le sezioni a custodia attenuata, estendere i programmi sanitari intramurari, incrementare i posti destinati alle misure già previste. La scelta è stata, invece, radicalmente diversa: si è preferito introdurre una nuova forma di detenzione domiciliare[2], destinata a operare proprio là dove difettano i presupposti dell'affidamento terapeutico ex art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, con l'innalzamento della soglia di pena, anche residua, sino a otto anni, il collegamento con una speciale forma di definizione anticipata del processo e un intervento di coordinamento sulla disciplina dell'esecuzione, affinché il nuovo percorso risulti concretamente praticabile[3].

La finalità di contrasto al sovraffollamento carcerario esplicitata nei lavori preparatori richiede particolare attenzione. La crisi degli spazi detentivi può giustificare,

[1] Senato della Repubblica, XIX legislatura, 2ª Commissione permanente (Giustizia), Resoconto sommario n. 355, seduta del 20 gennaio 2026; Senato della Repubblica, XIX legislatura, A.S. n. 1635, testo presentato il 9 settembre 2025, con relazione illustrativa e relazione tecnica.

[2] In generale, sul polimorfismo dell'istituto, cfr. F. FIORENTIN, *Le misure alternative alla detenzione*, in F. FIORENTIN-C. FIORIO, *Diritto penitenziario e giustizia riparativa*, 2° ed., Piacenza, 2025, p. 259 ss.

[3] Sul tema, in generale, S. ARDITA -L. DEGL'INNOCENTI -F. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma 2014, *passim.* Più di recente, P. TRONCONE, *Manuale di diritto penlitenziario*, in corso di pubblicazione, p. 95 ss.

indubbiamente, interventi sul sistema dell'esecuzione, ma l'accesso al circuito terapeutico deve continuare a dipendere dalla reale situazione personale del condannato e dal vaglio sul programma, non dal numero dei posti in carcere che occorre liberare. D'altronde, sotto il profilo della tecnica legislativa, la moltiplicazione delle finalità di una legge non costituisce, di per sé, un valore. Al contrario, quanto più a un medesimo intervento normativo si affidano obiettivi diversi — sanitari, penitenziari, deflattivi, organizzativi — tanto maggiore è il rischio di smarrirne la *ratio* e di comprometterne la coerenza interna. Non a caso la Corte costituzionale, sia pure nell'ambito di una sentenza che riguardava l'omogeneità di una legge di conversione, ha evidenziato che le disposizioni di un medesimo intervento debbono risultare coerenti «*dal punto di vista materiale o finalistico*», mentre gli stessi criteri parlamentari di qualità della legislazione attribuiscono valore centrale all'omogeneità, alla semplicità e alla chiarezza del testo.[4]

Più d'una disposizione della legge in esame, letta alla luce dei lavori preparatori, riflette anche la finalità di ridurre il drammatico sovraffollamento delle carceri, con il rischio di una sovrapposizione e di un'interferenza fra le esigenze di governo delle strutture penitenziarie e l'effettività della misura terapeutica. La tossicodipendenza e l'alcoldipendenza sono condizioni patologiche e, come tali, fondano il diritto del detenuto a ricevere un trattamento appropriato. Il diritto a ricevere cure appropriate non comporta, però, di per sé il diritto a eseguire la pena fuori dal carcere. L'ordinamento conosce, è vero, ipotesi nelle quali la condizione di salute incide direttamente sulla forma dell'esecuzione — il rinvio facoltativo dell'art. 147 c.p., la detenzione domiciliare in deroga dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit. —, ma, nelle ipotesi sanitarie qui rilevanti, si tratta di rimedi collegati a condizioni di salute di gravità tale da giustificare il differimento dell'esecuzione o la sua prosecuzione in forma domiciliare, e che operano perciò su un piano diverso da quello dell'art. 94-*ter* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La cura attiene alla tutela della salute e va assicurata anche in ambito intramurario. L'esecuzione extramuraria impone, invece, di verificare, caso per caso, se ricorrano i presupposti specifici della misura e, in particolare, se il programma sia idoneo al concreto recupero del condannato e alla prevenzione del pericolo di ulteriori reati. Le modalità e la gravità del fatto possono rilevare entro tale giudizio prognostico, ma non costituiscono, di per sé, un autonomo requisito testuale di accesso[5]. È su questa valutazione, e non sul solo riconoscimento del bisogno di cura, che si concentrano i profili più delicati della nuova disciplina.

L'impianto della legge approvata in via definitiva dal Parlamento risulta, del resto, assai distante da quello iniziale. Il testo presentato dal Governo nel settembre 2025 costruiva la misura attorno a un programma residenziale presso strutture private autorizzate ed escludeva la possibilità di una seconda concessione. L'esame

---

[4] Cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 2023, la quale — sia pure con riguardo all'omogeneità della legge di conversione di un decreto-legge — richiede che le disposizioni risultino coerenti con quelle originarie «dal punto di vista materiale o finalistico»; il canone è qui richiamato per analogia. Più in generale, sui criteri di razionalità e coerenza sottesi alla tecnica normativa, S. AMORE, *Atti normativi (tecniche di redazione)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento 2008, vol. 3/1, Torino, 2008, pp. 44 ss.

[5] F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2025, pp. 175 ss.

parlamentare ha introdotto il carattere residuale delle nuove disposizioni rispetto all'art. 94, i programmi semiresidenziali, l'impiego di strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale, l'estensione della soglia di otto anni alla rapina aggravata di cui all'art. 628, terzo comma, c.p. e all'estorsione aggravata di cui all'art. 629, secondo comma, c.p., un sistema più articolato di accertamenti, la partecipazione degli uffici di esecuzione penale esterna (UEPE) e, nei casi previsti, dell'amministrazione penitenziaria alle valutazioni.[6] Il testo definitivo introduce, così, presupposti che il progetto originario ignorava e, nel medesimo tempo, affida l'attuazione a una rete di soggetti assai più estesa, rendendo molto complesso il procedimento di ammissione alla misura.

D'altronde, il ruolo della dipendenza nella genesi del reato può essere quanto mai vario.

Essa può, infatti, costituire la causa immediata di condotte dirette a procurarsi la sostanza o il denaro necessario ad acquistarla; può operare quale fattore di disinibizione; può concorrere con marginalità, disturbi psichiatrici e scelte di vita ormai stabilizzate; può, infine, accompagnare il reato senza averne determinato la genesi. Stabilire quale ruolo la dipendenza abbia effettivamente avuto nella commissione del reato richiede, dunque, nella gran parte dei casi, un accertamento di notevole complessità. L'art. 94-ter, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 prevede un complesso di verifiche volte a impedire che diagnosi e beneficio finiscano per coincidere: la condizione dev'essere effettiva e attuale; la domanda deve indicare la correlazione con il reato; il programma va apprezzato nella sua specifica idoneità; il tribunale deve valutarne la capacità di favorire il concreto recupero del condannato e di prevenire ulteriori reati. Il rinvio all'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, disposto dal comma 8, rende inoltre applicabili al nuovo istituto, ma soltanto nei limiti della compatibilità, le regole proprie dell'affidamento terapeutico: quali cautele e quali prescrizioni documentali siano effettivamente trasferibili alla detenzione domiciliare terapeutica dipende, pertanto, dalla loro compatibilità con la diversa struttura della misura.

I presupposti e i vincoli, dunque, non mancano. Manca, tuttavia, la certezza che possano operare adeguatamente anche nel nuovo istituto. Una disciplina prudente e rigorosa nelle formule, come appare quella in esame, può, infatti, risultare estremamente fragile nell'applicazione, ove richieda accertamenti, collocazioni e controlli che il sistema non è in grado di assicurare o che non è in grado di assicurare in egual modo su tutto il territorio nazionale.

2. Il termine di raffronto: l'affidamento in prova di cui all'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Le novità introdotte dall'art. 94-*ter*, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 si apprezzano soprattutto muovendo dall'esame dell'istituto che, per oltre trent'anni, ha costituito il

[6] Cfr. Senato della Repubblica, XIX legislatura, A.S. n. 1635-A, Relazione comunicata alla Presidenza il 9 giugno 2026; Senato della Repubblica, Servizio Studi, Dossier n. 627, gennaio 2026, e Dossier n. 627/1, giugno 2026; Camera dei deputati, XIX legislatura, C. 2961, approvazione definitiva del 29 luglio 2026.

principale canale di esecuzione penale esterna per il condannato tossicodipendente o alcoldipendente. L'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, non rappresenta un antecedente meramente cronologico: è il modello rispetto al quale il legislatore del 2026 ha costruito la detenzione domiciliare terapeutica.

La clausola con cui esordisce l'art. 94-ter, comma 1 — «*quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova di cui all'articolo 94*» — delinea, infatti, un chiaro ordine applicativo. L'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990 disciplina una specifica forma di affidamento in prova al servizio sociale per il condannato tossicodipendente o alcoldipendente. L'accesso presuppone un programma terapeutico e la documentazione richiesta dalla legge, che deve consentire di accertare lo stato di tossicodipendenza o alcoldipendenza e la procedura diagnostica seguita; quando il programma sia già in corso, assumono rilievo anche il suo andamento e la sua idoneità ai fini del recupero. Il presupposto clinico, in altri termini, non resta affidato alla sola allegazione difensiva, ma si traduce in un accertamento destinato al vaglio del giudice. Nell'esperienza applicativa dell'art. 94 quell'accertamento transita in larga misura per i servizi per le dipendenze (SerD), punto ordinario di presa in carico sanitaria e di costruzione del percorso terapeutico. La funzione del SerD non si esaurisce nel rilascio di una certificazione: la storia dei contatti con il servizio, la continuità o la discontinuità del trattamento, le ricadute, gli abbandoni, la complessiva conoscenza della condizione clinica del soggetto costituiscono elementi di cui, altrimenti, nessun giudice potrebbe disporre.

L'effettività dell'accesso alla misura dipende, pertanto, in buona parte, dalla capacità del servizio di prendere in carico tempestivamente la persona, elaborare o valutare un programma, mantenere un raccordo effettivo con l'autorità giudiziaria e con gli altri soggetti dell'esecuzione penale esterna. Questa esperienza evidenzia, tuttavia, che la molteplicità dei controlli formali e sostanziali previsti dà luogo a un meccanismo procedurale estremamente complesso, nel quale norme del testo unico, ordinamento penitenziario e disciplina dell'ordine di esecuzione devono essere continuamente coordinate.

La dottrina ha segnalato da tempo come la collocazione dell'istituto fuori dalla legge penitenziaria abbia alimentato una serie di difficoltà di raccordo: con l'art. 656 c.p.p., con le preclusioni degli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit., con la disciplina della revoca. Il dato non ha soltanto rilievo ricostruttivo. Una disciplina speciale che affidi a rinvii impliciti la definizione dei propri confini trasferisce sull'interprete una parte del lavoro che sarebbe spettato al legislatore, e appartiene perciò a quella categoria di difetti che non si manifestano nel testo della singola disposizione, ma nel modo in cui essa si inserisce nel sistema: è, prima ancora che un problema di diritto penitenziario, un problema di tecnica normativa.[7]

---

[7] Cfr. V. DONNARUMMA, *L'affidamento in prova del tossicodipendente e dell'alcooldipendente*, in Altalex, 8 luglio 2003, e R. TUCCI, *L'affidamento in casi particolari (terapeutico)*, in *L'altro diritto — La Rivista*, 2011, cap. 5, § 5.3.5, che ricostruiscono l'istituto muovendo per l'appunto dal suo difetto di coordinamento con l'ordinamento penitenziario e dalla necessità di ricavare in via interpretativa ciò che la disciplina speciale non dice; nello stesso senso V. LAZZARESCHI, *L'affidamento in prova per i tossicodipendenti. Misura terapeutica o strumento di governo della popolazione carceraria?*, tesi di laurea specialistica, Università di Pisa, a.a. 2013-2014, p. 90. Sui

Un secondo ordine di obiezioni, in buona parte valide anche nei confronti della nuova disciplina, investe poi il formalismo dell'accesso al programma. L'obbligo di produrre sin dall'origine, con la domanda, la certificazione e il programma risponde all'esigenza di evitare istanze esplorative o meramente assertive; può, però, trasformarsi in un ostacolo quando la predisposizione della documentazione dipende da servizi sovraccarichi e dall'assenza di una precedente presa in carico.

Il paradosso, più volte segnalato, è che una misura concepita anche per evitare l'ingresso in carcere possa divenire concretamente accessibile soltanto dopo un periodo di detenzione necessario a costruire il programma. Di qui le proposte, formulate in più sedi, di non attribuire alla mancata allegazione immediata del programma un effetto automaticamente preclusivo e di rafforzare il raccordo tempestivo fra servizi penitenziari e territoriali.[8]

Più profonde sono le critiche formulate in relazione al presupposto clinico richiesto. La parola «*tossicodipendenza*», rimasta al centro della fattispecie, è stata elaborata in un contesto storico dominato da modelli di consumo e criteri diagnostici assai diversi dagli attuali.

Le classificazioni cliniche contemporanee descrivono un quadro assai più articolato rispetto alla tradizionale contrapposizione fra abuso e dipendenza, comprendendo disturbi da uso di sostanze profondamente diverse, poliassunzione, nuove sostanze psicoattive e condizioni caratterizzate da intensità, continuità e conseguenze funzionali non omogenee. Il problema, per il diritto, è duplice: una categoria normativa rimasta sostanzialmente unitaria può, da un lato, non rappresentare adeguatamente situazioni clinicamente rilevanti che non coincidono con il modello tradizionale della dipendenza e, dall'altro, accomunare condizioni molto differenti attribuendo loro una rilevanza tendenzialmente uniforme.[9]

---

costi interpretativi che l'assenza di raccordi espressi scarica sull'interprete, e più in generale sui criteri di coerenza sistematica nella redazione dei testi normativi, v. S. AMORE, *Atti normativi (tecniche di redazione)*, cit., pp. 44 ss. Per un inquadramento sistematico dell'art. 94, v. anche L. CARACENI, *Commento all'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 — Affidamento in prova in casi particolari*, in F. DELLA CASA — G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, pp. 1244-1271; sul quadro generale delle misure alternative, F. DELLA CASA — G. GIOSTRA (a cura di), Manuale di diritto penitenziario, IV ed., Torino, 2025, *passim*.

[8] La proposta di non attribuire alla mancata allegazione immediata del programma un effetto automaticamente preclusivo è avanzata da M. PASSIONE, *Accesso alle misure alternative*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma. Working paper*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, giugno 2015, pp. 134-136, e ripresa dal medesimo Autore in *Presupposti delle misure alternative*, in G. GIOSTRA — P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2017, p. 128, dove il punto è collegato al più generale nodo del raccordo fra servizi penitenziari e territoriali. Nella medesima direzione, dal punto di vista di chi osserva l'esecuzione dall'esterno, E. LAGANÀ, *Intervento della Garante*, in *Qualcosa di meglio del carcere: perché punire, chi punire, come punire*, Certosa di Avigliana, maggio 2012, pp. 4-5.

[9] Sul piano diagnostico, cfr. World Health Organization, ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics, versione online, sezione "Disorders due to substance use or addictive behaviours", consultata il 19 settembre 2026; American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5th ed., Text Revision (DSM-5-TR), 2022, sezione "Substance-Related and Addictive Disorders". Sul contrasto giurisprudenziale relativo al rilievo, ai fini dell'accesso alla misura, della distinzione fra uso abituale e stato

La questione, dunque, non è soltanto terminologica. Proprio perché il quadro clinico è oggi più differenziato, la semplice diagnosi non può assumere, di per sé, un significato uniforme: ciò che deve essere accertato, ai fini dell'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e ancor più del nuovo art. 94-ter, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, non è soltanto la riconducibilità del soggetto alla categoria normativa dei tossicodipendenti, ma la concreta configurazione del disturbo, il trattamento effettivamente indicato e la sua capacità, nel singolo caso, di incidere sul rapporto fra dipendenza e condotta criminale.

L'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 è stato, inoltre, attraversato da una tensione costante fra le esigenze terapeutiche e le esigenze di controllo. La misura è alternativa al carcere, ma resta esecuzione di pena; il programma è sanitario, ma la sua osservanza assume specifiche conseguenze giuridiche. La tensione emerge, con particolare chiarezza, di fronte alla ricaduta: ciò che, sul piano clinico, può appartenere al decorso di una patologia cronica e recidivante può essere letto, sul piano esecutivo, come inosservanza o fallimento. La progressiva eliminazione degli automatismi è coerente con una concezione che impone di distinguere la difficoltà terapeutica dalla definitiva inaffidabilità del condannato e di evitare che la logica sanzionatoria assorba senz'altro quella della cura.[10]

La stessa dialettica si manifesta nella scelta fra trattamento territoriale e inserimento residenziale. L'obiezione alla tendenza a privilegiare comunità e strutture chiuse non è recente: si è avvertito da tempo che una misura alternativa costruita attorno alla struttura, e non attorno alla persona, finisce per riprodurre fuori dal carcere la stessa

---

di tossicodipendenza, M. NIGRO, *Eliminata definitivamente la distinzione tra tossicodipendenza e abuso di sostanze stupefacenti ai fini della concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, n. 5, in commento a Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 2016, dep. 7 aprile 2016, n. 14008, Kalary, in CED Cass., Rv. 266619-01. Per il successivo orientamento restrittivo, cfr. Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2023, dep. 30 gennaio 2024, n. 3805; più di recente, Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2026, dep. 13 marzo 2026, n. 9757, ha dato conto dei diversi indirizzi, richiamando sia la riconducibilità delle nozioni a un medesimo «status patologico», sia la giurisprudenza che nega una piena equipollenza. Nel finitimo ambito dell'art. 89 d.P.R. n. 309 del 1990, cfr. anche Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2026, dep. 27 maggio 2026, n. 19265, che ha ribadito l'indirizzo restrittivo secondo cui l'uso abituale costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per la diagnosi di tossicodipendenza. Sul versante clinico e certificativo, G. CRESPI — C. VARANGO, *La complessità della certificazione di Dipendenza da Sostanze Stupefacenti nel contesto penitenziario italiano: criticità e prospettive*, in Mission, nn. 65-66/2024, pp. 30-32. Per una lettura d'insieme del rapporto fra categorie diagnostiche e circuito penale, G. ZUFFA — M. STAGNITTA (coord.), *Laboratorio Droghe e Carcere, Firenze, Consiglio regionale della Toscana*, 2019, pp. 3-4.

[10] La tensione fra logica terapeutica e logica sanzionatoria, e in particolare il trattamento della ricaduta, viene esaminata da B. SCARCELLA, *Trattamento e cura del tossicodipendente autore di reato: il volto di un altro carcere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 2, p. 13, e D. ROSSI ROMANO, *Certificare nei servizi pubblici per le tossicodipendenze. Seconda parte: Certificazioni in area penale*, Brescia, 2011, p. 13, che guarda al problema dal punto di vista di chi la certificazione deve redigerla. Sul versante degli automatismi, la questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. sorv. Firenze, ord. 19 luglio 2005 con riguardo all'allora vigente limitazione delle concessioni è l'antecedente più significativo dell'evoluzione poi compiutasi nel 2014. L'ordinanza venne iscritta al n. 524 r.o. 2005; Corte cost., ord. n. 87 del 2007, dispose la restituzione degli atti al giudice rimettente in ragione del sopravvenuto mutamento del quadro normativo, senza decidere la questione nel merito.

logica. Un affidamento nato come probation può assumere nuovamente, in concreto, una fisionomia istituzionalizzante.

La comunità non è necessariamente la soluzione terapeuticamente migliore per ogni persona dipendente e il rigore di alcuni programmi può diventare esso stesso causa di abbandono. Ne consegue che la residenzialità non dovrebbe funzionare come surrogato della custodia, ma essere scelta per ragioni cliniche e trattamentali individualizzate, mantenendo aperta, quando appropriata, la via dei programmi territoriali.[11] Un ulteriore limite dell'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 è emerso quando il recupero è stato identificato quasi esclusivamente con la dimensione sanitaria.

Le ricerche empiriche hanno mostrato che il buon esito formale dell'affidamento non coincide necessariamente con un recupero stabile dalla dipendenza e che, dopo la conclusione della misura, pesano lavoro, abitazione, relazioni, reddito e continuità della presa in carico. In questa prospettiva l'affidamento terapeutico è stato definito necessario ma non sufficiente: la prevenzione della recidiva richiede che il programma di cura sia integrato in un progetto di reinserimento sociale, senza presupporre che la dipendenza esaurisca le cause della condotta criminale.[12]

Le difficoltà registrate negli anni non derivano, evidentemente, soltanto dalle scelte del legislatore. I protocolli operativi elaborati dai servizi e dalla magistratura di sorveglianza, e con essi gli studi condotti sull'applicazione dell'istituto, hanno registrato un numero modesto di accessi, forti differenze territoriali, ritardi nella presa in carico, programmi standardizzati, difficoltà specifiche per stranieri e persone con doppia diagnosi, nonché carenza di posti nelle strutture. Si tratta di criticità organizzative, ma la loro persistenza incide gravemente sull'applicazione della misura: un beneficio costruito su presupposti nazionali rischia di dipendere, in concreto, dal luogo di detenzione, dalla capacità del SerD competente, dalla disponibilità di una comunità e dalla rete sociale di cui dispone il condannato.[13]

---

[11] Il rilievo sulla residenzialità come possibile surrogato della custodia risale a L. DAGA, *Tossicodipendenze e misure alternative al carcere: applicazione delle norme legislative*, in *Marginalità e Società*, 1987, fasc. 1-2, ora in ID., *Scritti e discorsi 1980-1993*, Roma, Ministero della Giustizia — D.A.P., 2008, pp. 147-161, ed è ripreso, con accento più netto, da A. MARGARA, *Retorica della cura e realtà della contenzione. L'andamento delle misure alternative al carcere*, ora in F. CORLEONE (a cura di), *La giustizia e il senso di umanità*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, 2015, pp. 353-354, il cui titolo dice già l'essenziale. Sulla riconduzione del problema alla tutela della salute della persona ristretta, F. MAISTO, *Il diritto alla salute delle persone ristrette tra norme, prassi e interventi a tutela*, in *Mission*, n. 58/2022, pp. 51-54.

[12] La ricerca di F. LEONARDI, *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione: il rischio di recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1/2009, pp. 5-30, misura la recidiva degli affidati e mostra come l'esito formale della misura non coincida con la stabilizzazione del percorso. Sul versante qualitativo, raccolto dalla voce degli operatori e dei beneficiari, cfr. V. FURFARO, *L'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990 attraverso alcune esperienze di operatori giuridici e sociali e di tossicodipendenti beneficiari della misura*, in *L'altro diritto — La Rivista*, 2005, Conclusioni. Nello stesso senso G. ZUFFA — M. STAGNITTA (coord.), *Laboratorio Droghe e Carcere*, cit., p. 4, e Ministero della Giustizia, Stati Generali dell'esecuzione penale, Documento finale, 18 aprile 2016.

[13] Il quadro delle criticità organizzative è ricostruito, con il concorso dei servizi e della magistratura di sorveglianza, in FeDerSerD — CONAMS, Protocollo operativo per l'applicazione dell'affidamento in prova in casi particolari ai sensi dell'articolo 94 del d.P.R. n. 309 del 1990, Roma, 19 gennaio 2018, pp. 4-6, che nasce proprio dall'esigenza di rendere omogenei tempi e contenuti dell'istruttoria; sulla ricezione di quel

Sul versante dei presupposti oggettivi, l'art. 94, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 consente l'affidamento quando la pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superi i sei anni; limite che scende a quattro ove il titolo esecutivo comprenda un reato indicato dall'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Tali soglie, maturate attraverso successive estensioni dell'originario perimetro della misura, rivelano la difficoltà di conciliare il favore per il trattamento e le cautele esecutive. È esattamente su questo crinale che interviene la legge n. 140 del 2026, la quale non abolisce quel filtro, ma costruisce un diverso istituto per situazioni nelle quali l'affidamento non risultava concedibile. La differenza di maggiore rilievo tra le due normative non è, tuttavia, legata alla dimensione della pena. L'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 configura un affidamento in prova al servizio sociale: la pena si esegue secondo il paradigma dell'esecuzione penale esterna e il programma terapeutico occupa il centro delle prescrizioni imposte al condannato. L'art. 94-ter conserva, invece, la forma della detenzione: anche quando si svolge in una struttura terapeutica o, nel programma semiresidenziale, in un diverso luogo idoneo, la misura resta domiciliare e di carattere detentivo. Il passaggio dall'uno all'altro istituto non comporta, dunque, un semplice spostamento della sede del trattamento: muta la qualità giuridica della restrizione e, con essa, il rapporto fra terapia, controllo e libertà residua.

Al tribunale di sorveglianza l'art. 94, comma 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, affida un giudizio che non si esaurisce nella regolarità documentale. Il programma deve essere ritenuto idoneo al recupero del condannato e alla prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati; il tribunale deve, inoltre, accertare che lo stato di dipendenza o l'esecuzione del programma non siano stati preordinati al conseguimento del beneficio. Ne risulta un duplice filtro: sanitario, quanto all'esistenza della dipendenza e alla serietà del percorso; giurisdizionale, quanto alla prognosi individuale e alla genuinità della richiesta. La centralità del giudizio prognostico non elimina, peraltro, il margine di indeterminatezza già presente nell'art. 94, che indica l'obiettivo — recupero del condannato e prevenzione di ulteriori reati — ma non tipizza i criteri attraverso i quali il tribunale debba costruire la prognosi. La specialità della misura risulta così, per alcuni segmenti decisivi, completata dalle regole dell'affidamento ordinario e dalla giurisprudenza: soluzione flessibile, ma capace di produrre disomogeneità quando manchino protocolli e criteri condivisi.[14] Si tratta di un'architettura decisiva per la

protocollo in sede locale, D. NICCOLI, *Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze approva il Protocollo per la corretta ed omogenea applicazione dell'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990*, in OSEP, 24 ottobre 2021. Sul fenomeno dei condannati in attesa di decisione, che di quelle criticità è la manifestazione più visibile, F. FIORENTIN, *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, in Sistema Penale, 4 novembre 2024; per la lettura che dei medesimi dati danno i servizi, G. CRESPI ET AL., *Dall'inquadramento normativo fino al nuovo DDL: importanza e finalità delle "misure alternative"*, in *Mission*, n. 72/2025, pp. 8-16.

[14] Sulla portata del giudizio prognostico e sui margini che esso lascia al tribunale di sorveglianza, cfr. L. FILIPPI- G. SPANGHER- M.F. CORTESI- A. CHELO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2025, pp. 325 ss. V. altresì F. FIORENTIN, *Possibili le misure terapeutiche in alternativa al carcere per i condannati tossicodipendenti nel caso di revoca di precedente misura*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2/2010, pp. 80-99, che dà conto del mutamento di indirizzo della Cassazione; V. LAZZARESCHI, *L'affidamento in prova per i tossicodipendenti*, cit., pp. 90, 106 e 112, per la ricostruzione delle prassi applicative; A. BAIGUERA ALTIERI, *L'affidamento in prova*

corretta lettura dell'art. 94-ter, comma 8, che richiama l'art. 94 «in quanto compatibile»: il nuovo istituto eredita dal modello dell'affidamento terapeutico non soltanto regole procedurali, ma anche una notevole messe di problemi interpretativi e applicativi.

Giova, poi, ricordare che il limite originariamente posto alla reiterazione del beneficio è stato abrogato nel 2014.[15] L'esperienza dell'affidamento terapeutico aveva, infatti, fatto progressivamente abbandonare l'idea che il fallimento di un precedente percorso potesse valere, di per sé, come preclusione assoluta. La legge n. 140 del 2026 si colloca in questa stessa prospettiva, ma ne accentua i tratti, poiché attribuisce un peso ancora maggiore alla qualità del programma e alla congruenza della collocazione. La nuova misura non sostituisce l'affidamento terapeutico, né ne costituisce una versione di più ampia portata: opera in via residuale e apre tuttavia uno spazio autonomo per i condannati che, pur non potendo accedere all'art. 94, soddisfino gli autonomi presupposti richiesti dall'art. 94-*ter* e per i quali la terapia esterna possa concorrere al percorso riabilitativo. Questa scelta del legislatore — più ampia dell'affidamento quanto alle soglie di pena, più stringente quanto alla forma dell'esecuzione — rappresenta il dato sistematico più caratteristico della riforma.

3. La detenzione domiciliare terapeutica ex art. 94-*ter* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La formula con cui si apre l'art. 94-ter, aggiunta durante l'esame parlamentare, assegna al nuovo istituto una funzione residuale che non equivale, però, a renderlo marginale.

È sufficiente il raffronto fra le soglie di pena: l'art. 94 opera, in via generale, entro il limite di sei anni, ridotto a quattro quando il titolo esecutivo comprende reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.; il nuovo istituto giunge a otto anni e conserva tale limite anche per le ipotesi di rapina aggravata di cui all'art. 628, terzo comma, c.p. e di estorsione aggravata di cui all'art. 629, secondo comma, c.p., espressamente richiamate.

Il rapporto con l'art. 94 non si riduce, tuttavia, alla differenza delle soglie.

L'affidamento terapeutico resta la misura ordinaria per il condannato che ne possieda i requisiti; l'art. 94-ter acquista rilievo quando quel percorso non sia praticabile e colma, sotto questo profilo, un vuoto reale del sistema. La residualità dell'art. 94-ter non deve, tuttavia, essere intesa come se esistesse un rapporto gerarchico fra le due misure, ordinato secondo una semplice scala di maggiore o minore afflittività. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 50 del 2020, ha escluso, proprio nel raffronto fra affidamento in prova e detenzione domiciliare, che le diverse forme di esecuzione extramuraria possano essere disposte lungo una graduatoria lineare di severità: ciascun

---

"terapeutico" per l'infrattore tossicodipendente o alcoldipendente, in *Filodiritto*, 22 gennaio 2026, per un quadro aggiornato alla vigilia della riforma.

[15] Sull'abrogazione del limite delle due concessioni, già previsto dall'art. 94, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, v. il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modif., dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10; sulla questione di legittimità costituzionale a suo tempo sollevata con riguardo a quel limite, Trib. sorv. Firenze, ord. 19 luglio 2005, cit.

istituto presenta, invece, presupposti, contenuti trattamentali e modalità di controllo propri.

Il rilievo acquista particolare significato nel rapporto fra artt. 94 e 94-*ter*, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Il primo costruisce l'esecuzione attorno all'affidamento al servizio sociale e al programma terapeutico; il secondo conserva la forma della detenzione domiciliare. La maggiore ampiezza della soglia di pena prevista dal nuovo istituto non ne fa, pertanto, una versione più estesa dell'affidamento terapeutico, ma esprime una diversa combinazione fra cura, controllo e libertà residua.[16] Proprio la funzione residuale, così intesa, obbliga a chiarire quali fra le ragioni che impediscono l'applicazione dell'art. 94 siano compatibili con l'art. 94-*ter* e quali, al contrario, conservino rilievo ostativo anche rispetto alla nuova misura.

Il dato acquista maggiore rilievo se confrontato con la storia dell'art. 94. La riforma del 2026 nasce anche dalla constatazione che l'affidamento terapeutico, pur centrale nel sistema, non ha raggiunto tutti i potenziali destinatari e ha mostrato limiti di accessibilità e di capacità ricettiva. Sarebbe, però, improprio considerare l'art. 94-*ter* come una risposta a tali limiti.

Se la difficoltà dell'art. 94 dipende da lentezza dei servizi, scarsità di posti, certificazioni non uniformi o debolezza del raccordo istituzionale, l'allargamento della soglia di pena non rimuove le cause del problema e può, anzi, amplificarle.[17]

L'esecuzione penale non tollera equivalenze meccaniche fra durata della pena e affidabilità del condannato: a un residuo di pena elevato può corrispondere un percorso trattamentale avanzato, mentre una pena breve può riguardare un soggetto ancora pericoloso e refrattario alle prescrizioni. L'aumento della soglia amplia, però, in modo significativo l'eterogeneità delle vicende che l'istituto è chiamato a considerare e, con essa, il peso degli accertamenti e dell'istruttoria individuale.

Il riferimento alla pena residua contenuto nella nuova disciplina accentua, ulteriormente, tale aspetto. Chi sia stato condannato a una pena superiore a otto anni può, infatti, accedere alla misura una volta che il residuo rientri entro il limite. Si tratta di una previsione coerente con la progressività del trattamento penitenziario e con l'idea che il giudizio sulla persona non resti cristallizzato al momento della condanna. Ne discende, però, che la storia dell'esecuzione assume un peso proporzionato alla rilevanza della decisione: andranno perciò valutati con attenzione condotta intramuraria, partecipazione alle attività, benefici già goduti, revoche, ricadute e continuità terapeutica. Il dettato dell'art. 94-ter non converte tali elementi in presupposti tipici, ma li consegna al giudizio complessivo del tribunale. Il legislatore amplia il campo

---

[16] Cfr. Corte cost., sent. 12 marzo 2020, n. 50, spec. in motivazione, ove si esclude che tra le varie misure previste dall'ordinamento penitenziario possa costruirsi una graduatoria secondo una scala ascendente di severità e si valorizzano, invece, le peculiarità strutturali e trattamentali dei singoli istituti.

[17] La constatazione che l'affidamento terapeutico non abbia raggiunto tutti i potenziali destinatari ricorre nel dibattito parlamentare: Senato della Repubblica, XIX legislatura, 2ª Commissione permanente (Giustizia), Resoconto sommario n. 396, seduta del 12 maggio 2026. I dati sono quelli di Ministero della Giustizia — D.A.P., Relazione sulla amministrazione della Giustizia nell'anno 2013, sezione Tossicodipendenti, e, per la serie più recente, B. FRAGASSO, *Normativa sugli stupefacenti ed esecuzione penale: pubblicato il XIII Libro Bianco sulle Droghe*, in *Sistema Penale*, 11 luglio 2023, § 4.

della misura e affida alla qualità dell'istruttoria e alla valutazione del giudice il compito di distinguere ciò che il mero dato quantitativo non permetterebbe, di per sé, di cogliere. Si tratta, peraltro, di un compito che, considerato il carico di lavoro già gravante sulla magistratura di sorveglianza e sugli uffici coinvolti, rende necessario verificare in concreto l'adeguatezza delle risorse umane disponibili e richiede, con ogni probabilità, un loro rafforzamento.[18]

Questioni non nuove solleva anche la formula riferita al titolo esecutivo «comprendente» un reato di cui all'art. 4-*bis*. In caso di cumulo di pene, pluralità di titoli o avvenuta espiazione della quota riferibile al reato ostativo, il limite applicabile non può dipendere dalla sola presenza storica di quel delitto nel percorso esecutivo. Il principio di scindibilità del cumulo, affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 361 del 1994 e stabilmente recepito dalla giurisprudenza successiva, impone di verificare se la quota di pena riferibile al reato ostativo sia già stata espiata; tale principio dovrà essere coordinato anche con il nuovo istituto, evitando che il riferimento testuale al titolo produca effetti più restrittivi di quelli giustificati dalla pena che resta effettivamente da eseguire. Particolarmente delicata è, poi, l'eccezione prevista per gli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. Per la rapina aggravata di cui all'art. 628, terzo comma, c.p. e per l'estorsione aggravata di cui all'art. 629, secondo comma, c.p. il legislatore ha mantenuto la soglia degli otto anni, benché si tratti di fattispecie appartenenti all'area dei reati di cui all'art. 4-*bis*. La scelta, introdotta da un emendamento governativo presentato nel maggio 2026, è stata motivata in Commissione con la frequente relazione fra tali delitti e il bisogno di procurarsi sostanze o il denaro necessario ad acquistarle. L'argomento criminologico appare, però, fragile: sotto la rapina aggravata si collocano fatti profondamente diversi e di diversa gravità, in relazione alla preparazione, alla violenza, all'uso di armi, al concorso di persone e alla serialità; l'estorsione aggravata può, poi, presupporre una capacità intimidatoria stabile. La scelta legislativa relativa alla rapina aggravata si inserisce, peraltro, in un terreno sul quale il problema del rapporto fra titolo di reato e individualizzazione dell'esecuzione si era già posto in sede costituzionale. La questione decisa con la sentenza n. 50 del 2020 traeva origine proprio da una condanna per tentata rapina aggravata e rapina aggravata e investiva la preclusione alla detenzione domiciliare generica prevista per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit. La Corte non ha accolto la censura, ritenendo non irragionevole il diverso regime di accesso alle misure. La vicenda conserva un interesse sistematico anche in questa sede, perché mostra come l'appartenenza della rapina aggravata al catalogo dei reati ostativi non esaurisca il problema della concreta pericolosità del condannato e della funzione che una determinata modalità esecutiva può svolgere nel singolo caso. La legge del 2026 torna sul medesimo nodo da una prospettiva diversa, ammettendo espressamente, entro le condizioni dell'art. 94-ter, una valutazione individualizzata anche per tale fattispecie sino alla soglia degli otto anni. Va del resto ricordato che la rapina aggravata e l'estorsione aggravata figurano nell'art. 4-bis, comma

[18] Sul rapporto fra carichi di lavoro, dotazioni organiche e meccanismi di reclutamento della magistratura ordinaria, si rinvia a S. AMORE, *Il futuro della magistratura in Italia. Un'analisi sulle prospettive dell'accesso in magistratura ordinaria*, in *Rivista della Corte dei conti*, anno LXXVIII, 1, gennaio-febbraio 2025, 114 ss.

1-ter, ord. penit., e non nel comma 1: l'ostatività che le riguarda è relativa e già subordinata, nel sistema, all'assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Non si tratta, dunque, di derogare al regime della collaborazione, ma di collocare la nuova misura entro un'area nella quale la valutazione individualizzata era già ammessa. Va inoltre considerato che, dal 2026, l'art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, ord. penit. comprende anche il delitto autonomo di cui all'art. 628-*bis* c.p. («rapina aggravata commessa da un gruppo organizzato»), introdotto dal d.l. 24 febbraio 2026, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2026, n. 54. La legge n. 140 del 2026, tuttavia, individua le deroghe facendo riferimento soltanto agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. Ne consegue che l'art. 628-bis c.p. resta soggetto, tanto nell'art. 94-ter quanto nell'art. 94-quater, al limite di quattro anni previsto per i reati di cui all'art. 4-*bis* e non rientra nell'eccezione che consente il programma semiresidenziale. [19]

Il trattamento semiresidenziale ha, inoltre, ampliato la portata dell'istituto, ma entro un perimetro oggettivo più ristretto rispetto alla modalità residenziale. Esso è, infatti, ammesso, entro il limite di otto anni, per reati diversi da quelli di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., salva l'eccezione espressa per la rapina aggravata e l'estorsione aggravata di cui agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. Nella versione originaria del testo di legge la pena si sarebbe dovuta eseguire presso la struttura terapeutica; nel testo definitivo la detenzione domiciliare può svolgersi, invece, altrove, mentre la persona frequenta la struttura secondo i tempi del programma.

L'esigenza terapeutica è comprensibile, giacché non tutti i percorsi richiedono una permanenza continuativa e, per taluni soggetti, il mantenimento delle relazioni familiari e lavorative costituisce parte significativa del percorso di riabilitazione. Sul terreno dell'esecuzione, tuttavia, residenzialità e semiresidenzialità non sono varianti indifferenti: mutano il grado di osservazione, il numero degli spostamenti, il rilievo del domicilio, l'esposizione agli ambienti precedenti e il modello dei controlli. La legge, d'altronde, non stabilisce una progressione dal programma residenziale a quello semiresidenziale e, all'interno dell'area nella quale entrambe le modalità sono consentite, non tipizza criteri destinati a orientare la scelta dell'una o dell'altra. Resta fermo il diverso perimetro oggettivo fissato dal comma 1: il programma semiresidenziale è escluso per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., con la sola eccezione espressa della rapina aggravata e dell'estorsione aggravata di cui agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. Entro tale perimetro l'art. 94-ter, comma 1, rimette al giudice la valutazione sulla congruenza fra programma, domicilio e prescrizioni. Nella modalità semiresidenziale, in particolare, il luogo in cui si esegue la detenzione domiciliare appare strettamente legato alla prognosi: rilevano la presenza di conviventi, l'eventuale vicinanza alla persona offesa, la possibilità di contatti con complici, il

[19] Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 2020, relativa all'art. 47-ter, comma 1-bis, ord. penit. e a una vicenda concernente tentata rapina aggravata e rapina aggravata; la Corte ha dichiarato non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., valorizzando la specificità delle diverse misure e la presenza, nel sistema, di valutazioni giudiziali in concreto.

rapporto con ambienti di consumo o criminali, la concreta controllabilità degli spostamenti.

Il rischio non è astratto: un programma terapeutico adeguato può rivelarsi inutile e persino pericoloso se il resto della giornata ricolloca il condannato nel medesimo contesto che ha alimentato la condotta criminosa. Il rilievo si coglie, con particolare evidenza, per i condannati per reati segnati da violenza, intimidazione o organizzazione, comprese le ipotesi di rapina aggravata e di estorsione aggravata. Nelle ore trascorse fuori dalla comunità il condannato non è libero, poiché resta soggetto alla detenzione domiciliare e alle prescrizioni imposte; la differenza materiale rispetto alla residenzialità permane, tuttavia, intatta.

Quanto meno intensa è la componente residenziale, tanto più penetrante dovrebbe risultare la verifica dei fattori criminogeni che il trattamento della dipendenza, da solo, non fa venire meno. La motivazione sulla scelta del programma semiresidenziale dovrebbe, di conseguenza, dar conto non soltanto dell'idoneità clinica del percorso, ma delle ragioni per le quali il domicilio, gli spostamenti autorizzati e le prescrizioni possano ritenersi capaci di contenere il rischio di nuove condotte criminali. Una misura clinicamente appropriata può risultare, infatti, nella sua concreta configurazione esecutiva, inadeguata al profilo del condannato.

La detenzione domiciliare terapeutica può essere chiesta, ai sensi dell'art. 94-ter, comma 1, «*in ogni momento*»: formula comune alla modalità residenziale e a quella semiresidenziale, che accentua il carattere dinamico e problematico dell'istituto. Non è previsto alcun periodo minimo di osservazione intramuraria, né alcuna frazione di pena da espiare prima della domanda. La scelta evita automatismi temporali difficilmente compatibili con la varietà delle situazioni cliniche, ma priva il tribunale di una base di osservazione consolidata e rende, per questa via, più ardua la valutazione dell'istanza.

Il rinvio disposto dall'art. 94-*ter*, comma 8, impedisce, d'altra parte, di considerare il nuovo istituto un sistema autosufficiente e richiama, per quanto non diversamente disposto e in quanto compatibili, non soltanto l'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990, ma anche l'art. 47-ter della legge n. 354 del 1975. La disciplina dell'affidamento terapeutico e quella della detenzione domiciliare ordinaria concorrono, dunque, a integrare il nuovo istituto, fermo restando che il loro recepimento deve essere verificato alla luce della specifica struttura terapeutica della misura. La clausola di compatibilità conserva, pertanto, un rilievo interpretativo significativo, ma non autorizza a trattare l'art. 94-*ter* come una disciplina priva di regole proprie. Il legislatore ha, infatti, dettato direttamente numerosi segmenti della vicenda esecutiva e ha affidato alle norme richiamate una funzione integrativa. Spetterà alla giurisprudenza individuare, per i profili non espressamente regolati, quali disposizioni dell'art. 94 e dell'art. 47-*ter* possano essere applicate senza alterare la fisionomia della detenzione domiciliare terapeutica.

Sul terreno della revoca, in particolare, il nuovo articolo contiene già una disciplina espressa. Il comma 6 regola le conseguenze della mancata conclusione positiva del programma terapeutico, contempla la possibilità, entro i limiti indicati, del trasferimento presso altra struttura idonea e dispone, inoltre, la revoca nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, commi 6 e 9, ord. penit. Restano tuttavia questioni interpretative rilevanti,

soprattutto quanto al rapporto fra difficoltà o ricaduta terapeutica, violazione delle prescrizioni e definitiva incompatibilità della prosecuzione extramuraria. La ricaduta clinica non dovrebbe essere, di per sé, automaticamente assimilata a ogni altra inosservanza, ferma restando la necessità di verificare se essa integri una violazione delle prescrizioni o si accompagni a condotte incompatibili con la prosecuzione della misura; l'allontanamento non autorizzato o la commissione di nuovi reati assumono, invece, una diversa consistenza sul piano esecutivo. Il problema, dunque, non è l'assenza di una disciplina della revoca, ma il modo in cui le regole espressamente dettate e quelle richiamate dall'art. 47-ter dovranno essere coordinate con la natura sanitaria del programma.

La seconda questione riguarda il computo e, più precisamente, il rapporto fra durata del programma e pena residua. La detenzione domiciliare è, a ogni effetto, pena espiata, con le conseguenze che ne derivano quanto alla liberazione anticipata, al cumulo con i periodi di detenzione già sofferti e alla determinazione del residuo. Il legislatore disciplina espressamente l'ipotesi in cui il programma si concluda positivamente prima dell'integrale espiazione della pena: l'art. 94-*ter*, comma 7, consente al magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni e ai fini del reinserimento sociale, di disporre l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare anche oltre i limiti ordinari degli artt. 47 e 47-*ter* ord. penit., purché non siano superati i limiti di pena previsti dal comma 1 aumentati della metà, ovvero di un quarto se il titolo esecutivo comprende un reato di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. La prosecuzione è accompagnata da verifiche periodiche dirette ad accertare l'utilizzo di sostanze stupefacenti o alcoliche e la sopravvenienza di una nuova condizione di tossicodipendenza o alcoldipendenza determina la revoca delle misure. La disciplina risolve quindi il problema della conclusione anticipata del programma sul versante esecutivo; diverso è il caso in cui esigenze cliniche permangano oltre l'integrale espiazione della pena, giacché da quel momento la prosecuzione del trattamento non può più fondarsi sul titolo esecutivo, ma resta affidata agli ordinari strumenti sanitari.

Il raccordo con l'art. 656 c.p.p. è stato espressamente disciplinato dalla riforma, ma secondo due meccanismi che devono essere tenuti distinti. In via ordinaria, l'art. 3 della legge n. 140 del 2026 modifica il comma 5 dell'art. 656, elevando a otto anni, nei casi di cui all'art. 94-*ter*, la soglia entro la quale può operare la sospensione dell'esecuzione, includendo la nuova misura tra quelle che il condannato può richiedere e imponendo al pubblico ministero di trasmettere senza ritardo l'ordine di esecuzione, il decreto di sospensione e il programma terapeutico al magistrato di sorveglianza, chiamato a provvedere entro quarantacinque giorni. Questo meccanismo incontra, tuttavia, il limite già contenuto nel comma 5, che fa salvo quanto previsto dai commi 7 e 9. L'art. 656, comma 9, lett. a), esclude la sospensione per i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit.; il rinvio, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, è formale e dinamico e opera in ragione del titolo di reato, senza trasferire nella fase affidata al pubblico ministero le condizioni soggettive alle quali l'art. 4-bis subordina

l'accesso ai benefici.[20] Ne deriva, sul piano letterale, che il condannato per i reati di cui agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. che acceda all'art. 94-ter attraverso l'ordinaria fase esecutiva, di regola, non beneficia della sospensione ex art. 656, comma 5, nonostante il nuovo art. 94-*ter* ammetta per quelle fattispecie la soglia degli otto anni. Resta ferma l'eccezione, già prevista dall'art. 656, comma 9, lett. a), per chi si trovi agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 d.P.R. n. 309 del 1990. Fuori da tale ipotesi, la richiesta della misura resta possibile, ma senza il meccanismo destinato a evitare il previo ingresso in carcere. Diverso è il percorso aperto dalla sentenza resa ai sensi dell'art. 94-quater. Il comma 3 di tale disposizione, nel prescrivere al pubblico ministero l'emissione dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione, fa espressamente salvo soltanto l'art. 656, comma 9, lett. b), e non la lett. a). La formulazione speciale depone quindi nel senso che, per le sentenze ex art. 94-*quater*, la preclusione oggettiva della lett. a) non operi, anche quando si tratti dei reati di cui agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p., espressamente ammessi dalla nuova disciplina. Più che un'assoluta mancanza di coordinamento, emerge così una significativa asimmetria: per le medesime fattispecie l'accesso senza previo passaggio dal carcere appare garantito nel percorso speciale definito dall'art. 94-quater, mentre resta precluso, sul piano letterale, nel percorso esecutivo ordinario. Sarà soprattutto su questa differenza — oltre che sull'effettività del termine di quarantacinque giorni e sul raccordo fra gli uffici — che la prassi dovrà misurare la coerenza del nuovo sistema.

Resta, infine, il regime intertemporale, che va distinto secondo l'istituto considerato. Per l'art. 94-*quater* il legislatore ha dettato una disciplina transitoria espressa: l'art. 4 della legge n. 140 del 2026 ne estende l'applicazione ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore, ad esclusione di quelli nei quali sia già stata pronunciata sentenza di primo grado, consentendo, alle condizioni indicate dalla disposizione, di formulare la richiesta nella prima udienza utile anche dopo la scadenza del termine di cui all'art. 446, comma 1, c.p.p. e prevedendo, su istanza dell'imputato corredata da elementi sulla dipendenza, una sospensione del dibattimento funzionale alla predisposizione della documentazione richiesta. Per l'art. 94-ter, invece, la legge non contiene un'analoga disposizione transitoria speciale. Il silenzio non sembra, tuttavia, porre particolari ostacoli quanto ai rapporti esecutivi non esauriti: secondo la tradizionale qualificazione delle norme dell'esecuzione, opera in linea generale il principio *tempus regit actum*, fermo il limite individuato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2020, per le sopravvenienze che incidano in senso deteriore sulla

[20] Sulla natura formale (dinamica) e non recettizia del rinvio operato dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. all'art. 4-bis ord. penit., cfr. Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2006, dep. 17 luglio 2006, n. 24561, che affida alla norma richiamata l'individuazione delle categorie di delitti per le quali la sospensione non opera, senza recepirne i presupposti soggettivi. Con specifico riguardo alla rapina aggravata, v. da ultimo Cass. pen., sez. I, ord. 13 maggio 2026, dep. 22 maggio 2026, n. 18497, che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. e 4-bis, comma 1-ter, ord. penit., nella parte in cui mantengono l'ostatività anche quando sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità per effetto di Corte cost., sent. n. 86 del 2024. La questione risulta iscritta al n. 107 del registro ordinanze 2026 della Corte costituzionale e, alla data di chiusura del presente contributo, non risulta ancora decisa.

natura della pena o sulla sua concreta incidenza sulla libertà personale. Poiché l'art. 94-ter introduce una possibilità favorevole di accesso a una modalità extramuraria, la sua applicazione ai procedimenti esecutivi pendenti non incontra, sotto questo profilo, il limite individuato dalla pronuncia.

La questione pratica riguarda, quindi, l'operatività della nuova disciplina esecutiva rispetto ai titoli già in esecuzione, ai condannati che stiano scontando la pena in carcere o in altra misura e a coloro ai quali sia stata in precedenza respinta un'istanza ex art. 94, ferma la necessità che la nuova domanda sia fondata sugli autonomi presupposti dell'art. 94-*ter*.

4. I presupposti applicativi.

L'art. 94-*ter*, comma 2, indica i presupposti che conferiscono alla misura la sua fisionomia: la dipendenza deve essere effettiva e attuale; il programma terapeutico deve essere idoneo; la domanda deve indicare la correlazione fra la patologia e il reato. Tre elementi che non operano separatamente.

La diagnosi giustifica il bisogno di cura, il programma ne disegna il percorso, la correlazione con il fatto spiega perché quel bisogno sanitario possa incidere sulla forma dell'esecuzione.

Se fosse sufficiente l'esistenza della dipendenza, la condizione patologica diverrebbe titolo di accesso all'esecuzione extramuraria a prescindere dal suo ruolo nella condotta e dalla capacità del trattamento di ridurre il rischio di recidiva.

Dell'intensità di quella correlazione, tuttavia, il legislatore tace. Essa può avere generato il bisogno immediato che conduce al reato; può avere inciso sulla capacità di autocontrollo; può avere operato quale concausa accanto a fattori economici, relazionali o criminali; può essere stata presente nella vita dell'autore senza contribuire in misura apprezzabile al fatto. Tutte queste ipotesi esprimono una relazione in senso lato e nessuna equivale all'altra ai fini dell'applicazione dell'art. 94-*ter*. Se si accoglie una lettura teleologica dell'istituto, fondata sulla capacità del programma di interrompere un circuito fra dipendenza e criminalità, la correlazione dovrebbe risultare sufficientemente qualificata da rendere ragionevole l'inferenza secondo cui il trattamento della patologia ridurrà anche il rischio di nuove condotte illecite.

Non appare, dunque, sufficiente una correlazione dedotta semplicemente dal tipo di reato. Il requisito, peraltro, non è del tutto nuovo nel sistema. L'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990 subordina la sospensione dell'esecuzione della pena alla circostanza che essa sia stata inflitta per reati commessi «in relazione» allo stato di tossicodipendenza. Su questa formula la giurisprudenza di legittimità ha da tempo escluso che il dato clinico possa essere considerato in modo puramente astratto: la Corte di cassazione ha ricondotto alla previsione i reati commessi quando il soggetto versava nello stato di tossicodipendenza al momento del fatto ovvero quelli direttamente motivati da tale condizione. La più recente applicazione dell'art. 90 ha, tuttavia, mostrato come la mera concomitanza temporale non risolva il giudizio.

Così, con la sentenza 4 dicembre 2025, depositata l'8 gennaio 2026, n. 631, la prima sezione della Corte di cassazione ha respinto il ricorso di un condannato quale promotore di un'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, al quale il Tribunale di sorveglianza di Venezia aveva negato la sospensione dell'esecuzione: i complessi compiti di gestione svolti all'interno del sodalizio sono stati ritenuti sufficienti a escludere che il reato fosse stato commesso da persona in stato di tossicodipendenza al momento della consumazione e fosse direttamente motivato da quella condizione. La medesima pronuncia ha, inoltre, ribadito che il beneficio presuppone l'accertamento dell'esito positivo del programma terapeutico e socio-riabilitativo, previa acquisizione della relazione prevista dall'art. 123 del testo unico: la correlazione con il reato è, dunque, soltanto uno dei due accertamenti richiesti.

Un criterio ulteriore, pur maturato in un istituto diverso, emerge dalla giurisprudenza sull'art. 671, comma 1, c.p.p., che annovera fra gli elementi rilevanti per il riconoscimento della continuazione la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza. Anche in questo ambito la dipendenza non opera come presunzione: non basta affermare che i reati servissero a procurare sostanze o il denaro necessario ad acquistarle, ma occorre confrontare tale condizione con gli altri indicatori del caso concreto, fra i quali la contiguità temporale, le causali, le modalità delle condotte, l'omogeneità delle violazioni e la complessiva storia criminosa. Nello stesso tempo, quando lo stato di tossicodipendenza sia specificamente allegato e documentato, il giudice non può ignorarlo, né svalutarlo senza adeguata motivazione. Pur senza poter essere trasferiti meccanicamente all'art. 94-*ter*, questi orientamenti suggeriscono un metodo: la dipendenza non è né un dato neutro, né un titolo autosufficiente, ma un elemento che acquista significato soltanto se posto in relazione con la struttura concreta del fatto.

Questa impostazione si accorda con una linea ormai consolidata della giurisprudenza costituzionale in materia esecutiva che guarda, con particolare cautela, agli automatismi capaci di sostituire alla valutazione individualizzata una presunzione assoluta fondata sul solo titolo di reato. Il principio non comporta che ogni differenziazione legislativa sia illegittima, né che tutti i benefici o le misure alternative debbano condividere gli stessi presupposti. Impone, però, che la disciplina non perda di vista la progressività trattamentale, l'evoluzione concreta della persona e la funzione propria della singola misura. Nell'art. 94-*ter* questa esigenza trova espressione proprio nella combinazione fra correlazione con il reato, idoneità del programma e prognosi di prevenzione della recidiva, che impedisce di trasformare la tipologia delittuosa, in senso favorevole o sfavorevole, in un surrogato dell'accertamento individuale.[21]

[21] Quanto alla relazione fra dipendenza e reato, cfr. Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2001, n. 35678, Rv. 219754, che, con riguardo all'art. 90 d.P.R. n. 309 del 1990, ha riferito la previsione ai reati commessi quando il soggetto versava nello stato di tossicodipendenza al momento del fatto ovvero direttamente motivati da tale condizione; da ultimo, Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2025, dep. 8 gennaio 2026, n. 631, Rv. 289175-01, che ha rigettato il ricorso contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia del 14 maggio 2025 e ha escluso il nesso, pur in presenza di tossicodipendenza coeva, per il promotore di un'associazione ex art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, in ragione dei complessi compiti di gestione da lui svolti; la pronuncia è conforme a Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 2012, dep. 8 marzo 2013, n. 11050, Caiello, Rv. 255302-01, e ribadisce che il

La circostanza che talune forme di criminalità siano frequenti fra persone dipendenti non autorizza ad attribuire alla patologia, nel singolo caso, un'efficacia causale o concausale[22]. Una rapina preparata con sopralluoghi ed eseguita con armi, con complici e divisione dei ruoli, conserva una struttura criminologica che la tossicodipendenza di uno degli autori non assorbe; un'estorsione protratta nel tempo non diviene, per ciò solo, espressione dell'impulso a procurarsi la sostanza. Vale, del resto, anche il ragionamento inverso: la dipendenza non esce dal quadro causale per il solo fatto che la condotta presenti altre motivazioni.

Il giudizio è, pertanto, concreto e strettamente legato alla situazione dell'individuo. Di qui il rilievo dell'istruttoria richiesta. La valutazione sanitaria accerta l'esistenza della patologia, la sua storia, l'intensità, il bisogno terapeutico; non accerta come si sia svolto il fatto.

La correlazione esige, perciò, che la storia clinica venga confrontata con la motivazione della sentenza, con le circostanze della condotta, con gli eventuali precedenti, con l'epoca di insorgenza della dipendenza, con l'esistenza di condotte analoghe commesse in fasi di astinenza. L'affermazione di avere commesso un furto per acquistare la sostanza nulla prova di per sé; né può risultare decisiva una documentazione sanitaria formatasi a notevole distanza di tempo dal fatto. Il fattore temporale assume, in questa materia, rilievo essenziale.

L'art. 94-*ter* esige una dipendenza attuale al momento della domanda, mentre la correlazione riguarda un reato già commesso. La patologia può essere reale oggi e non esserlo stata all'epoca del fatto; può essere insorta più tardi; può essersi aggravata nel corso del procedimento; può essere esistita in forma più tenue e non avere inciso sulla decisione criminosa. Attualità della dipendenza e ricostruzione della correlazione con il fatto operano, dunque, su piani distinti: la prima è un requisito espressamente richiesto al momento della domanda; la presenza della dipendenza all'epoca del reato non costituisce un ulteriore requisito autonomamente formulato dalla norma, ma è un dato storico che può risultare necessario per dimostrare la correlazione richiesta dall'art. 94-ter. Una patologia reale oggi, ma insorta soltanto dopo il fatto, non può, per definizione, avere inciso sulla condotta già commessa. Che la condizione di dipendenza non

---

beneficio esige, oltre al legame fra reato e dipendenza, l'accertamento dell'esito positivo del programma, previa acquisizione della relazione di cui all'art. 123 del testo unico. Sul diverso terreno dell'art. 671 c.p.p., cfr. Cass. pen., sez. VI, 29 marzo 2017, dep. 9 maggio 2017, n. 22553, Rv. 270391-01, secondo cui la tossicodipendenza non fonda alcuna presunzione di unicità del disegno criminoso; Cass. pen., sez. II, 21 marzo 2019, dep. 22 maggio 2019, n. 22493, Rv. 275420-01, che ne ammette la rilevanza quando i reati risultino collegati e dipendenti da tale stato e ricorrano gli ulteriori indici della continuazione; Cass. pen., sez. I, 3 dicembre 2019, dep. 2020, n. 4094, Rv. 278187-01, sull'obbligo di considerare la condizione specificamente dedotta e documentata. Sul principio di individualizzazione dell'esecuzione e sul limite dei rigidi automatismi, cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 149 del 2018; per la precisazione secondo cui tale principio non esclude discipline differenziate fra misure aventi struttura e funzione diverse, Corte cost., sent. n. 50 del 2020.

[22] AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Milano, 2019, pp. 410 ss.

produca, di per sé, conseguenze giuridiche automatiche trova del resto conferma sul contiguo terreno dell'imputabilità.[23]

L'accertamento dell'attualità incontra, poi, le difficoltà proprie della condizione detentiva. L'astinenza protratta in carcere non dimostra una remissione stabile, potendo dipendere dall'ambiente protetto e dalla scarsa disponibilità della sostanza; una diagnosi formulata anni prima non prova che la dipendenza conservi la medesima intensità al momento della domanda. Occorre distinguere la dipendenza attiva dalla remissione in ambiente controllato, l'uso occasionale dalla condizione patologica, la poliassunzione dalla dipendenza clinicamente rilevante.

La distinzione rileva soprattutto per l'alcoldipendenza: avere commesso un reato in stato di ebbrezza, o presentare consumi elevati, non equivale a esserne dipendenti. La misura richiede una condizione sanitaria definita e attuale, non la presenza di sostanze o di alcol nella storia personale. Subordinare la misura a una certificazione anteriore al fatto sarebbe stato irragionevole, poiché molte dipendenze restano a lungo estranee al circuito sanitario e una regola siffatta penalizzerebbe proprio le persone in condizione di maggiore marginalità.

È ragionevole, invece, esigere che, quando la documentazione sia posteriore, la presenza della patologia all'epoca del fatto e la sua concreta relazione con il reato risultino, ove tale ricostruzione sia necessaria, da elementi convergenti e verificabili. Non si tratta di costruire una prova legale della dipendenza, ma di impedire che la diagnosi attuale assorba senza verifica la ricostruzione storica della correlazione.

In questo passaggio il ruolo del SerD si rivela particolarmente delicato. La presa in carico non può ridursi a un adempimento preparatorio alla domanda giudiziaria: deve conservare natura clinica e consentire, per quanto possibile, una ricostruzione non episodica della storia della dipendenza. La posizione istituzionale del servizio pubblico può offrire, in proposito, una garanzia preziosa, a condizione che esso disponga del tempo, del personale e delle informazioni necessari a svolgere una valutazione effettiva e non meramente certificativa: ed è questo uno dei dati più critici dell'intera riforma. Nel medesimo quadro va collocato il rischio di preordinazione, che l'art. 94, richiamato dal comma 8, impone di verificare. Una patologia non perde realtà per il fatto di produrre conseguenze giuridiche favorevoli; ma un vantaggio nell'esecuzione della pena come quello introdotto dalle nuove disposizioni esige che l'accertamento conservi una struttura indipendente dalla finalità difensiva. È esattamente per questa ragione che la diagnosi non esaurisce il giudizio e che la correlazione va motivata su dati ulteriori rispetto alla mera volontà di intraprendere il programma.

---

[23] Cfr. Corte cost., sent. 26 febbraio 2026, n. 21, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 95 c.p., ritenendo non costituzionalmente imposta l'estensione degli artt. 88 e 89 c.p. ai disturbi da dipendenza o correlati all'uso di sostanze che non si accompagnino a infermità o ad altri gravi disturbi della personalità. La Corte ha, al contempo, precisato che il concetto di «cronica intossicazione» si estende alle gravi patologie psichiche, in particolare alle psicosi, prodotte o slatentizzate dall'abuso prolungato di sostanze, e che resta ferma l'autonoma rilevanza, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., delle patologie psichiche del tutto autonome dalla dipendenza.

Un problema di qualificazione dell'apparato documentale è sollevato, poi, dal comma 2.

La legge richiede, a pena di inammissibilità, non soltanto il programma e la valutazione clinica, ma l'«indicazione» della correlazione. La presenza di un documento non equivale, però, alla sussistenza di un presupposto: una relazione che affermi in modo apodittico il legame fra fatto e dipendenza rende la domanda formalmente completa e resta del tutto insufficiente nel merito. La giurisprudenza dovrà, pertanto, distinguere le omissioni che impediscono l'esame dell'istanza dalle carenze che impongono un approfondimento istruttorio o conducono al rigetto. Una lettura eccessivamente formalistica dell'inammissibilità attribuirebbe valore decisivo alla semplice produzione dell'attestazione; una lettura troppo elastica farebbe venir meno la necessità che una documentazione qualificata sia presente sin dall'origine.

L'accoglimento dell'istanza, a norma dell'art. 94-ter, comma 3, dipende da una duplice valutazione: il programma deve contribuire al concreto recupero del richiedente ed essere idoneo a prevenire il pericolo che egli commetta altri reati. I due termini, evidentemente, non coincidono. Un trattamento può risultare clinicamente appropriato e tuttavia non bastare a governare fattori criminogeni ulteriori rispetto alla dipendenza; e una prognosi favorevole non si ricava dalla sola serietà del programma. Il giudice dovrà, perciò, confrontare il dato terapeutico con la storia esecutiva, le modalità del fatto, i precedenti, la condotta successiva, la collocazione proposta e quant'altro incida sulla pericolosità attuale.

Le due valutazioni vanno mantenute distinte. La prima concerne l'utilità terapeutica del programma: la sua congruenza con la diagnosi, la storia del trattamento, la motivazione della persona. La seconda concerne la capacità della misura, nel suo insieme, di contenere il rischio di nuovi reati. Un peso tutt'altro che formale acquista, di conseguenza, la motivazione del provvedimento giudiziario. Nei casi ordinari potrà essere sufficiente che essa dia conto della storia clinica, della correlazione con il fatto, del programma e della condotta esecutiva.

Nei reati segnati da violenza o minaccia — e soprattutto là dove la legge mantiene il limite di otto anni — la motivazione dovrebbe esaminare, però, in modo approfondito la struttura della condotta, l'eventuale pianificazione, la presenza di complici, i precedenti fallimenti, la compatibilità della specifica collocazione con le esigenze di sicurezza. Non si tratta di introdurre per via interpretativa presunzioni che la legge non contempla, bensì di calibrare l'intensità della motivazione sulla complessità del rischio da valutare.

L'art. 94-*ter* non prevede una specifica interlocuzione della persona offesa nel procedimento di concessione della misura; restano ferme, nei casi previsti, le comunicazioni contemplate dall'art. 90-*ter* c.p.p. e, per il catalogo di reati indicato dalla disposizione, gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 58-sexies ord. penit., introdotto dalla legge 2 dicembre 2025, n. 181, in relazione all'applicazione di misure alternative alla detenzione o di altri benefici analoghi che comportino l'uscita dall'istituto. Tali obblighi operano, però. esclusivamente sul piano informativo successivo alla concessione e non attribuiscono alla persona offesa una generale interlocuzione preventiva nel procedimento. Nondimeno, la prevenzione di nuovi reati

e il potere di impartire prescrizioni impongono di considerare il rischio di contatti, pressioni e intimidazioni. Nei contesti territoriali di ridotte dimensioni, e nell'estorsione in particolare, anche la semplice prossimità può incidere sulla libertà della vittima assai prima di tradursi in una nuova fattispecie penale. Il luogo della struttura o del domicilio semiresidenziale andrebbe, perciò, valutato anche in rapporto alla persona offesa, alle misure di protezione già disposte, ai legami con complici o ambienti criminali. La finalità terapeutica non attenua, del resto, il dovere dello Stato — rispetto al quale la nuova disciplina non detta specifiche regole — di impedire che l'esecuzione extramuraria possa riesporre le vittime alle condotte del condannato. In questa prospettiva la qualità delle prescrizioni assume rilievo decisivo. Orari, spostamenti, frequentazioni, verifiche tossicologiche, attività lavorative non costituiscono il contorno del programma: sono la fisionomia concreta della detenzione domiciliare, ciò che la distingue da una permanenza volontaria in struttura.

La legge lascia giustamente spazio all'individualizzazione e, proprio per questo, le prescrizioni non tollerano standardizzazione. Nei programmi semiresidenziali, in particolare, la regolazione degli spostamenti e del domicilio è parte integrante del giudizio di idoneità, non un dettaglio esecutivo da definire in un momento successivo.

L'art. 94-ter, comma 4, istituisce una commissione centrale incaricata di elaborare linee guida sui metodi di accertamento e sulla loro uniforme applicazione nazionale. La previsione assume un significato che supera la nuova misura: richieste di linee d'indirizzo condivise, criteri diagnostici uniformi e procedure omogenee sono emerse ripetutamente durante l'applicazione dell'art. 94, e la commissione sembra, dunque, chiamata a rispondere a una criticità già nota. La sua efficacia dipenderà, tuttavia, dalla capacità di costruire standard che non riducano la diagnosi a una griglia burocratica, ma la traducano in un linguaggio clinico, documentale e valutativo comune, entro il quale resti possibile l'individualizzazione del caso. La legge fissa in centoventi giorni dall'entrata in vigore il termine per il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che deve stabilire la composizione e le modalità di funzionamento della commissione, ma non predetermina il termine entro il quale le linee guida dovranno essere adottate. Restano inoltre affidati alla concreta attuazione l'equilibrio fra le professionalità coinvolte e il valore da riconoscere alle linee guida nel giudizio del tribunale, che non potrebbe esserne vincolato al punto da sacrificare proprio quell'individualizzazione che esse dovrebbero rendere possibile.[24]

Nella fase iniziale dell'esame della legge, la Commissione bilancio aveva chiesto chiarimenti sugli oneri di funzionamento dell'organismo; nel testo definitivo è stato stabilito che ai componenti della commissione non spettano compensi, gettoni di

[24] L'esigenza di criteri diagnostici e procedurali omogenei è segnalata da chi opera nei servizi: B. MERANER, *Misure alternative ex art. 90 e art. 94 d.P.R. n. 309/1990: il punto di vista dei servizi*, in *Giustizia penale, misure alternative e prestazioni sanitarie penitenziarie nell'ambito della dipendenza da sostanze psicoattive. Instant Book*, Roma, Dipartimento per le Politiche Antidroga, 2021, pp. 110-111. Nella medesima direzione, e con il concorso della magistratura di sorveglianza, FeDerSerD — CONAMS, Protocollo operativo, cit., e G. CRESPI — C. VARANGO, *La complessità della certificazione*, cit., dai quali emerge che il problema non è la mancanza di criteri, ma la loro disomogeneità fra i territori.

presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati. La previsione assicura la neutralità finanziaria dell'organismo, ma ciò rischia, evidentemente, di condizionarne le modalità e la frequenza dei lavori.

5. Una dipendenza per evitare il carcere?

La legge non consente, come visto, di ottenere la detenzione domiciliare sulla base di una semplice dichiarazione di consumo: esige una tossicodipendenza o alcoldipendenza effettiva e attuale, un programma terapeutico, una correlazione con il reato e una valutazione giudiziaria favorevole. Il rischio non si esaurisce, tuttavia, nella possibile simulazione di una patologia inesistente. Più delicata è l'ipotesi nella quale una condizione reale venga enfatizzata, consolidata o ricostruita a posteriori sino a divenire il titolo di accesso a un regime esecutivo che, rispetto alla permanenza in carcere, costituisce un regime di indubbio favore per il condannato. Sotto questo profilo il problema non nasce con la legge n. 140 del 2026: appartiene alla storia stessa dell'affidamento terapeutico.

L'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990 ha sempre costituito, infatti, un circuito speciale rispetto all'affidamento ordinario. La specialità terapeutica ne giustifica i presupposti autonomi e, in determinate situazioni, consente l'accesso all'esecuzione extramuraria anche quando le misure ordinarie non sarebbero praticabili. Proprio questo differenziale produce un incentivo obiettivo a valorizzare la condizione di dipendenza al momento dell'esecuzione della pena. Non significa, naturalmente, che la domanda sia per ciò solo abusiva; significa, piuttosto, che il sistema deve essere costruito sapendo che il vantaggio esecutivo può concorrere alla scelta terapeutica e, in alcuni casi, orientarla in senso meramente strumentale.[25]

La consapevolezza del problema è risalente. La Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 367 del 1995, nel giustificare la disciplina di favore allora prevista per il condannato tossicodipendente, osservò che il legislatore aveva privilegiato l'incentivazione della scelta terapeutica, pur mettendo in conto il rischio di atteggiamenti strumentali del richiedente. La Corte di cassazione, con la sentenza n. 38055 del 2006, fu ancora più esplicita nel leggere l'irrigidimento dei presupposti dell'art. 94 come diretto a impedire un ricorso strumentale all'istituto per conseguire benefici altrimenti non conseguibili, specialmente quando la consistenza della pena impediva l'ammissione alle altre misure alternative. Il punto è esattamente questo: l'uso strumentale della qualifica di tossicodipendente non è un'eventualità immaginata oggi per criticare la nuova

[25] Sul rischio di uso strumentale già messo in conto dal legislatore, cfr. Corte cost., ord. 24 luglio 1995, n. 367; Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2006, dep. 20 novembre 2006, n. 38055, che collega l'irrigidimento dei presupposti alla necessità di impedire il ricorso strumentale all'istituto per ottenere benefici altrimenti non concedibili. Sul carattere peculiare e autonomo della disciplina dell'affidamento terapeutico rispetto all'affidamento ordinario, cfr. Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, dep. 17 luglio 2001, n. 29025. Nella dottrina, R. TUCCI, *L'affidamento in casi particolari* (terapeutico), cit., § 5.3.6.3.

disciplina, ma un rischio che la giurisprudenza aveva già individuato nel rapporto fra affidamento terapeutico e affidamento ordinario.

Anche la dottrina e le ricerche sul campo hanno registrato da tempo questa situazione.

È stata prospettata la possibilità di una precostituzione strumentale dei presupposti della dipendenza e sono state descritte istanze rivolte essenzialmente a evitare l'ingresso o il rientro in carcere. L'esperienza applicativa mostra, però, anche il versante opposto: la motivazione iniziale può essere debole o largamente influenzata dalla prospettiva della detenzione e trasformarsi, durante il programma, in un'adesione terapeutica autentica. La strumentalità non può essere dunque trattata come una categoria psicologica binaria, ricavata dalla semplice domanda «vuole curarsi o vuole evitare il carcere?». Le due finalità possono coesistere e, in una misura che deliberatamente utilizza l'alternativa al carcere come incentivo alla cura, sarebbe poco realistico pretendere che il vantaggio esecutivo sia del tutto estraneo alla decisione del condannato.[26]

Ciò rende ancora più importante distinguere nettamente la componente premiale della richiesta dalla strumentalizzazione e preordinazione dell'istanza. Non basta, quindi, domandarsi se il soggetto tragga un vantaggio dall'affidamento o dalla detenzione domiciliare terapeutica: occorre verificare se esista un bisogno terapeutico reale, se il programma sia coerente con quel bisogno, se la storia clinica del reo sia compatibile con la ricostruzione prospettata e, soprattutto per il nuovo art. 94-ter, se la dipendenza abbia una relazione concretamente significativa con il reato e se il trattamento sia capace di incidere sui fattori di recidiva.

Non è casuale che il Protocollo FeDerSerD-CONAMS del 2018 abbia individuato la valutazione della non strumentalità fra le aree critiche dell'applicazione dell'art. 94 e che successive linee operative territoriali abbiano cercato di tradurla in indicatori verificabili: storia tossicologica, precedenti contatti con i servizi, motivazione al trattamento, condivisione degli obiettivi terapeutici, genuinità della relazione con l'équipe, coerenza temporale del percorso. Sono indicatori utili proprio perché spostano il giudizio dalla dichiarazione dell'interessato alla ricostruzione della vicenda clinica e personale. Nessuno di essi, isolatamente considerato, può tuttavia fondare una presunzione assoluta.

L'art. 94-ter, comma 2, esige una dipendenza effettiva e attuale al momento della domanda, mentre la correlazione riguarda un reato commesso in precedenza, talvolta a distanza di anni. Le due verifiche corrono su piani distinti e nulla garantisce che si incontrino: una dipendenza può essere reale il giorno dell'istanza ed essere insorta, o

[26] V. FURFARO, L'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990 attraverso alcune esperienze, cit., ove si riferisce della prassi di rigettare le domande rivolte al solo fine di sottrarsi al carcere, ma anche della possibilità che una motivazione terapeutica maturi durante il percorso; R. TUCCI, L'affidamento in casi particolari (terapeutico), cit., § 5.3.6.3. Sulla non strumentalità come area critica operativa, FeDerSerD — CONAMS, Protocollo operativo, cit.; Regione del Veneto, Decreto del Direttore dell'Area Sanità e Sociale 8 aprile 2021, n. 8, Allegato A, pp. 10 ss. Per la diversa nozione di «strumentalità istituzionale», C. MANTOVAN — A. SBRACCIA, *Evoluzione degli stili di consumo, difficoltà di definizione e adeguamento delle prassi terapeutiche*, in Antigone, anno V, nn. 2-3/2010, spec. p. 153.

essersi aggravata, durante le indagini, nel corso del processo o dopo la condanna. Essa fonda allora un bisogno di cura, che nessuno intende negare; ma non spiega, di per sé, la genesi di una condotta anteriore.

L'accertamento deve, pertanto, estendersi alla dimensione storica della dipendenza: quando il consumo ha assunto i caratteri della dipendenza, quale ne fosse l'intensità all'epoca del reato, in quale modo abbia inciso sulla condotta, quali riscontri confermino il racconto dell'interessato.

Una presa in carico tardiva da parte del SerD non autorizza alcuna presunzione di strumentalità, giacché molte dipendenze restano a lungo estranee al circuito sanitario. Essa rende, però, necessario ricercare, quando disponibili, riscontri non dipendenti dalla sola narrazione dell'interessato: precedenti accessi sanitari, esami tossicologici, dati anamnestici verificabili, informazioni penitenziarie, atti del processo, dichiarazioni rese in epoca non sospetta, precedenti percorsi terapeutici e loro esito. Analoga cautela richiede la relazione clinica che attribuisca alla dipendenza, a distanza di tempo, un peso di cui negli atti del procedimento non si rinvenga traccia: la patologia può essere autentica e il trattamento necessario, ma resta da chiarire perché essa debba incidere sulla modalità di esecuzione della pena.

La nuova disciplina accresce la rilevanza di questi controlli. L'art. 94-ter opera proprio quando non ricorrono i presupposti dell'art. 94, raggiunge in via generale la soglia degli otto anni e consente di presentare la domanda «in ogni momento»; l'art. 94-quater anticipa poi la prospettiva terapeutica alla fase di cognizione, collegandola a una speciale forma di definizione del processo. Quanto più ampio è lo spazio nel quale la qualificazione della dipendenza apre una via esecutiva non altrimenti disponibile, tanto maggiore diviene l'interesse pratico a ricondurre la propria vicenda a quel circuito. È un dato di struttura, non un giudizio morale sul richiedente. Proprio i lavori preparatori del 2026 mostrano che il legislatore ne era consapevole: in Commissione giustizia si discusse espressamente della necessità di evitare l'uso strumentale dei nuovi istituti e si richiamarono le metodiche già utilizzate per l'art. 94.[27]

Esiste, inoltre, un secondo versante della strumentalità, meno evidente ma non meno importante: quello istituzionale. Una ricerca pubblicata da Antigone, raccogliendo le valutazioni di operatori dei servizi, segnalava che la pressione prodotta dal sovraffollamento può orientare, almeno in alcune realtà, verso l'uscita dal carcere indipendentemente dalla piena maturazione dei presupposti terapeutici; la stessa ricerca evidenziava anche il possibile condizionamento economico delle strutture comunitarie. Si tratta di osservazioni empiriche che non consentono generalizzazioni, ma che acquistano oggi un significato particolare, perché la legge n. 140 del 2026 dichiara apertamente, accanto alla finalità terapeutica, quella di contribuire alla riduzione del

[27] Sul rischio di uso strumentale espressamente discusso durante l'iter della riforma, Senato della Repubblica, XIX legislatura, 2ª Commissione permanente (Giustizia), Resoconto sommario n. 396, seduta del 12 maggio 2026; Senato della Repubblica, Servizio Studi, Dossier A.S. n. 1635, gennaio 2026, ove la valutazione della non strumentalità è indicata fra le criticità già note delle misure terapeutiche. Per due recenti applicazioni di segno complementare, Cass. pen., sez. I, 4 giugno 2026, dep. 13 agosto 2026, n. 31256, e Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2026, dep. 21 agosto 2026, n. 31737.

sovraffollamento. Il rischio è allora duplice: che il condannato utilizzi la terapia per ottenere un diverso regime esecutivo e che, specularmente, il sistema utilizzi la categoria terapeutica per governare i flussi penitenziari. In entrambi i casi il mezzo finirebbe per prevalere sul fine della cura.

La giurisprudenza più recente offre, proprio su questo terreno, un'indicazione metodologica utile. Con la sentenza n. 31256 del 13 agosto 2026 la prima sezione della Cassazione ha ritenuto immune da vizi una valutazione negativa della genuinità del percorso fondata su specifiche incongruenze della documentazione, delle dichiarazioni dell'interessato e del concreto progetto di reinserimento. Con la sentenza n. 31737 del 21 agosto 2026, viceversa, ha annullato un diniego nel quale la strumentalità era stata desunta in modo sostanzialmente presuntivo dalla tardività della presa in carico, senza esaminare integralmente la documentazione più recente e senza una valutazione adeguata dell'attuale pericolosità. Le due decisioni non sono contraddittorie: indicano che la strumentalità può e deve essere accertata, ma attraverso fatti verificabili e coerentemente motivati, non mediante automatismi temporali o sospetti generici.

La circostanza che l'autore del reato sia tossicodipendente, o che una parte del profitto sia destinata all'acquisto di sostanze, non dimostra che il trattamento della dipendenza sia sufficiente a incidere sui fattori che hanno prodotto il reato. Attenzione non minore richiedono i collegamenti con contesti criminali organizzati, la serialità delle condotte e la persistenza di moventi economici o intimidatori autonomi dal consumo. Il diritto alla cura non dipende dalla dimostrazione che la dipendenza abbia causato il reato: esso va garantito anche quando la patologia sia sopravvenuta o non abbia inciso in misura apprezzabile sul fatto. L'accesso all'art. 94-*ter* è, però, altra cosa: qui la correlazione e la capacità del programma di prevenire nuovi reati costituiscono la ragione specifica per la quale un bisogno sanitario può mutare la forma dell'esecuzione. Confondere i due piani significherebbe trasformare il nuovo istituto in uno strumento avente, di fatto, il solo effetto di sottrarre il condannato al carcere.

La distinzione fra bisogno di cura e qualificazione penalistica della condotta affonda le proprie radici, del resto, nella vicenda storica che caratterizza la disciplina degli stupefacenti. Dopo il referendum del 1993 la posizione del consumatore è stata progressivamente separata, sul piano sanzionatorio, da quella di chi pone in essere condotte destinate alla diffusione della sostanza; la giurisprudenza ha, tuttavia, mantenuto distinta la destinazione all'uso personale dalla qualificazione delle singole condotte, pur riconoscendo successivamente, per la coltivazione domestica di minime dimensioni destinata esclusivamente all'uso personale, uno spazio di irrilevanza penale entro i rigorosi limiti indicati dalle Sezioni unite. Anche sul piano internazionale la Convenzione di Vienna del 1988 distingue il trattamento dei fatti minori o connessi al consumo personale dalle più gravi condotte di produzione e traffico, ammettendo in misura diversa il ricorso a strumenti terapeutici e riabilitativi. Il dato storico non offre una soluzione immediata ai problemi che l'art. 94-*ter* pone, ma conferma un criterio utile alla sua lettura: la condizione di dipendenza fonda il bisogno terapeutico, mentre l'incidenza di quel bisogno sulla risposta penale richiede una valutazione ulteriore,

rapportata alla natura del fatto e alla funzione concretamente assegnabile al trattamento.[28]

In definitiva, la criticità non consiste nel fatto che una persona dipendente possa preferire la terapia al carcere: è precisamente ciò che l'ordinamento intende favorire. Il problema nasce quando la condizione patologica diventa una chiave di accesso privilegiata a un trattamento extramurario senza che sia dimostrato ciò che giustifica quella differenza di disciplina: l'autenticità e l'attualità della dipendenza, la serietà e concretezza della correlazione con il reato, l'idoneità del programma e la reale capacità di incidere sul rischio di recidiva.

La storia applicativa dell'art. 94 dimostra quanto sia difficile accertare, al di là della certificazione formale, l'effettività della dipendenza, la genuinità del percorso terapeutico e l'assenza di finalità meramente strumentali. La legge del 2026 moltiplica ora gli accertamenti richiesti senza costruire un corrispondente apparato organizzativo. L'art. 2 destina al supporto della magistratura di sorveglianza gli addetti all'ufficio per il processo nell'ambito delle risorse già previste a legislazione vigente, mentre l'art. 6, comma 4, impone alle amministrazioni interessate, fatto salvo il fondo destinato all'attuazione della legge, di provvedere con le risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili. Ma ricostruire la storia della dipendenza, verificarne l'attualità, accertarne la relazione con un reato anche risalente, valutare l'idoneità individualizzata del programma e formulare una prognosi sul rischio di recidiva richiede tempo, informazioni, personale specializzato e un raccordo stabile fra SerD, UEPE e magistratura. Il rischio, allora, non è semplicemente quello di controlli meno approfonditi: è quello che le verifiche poste dalla legge come decisive risultino, in concreto, difficilmente praticabili nei tempi dell'esecuzione o finiscano per dipendere dalla capacità organizzativa del singolo territorio.

6. La definizione anticipata del processo ex art. 94-*quater* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Che la riforma non riguardi la sola fase di esecuzione è confermato dall'art. 94-quater. Con l'art. 94-quater la prospettiva terapeutica entra nella fase di definizione del processo attraverso una forma speciale di applicazione concordata della pena, nella quale — come i lavori parlamentari sottolineano — il fulcro dell'accordo non è la riduzione della sanzione, bensì la sua modalità esecutiva.[29] La soluzione consente, tra

[28] Cfr. Corte cost., sent. 20 maggio 2016, n. 109, sulla disciplina della coltivazione e sul rapporto con l'art. 75 d.P.R. n. 309 del 1990; Cass., sez. un., 19 dicembre 2019, dep. 16 aprile 2020, n. 12348, Caruso, sulla non riconducibilità alla fattispecie penale, in presenza dei rigorosi requisiti indicati, delle attività di coltivazione domestica di minime dimensioni destinate esclusivamente all'uso personale; Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, Vienna, 20 dicembre 1988, art. 3, par. 4, lett. b)-d), ratificata e resa esecutiva con legge 5 novembre 1990, n. 328, quanto alla possibilità di affiancare o sostituire, secondo la natura dei fatti, misure di trattamento, educazione, post-cura, riabilitazione e reinserimento sociale.

[29] Che il fulcro dell'accordo sia la modalità esecutiva e non lo sconto di pena emerge sia dal dato testuale — l'art. 94-quater richiama l'art. 444, commi 1-ter e 2, c.p.p., ma non il comma 1 — sia dai lavori preparatori:

l'altro, di evitare che una persona già inserita in un programma debba interromperlo. Nel medesimo tempo, essa anticipa gli accertamenti decisivi — dipendenza, correlazione, idoneità del programma — a una fase nella quale la ricostruzione del fatto e la posizione processuale non hanno ancora acquisito la stabilità della condanna irrevocabile. La disposizione innesta la prospettiva terapeutica su un modello consensuale già noto, e proprio per questo la sua fisionomia va ricostruita in una prospettiva sistematica.

Il modello di riferimento resta quello del patteggiamento: un accordo fra le parti, sottoposto al vaglio del giudice, nel quale la peculiarità non consiste nell'irrilevanza della misura della sanzione — la pena resta infatti concordata — bensì nella contestuale predeterminazione della sua modalità terapeutica di esecuzione. L'ambito applicativo incontra, tuttavia, le esclusioni espressamente stabilite dal comma 1: la procedura non opera per i reati indicati dall'art. 444, comma 1-bis, c.p.p., né nei confronti di coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, c.p., qualora la pena superi due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria. Sul piano testuale, il dato sembra escludere l'automatica applicazione della diminuzione fino a un terzo prevista dall'art. 444, comma 1, c.p.p. alla richiesta speciale di cui al comma 1: l'art. 94-*quater* richiama infatti, in quanto compatibili, i commi 1-*ter* e 2 dell'art. 444, ma non il comma 1. La lettura è coerente con i lavori parlamentari, che hanno individuato proprio nell'assenza dello sconto di pena e nella centralità della modalità esecutiva uno dei tratti distintivi del nuovo istituto; trattandosi di una disciplina appena entrata in vigore, resta naturalmente affidata alla futura elaborazione giurisprudenziale la definizione dei profili interpretativi che potranno emergere nella prassi. La convenienza processuale per l'imputato risiede, dunque, non in una riduzione premiale della pena, ma nella possibilità di concordare, entro le soglie speciali dell'art. 94-quater, una pena la cui esecuzione venga sin dalla sentenza collegata al programma terapeutico e, per effetto del comma 3, avviata attraverso uno specifico meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione. Distinta è l'ipotesi del comma 4, che opera quando il giudice emette una sentenza ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p. e, su richiesta dell'imputato, autorizza il programma terapeutico ricorrendo le condizioni indicate dal comma 1: in tal caso l'autorizzazione si innesta su un patteggiamento ordinario e il comma 3 disciplina comunque la successiva fase esecutiva. Ne discendono alcune conseguenze. Il consenso dell'imputato deve essere informato non soltanto sulla pena, ma sul programma e sulle prescrizioni che ne accompagneranno lo svolgimento; e il controllo del giudice non può limitarsi alla qualificazione del fatto e alla congruità della pena. L'art. 94-*quater* richiede infatti anche che la misura risulti adeguata e che siano offerte concrete indicazioni circa la sussistenza dei presupposti dell'art. 94-ter. Il successivo intervento del magistrato di sorveglianza non configura, però, un secondo giudizio sui medesimi presupposti. Il comma 3 gli impone di applicare la misura entro quarantacinque giorni «se non ostano ragioni sopravvenute che determinano la revoca

---

Senato della Repubblica, A.S. n. 1635-A, Relazione, cit.; Senato della Repubblica, XIX legislatura, Assemblea, Resoconto stenografico n. 426, seduta del 10 giugno 2026, relazione orale del relatore, che descrive l'istituto come un patteggiamento speciale incentrato sull'accordo relativo alle modalità esecutive.

dell'autorizzazione alla detenzione domiciliare»: il suo controllo è dunque rivolto alla permanenza delle condizioni già valutate e all'eventuale sopravvenienza di cause ostative, oltre che agli adempimenti propri della detenzione domiciliare. Non si tratta, d'altra parte, di un passaggio meramente formale, poiché il magistrato provvede con ordinanza suscettibile di opposizione al tribunale di sorveglianza. I due giudizi hanno quindi oggetto e funzione distinti: il giudice della cognizione valuta l'adeguatezza della misura e autorizza l'esecuzione secondo il programma; il magistrato di sorveglianza ne dispone l'applicazione nella fase esecutiva, verificando che non siano intervenute ragioni sopravvenute incompatibili con l'autorizzazione. Resta da chiarire, soprattutto nelle ipotesi di interruzione precoce o di sopravvenuta inidoneità del programma dopo l'avvio dell'esecuzione, quale debba essere il concreto assetto dell'esecuzione residua e con quali margini possa essere autorizzata una diversa collocazione terapeutica. Neppure in questa sede è prevista una specifica interlocuzione preventiva della persona offesa, ferme restando, nei rispettivi ambiti, le comunicazioni di cui agli artt. 90-ter c.p.p. e 58-sexies ord. penit., benché l'accordo abbia a oggetto proprio il modo in cui il condannato tornerà, o resterà, sul territorio. Il contrasto con la disciplina ordinaria della messa alla prova[30] è significativo: l'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p. prevede che la persona offesa venga sentita nel procedimento di ammissione e il comma 3 impone al giudice di valutare anche che il domicilio indicato nel programma assicuri le sue esigenze di tutela. Al pubblico ministero spetta di verificare se gli elementi offerti rendano seriamente plausibili i presupposti ai quali la legge collega l'accesso al circuito terapeutico. La consistenza della documentazione clinica, la cronologia della dipendenza, la correlazione con il fatto e l'idoneità del programma entrano così, almeno nella misura necessaria alla formazione del consenso, nell'orizzonte della sua valutazione. È in presenza di documentazione incompleta, tardiva o internamente contraddittoria che tale funzione acquista il proprio rilievo maggiore. Il pubblico ministero dispone degli atti del procedimento e può confrontare la ricostruzione sanitaria con le risultanze investigative: epoca e modalità del consumo, movente del reato, destinazione del profitto, condotte preparatorie, intercettazioni, sequestri, dichiarazioni testimoniali.

Da quel confronto emerge, ove sussista, la distanza fra una dipendenza clinicamente accertata e la pretesa che essa abbia determinato il fatto.

Il ruolo del pubblico ministero, del resto, non si esaurisce nell'art. 94-*quater*. Nel procedimento dinanzi alla magistratura di sorveglianza la sua partecipazione discende dalle regole generali di cui agli artt. 678 e 666 c.p.p. In tale sede non si tratta di prestare un consenso in senso tecnico, bensì di sottoporre al tribunale gli elementi contrari all'accoglimento, segnalare carenze e contraddizioni, sollecitare gli approfondimenti che il caso richiede, contestare una ricostruzione della correlazione priva di riscontro negli atti. In una misura fondata su una documentazione multidisciplinare, la dialettica processuale costituisce essa stessa garanzia della qualità dell'accertamento. Vi è, del resto, una ragione per la quale tale funzione va intesa in senso attivo. Nel procedimento

[30] Su cui R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2015.

di sorveglianza, infatti, le funzioni di pubblico ministero sono esercitate, davanti al tribunale di sorveglianza, dal procuratore generale presso la corte d'appello e, davanti al magistrato di sorveglianza, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale della sede dell'ufficio, ai sensi dell'art. 678, comma 3, c.p.p.: non può quindi presupporsi che l'ufficio requirente disponga automaticamente dell'intero fascicolo del processo di cognizione. La considerazione del fatto storico può richiedere l'acquisizione o il richiamo degli atti pertinenti. Non si tratta di attribuire al pubblico ministero una competenza in materia sanitaria, ma di assicurare che la ricostruzione della dipendenza sia verificata adeguatamente e non finisca per riscrivere, senza adeguato fondamento, la genesi del reato.

Un ulteriore termine di raffronto sistematico è offerto dalla vicenda relativa alla sospensione del procedimento con messa alla prova per il reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre n. 309. A seguito dell'innalzamento da quattro a cinque anni del massimo edittale disposto dal d.l. n. 123 del 2023, convertito dalla l. n. 159 del 2023, il fatto di lieve entità era rimasto escluso dall'ambito applicativo dell'art. 168-*bis* c.p., non essendo ricompreso neppure tra i delitti richiamati dall'art. 550, comma 2, c.p.p. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 90 del 2025, ha rimosso la preclusione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 168-*bis*, primo comma, c.p. nella parte in cui non consentiva la messa alla prova per il fatto di lieve entità; e la ragione dell'accoglimento è stata proprio l'irragionevolezza di un trattamento più rigoroso riservato al «piccolo spaccio» rispetto al più grave delitto di istigazione all'uso illecito di sostanze stupefacenti, che l'art. 550, comma 2, lett. c), c.p.p. annovera fra i reati a citazione diretta e che per questa via resta ammesso alla messa alla prova: una disciplina che, come rileva la decisione, ribaltava il livello di gravità fra due figure criminose omogenee quanto al bene giuridico protetto.[31]

La vicenda acquista un significato ulteriore se posta a confronto con gli strumenti terapeutici disciplinati prima dall'art. 94 e ora anche dal nuovo art. 94-ter. Prima dell'intervento della Corte si determinava, infatti, una singolare asimmetria: l'imputato per un fatto che lo stesso legislatore qualifica di lieve entità non poteva accedere a un istituto orientato alla responsabilizzazione e alla risocializzazione, mentre il condannato tossicodipendente o alcoldipendente, in presenza degli specifici presupposti terapeutici e prognostici, poteva accedere all'affidamento ex art. 94 e può oggi essere ammesso alla detenzione domiciliare terapeutica ex art. 94-*ter* anche rispetto a pene di consistenza assai maggiore. Il confronto non postula, naturalmente, una piena omogeneità tra istituti che operano in fasi differenti e producono effetti diversi; mette però in luce il rischio di una politica criminale nella quale l'accesso a percorsi individualizzati dipenda da soglie edittali e rinvii normativi non sempre coordinati con l'effettivo disvalore del fatto e con le caratteristiche del suo autore.

---

[31] Cfr. Corte cost., sent. 1° luglio 2025, n. 90, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 168-bis, primo comma, c.p., nella parte in cui non consentiva la sospensione del procedimento con messa alla prova per il reato previsto dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990. La preclusione era conseguita all'innalzamento del massimo edittale da quattro a cinque anni disposto dall'art. 4, comma 3, d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv., con modif., dalla l. 13 novembre 2023, n. 159.

Sotto altro profilo, il raffronto induce a riflettere sul rischio che la condizione di dipendenza divenga, paradossalmente, la via privilegiata per ottenere una risposta extramuraria o, comunque, maggiormente individualizzata. Il soggetto autore di un fatto di lieve entità, ma non qualificabile come tossicodipendente o alcoldipendente secondo i presupposti della disciplina speciale, non dovrebbe ricevere per ciò solo un trattamento più rigido rispetto a chi, avendo commesso fatti anche più gravi, possa accedere a un circuito terapeutico in ragione della propria condizione patologica. La vicenda conserva, dunque, un interesse che supera la specifica questione ormai risolta. Richiama, infatti, l'attenzione sulla necessità di un coordinamento complessivo fra messa alla prova, affidamento terapeutico, detenzione domiciliare terapeutica e speciale definizione anticipata del processo: istituti che operano in fasi differenti e sulla base di presupposti non coincidenti, ma che partecipano tutti, seppure secondo logiche diverse, alla definizione di una risposta penale individualizzata e, in diversa misura, alternativa alla detenzione carceraria.

7. La comunità terapeutica quale luogo di esecuzione della pena.

La lettura dell'art. 94-*ter*, comma 5, rivela che la riforma incide sulle comunità terapeutiche assai più di quanto lasci intendere il semplice richiamo al loro accreditamento: al responsabile della struttura viene imposto un obbligo periodico di relazione che si aggiunge all'obbligo di segnalare le violazioni, già previsto dall'art. 94, comma 6-*ter*, per l'affidamento terapeutico. La differenza è di struttura, prima che di intensità: nel regime dell'art. 94 la relazione sull'andamento del programma è trasmessa su richiesta dell'autorità giudiziaria, mentre l'obbligo di segnalare le violazioni è già spontaneo; l'art. 94-*ter* rende invece semestrale e automatica la relazione sull'esecuzione del programma.[32] Nella misura residenziale, del resto, la comunità non è soltanto il luogo nel quale si svolge il programma terapeutico, ma anche il luogo nel quale si esegue la detenzione domiciliare.

L'accreditamento sanitario, pur costituendo il presupposto richiesto per le strutture private, non esaurisce perciò tutte le valutazioni che la concreta collocazione richiede. Esso attesta requisiti organizzativi e professionali riferiti alla cura delle dipendenze, ma non equivale, di per sé, a un giudizio sulla congruità della specifica

[32] L'art. 94, comma 6-*ter*, d.P.R. n. 309 del 1990 già pone a carico del responsabile della struttura presso cui si svolge il programma l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma, disponendo che, ove tali violazioni integrino un reato e la segnalazione sia omessa, l'autorità giudiziaria ne dia comunicazione alle autorità competenti per la sospensione o la revoca dell'autorizzazione di cui all'art. 116 e dell'accreditamento di cui all'art. 117. Quanto alla relazione, l'art. 123 del medesimo testo unico — rubricato «Verifica del trattamento in regime di sospensione di esecuzione della pena nonché di affidamento in prova in casi particolari» — ne prevede la trasmissione da parte dell'azienda sanitaria locale o della struttura privata autorizzata ai sensi dell'art. 116, ma su richiesta dell'autorità giudiziaria e secondo modalità da definirsi con decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro della giustizia; nell'ambito dell'art. 123, il comma 1-bis impone invece alla struttura di comunicare spontaneamente ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento adottato.

struttura rispetto a un condannato che debba eseguire una pena elevata o sia stato condannato per fatti violenti o intimidatori. Accreditamento terapeutico e valutazione dell'adeguatezza concreta della collocazione vanno quindi tenuti distinti: quest'ultima chiama in causa la presenza del personale nelle diverse fasce orarie, la gestione delle emergenze, le competenze psichiatriche, i protocolli sulle violazioni, l'esperienza con soggetti provenienti dal circuito penale, la compatibilità del singolo inserimento con la composizione del gruppo.

Anche qui la nuova disciplina incontra un problema già emerso nell'esperienza dell'art. 94. La preferenza pratica per programmi residenziali è stata criticata quando finisce per trasformare la comunità in una prosecuzione, con strumenti diversi, del carcere. Già in passato si era avvertito che alcune strutture potevano essere percepite dagli stessi destinatari come più afflittive del carcere.[33]

La questione era emersa anche in sede parlamentare. Nella discussione al Senato si è osservato che le comunità, investite di compiti propri di un luogo di detenzione senza essere attrezzate a svolgerli, rischiano di veder alterata la propria natura, e si è ricordato che le comunità non sono carceri e non intendono diventarlo.[34] L'obiezione non contraddice lo spirito della riforma, ma ne individua un significativo limite strutturale. La comunità si trova così stretta fra due esigenze. Deve preservare la relazione terapeutica e deve, nel contempo, verificare l'osservanza del programma, segnalare le violazioni, coordinarsi con l'UEPE e con i servizi pubblici, fronteggiare allontanamenti e crisi. Se il controllo risulta troppo debole, la misura perde consistenza esecutiva; se viene costruito secondo logiche custodiali, la struttura finisce per assumere i tratti di un vero e proprio istituto penitenziario.

L'obbligo di relazione semestrale e di segnalazione delle violazioni attribuisce al responsabile della comunità una funzione che non coincide con l'ordinaria osservazione clinica. Una ricaduta nel consumo, il mancato rispetto di una regola terapeutica, un allontanamento non autorizzato, una condotta rivelatrice di un nuovo rischio criminale sono fenomeni tra loro diversi e reclamano risposte diverse. Trattare ogni difficoltà terapeutica quale violazione esecutiva sottrae al programma la flessibilità che la cura richiede; assorbire nella relazione clinica comportamenti significativi, comunicandoli in ritardo, indebolisce il controllo giudiziario. Il confine non può essere rimesso alla sensibilità del singolo responsabile, ma reclama protocolli condivisi e un raccordo costante con il servizio pubblico e con l'UEPE.

Va, inoltre, considerata la posizione di quanti già si trovino in comunità. L'ingresso di una persona con una storia di violenza, intimidazione e legami criminali può incidere sulle condizioni di cura degli altri ospiti e sulla sicurezza degli operatori.

---

[33] Cfr. L. DAGA, Tossicodipendenze e le misure alternative al carcere, cit., p. 155, e A. MARGARA, *Retorica della cura e realtà della contenzione*, cit., pp. 353-354.

[34] L'obiezione è stata svolta nella discussione in Assemblea: Senato della Repubblica, XIX legislatura, Resoconto stenografico n. 426, seduta del 10 giugno 2026, dove si è osservato che le comunità, investite di compiti propri di un luogo di detenzione senza esserne attrezzate, rischiano di vedere alterata la propria natura terapeutica.

La tutela del diritto alla cura del beneficiario non può tradursi nell'esposizione degli altri pazienti a rischi che la struttura non è in grado di governare.

Della comorbilità psichiatrica e tossicologica il legislatore ha tenuto conto, richiamandola al comma 2 per il caso in cui si chieda la prosecuzione di un programma già in corso. Non tutte le strutture per le dipendenze sono però organizzate per affrontare disturbi psichiatrici gravi, rischi di suicidio, episodi psicotici e condotte aggressive: la doppia diagnosi accresce il bisogno di cura e, insieme, la complessità della gestione. Una classificazione più attenta delle strutture appare imposta anche dalla distinzione fra programmi residenziali e semiresidenziali. Nel primo caso l'ambiente terapeutico coincide con il domicilio esecutivo; nel secondo la struttura deve coordinarsi con un luogo esterno nel quale il condannato trascorre una parte rilevante della giornata. Mutano gli obblighi di comunicazione, i rischi di contatto con l'esterno, le modalità di rilevazione delle violazioni, la possibilità di intervenire in caso di ricaduta.

Appare, poi, indispensabile considerare la posizione della vittima del reato. La collocazione extramuraria assume un significato assai diverso se il domicilio o la struttura si trovano nel medesimo territorio in cui vive la persona offesa e se il reato commesso risulta fondato su una capacità intimidatoria tuttora attuale. Divieti di contatto, limiti territoriali e altre prescrizioni possono ridurre il rischio, ma presuppongono che tale rischio sia noto all'autorità giudiziaria. Nei reati violenti o intimidatori la tutela della vittima dovrebbe entrare espressamente nella motivazione sull'adeguatezza concreta della collocazione, benché le nuove disposizioni non ne facciano cenno.

La disponibilità dei posti costituisce un altro aspetto di rilievo. In assenza di una struttura disposta ad accogliere il condannato, la misura non risulta concedibile in concreto. Quando i posti scarseggiano può accadere, però, qualcosa di più insidioso di un mero rinvio: il sistema cessa di ricercare la struttura adatta a quel condannato e si orienta verso la prima che manifesti disponibilità. La disponibilità è un dato quantitativo, l'idoneità un giudizio qualitativo, e confonderli significherebbe trattare la rete terapeutica come una mera riserva di posti a disposizione dell'esecuzione penale. Un aumento stabile di inserimenti finanziati potrebbe, indubbiamente, favorire l'espansione dell'offerta, l'assunzione di personale, la specializzazione delle comunità, e rappresenta uno degli effetti che la riforma può produrre.

In ogni sistema nel quale le risorse pubbliche seguono il numero degli ospiti nascono però anche problemi che la nuova legge non considera e che non possono essere trascurati: ampliamento della capienza senza crescita proporzionale degli organici, standardizzazione dei programmi, accettazione di profili non pienamente compatibili, dipendenza economica dal flusso proveniente dal circuito penale. È nella comunità, in definitiva, che la riforma manifesta con maggiore evidenza il proprio carattere ibrido. Le nuove disposizioni, collocate nel testo unico sugli stupefacenti, perseguono una finalità sanitaria, ma incorporano il luogo terapeutico nella struttura dell'esecuzione penale. La scelta può reggere soltanto se le due funzioni rimangono distinguibili, senza una sovrapposizione che rischierebbe di compromettere l'efficacia della nuova disciplina: la cura deve seguire criteri medici, mentre le istanze di sicurezza e di controllo vanno

affidate ad apparati pubblici in grado di svolgere queste funzioni e non tacitamente trasferite sugli operatori sanitari.

8. Copertura finanziaria, sostenibilità amministrativa e impatto sul territorio.

La riforma dispone di una dotazione propria: l'art. 6, comma 1, istituisce presso il Ministero della salute un fondo pari a 19.436.250 euro annui a decorrere dal 2026. La quantificazione del fondo è calcolata, secondo la relazione tecnica, sulla base degli oneri stimati per l'accoglienza e il trattamento nelle strutture; non copre, invece, in modo autonomo l'incremento dei costi amministrativi e organizzativi del sistema che deve rendere la misura concretamente praticabile. Accanto a tale previsione si colloca la clausola generale dell'art. 6, comma 4: per quanto non coperto dal fondo, le amministrazioni interessate provvedono nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le due voci vanno, dunque, tenute distinte: il finanziamento degli inserimenti e dei trattamenti stimati e il costo amministrativo dell'apparato che deve renderli praticabili.

La prima voce riguarda l'accoglienza e il trattamento. La seconda riguarda i servizi per le dipendenze, l'UEPE, la magistratura di sorveglianza, l'amministrazione penitenziaria, le forze dell'ordine e, di riflesso, i servizi sociali e sanitari territoriali, ai quali l'art. 94-ter richiede valutazioni integrate, relazioni periodiche, controlli, interventi in caso di violazione, continuità assistenziale. La circostanza che parte di tali attività rientri in competenze istituzionali già esistenti non rende il loro incremento privo di un impatto significativo: un compito nuovo può non incidere su un capitolo di spesa e, nel medesimo tempo, assorbire lavoro, comprimere altre funzioni, dilatare i tempi di risposta.

Il legislatore ha, comunque, proceduto sulla base di stime. La relazione tecnica assume in via prudenziale una percentuale di adesione pari al 2 per cento delle platee individuate e una durata del trattamento di 365 giorni; la stima analitica conduce a circa 457 inserimenti, cui corrisponde un onere di 16.609.132 euro annui. Ai fini della copertura, la stessa relazione arrotonda poi prudenzialmente il fabbisogno a 500 posti e applica a tutti il costo medio unitario giornaliero più elevato, pari a 106,50 euro, ottenendo l'importo di 19.436.250 euro annui a decorrere dal 2026. Si tratta di un criterio di quantificazione finanziaria e non dell'attestazione che 500 posti aggiuntivi siano già materialmente disponibili. La capacità ricettiva delle strutture non cresce, infatti, automaticamente con lo stanziamento: richiede autorizzazioni, personale, spazi, organizzazione, rapporti convenzionali e, nei casi più complessi, competenze specialistiche.

Il Servizio del bilancio del Senato aveva, peraltro, segnalato alcuni profili meritevoli di chiarimento nelle assunzioni utilizzate per la stima, con particolare

riguardo alla percentuale di adesione del 2 per cento, alla durata di 365 giorni assunta per il trattamento e alla proiezione su base annua dei dati riferibili all'art. 94-quater.[35]

Il dato solleva due interrogativi di segno opposto: se l'accesso resterà confinato a una quota così ridotta, l'incidenza sul sovraffollamento carcerario sarà necessariamente modesta; se invece la platea effettiva crescerà in misura significativa, il problema diverrà la tenuta della rete e delle risorse chiamate a sostenerla. La portata deflattiva della riforma non coincide, peraltro, con il solo numero di persone trasferite dal carcere alle strutture terapeutiche. Nei casi in cui opera la sospensione dell'ordine di esecuzione — e in particolare nel percorso speciale dell'art. 94-*quater* — la misura può evitare sin dall'origine l'ingresso in istituto di persone che, in mancanza del nuovo meccanismo, avrebbero iniziato l'esecuzione in carcere. È un effetto preventivo che va computato nella valutazione complessiva. Ciò non muta, tuttavia, l'ordine di grandezza della stima finanziaria posta a base della legge: qualche centinaio di applicazioni annue può produrre un beneficio concreto per i singoli istituti e prevenire ingressi altrimenti destinati a verificarsi, ma difficilmente può incidere, da solo, in misura strutturale sul sovraffollamento del sistema penitenziario nazionale. Numeri significativamente maggiori accrescerebbero, d'altra parte, proprio gli oneri organizzativi che la clausola di invarianza pretende di assorbire entro le dotazioni vigenti.

I servizi per le dipendenze costituiscono un altro degli elementi da cui può dipendere il successo o il fallimento della riforma. Già nell'applicazione dell'art. 94 grava su di essi il compito di prendere in carico la persona, ricostruirne la storia clinica, concorrere alla definizione del programma, seguirne l'andamento. L'art. 94-ter amplia questa funzione e la rende ancora più penetrante, richiedendo accertamenti sull'effettività e sull'attualità della dipendenza, una base conoscitiva utile a valutare la correlazione con il reato commesso, la valutazione sull'idoneità del programma, il raccordo con l'UEPE e con le strutture terapeutiche, il monitoraggio successivo.

Tempi lunghi per il primo accesso, scarsità di personale, *turnover* degli operatori, difficoltà nel reperire una struttura disponibile possono generare significativi ostacoli e differenze territoriali nell'accesso alla misura. Il problema non è nuovo, essendosi già manifestato nella concreta applicazione della normativa sull'affidamento terapeutico. La nuova disciplina lo rende, però, più grave, poiché crescono insieme il numero e la complessità delle valutazioni richieste.

Va, poi, considerato il problema del rapporto fra i diversi utenti del medesimo servizio. Il condannato che necessiti in tempi rapidi di una presa in carico e della documentazione richiesta dall'art. 94-*ter* utilizza le stesse risorse destinate anche a chi si rivolge spontaneamente al servizio. Il percorso di trattamento dei condannati non può e

[35] Cfr. Senato della Repubblica, XIX legislatura, A.S. n. 1635, relazione tecnica; Senato della Repubblica, Servizio del bilancio, Nota di lettura n. 327, febbraio 2026. La relazione tecnica stima dapprima circa 457 inserimenti per un onere di 16.609.132 euro annui e, ai fini della quantificazione prudenziale della copertura, arrotonda a 500 posti applicando a tutti il costo medio residenziale più elevato di 106,50 euro per 365 giorni: 19.436.250 euro annui. Il Servizio del bilancio chiedeva inoltre chiarimenti sulla percentuale di adesione del 2 per cento e sulla durata di 365 giorni assunte dalla relazione tecnica e segnalava, per la platea riferibile all'art. 94-quater, la necessità di considerare con cautela la proiezione su base annua dei dati disponibili.

non deve, però, sottrarre risorse alla prevenzione e alla cura precoce dei tossicodipendenti che non abbiano commesso reati. Sul versante delle strutture si ripropone il medesimo problema: i posti, nella prospettiva attuale della legge, non sono riservati ai condannati, ma debbono poter essere utilizzati anche dalle persone inviate dai servizi sanitari e dai pazienti che chiedono volontariamente un percorso residenziale. In altri termini, l'espansione del circuito penale non deve avvenire a danno del sistema complessivo. Un esito contrario contraddirebbe la stessa finalità preventiva della riforma, poiché l'accesso tempestivo alla cura risulterebbe più agevole dopo la condanna che prima della commissione del reato.

Il Parlamento ha previsto l'impiego degli addetti all'Ufficio per il processo a supporto dei magistrati nelle valutazioni necessarie alla tempestiva applicazione della misura, ma nell'ambito delle risorse già disponibili: si tratta di un intervento organizzativamente utile, che però non elimina la questione del nuovo carico complessivo di lavoro.

La riforma produce, inoltre, conseguenze sulla concreta dimensione territoriale dell'esecuzione. Il carcere concentra la restrizione della libertà in un apparato statale dotato di organizzazione propria, mentre la detenzione domiciliare terapeutica distribuisce questa esigenza, attribuendo compiti non lievi, fra comunità, servizi sanitari, uffici dell'esecuzione penale esterna, forze dell'ordine, amministrazioni locali e servizi sociali. Le differenze territoriali della rete sanitaria divengono allora differenze potenziali nell'accesso alla misura. Dove esistono strutture numerose, servizi esperti nella doppia diagnosi e rapporti consolidati con la magistratura, un programma si costruisce in tempi relativamente rapidi; dove i posti sono pochi, il personale manca e i servizi sono sovraccarichi, gli ostacoli si moltiplicano. Le linee guida nazionali potranno uniformare il metodo, non certo la dimensione dell'offerta.

La scelta della struttura dovrebbe essere compiuta in funzione delle esigenze del progetto terapeutico; in presenza di una disponibilità insufficiente di posti, tuttavia, essa rischia di dipendere, in concreto, dalla contingente capacità ricettiva del sistema. Un problema analogo si è posto in passato, *mutatis mutandis*, nell'ambito delle misure cautelari personali, quando il giudice, nel disporre gli arresti domiciliari in luogo della custodia cautelare in carcere, ne prescriveva l'esecuzione con le modalità di controllo elettronico previste dall'art. 275-*bis* c.p.p. La scarsità dei dispositivi determinava il rischio che, a parità di condizioni personali e processuali, un indagato rimanesse in carcere soltanto perché, nel territorio interessato, non era disponibile un dispositivo, mentre un altro potesse accedere agli arresti domiciliari ove il braccialetto fosse, invece, reperibile. Proprio per evitare che una carenza organizzativa si traducesse, di fatto, in una più intensa compressione della libertà personale, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno escluso che l'indisponibilità del dispositivo possa comportare automaticamente il mantenimento o l'applicazione della custodia cautelare in carcere, imponendo al giudice una nuova valutazione, in concreto, dell'adeguatezza e della

proporzionalità delle misure; criterio al quale la Corte costituzionale si è successivamente richiamata, sia pure con riguardo a diversa misura.[36]

Un effetto meno visibile, ma non meno selettivo, riguarda le persone prive di un domicilio idoneo. Nell'affidamento terapeutico la difficoltà di reperire una collocazione ha da tempo penalizzato i condannati stranieri, i senza dimora e quanti non dispongano di una rete familiare. Nell'art. 94-*ter*, però, il domicilio non è un elemento accessorio, ma la forma stessa dell'esecuzione, e nella modalità semiresidenziale esso torna a rilevare per l'intera parte della giornata trascorsa fuori dalla struttura. Il rischio è che una misura concepita per ampliare la platea degli utenti risulti praticabile soprattutto per chi già disponga di risorse abitative e relazionali, riproducendo, su una soglia di pena più elevata, la medesima selezione sociale che ha caratterizzato l'applicazione dell'art. 94. L'impiego di strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale, introdotto in sede parlamentare, può offrire un correttivo; la sua efficacia dipende però, ancora una volta, dal numero dei posti effettivamente disponibili.

Va, inoltre, considerato che nei centri di ridotte dimensioni la presenza di strutture che ospitano condannati può dar luogo a questioni di ordine pubblico, a rapporti problematici con i residenti, a emergenze sanitarie e a richieste di intervento. Attribuire agli enti locali un potere di veto sulla singola collocazione sarebbe incompatibile con la natura giurisdizionale della misura; ma ignorare la necessità di protocolli che definiscano responsabilità, flussi informativi e procedure per allontanamenti, violazioni o situazioni di rischio sarebbe altrettanto irragionevole.

In definitiva la sostenibilità della riforma non si misura sulle risorse stanziate dall'art. 6 della legge. Per comprendere se, e in che dimensioni, la misura sarà concretamente praticabile occorre altro: conoscere per tempo quanti posti siano concretamente utilizzabili e come siano distribuiti, quali siano i tempi medi di attesa, se esistano strutture adatte ai casi più complessi, quali carichi gravino sui servizi, di quali risorse reali dispongano l'UEPE e la magistratura di sorveglianza, con quali esiti si chiudano i programmi. In difetto di tali dati il rischio è duplice: una riforma applicata poco, per mancanza di collocazioni adeguate, ovvero applicata male, perché la disponibilità del primo posto utile prevale sulla qualità della scelta, secondo dinamiche già emerse nell'applicazione dell'affidamento *ex* art. 94.[37]

---

[36] Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, dep. 19 maggio 2016, n. 20769, secondo cui l'indisponibilità del dispositivo elettronico non comporta automaticamente né la custodia cautelare in carcere né gli arresti domiciliari senza controllo elettronico, dovendo il giudice rivalutare adeguatezza e proporzionalità delle misure; il medesimo modulo di rivalutazione è richiamato, con riguardo al divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-ter c.p.p., da Corte cost., sent. 4 novembre 2024, n. 173, § 5.6. Sulle concrete carenze di disponibilità dei dispositivi, v. Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, circolare 13 maggio 2025, «Braccialetto elettronico e verifica di fattibilità tecnica – Rif. Prot. DAG n. 82778E del 28 aprile 2025», prot. m_dg_DAG_13.05.2025.0092383.U; nonché Senato della Repubblica, XIX legislatura, interrogazione a risposta scritta n. 4-02435 (Paita-Furlan), pubblicata nella seduta n. 351 dell'8 ottobre 2025, sulle carenze dei dispositivi segnalate a Genova.

[37] Sulle conseguenze applicative della carenza di collocazioni, F. FIORENTIN, *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, cit., § 2.2, lett. e); per i dati storici, Ministero della Giustizia — D.A.P., Relazione sulla amministrazione della Giustizia nell'anno 2013, cit.; per la prospettiva dei servizi sul rischio che la disponibilità del posto prevalga sulla sua idoneità, G. CRESPI et al., *Dall'inquadramento normativo fino*

9. Curare prima della condanna? L'ipotesi di una messa alla prova terapeutica.

L'analisi sin qui condotta ha riguardato la soluzione prescelta dal legislatore del 2026. Conviene, in chiusura, considerare anche quelle che ha lasciato aperte, perché il confronto restituisce alla riforma la sua esatta collocazione e ne illumina, per contrasto, il presupposto implicito e le criticità. Tanto l'art. 94 quanto l'art. 94-*ter* presuppongono, infatti, che il momento nel quale il programma terapeutico acquista una funzione propriamente penalistica sia quello successivo alla condanna; e la stessa definizione anticipata del processo la fa valere come modalità di esecuzione di una pena già applicata, non come ragione per interrogarsi sulla necessità di applicarla. È una scelta che merita di essere valutata attentamente.

Tra la commissione del reato e la formazione del giudicato trascorrono spesso anni: anni durante i quali la tossicodipendenza o l'alcoldipendenza possono aggravarsi, mutare fisionomia, essere finalmente diagnosticate, oppure entrare in un percorso di trattamento capace di incidere profondamente sulla vita dell'imputato. L'alternativa possibile è affiorata più volte nel dibattito sul tema: una messa alla prova costruita specificamente attorno alla dipendenza. Il tratto qualificante non consisterebbe nell'anticipare al processo una misura pensata per il condannato, bensì nell'attribuire al trattamento una diversa funzione.

Il procedimento verrebbe sospeso per un tempo determinato; il programma terapeutico sarebbe seguito e verificato nel suo svolgimento; soltanto all'esito del programma si deciderebbe se il processo debba riprendere o se il reato possa essere dichiarato estinto. La logica sarebbe quella della sospensione del processo con messa alla prova già ampiamente utilizzata nel processo penale, non quella di un'esecuzione anticipata: nel primo caso il trattamento concorre a dimostrare che la sanzione non è più necessaria, nel secondo costituisce soltanto il modo in cui una pena già applicata deve essere scontata.

L'idea non nasce oggi e non appartiene al repertorio delle suggestioni occasionali. La relazione dell'A.S. n. 2399, presentato nella XVII legislatura, ne ricostruiva espressamente la genealogia, richiamando il progetto Boato della XIV legislatura e, prima ancora, l'elaborazione della Commissione ministeriale presieduta dal Presidente La Greca e costituita sotto la responsabilità del sottosegretario Franco Corleone durante il primo Governo Prodi. Si tratta, dunque, di una linea di politica criminale sedimentata nel tempo, fondata sulla convinzione che, per una determinata fascia di criminalità connessa alla dipendenza, il programma terapeutico possa rappresentare un'alternativa non soltanto al carcere, ma allo stesso svolgimento del processo.[38]

---

al nuovo DDL, cit., pp. 15-16.

[38] Cfr. Senato della Repubblica, XVII legislatura, A.S. n. 2399, *Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di depenalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti, di misure alternative alla detenzione e di programmi di riduzione del danno*, presentato il 17 maggio 2016, spec. art. 10 e la relazione illustrativa, ove si richiamano il progetto Boato della XIV legislatura (A.C. n. 4208) e i lavori della Commissione ministeriale presieduta da G. La Greca; il testo riprende la proposta elaborata

La formulazione più compiuta di questa proposta si rinviene nell'A.S. n. 2399 del 2016, che proponeva di introdurre nel testo unico un art. 89-bis rubricato «Sospensione del processo e messa alla prova». Ne avrebbe potuto beneficiare la persona tossicodipendente, con condizione certificata, che avesse già intrapreso o intendesse intraprendere un programma di recupero, purché i reati contestati risultassero connessi allo stato di dipendenza e la pena massima non superasse i dieci anni di reclusione. Il giudice avrebbe sospeso il procedimento per un anno, prorogabile di sei mesi, affidando l'interessato all'UEPE e imponendo la prosecuzione del programma, oltre alle prescrizioni necessarie a garantire una condotta socialmente adeguata. L'esito positivo del percorso terapeutico e della prova avrebbe determinato l'estinzione del reato; in caso contrario, il procedimento avrebbe ripreso il proprio corso. Era, inoltre, consentita una seconda concessione: scelta coerente con la consapevolezza del carattere raramente lineare dei percorsi di dipendenza e di recupero, e non dissimile da quella che, sul versante esecutivo, ha condotto all'abbandono del vecchio limite delle due concessioni.

Il nucleo più interessante di quella proposta risiede nell'uso del tempo processuale. Quando il reato sia significativamente connesso alla dipendenza, non vi è alcuna necessità logica che la verifica dell'efficacia del trattamento venga rinviata al momento successivo alla condanna. Il processo stesso può diventare il luogo in cui osservare la stabilità del percorso, le eventuali ricadute, la capacità di riprendere il trattamento dopo un'interruzione, il rispetto delle prescrizioni, la progressiva acquisizione di autonomia, il mutamento delle condizioni personali e sociali dell'imputato. In questa prospettiva il programma cessa di essere un documento predisposto in vista di un beneficio futuro e diviene una realtà dinamica, verificabile mentre accade, capace di offrire al giudice elementi assai più solidi di una prognosi formulata sulla carta. È, si noterà, esattamente il rimedio al difetto strutturale che l'esperienza dell'art. 94 ha messo in luce e che l'art. 94-*ter*, nella sua attuale configurazione, non elimina.

La stessa impostazione era riemersa durante i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale. Il Tavolo 4, dedicato a minorità sociale, vulnerabilità e dipendenze, collocò fra i propri obiettivi la revisione delle alternative terapeutiche e la costruzione di percorsi maggiormente integrati fra giustizia, sanità e territorio. In questa prospettiva il Documento finale arrivò a prospettare espressamente una forma di messa alla prova riservata alle persone tossicodipendenti e alcoldipendenti che avessero già in corso o intendessero intraprendere un programma di recupero, ipotizzando, rispetto all'art. 168-*bis* c.p., un limite edittale più elevato, la necessaria connessione fra reato e dipendenza e la possibilità di una seconda concessione. È significativo che una proposta di questo genere maturasse all'interno di una riflessione dedicata all'esecuzione penale: proprio l'analisi dei limiti delle misure *post iudicatum* conduceva a interrogarsi

---

nell'ambito del gruppo di lavoro promosso da La Società della Ragione e pubblicata in S. ANASTASIA et al., *Proposta di legge. Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di depenalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti, di misure alternative alla detenzione e di programmi di riduzione del danno*, in G. ZUFFA et al. (a cura di), *Libro Bianco sulle Droghe. La guerra dei trent'anni*, X ed., *I dossier di Fuoriluogo.it*, giugno 2019, pp. 93 ss., spec. pp. 98-99.

sull'opportunità di anticipare il trattamento, trasferendone una parte nella fase in cui il processo era ancora pendente.[39]

L'idea ha continuato a emergere nel dibattito parlamentare successivo, sia pure in forme meno incisive. Nella XVIII legislatura, nel corso dell'esame delle proposte C. 2160 Molinari, C. 2307 Magi e C. 2965 Licatini — caratterizzate, peraltro, da impostazioni differenti — il testo unificato poi proseguito sulle sole C. 2307 e C. 2965 mantenne, riformulandola, la disciplina del lavoro di pubblica utilità già prevista per il tossicodipendente, subordinandola alla certificazione della condizione di dipendenza e alla frequentazione di un programma terapeutico. Non si trattava, dunque, di una probation terapeutica tipizzata, ma del rafforzamento in senso terapeutico di una risposta sanzionatoria già prevista dall'ordinamento. Nel luglio 2021, durante i lavori sulla riforma del processo penale, fu poi presentato un emendamento volto a consentire la messa alla prova per il fatto di lieve entità, stabilendo che modalità e prescrizioni potessero essere integrate, quando necessario, con il trattamento della tossicodipendenza.[40]

La messa alla prova ordinaria può già assumere contenuti terapeutici: il programma elaborato con l'UEPE può comprendere rapporti con strutture sanitarie e prescrizioni coerenti con le esigenze della persona, e nella prassi il contatto con il SerD diviene sovente parte integrante del percorso. Il limite è più preciso e, proprio per questo, più insidioso: manca infatti una specifica *probation* terapeutica tipizzata, costruita attorno alla dipendenza, capace di fare della relazione fra patologia, reato e trattamento il criterio centrale dell'ammissione e di operare, eventualmente, entro un ambito più ampio di quello segnato dall'art. 168-*bis* c.p.

La rilevanza di un intervento anticipato emerge anche dalla disciplina cautelare. L'art. 89 del testo unico configura, nei commi 1 e 2, un regime di favore per la persona tossicodipendente o alcoldipendente che abbia in corso un programma terapeutico o intenda sottoporvisi: ove non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, la custodia in carcere è sostituita o evitata mediante gli arresti domiciliari alle condizioni previste dalla norma. Il regime incontra però le esclusioni del comma 4 per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., salva l'eccezione per le ipotesi degli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p. quando non emergano collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. La disciplina mostra comunque che l'ordinamento attribuisce rilievo, già nella fase cautelare, alla continuità o al tempestivo avvio del trattamento. Le

---

[39] Cfr. Ministero della Giustizia, *Stati Generali dell'esecuzione penale. Tavolo 4 — Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze*, cit., obiettivo n. 4, e *Documento finale*, 18 aprile 2016, cit., nella parte dedicata alle persone tossico- e alcoldipendenti; nonché R. Palmisano, *Minorità sociale — Vita detentiva. Tema per gli Stati Generali dell'esecuzione penale*, Tavoli 4 e 2, Ministero della Giustizia — D.A.P., Ufficio Studi, luglio 2015.

[40] Per l'iter parlamentare, cfr. Camera dei deputati, XVIII legislatura, II Commissione Giustizia: l'esame della C. 2160 Molinari iniziò il 4 dicembre 2019; la C. 2307 Magi fu abbinata il 12 febbraio 2020 e la C. 2965 Licatini il 12 aprile 2021. Il 14 luglio 2021 il relatore presentò un testo unificato; l'8 settembre 2021 la Commissione deliberò il disabbinamento della C. 2160 e adottò come testo base il testo unificato delle C. 2307 e C. 2965. Cfr. inoltre la proposta emendativa 0.9.0501.28, presentata il 23 luglio 2021 durante l'esame della riforma del processo penale, volta a estendere la messa alla prova ai fatti di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, con modalità e prescrizioni integrate dal trattamento dei tossicodipendenti, ove necessario.

proposte di riforma elaborate nel tempo hanno sviluppato coerentemente questa intuizione, immaginando nuclei dei servizi per le dipendenze stabilmente presenti presso i tribunali, in grado di segnalare tempestivamente i programmi in corso e di predisporne di nuovi. La premessa era evidente: se la tempestività della presa in carico costituisce un fattore decisivo sul piano clinico, il sistema giudiziario non può pretendere che il programma sia pronto soltanto al termine del processo senza predisporre le condizioni perché possa nascere prima.

L'argomento, sin qui condotto sul piano sistematico, trova nei dati una conferma che vale la pena di evidenziare, perché mostra l'ampiezza della platea coinvolta già nella fase di cognizione. Secondo il più recente Libro Bianco sulle droghe, al 31 dicembre 2025 le persone detenute erano 63.499, mentre nel corso dello stesso anno gli ingressi in carcere riconducibili all'art. 73 del testo unico sono stati 10.784 su 42.005, poco più di uno su quattro. Il dato più significativo è, però, un altro: alla stessa data risultavano pendenti 73.549 procedimenti per l'art. 73, relativi a 156.179 persone, e 4.496 procedimenti per l'art. 74, relativi a 46.001 persone. Sono dunque oltre 202.000 le persone coinvolte nei procedimenti pendenti per i due principali reati del testo unico, mentre i procedimenti sono poco più di 78.000. Questi aggregati non sono direttamente sovrapponibili a quelli dell'esecuzione penale, ma rendono evidente la dimensione quantitativa della fase anteriore alla condanna.

I dati mostrano comunque che la fase di cognizione coinvolge una platea molto ampia e rafforzano l'interrogativo sulla possibilità di attribuire al trattamento un rilievo più strutturato prima della condanna, senza ignorare gli strumenti anticipati già esistenti. Vi è, poi, un dato che merita una considerazione a sé. Il testo unico prevede da sempre un canale terapeutico collocato a monte del processo penale, quello che si apre con la segnalazione al prefetto per il consumo personale e che può condurre, nei casi opportuni, all'invito a presentare un programma di trattamento socio-sanitario. Quel canale si è fortemente ridimensionato: nel 2025 soltanto 412 persone sono state invitate a presentare un programma di trattamento socio-sanitario, contro 3.008 nel 2007; gli inviti a rivolgersi ai servizi per le dipendenze sono stati invece 3.268. I dati indicano quindi un forte ridimensionamento della componente terapeutica della procedura amministrativa, senza consentire di ridurla, in termini giuridici, a una mera appendice sanzionatoria.[41]

Alla luce di questi elementi non si tratta, quindi, di introdurre *ex novo* nell'ordinamento italiano l'idea che la cura possa precedere la punizione: quell'idea è già presente nel testo unico e, più in generale, nel sistema. Se ne deve piuttosto constatare la debolezza applicativa in alcuni dei canali, mentre la sede esecutiva resta quella nella

[41] I dati sui procedimenti pendenti, sulle persone coinvolte e sugli inviti in sede prefettizia sono tratti da E non sono pazzi. XVII Libro Bianco sulle droghe, giugno 2026, cit., e riguardano l'anno 2025; per la serie storica relativa agli inviti a presentare un programma terapeutico, ivi, nonché Non mollare. XVI Libro Bianco sulle droghe, giugno 2025. Il dato di 63.499 persone detenute al 31 dicembre 2025 trova autonoma conferma nelle statistiche ufficiali del Ministero della giustizia — Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Detenuti presenti e capienza regolamentare degli istituti penitenziari per regione di detenzione. Situazione al 31 dicembre 2025.

quale il trattamento della dipendenza riceve la disciplina speciale più compiuta. È questa la sede che la riforma del 2026 ha scelto di rafforzare.

Il 7 e 8 novembre 2025 si è tenuta a Roma la VII Conferenza nazionale sulle dipendenze, quattro anni dopo la precedente Conferenza di Genova del 27 e 28 novembre 2021. I lavori preparatori si erano articolati in gruppi tematici, fra i quali uno dedicato alla presa in carico, alla continuità terapeutica e alle misure alternative per le persone detenute con patologia da dipendenza. Sul piano delle risorse, in apertura della Conferenza, il Governo ha indicato per il 2025 un investimento complessivo pari a circa 165 milioni di euro, dichiarato come raddoppiato rispetto al 2024, con 30 milioni destinati all'assunzione a tempo indeterminato di personale nei servizi pubblici per le dipendenze e 15 milioni alla mobilità interregionale verso le comunità. Sono elementi che incidono su due dei fattori dai quali qualunque riforma in questa materia dipende: la capacità dei servizi e la disponibilità effettiva delle strutture. Parallelamente, dal 6 all'8 novembre 2025, una rete di organizzazioni della società civile ha promosso a Roma una Contro-conferenza, esprimendo un orientamento critico rispetto all'impostazione governativa e rivendicando un diverso modello di politiche sulle droghe.[42]

Il confronto con altri ordinamenti mostra che il problema non è peculiare del sistema italiano e che a esso sono state date soluzioni assai diverse. Nel diritto tedesco il § 37 del Betäubungsmittelgesetz consente al pubblico ministero, con il consenso del giudice competente, di rinunciare provvisoriamente all'esercizio dell'azione penale quando l'indagato sia sospettato di avere commesso il reato a causa di una dipendenza da stupefacenti, non sia prevedibile una pena superiore a due anni e risulti che egli si stia sottoponendo a un trattamento diretto alla riabilitazione: la prosecuzione del procedimento resta così legata all'andamento della terapia e alla condotta dell'interessato. Sul terreno esecutivo la medesima logica è sviluppata dai §§ 35 e 36 BtMG, tradizionalmente ricondotti alla formula Therapie statt Strafe. A completare il quadro interviene il più generale § 153a StPO, che consente di rinunciare provvisoriamente all'azione per i Vergehen subordinando la definizione del procedimento al rispetto di specifici obblighi e prescrizioni. Dal 1° ottobre 2023 il catalogo contempla espressamente anche la presa in carico e il trattamento psichiatrico, psicoterapeutico o socioterapeutico, e l'adempimento delle prescrizioni impedisce la successiva prosecuzione per il medesimo fatto. Pur non essendo costruita per le dipendenze, la disciplina mostra con chiarezza come la terapia possa essere inserita nella struttura stessa del processo: non come trattamento che accompagna la pena, ma come condizione alla quale è subordinata la rinuncia definitiva al processo.

---

[42] Cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento delle politiche contro la droga e le altre dipendenze, VII Conferenza nazionale sulle dipendenze, Roma, 7-8 novembre 2025, atti e relazioni dei gruppi di lavoro; per la precedente VI Conferenza, Genova, 27-28 novembre 2021, Oltre le fragilità. Sulle risorse annunciate in apertura della VII Conferenza, cfr. l'intervento del Presidente del Consiglio del 7 novembre 2025 (circa 165 milioni complessivi; 30 milioni per assunzioni nei servizi pubblici per le dipendenze; 15 milioni per la mobilità interregionale verso le comunità). Sulla Contro-conferenza, cfr. Contro-Conferenza nazionale autoconvocata, Sulle droghe abbiamo un Piano!, Roma, 6-8 novembre 2025, programma e documento finale.

Diversa, ma non meno significativa, è l'esperienza francese. L'art. L3423-1 del Code de la santé publique consente al *procureur de la République* di sottoporre a *injonction thérapeutique* la persona che abbia fatto uso illecito di stupefacenti o presenti un consumo abituale ed eccessivo di alcool. La misura consiste in cure o sorveglianza medica, ha durata di sei mesi ed è rinnovabile fino a tre volte; soprattutto, l'azione penale non viene esercitata nei confronti di chi vi si sottoponga e segua il trattamento sino al termine. La disciplina attribuisce rilievo anche all'iniziativa spontanea dell'interessato, riconoscendo in determinate ipotesi effetti favorevoli al trattamento intrapreso dopo il fatto. La cura viene così collocata prima della pena e, in casi selezionati, può rendere superfluo il processo e lo stesso esercizio dell'azione penale.[43]

L'esperienza di *common law* ha elaborato due dispositivi ulteriori, che consentono di collocare con maggiore precisione la proposta italiana lungo l'asse che va dall'indagine all'esecuzione. Il primo è la prescrizione riabilitativa che l'ordinamento di Inghilterra e Galles conosce come drug rehabilitation requirement: una prescrizione che il giudice può inserire in un *community order* o in una condanna sospesa, per effetto della quale l'interessato deve sottoporsi, per un periodo determinato, a un trattamento residenziale o ambulatoriale diretto a ridurre o eliminare la dipendenza, fornendo campioni per gli accertamenti tossicologici. Due tratti meritano attenzione: la prescrizione non può essere imposta senza il consenso dell'interessato e, se il periodo di trattamento e di testing supera dodici mesi, l'ordine deve prevedere revisioni periodiche; negli altri casi può comunque prevederle. Le revisioni si svolgono a intervalli non inferiori a un mese, mediante udienze alle quali l'interessato deve comparire e sulla base di una relazione scritta del servizio di *probation*. La verifica del percorso, in altre parole, non è delegata per intero ai servizi, ma torna a intervalli regolari davanti al giudice.

Il secondo dispositivo è quello delle corti del trattamento, sperimentate in Canada a partire dal 1998, in Australia e in Nuova Zelanda. Nel modello neozelandese *l'Alcohol and Other Drug Treatment Court* opera come corte specialistica all'interno del

---

[43] Per la Germania, § 37 BtMG (Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage), che subordina la rinuncia provvisoria all'azione al consenso del giudice competente, a una pena attesa non superiore a due anni e alla sottoposizione dell'indagato a un trattamento riabilitativo; sul versante esecutivo, §§ 35 e 36 BtMG, tradizionalmente ricondotti alla formula Therapie statt Strafe. Il § 153a StPO, applicabile ai soli Vergehen, contempla espressamente, dal 1° ottobre 2023, la presa in carico e il trattamento psichiatrico, psicoterapeutico o socioterapeutico fra le prescrizioni il cui adempimento preclude la successiva prosecuzione per il medesimo fatto. Per la Francia, artt. L3413-1 ss. e L3423-1 ss. del Code de la santé publique. Per l'Inghilterra e il Galles, Sentencing Act 2020, Schedule 9, Part 10, paras 19-22, sul drug rehabilitation requirement e sulle revisioni giudiziali periodiche. Per la Nuova Zelanda, Ministry of Justice, Alcohol and Other Drug Treatment Court, criteri di ammissione e struttura del programma; per le ulteriori corti del trattamento, Department of Justice Canada, Drug Treatment Court Funding Program, Overview of the Drug Treatment Court Funding Program, sull'esperienza canadese avviata a Toronto nel dicembre 1998 e, per il Queensland, il vigente Penalties and Sentences Act 1992, Part 8A, sui drug and alcohol treatment orders; per il precedente modello, Drug Court Act 2000 (già Drug Rehabilitation (Court Diversion) Act 2000), cessato il 30 giugno 2013. Una rassegna comparata degli strumenti alternativi alla pena per gli autori di reato consumatori di sostanze è in EMCDDA, Alternatives to punishment for drug-using offenders, EMCDDA Papers, Luxembourg, 2015.

District Court ed è destinata a imputati la cui condotta criminosa sia significativamente alimentata da un disturbo da uso di alcol o altre droghe e che presentino i requisiti di rischio, trattabilità e disponibilità previsti dai criteri di ammissione. Sono inoltre previste esclusioni, tra l'altro, per alcune forme gravi di violenza, violenza sessuale, incendio doloso e reati di categoria 4. La determinazione della pena viene rinviata durante un programma intensivo che può durare da uno a due anni, con trattamento, test tossicologici e frequenti verifiche giudiziali. Il modello opera quindi dopo che le contestazioni attive sono state definite o sono in corso di definizione e prima della sentenza differita.

La comparazione, letta in questi termini, restituisce tre diverse collocazioni del trattamento rispetto al giudizio. Nella prescrizione riabilitativa inglese la cura viene dopo l'accertamento della responsabilità e ne costituisce una modalità sanzionatoria; nel modello neozelandese della *treatment court* essa precede la determinazione della pena e opera dopo la definizione delle contestazioni attive; nell'ordinamento tedesco e francese può invece precedere l'esercizio stesso dell'azione penale o condizionarne la prosecuzione. L'ipotesi della messa alla prova, che sospende il processo senza richiedere alcuna ammissione di responsabilità e conduce, in caso di esito positivo, all'estinzione del reato, occupa una posizione peculiare e, sotto il profilo delle garanzie, appare particolarmente favorevole all'imputato. È una ragione in più per interrogarsi sul perché questo modello, che l'ordinamento già possiede e valorizza, non sia stato declinato in forma terapeutica.

Nessuno di questi modelli potrebbe, del resto, essere trasferito meccanicamente nell'ordinamento italiano: il § 37 BtMG opera entro limiti di pena assai più contenuti rispetto alle proposte italiane; l'injonction thérapeutique è strettamente legata alle fattispecie di uso e si inserisce in una disciplina dell'azione penale diversa dalla nostra; il § 153a StPO presuppone forme di discrezionalità dell'accusa prive di equivalente nel nostro sistema; il modello neozelandese interviene in una fase processuale diversa e successiva alla definizione delle contestazioni, difficilmente sovrapponibile alla struttura italiana della messa alla prova. Il dato comparatistico consente però di rilevare come il trattamento possa acquistare valore giuridico mentre il processo è ancora aperto e possa divenire esso stesso uno dei criteri attraverso i quali verificare se la prosecuzione della risposta penale sia ancora necessaria.

Una eventuale disciplina italiana andrebbe costruita, tuttavia, con la stessa cautela già richiamata a proposito del nuovo istituto esecutivo, e per ragioni non dissimili. Il primo rischio sarebbe quello di trasformare la dipendenza in un titolo privilegiato di accesso a un trattamento più favorevole, prescindendo dalla concreta relazione con il reato: la diagnosi, da sola, non può giustificare l'estinzione del procedimento, e occorrerebbe una correlazione sufficientemente qualificata fra condizione e fatto, tale da rendere plausibile che il trattamento incida anche sul rischio di reiterazione. Il rischio opposto consisterebbe nel ridurre la prova a una verifica esclusivamente sanitaria, misurata sulla capacità dell'imputato di «guarire»: la dipendenza conosce ricadute, interruzioni e riprese, e subordinare l'esito positivo a una pretesa astinenza lineare e definitiva significherebbe tradurre categorie cliniche in

automatismi sanzionatori, escludendo proprio i percorsi più difficili, che sono quelli per i quali l'alternativa alla pena avrebbe maggiore utilità.

L'oggetto della prova dovrebbe essere, piuttosto, la qualità complessiva dell'adesione al percorso. Al programma terapeutico dovrebbero accompagnarsi, secondo le esigenze del caso, gli elementi tipici della *probation*: rapporti con l'UEPE, lavoro di pubblica utilità, riparazione delle conseguenze del reato, prescrizioni relative alla dimora e agli spostamenti, eventuali divieti di contatto, sostegno all'inserimento lavorativo e abitativo. Al giudice non sarebbe richiesto di accertare una guarigione, ma di valutare un percorso: la continuità della presa in carico, il modo in cui sono state affrontate le eventuali ricadute, la capacità di rispettare le prescrizioni, la progressiva riduzione dei fattori di rischio e, più in generale, l'evoluzione della persona durante il periodo di sospensione. L'esperienza inglese delle udienze periodiche di revisione suggerisce, in proposito, che una verifica giudiziale scandita nel tempo è preferibile tanto a un controllo puramente documentale, quanto a una delega integrale ai servizi.

In una costruzione di questo tipo il consenso dell'imputato assumerebbe comunque rilievo essenziale. Il programma terapeutico non dovrebbe tradursi in una cura imposta coattivamente sotto la minaccia della pena, ma costituire il contenuto di una scelta processuale consapevole, assistita dalle necessarie garanzie e fondata su un progetto clinico definito dai servizi competenti. Al giudice spetterebbe verificarne la serietà, la congruenza con il reato e la compatibilità con le esigenze di prevenzione, senza sostituirsi ai sanitari nella determinazione della terapia.

L'esatta delimitazione dell'ambito applicativo richiede, a sua volta, una riflessione specifica. Il limite di dieci anni immaginato dall'A.S. n. 2399 era, indubbiamente, assai ampio e trovava il proprio contrappeso nella necessaria connessione del reato con la dipendenza. Una futura riforma potrebbe scegliere un criterio più graduato, combinando limite edittale, natura del reato, intensità della correlazione e valutazione individuale del rischio. Per i delitti connotati da violenza, minaccia o intimidazione non sarebbe indispensabile una preclusione assoluta, ma occorrerebbero un'istruttoria più penetrante, prescrizioni adeguate alla tutela della persona offesa e una motivazione rafforzata. Anche qui il problema non si risolverebbe bene né attraverso esclusioni automatiche, né mediante aperture indiscriminate.

Un profilo, tuttavia, si presenterebbe in termini più stringenti ed è quello, già evidenziato, del ruolo della persona offesa. La sospensione del procedimento incide sull'interesse della vittima all'accertamento dei fatti assai più di quanto non faccia una diversa modalità di espiazione, e l'estinzione del reato ne rappresenta l'esito più radicale: qui non muta soltanto il luogo della pena, ma viene meno l'accertamento definitivo della responsabilità. Una futura probation terapeutica non partirebbe, peraltro, da un terreno privo di regole. La disciplina ordinaria della messa alla prova già riconosce alla persona offesa uno specifico ruolo procedimentale: l'art. 464-quater, comma 1, c.p.p. ne prevede l'audizione ai fini della decisione sulla richiesta e il comma 3 impone al giudice di valutare anche che il domicilio indicato nel programma sia idoneo a tutelare le esigenze della persona offesa. Una disciplina terapeutica non avrebbe ragione di arretrare rispetto a tali garanzie; semmai, considerata la maggiore ampiezza dell'ambito applicativo ipotizzato nelle precedenti proposte, sarebbe opportuno

rafforzarle. Senza attribuire alla vittima un potere di veto, che snaturerebbe la funzione giurisdizionale della decisione, occorrerebbe quanto meno assicurarne l'effettiva interlocuzione, prevedere che la riparazione delle conseguenze del reato figuri fra i contenuti tipici della prova e imporre che le prescrizioni tengano conto del rischio di contatti o di reiterazione nei suoi confronti.

Una disciplina effettivamente praticabile presupporrebbe, infine, un collegamento stabile fra tribunale, UEPE e servizi per le dipendenze: esigenza già lucidamente avvertita nelle precedenti proposte di riforma. Senza una presa in carico tempestiva, la *probation* terapeutica rischierebbe di essere accessibile soprattutto a chi sia già inserito nei servizi o disponga di una rete difensiva e sociale capace di predisporre rapidamente un programma.

L'idea di uno sportello del servizio per le dipendenze presso il tribunale, comparsa nei progetti di riforma del testo unico, rispondeva precisamente a questa esigenza. La possibilità giuridica di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova resta, infatti, essenzialmente teorica se il programma che la rende praticabile non può essere costruito nei tempi del processo.[44]

È su questo terreno che l'esperienza appena avviata offre l'indicazione più utile.

Le criticità di sostenibilità organizzativa e finanziaria esaminate nei paragrafi precedenti non sono caratteristiche del nuovo istituto esecutivo: sono proprie di ogni disciplina che affidi alla rete sanitaria e sociale una funzione penalistica senza dotarla dei mezzi corrispondenti. Una messa alla prova terapeutica introdotta senza una valutazione realistica del fabbisogno di programmi, di operatori e di posti in comunità ripeterebbe lo stesso errore su una platea potenzialmente assai più vasta, giacché la fase di cognizione, come mostrano i dati, coinvolge un numero di persone assai superiore a quello della fase esecutiva.

Neppure la finalità dell'istituto dovrebbe essere equivocata. Non si tratterebbe di sostituire sistematicamente la pena con la terapia, né di presumere che ogni reato commesso da una persona dipendente trovi nella dipendenza la propria spiegazione. Si tratterebbe, più semplicemente, di riconoscere che, quando quella relazione esista e possa essere seriamente verificata, attendere la conclusione del processo prima di attribuire pieno rilievo al trattamento appare poco coerente con la stessa funzione preventiva che l'ordinamento assegna alla cura. La dipendenza può essere accertata durante le indagini, il programma può essere costruito nel corso del procedimento, la sua efficacia può essere osservata mentre il processo è sospeso: non vi è una ragione sistematica perché tutto ciò debba acquistare valore soltanto dopo una sentenza irrevocabile. La formula della «messa alla prova terapeutica» acquisterebbe così un significato più preciso di quello suggerito dalla semplice aggiunta di prescrizioni sanitarie alla sospensione ordinaria. In caso di esito negativo, il procedimento

[44] L'esigenza di un raccordo tempestivo fra autorità giudiziaria e servizi è segnalata da tempo con riguardo all'affidamento terapeutico: M. PASSIONE, *Accesso alle misure alternative*, cit.; B. SCARCELLA, *Trattamento e cura del tossicodipendente autore di reato*, cit.; R. TUCCI, *L'affidamento in casi particolari (terapeutico)*, cit. Il punto è esattamente il medesimo: se la tempestività della presa in carico è un fattore clinico decisivo, la sua assenza si traduce in una selezione di fatto dei beneficiari.

riprenderebbe senza che la pretesa punitiva venga sacrificata; in caso di esito positivo, l'estinzione del reato non rappresenterebbe il premio collegato a una condizione patologica, ma la conseguenza di una prova concretamente superata: la dimostrazione che, in quel singolo caso, il percorso terapeutico e responsabilizzante ha già realizzato quella funzione di prevenzione speciale e di risocializzazione che avrebbe altrimenti giustificato l'applicazione e l'esecuzione della pena.

10. Considerazioni conclusive.

Uno dei primi banchi di prova della disciplina introdotta dalla legge n. 140 del 2026 sarà costituito dal modo in cui la giurisprudenza intenderà, ai fini dell'applicazione del nuovo art. 94-ter, la nozione di correlazione fra dipendenza e reato. L'esperienza applicativa dell'art. 90 d.P.R. n. 309 del 1990 e, su un diverso piano, quella maturata intorno all'art. 671, comma 1, c.p.p. offrono già indicazioni utili: la dipendenza non può essere ridotta alla mera compresenza di una condizione patologica e di un reato, ma neppure può essere trattata come elemento irrilevante quando risulti concretamente collegata alla condotta. La novità risiede, piuttosto, nella funzione che tale correlazione assume nell'art. 94-ter, poiché concorre a giustificare l'accesso a una specifica modalità terapeutica di esecuzione della pena, insieme all'attualità della dipendenza, all'idoneità del programma e alla prognosi di prevenzione della recidiva. Una nozione troppo ampia la farebbe coincidere con la semplice compresenza di una patologia e di una condotta criminosa; una nozione troppo rigida renderebbe inutilizzabile la misura là dove la correlazione sia concreta, ma non adeguatamente documentato. Occorrerà distinguere la dipendenza concretamente e significativamente collegata al reato dalla condizione che appartiene alla biografia del condannato, ma non risulti significativamente collegata ai comportamenti criminali, vagliando con particolare rigore le diagnosi tardive, i fatti pianificati o seriali, le situazioni nelle quali permangano fattori criminogeni autonomi rispetto al consumo di sostanze.

Gli esiti della nuova legge si dovranno confrontare anche con le scelte operate fra residenzialità e semiresidenzialità. Abbandonata l'impostazione originaria, che costruiva la misura attorno alla permanenza in comunità, la riforma ammette che il trattamento occupi soltanto una parte della giornata, mentre la detenzione domiciliare si svolge altrove.

La soluzione riduce, evidentemente, le possibilità di osservazione delle condotte del soggetto e accresce il peso delle prescrizioni. Per chi sia stato condannato per i reati di cui agli artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p., o per altri fatti connotati da violenza o intimidazione, la scelta semiresidenziale esigerà, perciò, una motivazione del provvedimento particolarmente accurata, sia sotto il profilo della prevenzione di nuove condotte di reato, sia nell'ottica della protezione delle vittime dei reati già commessi.

Su questo terreno rimane, però, una lacuna della legge, evidente soprattutto nei reati di maggiore gravità. La nuova disciplina, come già evidenziato, non prevede uno specifico ruolo partecipativo della persona offesa nel procedimento di concessione della

misura; restano tuttavia applicabili, nei rispettivi ambiti, gli obblighi informativi di cui all'art. 90-*ter* c.p.p. e all'art. 58-*sexies* ord. penit. Quest'ultimo, per il catalogo di reati previsto dalla norma, impone la comunicazione del provvedimento che applica misure alternative alla detenzione o benefici analoghi comportanti l'uscita dall'istituto, ma non configura una interlocuzione preventiva della persona offesa. Non si tratta, naturalmente, di attribuire alla vittima un potere di veto o di «convalida» dell'esecuzione extramuraria, che altererebbe la natura giurisdizionale della decisione. Sarebbe stato però opportuno prevedere espressamente la possibilità per la persona offesa di presentare documentazione e formulare osservazioni.

In assenza di una previsione specifica, la considerazione di tali elementi resta affidata alla sensibilità e all'iniziativa del pubblico ministero e alla valutazione del giudice, con il rischio che un profilo decisivo per la sicurezza della vittima non trovi alcuno spazio nelle prassi applicative. La riforma presuppone, poi, che strutture nate per la cura possano divenire, nei casi previsti, anche luoghi di esecuzione della pena, mentre le comunità terapeutiche esistenti sono attrezzate a svolgere tale funzione in misura diseguale e, per i profili più complessi, possono richiedere competenze e assetti ulteriori. Sul piano finanziario e organizzativo, il fondo previsto dall'art. 6 copre una stima prudenziale degli oneri di accoglienza e trattamento, ma non esaurisce i costi organizzativi necessari alla concreta attuazione della riforma.

Sarà, pertanto, fondamentale un adeguato monitoraggio, volto a dare contezza non soltanto dell'effettiva incidenza numerica della misura, ma dei tempi di decisione, della distribuzione territoriale, della tipologia dei reati interessati, delle revoche e degli abbandoni, degli esiti terapeutici. Resta, sullo sfondo, la finalità deflattiva esplicitata sin dall'origine nei lavori preparatori. È qui particolarmente pertinente il monito di Cesare Beccaria: «*Una sorgente di errori e d'ingiustizie sono le false idee di utilità che si formano i legislatori*».[45] Il richiamo non vale, naturalmente, a negare l'utilità di un effetto deflattivo, ma a ricordare che esso non può divenire il criterio guida di una misura che deve restare ancorata alla cura e alla prevenzione individuale.

Il sovraffollamento delle carceri italiane rappresenta un problema reale e urgente, ed è un problema generale dell'esecuzione penale; la tossicodipendenza e l'alcoldipendenza sono condizioni particolari. Se la disciplina speciale venisse letta o applicata principalmente in funzione del decongestionamento delle carceri, si rischierebbe di rovesciare il rapporto fra mezzo e fine: non sarebbe più la modalità esecutiva a modellarsi sulle esigenze della cura, ma la cura a divenire il criterio con il quale si persegue una politica di riduzione del sovraffollamento carcerario. Il sovraffollamento avrebbe potuto, d'altra parte, essere affrontato diversamente: rafforzando la capacità di applicare tempestivamente le misure alternative già esistenti; intervenendo sulle pene e sui residui di pena più brevi; valorizzando le pene sostitutive; predisponendo strutture di reinserimento fondate sulla durata della pena, sulla condotta e sul rischio concreto di recidiva.

---

[45] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. 1780, § XXXVIII, «Di qualche sorgente di errori e d'ingiustizie nella legislazione; e primo, false idee di utilità».

Per i condannati dipendenti si sarebbe potuto potenziare lo stesso art. 94, accelerando gli accertamenti e ampliando l'offerta terapeutica. Come già evidenziato, una parte consistente delle criticità legate all'affidamento terapeutico non dipende, infatti, dalla ristrettezza della soglia di pena, ma dal formalismo, dall'incertezza diagnostica, dalla disomogeneità delle prassi, dalla scarsità delle risorse e dalla tendenza a sovrapporre la logica terapeutica alle esigenze di custodia. Sono problemi che la legge n. 140 del 2026 affronta soltanto in parte: interviene su alcuni profili — previsione di linee guida nazionali per gli accertamenti, coinvolgimento integrato di SerD e UEPE e, ove opportuno, dell'amministrazione penitenziaria, ampliamento delle strutture utilizzabili e finanziamento dedicato — ma non elimina i nodi del formalismo, della disomogeneità territoriale e della capacità effettiva della rete. Sotto il profilo qui esaminato, la riforma ripropone, ampliandone la portata, una criticità già emersa nell'esperienza dell'art. 94. La previsione di un regime più favorevole per il condannato tossicodipendente rispetto a quello ordinariamente applicabile aveva già fatto emergere il rischio che la condizione di dipendenza venisse prospettata o valorizzata in funzione dell'accesso al beneficio, tanto da indurre il legislatore e, successivamente, la giurisprudenza, la magistratura di sorveglianza e i servizi a elaborare specifici strumenti di verifica diretti a escluderne la preordinazione strumentale. Con gli artt. 94-ter e 94-quater questo rischio acquista un rilievo ancora maggiore: la condizione di dipendenza può consentire l'accesso all'esecuzione extramuraria per pene sino a otto anni e assumere rilievo già nella definizione del processo. A fronte di un vantaggio così rilevante, il controllo non può arrestarsi alla certificazione dello stato di dipendenza o alla formale predisposizione di un programma terapeutico. Occorre ricostruire la storia clinica del soggetto, verificarne la continuità e l'attualità, accertare il rapporto con il reato e valutare se il programma proposto risponda a un'effettiva esigenza di cura anziché essere meramente funzionale a evitare il carcere. Sono accertamenti complessi, che richiedono tempo, informazioni e un raccordo effettivo tra SerD, UEPE e magistratura di sorveglianza. Ed è proprio qui che emerge uno dei punti più fragili della riforma: essa affida alla qualità di questi controlli la selezione dei beneficiari, senza assicurare che gli uffici chiamati a svolgerli dispongano delle risorse necessarie per effettuarli. Il rischio, pertanto, è che il nuovo istituto non superi le già note fragilità dell'affidamento terapeutico, ma le moltiplichi, con ripercussioni negative sui cittadini e sulle istituzioni.[46]

[46] Per una lettura critica di lungo periodo, cfr. L. DAGA, Tossicodipendenze e le misure alternative al carcere, cit.; A. MARGARA, *Retorica della cura e realtà della contenzione*, cit.; F. MAISTO, *Il diritto alla salute delle persone ristrette*, cit.; G. Crespi et al., *Dall'inquadramento normativo fino al nuovo DDL*, cit.

SISTEMA PENALE
10/2026

CEUTA, FRONTIERA D'EUROPA: POSSIBILI SCENARI PENALISTICI DELLA RECENTE CRISI MIGRATORIA

di Filomena Pisconti

La recente crisi migratoria verificatasi a Ceuta – enclave spagnola al confine tra Europa e Africa – rappresenta un significativo banco di prova per il sistema europeo di gestione e controllo delle frontiere e, più in generale, per il difficile equilibrio tra contrasto dell'immigrazione irregolare e tutela dei diritti fondamentali delle persone migranti. La vicenda, i cui effetti si sono estesi anche al funzionamento dello spazio Schengen, offre inoltre l'occasione per interrogarsi sui possibili profili di rilevanza penale connessi alla facilitazione degli ingressi irregolari. In questa prospettiva, il contributo esamina la riconducibilità delle condotte alle fattispecie di migrant smuggling e di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, anche attraverso un confronto tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano, soffermandosi sulla dimensione organizzativa del fenomeno e sulla possibile rilevanza di forme di agevolazione non strettamente materiali. L'analisi considera, infine, le eventuali responsabilità connesse alla creazione di situazioni di pericolo e agli eventi lesivi o mortali verificatisi durante gli attraversamenti, nel necessario raccordo con il diritto dell'Unione europea e con il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

SOMMARIO: 1. Ceuta nel sistema europeo di gestione delle frontiere: i fatti. 2. Ingressi via mare e *rechazo en frontera*: i limiti tracciati dal Tribunal Supremo e la possibile riconducibilità della vicenda al *migrant smuggling*. 2.1. Il quadro internazionale: la definizione convenzionale di *migrant smuggling*. 2.2. Il quadro europeo e nazionale: l'aiuto all'ingresso irregolare. 3. Eventi lesivi e responsabilità degli organizzatori. 4. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in Italia e in Spagna: profili comparatistici. 5. Le ricadute della crisi di Ceuta sullo spazio Schengen: la temporanea reintroduzione dei controlli italiani. 6. Conclusioni.

1. Ceuta nel sistema europeo di gestione delle frontiere: i fatti.

Gli eventi di Ceuta hanno mostrato quanto rapidamente una crisi migratoria localizzata alla frontiera tra Spagna e Marocco possa trasformarsi in una questione europea. Nel volgere di pochi giorni, gli attraversamenti dell'enclave hanno oltrepassato la dimensione locale della gestione della frontiera, alimentando un confronto politico tra gli Stati membri e una significativa tensione nei rapporti tra Italia e Spagna, culminata nella reintroduzione di controlli sui collegamenti tra i due Paesi. La vicenda ha così investito uno dei presupposti fondamentali dello spazio europeo di libera circolazione, mostrando la capacità delle crisi che si producono alle frontiere esterne di propagare i propri effetti ben oltre lo Stato direttamente interessato.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

In questa prospettiva, Ceuta diviene qualcosa di più del luogo nel quale si è verificato un eccezionale afflusso di migranti. La crisi porta in primo piano alcune tensioni strutturali dell'attuale politica europea delle migrazioni: tra controllo delle frontiere esterne e libera circolazione nello spazio Schengen; tra responsabilità dello Stato di primo ingresso e interessi degli altri Stati membri; tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali.

Lo Stato che presidia una frontiera esterna esercita una funzione che interessa l'intero spazio europeo e, nello stesso tempo, è tenuto al rispetto di un patrimonio di garanzie che costituisce parte integrante dell'ordinamento dell'Unione.

Il Codice frontiere Schengen[1], infatti, chiarisce che l'esercizio dei poteri di controllo deve svolgersi nel rispetto dei diritti fondamentali; l'art. 4 del regolamento (UE) 2016/399 impone agli Stati membri di agire nel pieno rispetto del diritto dell'Unione, della Carta dei diritti fondamentali, della Convenzione di Ginevra e del principio di *non-refoulement*.

È proprio nelle situazioni di maggiore pressione migratoria che assume particolare rilievo la verifica della capacità delle autorità di assicurare l'effettività della sorveglianza della frontiera nel rispetto degli obblighi di protezione derivanti dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale, come più volte sottolineato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU[2].

Tra il 30 e il 31 luglio 2026 l'enclave spagnola è stata interessata da un afflusso eccezionale lungo il confine con il Marocco. Secondo i dati del Ministero dell'interno

---

[1] Cfr. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un Codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), come successivamente modificato, in particolare artt. 3-8 e 14. L'art. 3 fa espressamente salvi i diritti dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il principio di *non-refoulement*; l'art. 4 impone agli Stati membri, nell'applicazione del Codice, il pieno rispetto del diritto dell'Unione, della Carta dei diritti fondamentali, della Convenzione di Ginevra, degli obblighi relativi all'accesso alla protezione internazionale e del principio di non-refoulement, prevedendo altresì che le decisioni siano adottate su base individuale. Gli artt. 5 e 6 disciplinano, rispettivamente, l'attraversamento delle frontiere esterne e le condizioni di ingresso dei cittadini di Paesi terzi; gli artt. 7 e 8 riguardano le modalità di svolgimento delle verifiche di frontiera, imponendo, tra l'altro, il rispetto della dignità umana e del principio di proporzionalità; l'art. 14 disciplina il respingimento alla frontiera dei cittadini di Paesi terzi che non soddisfano le condizioni di ingresso, facendo salva l'applicazione delle disposizioni in materia di diritto d'asilo e protezione internazionale.

[2] La gestione delle frontiere esterne resta, in ogni caso, sottoposta ai vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come mostra la giurisprudenza della Corte EDU in materia di respingimenti ed espulsioni collettive. In tale prospettiva, le pronunce Hirsi Jamaa e altri c. Italia e N.D. e N.T. c. Spagna, pur relative a contesti fattuali differenti e pervenute a esiti diversi, contribuiscono a delineare i limiti convenzionali entro i quali gli Stati possono esercitare i propri poteri di controllo delle frontiere. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, spec. §§ 113 ss. e 166 ss., nella quale la Corte, con riferimento al respingimento verso la Libia di migranti intercettati in alto mare dalle autorità italiane, ha riconosciuto l'applicabilità extraterritoriale della Convenzione e accertato, tra l'altro, la violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Prot. n. 4; Corte EDU, Grande Camera, 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. nn. 8675/15 e 8697/15, spec. §§ 167 ss. e 193 ss., relativa al respingimento verso il Marocco di migranti che avevano tentato di superare le recinzioni di Melilla, nella quale la Corte ha escluso, nelle circostanze del caso, la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 e dell'art. 13 CEDU, attribuendo particolare rilievo alla condotta dei ricorrenti e all'esistenza di vie legali di accesso.

spagnolo[3], circa 72.000 persone hanno fatto ingresso irregolare nella città autonoma, in larga parte attraverso la frontiera terrestre e, in alcuni casi, via mare, tentando di aggirare a nuoto le infrastrutture di separazione che si estendono fino alla costa[4].

Un evento simile si verificò il 6 febbraio 2014, quando un numeroso gruppo di migranti tentò di raggiungere Ceuta attraverso la *playa del Tarajal*. Durante l'operazione, appartenenti alla Guardia Civil impiegarono materiale antisommossa mentre alcuni migranti si trovavano ancora in acqua. Quindici persone morirono per annegamento. La vicenda diede origine a un complesso procedimento penale, nel quale il problema non consisteva nel mettere in discussione il potere delle autorità di presidiare la frontiera, ma nel verificare se l'impiego di determinati mezzi coercitivi avesse incrementato il rischio di annegamento e se tale condotta potesse essere causalmente collegata agli eventi mortali. Il procedimento penale si concluse con il *sobreseimiento libre* disposto nel 2020 dall'Audiencia Provincial de Cádiz, confermato all'esito del successivo ricorso dinanzi al Tribunal Supremo; contro tali decisioni fu successivamente proposto ricorso di *amparo* dinanzi al Tribunal Constitucional[5].

La concentrazione dei tentativi di ingresso del luglio 2026 ha determinato una forte pressione sul dispositivo di sorveglianza. Le autorità spagnole hanno rafforzato la presenza della Guardia Civil e della Policía Nacional, con particolare attenzione agli ingressi via mare, caratterizzati da evidenti rischi per la vita delle persone coinvolte.

---

[3] Ministerio del Interior, *Grande-Marlaska agradece "el reconocimiento y el apoyo" de sus homólogos europeos a la respuesta de España ante la crisis de Ceuta*, 4 agosto 2026, ove il Ministro quantifica in 72.000 gli ingressi irregolari registrati a Ceuta il 30 luglio 2026 (https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Grande-Marlaska-agradece-el-reconocimiento-y-el-apoyo-de-sus-homologos-europeos-a-la-respuesta-de-Espana-ante-la-crisis-de-Ceuta/). Il dato, formulato nell'immediatezza della crisi, deve essere letto tenendo conto della provvisorietà delle rilevazioni e delle parziali divergenze tra le successive ricostruzioni.

[4] La crisi di Ceuta consta, in realtà, di un importante precedente. Il 6 febbraio 2014 un numeroso gruppo di migranti tentò di raggiungere Ceuta dal territorio marocchino attraverso la zona della playa del Tarajal. Una parte delle persone entrò in mare cercando di aggirare a nuoto la struttura di confine. Nel corso dell'operazione, appartenenti alla Guardia Civil impiegarono materiale antisommossa a scopo dissuasivo, tra cui proiettili di gomma e dispositivi fumogeni, mentre alcuni dei migranti si trovavano ancora in acqua. Quindici persone morirono per annegamento. La vicenda diede origine a un complesso e prolungato procedimento penale, caratterizzato da successive decisioni di archiviazione e riapertura delle indagini. Il nucleo della questione penalistica riguardava precisamente il rapporto tra l'esercizio di una funzione istituzionalmente legittima — impedire l'ingresso irregolare attraverso la frontiera — e le concrete modalità attraverso le quali tale funzione era stata esercitata in una situazione caratterizzata da un elevato pericolo per la vita delle persone coinvolte. Il problema non consisteva, dunque, nel mettere in discussione in astratto il potere delle autorità di presidiare la frontiera, quanto nello stabilire se l'impiego di determinati mezzi coercitivi nei confronti di persone che si trovavano in mare avesse creato o incrementato il rischio di annegamento e se tale condotta potesse essere causalmente collegata agli eventi mortali. Nel 2019 il Juzgado de Instrucción n. 6 di Ceuta dispose la prosecuzione del procedimento nei confronti di sedici appartenenti alla Guardia Civil, ritenendo sussistenti elementi che richiedevano un ulteriore approfondimento in relazione, tra l'altro, a possibili ipotesi di *homicidio por imprudencia grave* e *denegación de auxilio*.

[5] Cfr. Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Auto 338/2023, 3 luglio 2023, rec. de amparo n. 5165-2022, ECLI:ES:TC:2023:338A, spec. Antecedentes, n. 2, ove è ricostruito l'iter del procedimento penale relativo ai fatti del Tarajal del 6 febbraio 2014; per una ricostruzione della vicenda, v. Amnesty International España, *El Tarajal: historia de una tragedia sin nombres,* 6 febbraio 2024.

La crisi è intervenuta in un momento delicato sul piano giuridico. Poche settimane prima, il Tribunal Supremo aveva escluso l'applicabilità dello speciale regime di *rechazo en frontera* alle persone intercettate in mare mentre tentano di raggiungere a nuoto Ceuta o Melilla, imponendo il ricorso alla procedura di *devolución* prevista dall'art. 58.3 della Ley Orgánica 4/2000[6].

La pronuncia è stata tuttavia rappresentata, nel dibattito pubblico e sui canali digitali, in termini sensibilmente più ampi della sua effettiva portata. La decisione non ha sancito un generale divieto di allontanamento degli stranieri entrati irregolarmente, né riconosciuto un diritto a permanere sul territorio spagnolo. La questione riguardava, più precisamente, l'applicabilità agli ingressi via mare dello speciale regime previsto dall'ordinamento spagnolo per determinate ipotesi di superamento irregolare delle strutture di frontiera di Ceuta e Melilla e, di conseguenza, la necessità di ricorrere alle ordinarie procedure previste dalla legislazione in materia di immigrazione.

Nei giorni successivi alla crisi, sui medesimi canali hanno continuato a circolare messaggi relativi alla possibilità di nuovi attraversamenti collettivi; tra le date indicate figurava il 15 agosto. La circostanza impone cautela: resta da accertare se tale circolazione di informazioni abbia costituito un fenomeno spontaneo o sia stata riconducibile, almeno in parte, a soggetti interessati a promuovere o organizzare gli attraversamenti[7].

Gli effetti della crisi hanno rapidamente oltrepassato i confini dell'enclave. Dal 1° agosto l'Italia ha ripristinato temporaneamente i controlli alle frontiere aeree e marittime per gli arrivi provenienti dalla Spagna, motivando la decisione con esigenze di sicurezza connesse alle possibili conseguenze della crisi di Ceuta. La scelta ha provocato una dura reazione del Governo spagnolo, che ha introdotto a sua volta controlli temporanei sui collegamenti provenienti dall'Italia.

La crisi originatasi alla frontiera tra Ceuta e il Marocco ha assunto così, nel giro di pochi giorni, una dimensione propriamente europea, incidendo sui rapporti tra due Stati membri e sul funzionamento della libera circolazione nello spazio Schengen.

2. Ingressi via mare e *rechazo en frontera*: i limiti tracciati dal Tribunal Supremo e la possibile riconducibilità della vicenda al *migrant smuggling*.

Con la sentenza n. 814/2026, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha delimitato l'ambito applicativo del regime speciale di *rechazo en frontera*, escludendone l'applicabilità agli stranieri intercettati in mare mentre tentano di

[6] Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sent. n. 814/2026. Secondo il comunicato del Consejo General del Poder Judicial, lo speciale rechazo en frontera non è applicabile alle persone intercettate in mare mentre tentano di raggiungere a nuoto Ceuta o Melilla: in tali casi opera la procedura di devolución di cui all'art. 58.3 della Ley Orgánica 4/2000.

[7] Sulla circolazione di messaggi relativi a nuovi attraversamenti e sulle ipotesi formulate dagli apparati di intelligence, v. S. CANETTIERI, *Il rapporto degli 007: il rischio terrorismo a Ceuta è concreto. Regia dietro gli arrivi*, in *Corriere della Sera*, 9 agosto 2026. Si tratta di ricostruzioni giornalistiche che, allo stato, non equivalgono all'accertamento di una regia criminale.

raggiungere a nuoto Ceuta o Melilla. Per tali ipotesi trova applicazione il procedimento di *devolución*, con le relative garanzie procedurali.

La pronuncia non ha riconosciuto un diritto all'ingresso o alla permanenza nel territorio spagnolo, né ha trasformato in regolare l'ingresso via mare. Essa ha più limitatamente escluso che alle persone intercettate in mare possa essere applicato lo speciale meccanismo previsto per chi tenta di superare gli elementi fisici di contenimento delle frontiere terrestri.

Nelle settimane successive, la portata della decisione sarebbe stata rappresentata in termini più ampi, fino a veicolare l'idea che l'ingresso a nuoto non potesse essere seguito dall'allontanamento. Le autorità spagnole hanno tuttavia chiarito che la pronuncia riguardava il procedimento applicabile e non determinava l'impossibilità giuridica di procedere alla restituzione dello straniero entrato irregolarmente.

La dimensione amministrativa potrebbe non esaurire le questioni giuridiche suscitate dagli eventi di Ceuta. Le modalità degli attraversamenti, la loro concentrazione temporale, il possibile coinvolgimento di soggetti operanti al di là dei confini nazionali, il ruolo delle piattaforme digitali e i rischi per la vita delle persone coinvolte aprono interrogativi che possono assumere rilievo anche sul terreno del diritto penale.

Anzitutto, occorre stabilire se i tentativi di ingresso siano stati il risultato di movimenti prevalentemente spontanei oppure se siano stati, almeno in parte, promossi, coordinati o agevolati da soggetti operanti nell'ambito di reti dedite al traffico illecito di migranti.

2.1. Il quadro internazionale: la definizione convenzionale di migrant smuggling.

Sul piano internazionale[8], il punto di partenza è rappresentato dall'art. 3, lett. a), del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, che definisce lo *smuggling of migrants* come il procurare, al fine di ottenere un beneficio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte del quale essa non sia cittadina o residente permanente.

La definizione individua, dunque, non soltanto una condotta diretta a procurare l'ingresso illegale, ma anche una specifica finalità di profitto, che contribuisce a delimitare il fenomeno oggetto dell'intervento convenzionale.

L'art. 6 del Protocollo impone agli Stati di incriminare tali condotte quando siano commesse intenzionalmente e al fine di ottenere un beneficio finanziario o materiale. La disposizione estende inoltre l'intervento convenzionale ad alcune condotte strumentali

[8] Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, in particolare il cap. 5, pp. 355 ss.; V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalization of Human Smuggling: Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, n. 1, 2019, pp. 68-85; A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 141-163; S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 11-29, spec. pp. 15 ss.

o connesse, tra cui quelle relative ai documenti fraudolenti e alla facilitazione della permanenza irregolare.

Diversa è la funzione dell'art. 4 del Protocollo, che individua l'ambito di applicazione dello strumento internazionale, riferendolo ai reati previsti dall'art. 6 quando essi presentino natura transnazionale e coinvolgano un gruppo criminale organizzato. Tali requisiti delimitano l'ambito operativo della Convenzione e del Protocollo quali strumenti di cooperazione internazionale, ma non devono necessariamente essere riprodotti come elementi costitutivi delle fattispecie nazionali.

L'art. 34, par. 2, della Convenzione assume rilievo anche rispetto ai reati previsti dal Protocollo, in forza dell'applicazione *mutatis mutandis* delle disposizioni della Convenzione prevista dall'art. 1, par. 2, del Protocollo. Secondo l'interpretazione fornita dalla UNODC, la natura transnazionale della condotta e il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, pur rilevando ai fini dell'ambito di applicazione del Protocollo ai sensi dell'art. 4, non devono essere configurati come elementi costitutivi delle corrispondenti fattispecie incriminatrici nazionali[9].

2.2. Il quadro europeo e nazionale: l'aiuto all'ingresso irregolare.

Il quadro europeo presenta caratteristiche differenti. L'art. 1, par. 1, lett. a), della direttiva 2002/90/CE richiede agli Stati membri di sanzionare chiunque intenzionalmente aiuti un cittadino di uno Stato terzo a entrare o transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione relativa all'ingresso o al transito. A differenza della definizione internazionale, la disposizione "continentale" non richiede una finalità di profitto.

Il fine di lucro è invece espressamente richiesto dalla lett. b) con riferimento all'aiuto intenzionale alla permanenza irregolare. Alla direttiva si affianca la decisione quadro 2002/946/GAI, che completa il c.d. *Facilitators Package*, disciplinando il versante propriamente penalistico della risposta europea, con particolare riferimento alle sanzioni, alla responsabilità delle persone giuridiche e alla giurisdizione[10].

---

[9] Cfr. UNODC, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, Part Three, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, cap. I, par. 20, p. 334, secondo cui, in applicazione *mutatis mutandis* dell'art. 34, par. 2, UNTOC ai reati previsti dall'art. 6 del Protocollo, le fattispecie nazionali di *smuggling of migrants* devono trovare applicazione anche quando la natura transnazionale della condotta e il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato non sussistano o non possano essere provati.

[10] Sulla nozione di «aiuto» all'ingresso irregolare e sulla necessità di delimitarne la portata alla luce dei principi di tipicità, offensività e proporzionalità, v., con riferimento all'art. 318-bis CP sp., E. POMARES CINTAS, *La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?*, in G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, pp. 619-632; P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, n. 25; B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, pp. 837-886; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de*

Su questo modello si colloca l'art. 318-bis del *Código Penal* spagnolo, che punisce chi intenzionalmente aiuti una persona non cittadina dell'Unione a entrare nel territorio spagnolo o a transitare attraverso di esso in violazione della legislazione sull'ingresso o sul transito. Anche in questo caso il fine di lucro non costituisce requisito della fattispecie base relativa all'ingresso, ma determina un aggravamento della risposta sanzionatoria; la disposizione consente inoltre al giudice di escludere la pena quando la finalità perseguita sia esclusivamente quella di prestare aiuto umanitario.

Il confronto tra i diversi livelli normativi mostra come la categoria internazionale del *migrant smuggling* e quella europea e nazionale (spagnola) del favoreggiamento dell'ingresso irregolare non siano integralmente coincidenti. La distinzione assume particolare rilevanza nell'analisi della vicenda di Ceuta, poiché impone di verificare separatamente se le condotte eventualmente accertate possano essere ricondotte alla fattispecie interna di agevolazione dell'ingresso e se presentino, inoltre, gli elementi più specifici che consentono di qualificarle, nella prospettiva internazionale, come *migrant smuggling*.

L'ampiezza semantica del concetto di aiuto pone il problema della delimitazione delle condotte riconducibili alla fattispecie. La letteratura penalistica ha evidenziato, in particolare, come la formulazione dell'art. 318-bis, imperniata sull'«ayuda intencionada», non individui specifiche modalità materiali attraverso le quali il contributo debba essere prestato, ponendo così il problema di determinare il limite esterno delle forme di collaborazione penalmente rilevanti. In questa prospettiva, accanto alle forme più tradizionali di agevolazione – quali il trasporto, la predisposizione dei mezzi o l'organizzazione dell'attraversamento – può porsi la questione della rilevanza di contributi che non si traducano in una diretta assistenza materiale all'ingresso, ma che risultino comunque funzionalmente inseriti nella sua preparazione o realizzazione[11].

L'assenza di una necessaria connotazione "materiale" dell'«aiuto» non comporta, tuttavia, che qualsiasi comportamento capace di influenzare la decisione dello straniero di raggiungere la frontiera possa essere ricondotto all'art. 318-bis. Proprio l'ampiezza della formula legislativa rende necessaria un'interpretazione selettiva della condotta, coerente con i principi di legalità e offensività e capace di distinguere la mera

---

legitimidad, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 10, 2008; I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna. Spunti per una riflessione comparata*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, pp. 1 ss., spec. § 2; sul versante europeo, V. MITSILEGAS, *The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol. 10, n. 1, pp. 68-85; M. MINETTI, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, ivi, 2020, vol. 11, n. 3, pp. 335-350; S. ZIRULIA, *Is that a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart Publishing, 2021, pp. 235-265.

[11] Sul problema della delimitazione delle condotte di collaborazione o aiuto riconducibili all'art. 318-*bis* CP, v. E. POMARES CINTAS, *La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?*, in G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, pp. 619-632; P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El tenor literal del artículo 318 bis CP*, cit.

comunicazione o circolazione di informazioni da un contributo intenzionalmente e concretamente funzionale alla realizzazione dell'ingresso irregolare. È entro tali limiti che può essere posta, senza presupporne la soluzione, la questione della possibile rilevanza di forme di agevolazione realizzate mediante strumenti informativi o digitali[12].

Nell'ambito dell'analisi delle possibili forme di agevolazione dell'ingresso irregolare, un ulteriore profilo riguarda la circolazione di informazioni potenzialmente inesatte o manipolate sulle conseguenze giuridiche dell'ingresso a Ceuta.

Qualora fosse accertato che determinati contenuti siano stati deliberatamente prodotti o diffusi da soggetti coinvolti nell'organizzazione degli ingressi allo scopo di reclutare, orientare o coordinare le persone migranti, si porrebbe infatti il problema di stabilire se un contributo di natura essenzialmente informativa possa integrare una forma di aiuto o agevolazione dell'ingresso irregolare.

È precisamente sotto questo profilo che può essere collocato il problema della disinformazione emerso nella vicenda di Ceuta. La possibile rilevanza delle comunicazioni relative agli attraversamenti non si pone, tuttavia, negli stessi termini in ogni ipotesi, ma richiede di distinguere forme diverse di contributo informativo, secondo il loro grado di collegamento funzionale con uno specifico progetto di ingresso irregolare e la loro concreta idoneità ad agevolarne la realizzazione.

Meno problematica sotto il profilo della tassatività appare l'ipotesi delle istruzioni operative, vale a dire di comunicazioni contenenti indicazioni specifiche sui luoghi, sui tempi o sulle modalità dell'attraversamento e destinate a soggetti determinati o comunque interessati alla sua realizzazione. Soprattutto quando tali indicazioni provengano da soggetti collegati all'organizzazione degli ingressi o si inseriscano in una più ampia attività di reclutamento o coordinamento, il contributo informativo presenta un collegamento funzionale immediato con uno specifico progetto di ingresso e può risultare concretamente idoneo ad agevolarne l'esecuzione. La natura immateriale del contributo non ne escluderebbe, pertanto, di per sé la possibile riconducibilità alla nozione di aiuto.

Più problematica è l'ipotesi dell'informazione inesatta o manipolata, non accompagnata da vere e proprie istruzioni operative, ma suscettibile di incidere sulle modalità o sulla decisione di intraprendere l'attraversamento. È in questa prospettiva che può essere esaminata l'eventuale diffusione di informazioni false circa l'impossibilità di procedere all'allontanamento di chi avesse raggiunto l'enclave a nuoto. La falsità dell'informazione non assumerebbe, in quanto tale, autonoma rilevanza ai fini della fattispecie di favoreggiamento. Occorrerebbe piuttosto accertare che la sua diffusione sia stata intenzionalmente posta al servizio di uno specifico progetto di ingresso e abbia presentato, nelle circostanze concrete, un'effettiva idoneità agevolatrice.

---

[12] In giurisprudenza, sulla struttura dell'art. 318-bis CP e sulla «ayuda intencionada», v., tra le altre, STS 188/2016, 4 marzo; STS 108/2018, 6 marzo; STS 396/2019, 24 luglio; STS 629/2024, 20 giugno, ECLI:ES:TS:2024:3545; sul versante unionale, CGUE, Grande Sezione, 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*, ECLI:EU:C:2025:392**.** Con specifico riferimento all'impiego della disinformazione quale possibile modalità esecutiva dell'aiuto all'ingresso, in assenza di precedenti direttamente riferibili a tale ipotesi, la questione deve essere ricondotta ai criteri generali di tipicità della condotta e di accertamento dell'elemento soggettivo.

Potrebbero assumere rilievo, a tal fine, il rapporto tra chi diffonde il messaggio e chi organizza gli attraversamenti, i destinatari della comunicazione, il momento e il contesto della sua diffusione e il suo eventuale inserimento in una più ampia attività organizzativa.

Ancora più problematica, sotto il profilo della tassatività, appare infine la propaganda generica, rivolta a una platea indeterminata e priva di un collegamento sufficientemente definito con uno o più progetti di ingresso. In questo caso, la mera capacità del messaggio di incoraggiare o influenzare la decisione di raggiungere la frontiera non dovrebbe essere sufficiente a integrare una condotta di aiuto. Diversamente, la fattispecie rischierebbe di estendersi a qualsiasi comunicazione suscettibile di favorire, anche soltanto indirettamente, un movimento migratorio, rendendo incerto il confine tra manifestazione del pensiero e contributo penalmente rilevante.

La distinzione tra istruzioni operative, informazione inesatta e propaganda generica consente, dunque, di graduare il problema della rilevanza penale del contributo comunicativo senza attribuire alla falsità del messaggio un significato che la fattispecie non le riconosce autonomamente. Decisivi restano, piuttosto, il collegamento funzionale della comunicazione con uno specifico progetto di ingresso, la sua concreta idoneità agevolatrice e, sul piano soggettivo, l'intenzionalità dell'aiuto.

Questa esigenza di delimitazione trova oggi un ulteriore riferimento nel diritto dell'Unione. Pur riguardando una fattispecie diversa, la sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 giugno 2025, C-460/23, Kinsa offre indicazioni significative sui limiti della nozione di facilitazione prevista dall'art. 1, par. 1, lett. a), della direttiva 2002/90/CE, interpretata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta.

La Corte ha escluso che rientri in tale nozione la condotta del cittadino di un Paese terzo che introduca irregolarmente nel territorio di uno Stato membro minori stranieri che lo accompagnano e sui quali esercita la cura effettiva. La pronuncia conferma che l'ampiezza della formula normativa non consente di ricondurre automaticamente all'area penalmente rilevante qualsiasi condotta dotata di una qualche efficacia agevolatrice rispetto all'ingresso irregolare[13].

In questa prospettiva, la vicenda di Ceuta potrebbe rappresentare un interessante banco di prova per verificare la capacità delle tradizionali fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di confrontarsi con modalità di agevolazione prevalentemente digitali e immateriali. La questione non è, dunque, se la "disinformazione" costituisca una nuova forma di reato, ma se e a quali condizioni l'utilizzazione intenzionale dell'informazione possa integrare una delle modalità attraverso le quali viene prestato l'aiuto all'ingresso già previsto dalla fattispecie incriminatrice.

[13] CGUE, Grande Sezione, 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa (OB c. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna)*.

3. Eventi lesivi e responsabilità degli organizzatori.

Un ulteriore profilo riguarda gli eventi lesivi o mortali verificatisi durante attraversamenti caratterizzati da condizioni di particolare pericolo. Secondo le prime ricostruzioni, ancora provvisorie, numerose persone (57 o 67 a seconda delle fonti) sarebbero morte per annegamento nel tentativo di raggiungere Ceuta a nuoto.

La materia è disciplinata dalle fonti internazionali sul traffico di migranti. L'art. 6, par. 3, lett. a), del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a New York il 15 novembre 2000, con risoluzione dell'Assemblea generale n. 55/25, richiede agli Stati parti, compatibilmente con i principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti, di considerare aggravanti le circostanze che mettano in pericolo, o siano suscettibili di mettere in pericolo, la vita o la sicurezza dei migranti interessati.

La lett. b) della medesima disposizione prende inoltre in considerazione le circostanze che comportino un trattamento inumano o degradante, incluso lo sfruttamento. La scelta compiuta dal Protocollo appare significativa: la tutela penale non interviene soltanto rispetto all'organizzazione dell'ingresso illegale in quanto tale, ma attribuisce autonomo rilievo al modo in cui esso viene realizzato e, in particolare, all'esposizione delle persone trasportate o accompagnate a rischi ulteriori per la loro vita e sicurezza.

È in linea con questa impostazione la disciplina nell'ordinamento spagnolo. L'art. 318-bis, co. 3, lett. b), del Código Penal prevede un aggravamento della risposta sanzionatoria quando, nella realizzazione delle condotte contemplate dal primo comma, sia stata posta in pericolo la vita delle persone interessate o sia stato creato il pericolo di causare loro lesioni gravi.

La previsione attribuisce dunque rilevanza alla creazione del pericolo indipendentemente dalla sua successiva concretizzazione in un evento di danno. In questa prospettiva possono assumere rilievo le condizioni nelle quali l'attraversamento viene organizzato: la scelta di percorsi particolarmente pericolosi, l'utilizzazione di mezzi inadeguati, il sovraffollamento delle imbarcazioni, le condizioni meteorologiche o del mare, così come ogni altra modalità idonea a esporre le persone coinvolte a un rischio grave per la vita o l'integrità fisica.

Un problema distinto e più complesso si pone quando il rischio non rimanga allo stadio del pericolo, ma si concretizzi nella morte o nel ferimento di una o più persone. In tali ipotesi, l'aggravante prevista dalla disciplina specifica del traffico di migranti non esaurisce necessariamente le questioni penalistiche suscitate dall'evento. Occorre infatti verificare se la morte o le lesioni possano essere autonomamente imputate a coloro che abbiano organizzato o diretto l'attraversamento e se possano, pertanto, venire in considerazione anche le fattispecie comuni poste a tutela della vita e dell'integrità personale. Nell'ordinamento spagnolo il problema rinvia, a seconda delle concrete

modalità del fatto e dell'elemento soggettivo accertato, alle disposizioni in materia di *homicidio* e *lesiones*, anche nelle rispettive forme colpose (*imprudentes*)[14].

L'imputazione dell'evento non può, tuttavia, essere ricavata automaticamente dalla responsabilità per l'organizzazione dell'ingresso irregolare. Il fatto che un soggetto abbia partecipato all'organizzazione di un attraversamento non significa, di per sé, che ogni conseguenza lesiva verificatasi durante il suo svolgimento possa essergli attribuita. È necessario accertare autonomamente il rapporto tra la condotta dell'organizzatore e l'evento verificatosi, verificando anzitutto se quella condotta abbia creato o incrementato un rischio non consentito per la vita o l'integrità delle persone e, successivamente, se proprio quel rischio si sia concretizzato nell'evento lesivo o mortale.

La valutazione diviene particolarmente delicata quando tra l'attività dell'organizzatore e l'evento si inseriscano ulteriori fattori: la condotta autonoma delle persone migranti, il mutamento delle condizioni meteorologiche, l'intervento delle autorità di frontiera, il verificarsi di situazioni di panico o di sovraffollamento, ovvero altre circostanze sopravvenute durante l'attraversamento. In simili ipotesi occorre stabilire se tali fattori rappresentino la concretizzazione del rischio originariamente creato oppure assumano un'autonomia tale da incidere sul rapporto di imputazione dell'evento. La questione non riguarda, pertanto, soltanto l'esistenza di un nesso materiale tra organizzazione dell'attraversamento e morte del migrante, ma la possibilità di ricondurre normativamente l'evento alla specifica sfera di rischio generata dalla condotta contestata.

Accanto al profilo oggettivo assume naturalmente rilievo quello soggettivo. Una volta accertata la riconducibilità dell'evento al rischio creato, occorre verificare quale fosse l'atteggiamento dell'agente rispetto alla possibilità che l'attraversamento producesse conseguenze lesive. La consapevolezza delle condizioni estremamente pericolose nelle quali il viaggio viene organizzato, la conoscenza dell'inadeguatezza dei

---

[14] Sul problema dell'imputazione degli eventi lesivi o mortali verificatisi nel corso delle traversate, v., specificamente, J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva. Especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas*, in J.M. Zugaldía Espinar – E.J. Pérez Alonso (dirs.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 179-200; cfr. altresì B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, pp. 837-886. Sulla rilevanza autonoma della dimensione organizzativa, cfr., nell'ordinamento spagnolo, art. 318-*bis*, co. 3, lett. a), Código Penal, che prevede il trattamento aggravato quando i fatti siano commessi «en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades», distintamente dall'ipotesi di cui alla successiva lett. b), relativa alla messa in pericolo della vita o alla creazione di un pericolo di lesioni gravi. Sulla nozione di organizzazione rilevante ai fini della fattispecie, v. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, STS 400/2018, 12 settembre 2018, rec. 2278/2017, che, in raccordo con l'art. 570-*bis* CP, richiede una struttura dotata del requisito della stabilità, escludendo dall'aggravante il mero consorzio transitorio od occasionale. In dottrina, v. E. POMARES CINTAS, *La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015*, cit., pp. 619-632; A. PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada e inmigración ilegal*, in *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; E.J. PÉREZ ALONSO, *Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el tráfico de personas*, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.), Hortal Ibarra (coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires, 2009, pp. 409-452.

mezzi utilizzati o l'indicazione di modalità di attraversamento manifestamente rischiose possono assumere rilievo nella ricostruzione dell'elemento soggettivo.

La qualificazione della responsabilità non può tuttavia essere predeterminata in astratto, dovendo essere ricostruita sulla base delle concrete circostanze del fatto e delle categorie previste dall'ordinamento spagnolo.

Queste considerazioni assumono un significato particolare rispetto alla vicenda di Ceuta. Una parte degli attraversamenti si è infatti realizzata via mare, anche mediante tentativi di raggiungere l'enclave a nuoto, con conseguente esposizione delle persone coinvolte a rischi particolarmente elevati. Qualora le indagini dovessero accertare che tali modalità non siano state il risultato esclusivo di decisioni individuali, ma siano state suggerite, promosse, coordinate o organizzate da soggetti terzi, diventerebbe necessario verificare quale contributo questi ultimi abbiano concretamente fornito alla creazione della situazione di pericolo. Assumerebbero rilievo, ad esempio, eventuali indicazioni relative ai punti e ai tempi dell'attraversamento, la conoscenza delle condizioni del mare, le informazioni fornite ai migranti circa la sicurezza del percorso, l'eventuale predisposizione di mezzi o strumenti e, più in generale, il grado di controllo esercitato dagli organizzatori sulle modalità con cui l'ingresso avrebbe dovuto essere realizzato.

Il profilo degli eventi mortali consente così di cogliere una dimensione ulteriore della risposta penale al traffico di migranti. La tutela non riguarda soltanto l'interesse dello Stato al controllo degli ingressi, ma investe direttamente la vita e l'integrità delle persone che, proprio per le condizioni di vulnerabilità nelle quali si trovano, possono essere esposte dalle modalità dello *smuggling* a rischi particolarmente elevati. È tuttavia necessario mantenere distinti i diversi livelli di responsabilità: dalla realizzazione della condotta di traffico o agevolazione, alla circostanza aggravante derivante dalla creazione di un pericolo per la vita, fino all'eventuale imputazione di un evento lesivo o mortale effettivamente verificatosi. Ciascuno di questi livelli richiede l'accertamento dei propri specifici presupposti e non può essere automaticamente desunto dagli altri.

La possibile responsabilità degli organizzatori per gli eventi lesivi presuppone, tuttavia, un ulteriore profilo preliminare qualora le condotte di organizzazione, istigazione o agevolazione siano state realizzate, in tutto o in parte, al di fuori del territorio spagnolo. In tali ipotesi occorre infatti verificare la sussistenza di un criterio idoneo a fondare la giurisdizione penale spagnola. Il punto assume particolare rilievo rispetto a condotte realizzate dall'estero – anche mediante comunicazioni o strumenti digitali – ma funzionalmente dirette all'organizzazione dell'attraversamento della frontiera di Ceuta.

Il criterio generale è quello della territorialità, sancito dall'art. 23, par. 1, LOPJ[15], che attribuisce alla giurisdizione spagnola la cognizione dei reati commessi nel territorio nazionale. Nei casi qui considerati, tuttavia, proprio la possibile dissociazione tra il luogo nel quale opera l'organizzatore e quello nel quale si realizza l'ingresso irregolare impone di accertare in concreto se una parte della condotta penalmente rilevante possa

[15] Cfr. art. 23, par. 1, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, secondo cui «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español», fatte salve le disposizioni dei trattati internazionali di cui la Spagna è parte.

essere localizzata in Spagna o se ricorra uno degli specifici titoli di giurisdizione extraterritoriale previsti dall'art. 23 LOPJ[16]. La sola circostanza che l'attività svolta all'estero sia orientata verso l'attraversamento della frontiera di Ceuta non dovrebbe, pertanto, essere assunta automaticamente come sufficiente a fondare la giurisdizione spagnola.

Una volta accertato tale presupposto, resta distinto il successivo problema dell'eventuale imputazione agli organizzatori delle lesioni o delle morti verificatesi durante l'attraversamento. La circostanza che l'organizzazione o l'agevolazione dell'ingresso sia penalmente rilevante non consente infatti, di per sé, di attribuire all'autore ogni evento lesivo successivamente verificatosi, essendo necessario accertare secondo le regole generali il nesso causale e gli ulteriori presupposti dell'imputazione dell'evento. Nel caso di attraversamenti a nuoto diretti verso Ceuta, ciò richiederebbe, in particolare, di verificare se le modalità concretamente predisposte o indicate dagli organizzatori abbiano determinato o incrementato il rischio poi concretizzatosi nell'annegamento delle persone coinvolte.

4. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in Italia e in Spagna: profili comparatistici.

La comune appartenenza al quadro europeo di contrasto alla facilitazione dell'immigrazione irregolare non ha condotto Italia e Spagna a configurare in termini coincidenti le rispettive fattispecie incriminatrici[17].

Il confronto tra l'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e l'art. 318-bis del *Código Penal* risulta, sotto questo profilo, particolarmente significativo, poiché consente di osservare due differenti modalità di traduzione, sul piano nazionale, delle esigenze di repressione delle condotte di agevolazione dell'ingresso irregolare; differenze che riguardano non soltanto la formulazione delle condotte tipiche ma anche la graduazione

---

[16] Sul criterio di collegamento territoriale, cfr. Fiscalía General del Estado, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, § III.7, ove, richiamando la giurisprudenza della Sala Segunda del Tribunal Supremo (tra le altre, SSTS 561/2007, 582/2007, 628/2007, 554/2007, 618/2007, 622/2007, 1/2008, 36/2008 e 122/2008), si riconosce la giurisdizione spagnola anche rispetto a condotte iniziate al di fuori del territorio nazionale quando sia accertata la loro destinazione verso la Spagna.

[17] Sul processo di progressiva europeizzazione delle fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e sulle differenti soluzioni adottate dagli ordinamenti nazionali, v. I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna. Spunti per una riflessione comparata*, in Diritto penale contemporaneo, 2013, pp. 1 ss.; V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalization of Human Smuggling: Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in New Journal of European Criminal Law, 2019, vol. 10, n. 1, pp. 68-85; A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 3; S. ZIRULIA, *Is that a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart Publishing, Oxford, 2021, pp. 235-265; ID., *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare,* cit., 2023, pp. 29 ss.

della risposta sanzionatoria, il rilievo attribuito allo scopo di lucro, alle modalità organizzate della condotta e alla situazione di pericolo nella quale siano poste le persone migranti.

L'art. 12, comma 1, T.U. combina l'analitica indicazione di alcune modalità di realizzazione della condotta — promozione, direzione, organizzazione, finanziamento e trasporto — con una clausola di chiusura riferita agli «altri atti diretti a procurare» l'ingresso illegale. Non è necessaria la "materiale" esecuzione dell'attraversamento della frontiera, potendo assumere rilevanza anche attività collocate in una fase antecedente, purché presentino la direzione richiesta dalla disposizione rispetto alla realizzazione dell'ingresso irregolare.

Diversa è la scelta di tipizzazione adottata dal legislatore spagnolo. L'art. 318-bis, comma 1, Código Penal concentra la descrizione della condotta nella formula dell'«aiuto intenzionale», punendo chi intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadina di uno Stato membro dell'Unione europea a entrare nel territorio spagnolo o a transitare attraverso di esso in violazione della legislazione sull'ingresso o sul transito degli stranieri.

Rispetto alla formulazione italiana, il legislatore non procede dunque all'enumerazione delle possibili modalità di realizzazione del fatto, ma ricorre a una nozione sintetica e potenzialmente più elastica. La giurisprudenza spagnola ha, del resto, sottolineato l'ampiezza della nozione di «ayuda», ritenendola suscettibile di comprendere una pluralità di contributi, purché rappresentino un apporto effettivamente idoneo a facilitare l'ingresso o il transito irregolare.

Il confronto tra i due ordinamenti acquista, quindi, particolare rilievo proprio rispetto alle forme immateriali di agevolazione. In Italia, a tal fine occorre valutare la clausola degli «atti diretti a procurare» l'ingresso; in Spagna, il problema si concentra invece sull'estensione semantica e normativa dell'«ayuda». Nessuna delle due formulazioni sembra autorizzare, per il solo fatto di essere sufficientemente ampia, l'automatica inclusione di qualsiasi comportamento che abbia esercitato un'influenza sulla scelta dello straniero di raggiungere la frontiera. In particolare, quando il contributo assuma natura informativa o comunicativa, diviene decisivo verificare se esso costituisca soltanto un antecedente della decisione individuale di migrare oppure sia intenzionalmente inserito nel processo di organizzazione o concreta facilitazione dell'ingresso. Il raffronto tra i due ordinamenti conferma, pertanto, l'esigenza di individuare un collegamento sufficientemente qualificato tra il contributo dell'agente e l'ingresso irregolare, evitando che la flessibilità delle formule legislative si traduca in un'indeterminata estensione dell'area penalmente rilevante[18].

---

[18] Sulla struttura della fattispecie e sui rapporti tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e traffico organizzato di migranti, v. A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti*, cit.; M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in E. Rosi, F. Rocchi (a cura di), Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare, Jovene, Napoli, 2013, pp. 169-183; S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *questa Rivista*, 23 marzo 2022.

Un ulteriore profilo comune riguarda il fine di lucro. Né l'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 (TUI) né l'art. 318-bis, comma 1, Código Penal richiedono, per la configurabilità della fattispecie base di favoreggiamento dell'ingresso, che l'agente persegua un vantaggio patrimoniale. Sotto questo aspetto, entrambi gli ordinamenti si discostano dalla più circoscritta definizione di *migrant smuggling* accolta dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, nella quale il procurato ingresso illegale deve essere finalizzato all'ottenimento, diretto o indiretto, di un beneficio finanziario o di altro beneficio materiale. Il confronto conferma così la non perfetta coincidenza tra la categoria internazionalistica dello *smuggling* e le più ampie fattispecie nazionali di facilitazione dell'ingresso irregolare. Il fine di lucro, pur non essendo necessario per la fattispecie base, riacquista tuttavia rilievo sul piano dell'aggravamento della risposta punitiva[19].

Particolarmente significativo è anche il trattamento delle forme organizzate.

Il dato assume rilievo perché consente di distinguere, all'interno di fattispecie base formulate in termini relativamente ampi, quelle condotte che si avvicinano maggiormente al paradigma criminologico del traffico organizzato di migranti. La presenza di una struttura organizzata non costituisce dunque, in linea generale, condizione necessaria perché sia punibile il favoreggiamento dell'ingresso, ma può determinare un significativo mutamento della qualificazione e del trattamento sanzionatorio del fatto[20].

Una differenza emerge, tuttavia, nella disciplina della dimensione organizzativa del fenomeno. Nell'ordinamento spagnolo, l'art. 318-bis, co. 3, lett. a), CP prevede espressamente un trattamento sanzionatorio aggravato quando le condotte di aiuto all'ingresso o al transito irregolare siano realizzate nell'ambito di un'organizzazione dedita a tali attività. Una previsione perfettamente corrispondente non è rinvenibile nell'art. 12 TUI: la disciplina italiana contempla, piuttosto, una pluralità di circostanze aggravanti – relative, tra l'altro, al numero delle persone interessate dall'ingresso, alla commissione del fatto da parte di più soggetti e alla disponibilità di armi o materie esplodenti – che possono ricorrere anche in contesti di criminalità organizzata, senza tuttavia configurare autonomamente l'appartenenza o l'azione nell'ambito di un'organizzazione criminale quale specifica circostanza aggravante. La diversità delle tecniche normative impedisce, pertanto, di sovrapporre sotto questo profilo i due sistemi.

Analoga funzione selettiva è svolta dalle circostanze relative alla sicurezza delle persone trasportate. Entrambi gli ordinamenti attribuiscono specifico rilievo alla

---

[19] Cfr. artt. 3, lett. a), e 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, ove lo *smuggling of migrants* è definito attraverso il procurato ingresso illegale finalizzato all'ottenimento, diretto o indiretto, di un beneficio finanziario o di altro beneficio materiale. Sul mancato allineamento tra tale nozione e le più ampie fattispecie europee e nazionali di facilitazione, v., in particolare, A. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

[20] Cfr., in particolare, Corte cost., n. 63/2022, che distingue le ipotesi base dalle fattispecie caratterizzate da un disvalore ulteriore connesso, tra l'altro, al coinvolgimento della criminalità organizzata e alla tutela delle persone trasportate.

creazione di situazioni di pericolo per la vita o l'integrità dei migranti. La scelta è coerente con la progressiva differenziazione, all'interno della disciplina del favoreggiamento, tra la violazione dell'interesse statale al controllo dei flussi migratori e quelle condotte nelle quali alle modalità dell'ingresso si associa una concreta esposizione delle persone a rischi ulteriori. In tali ipotesi, la disciplina tende a spostarsi da una logica prevalentemente orientata al controllo delle frontiere verso una tutela che investe anche beni individuali della persona migrante. Qualora il rischio si concretizzi in lesioni o nella morte, resta poi distinto il problema dell'eventuale imputazione dell'evento secondo le regole generali dell'ordinamento interessato.

Un punto di divergenza emerge, inoltre, sul terreno dell'assistenza umanitaria.

Un'ulteriore differenza riguarda la delimitazione delle condotte di assistenza umanitaria. Nell'ordinamento spagnolo, l'art. 318-bis, co. 1, CP esclude la punibilità quando l'obiettivo perseguito dall'autore sia unicamente quello di prestare aiuto umanitario alla persona interessata. La clausola è dunque costruita facendo riferimento alla finalità della condotta e opera all'interno della stessa disposizione che incrimina l'aiuto intenzionale all'ingresso o al transito irregolare. Diversamente, l'art. 12, co. 2, TUI, fermo quanto previsto dall'art. 54 c.p., stabilisce che non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato. La disposizione italiana delimita pertanto l'area di non punibilità attraverso elementi ulteriori, riferiti tanto alla natura dell'attività – soccorso o assistenza umanitaria – quanto al suo contesto territoriale e alla condizione di bisogno dello straniero. Le due clausole, pur rispondendo all'esigenza comune di evitare che l'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si estenda indiscriminatamente alle condotte solidaristiche, presentano pertanto una diversa struttura normativa e non possono essere considerate perfettamente sovrapponibili[21].

Le differenze riscontrate acquistano particolare significato se lette alla luce della comune matrice europea. La disciplina dell'Unione ha esercitato un'influenza evidente sulla conformazione delle fattispecie nazionali, ma non ne ha determinato una completa uniformazione. Emblematico è, in tal senso, proprio l'art. 318-bis: la riforma spagnola del 2015 ha ridisegnato la fattispecie facendo espresso riferimento all'esigenza di adeguare la risposta sanzionatoria al quadro europeo e riservando le pene più severe alle ipotesi caratterizzate dalla criminalità organizzata o dalla messa in pericolo della vita e dell'integrità del migrante. La comparazione mostra quindi come una medesima cornice sovranazionale possa essere recepita attraverso tecniche legislative differenti e lasciare

[21] Sul diverso perimetro delle clausole di esclusione della punibilità per finalità umanitarie, con riferimento all'ordinamento spagnolo, v. P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El tenor literal del artículo 318 bis CP,* cit., spec. § relativo all'«excusa absolutoria» e v. J. MUÑOZ RUIZ, *La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?,* in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-08, 2016, pp. 1-27; sulla disciplina italiana, v. S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 197 ss., con particolare riguardo ai limiti derivanti dalla formulazione territoriale dell'art. 12, co. 2, TUI. Cfr. altresì A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2022, p. 238 ss.

agli ordinamenti nazionali spazi significativi nella definizione della soglia dell'intervento penale.

In definitiva, Italia e Spagna condividono la scelta di non limitare il favoreggiamento dell'ingresso irregolare alle sole condotte lucrative o alle attività svolte nell'ambito di organizzazioni criminali; divergono, tuttavia, nella formulazione della condotta tipica e nella costruzione di alcuni dei relativi limiti. La contrapposizione tra gli «atti diretti a procurare» l'ingresso dell'art. 12 TUI e l'«aiuto intenzionale» dell'art. 318-bis Código Penal appare particolarmente significativa proprio di fronte all'evoluzione delle modalità di facilitazione[22].

5. Le ricadute della crisi di Ceuta sullo spazio Schengen: la temporanea reintroduzione dei controlli italiani.

La crisi di Ceuta ha prodotto conseguenze che non sono rimaste circoscritte alla gestione della frontiera esterna spagnola, ma si sono riflesse anche sul funzionamento dello spazio Schengen. A partire dal 1° agosto 2026, infatti, l'Italia ha temporaneamente reintrodotto i controlli alle frontiere interne aeree e marittime con la Spagna, motivando la misura con il rischio di movimenti non autorizzati improvvisi all'interno dello spazio Schengen in connessione con gli ingressi irregolari su larga scala verificatisi a Ceuta [23]. I controlli sono stati successivamente prorogati fino al 16 settembre 2026. Anche la Spagna ha adottato, a partire dall'8 agosto, controlli alle proprie frontiere interne aeree e marittime con l'Italia, successivamente prorogati fino al 22 settembre. Pur collocandosi nel medesimo contesto politico, la decisione spagnola è stata formalmente fondata su autonome ragioni di ordine pubblico e gestione dei movimenti secondari.

---

[22] Sull'ampiezza della condotta di favoreggiamento e sui problemi di delimitazione derivanti dalla formulazione delle fattispecie, v., per l'ordinamento spagnolo, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *¿Puede utilizarse el Derecho penal*, cit.; P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El tenor literal del artículo 318 bis CP*, cit.; E. POMARES CINTAS, *La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?*, in G. Quintero Olivares (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, 2015, pp. 619-632; per l'ordinamento italiano, M. Pelissero, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, cit., pp. 169-183; S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit. spec. pp. 84-87.
In giurisprudenza, sulla nozione di «atti diretti a procurare» l'ingresso illegale e sulla struttura della fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, TUI quale reato di pericolo a consumazione anticipata, v., ex multis, Cass. pen., sez. I, n. 4586/2000, Habibi, Rv. 217165; Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2013, n. 6110; Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2014, n. 28819, Rv. 259915; Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2021, n. 24957, Rv. 281666. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla clausola degli «atti diretti a procurare», v. Corte suprema di cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, Relazione su novità normativa n. 84 del 22 novembre 2023, § 17.4.2, «Atti diretti a procurare l'ingresso in Italia o in altro Stato».

[23] Commissione europea, *Temporary Reintroduction of Border Control*, sezione «Current Temporarily Reintroduced Border Controls», ove sono riportate la reintroduzione italiana dei controlli alle frontiere interne aeree e marittime con la Spagna dal 1° agosto 2026, successivamente prorogata sino al 16 settembre 2026, nonché la corrispondente misura adottata dalla Spagna dall'8 agosto 2026 e prorogata sino al 22 settembre 2026. Per la misura italiana, la Commissione indica espressamente, tra le ragioni, i recenti eventi verificatisi a Ceuta, gli ingressi irregolari su larga scala di cittadini di Paesi terzi e il rischio di movimenti non autorizzati all'interno dello spazio Schengen.

Il carattere non meramente episodico della misura emerge, inoltre, dalle successive proroghe dei controlli. Per quanto riguarda l'Italia, il controllo delle frontiere interne aeree e marittime con la Spagna, inizialmente disposto in relazione agli eventi verificatisi a Ceuta, è stato ulteriormente prorogato e, secondo le notifiche pubblicate dalla Commissione europea, risulta attualmente previsto per il periodo dal 1° al 16 ottobre 2026. La motivazione continua a richiamare le minacce per l'ordine pubblico, la sicurezza interna e la gestione dei flussi migratori derivanti dagli ingressi irregolari su larga scala verificatisi a Ceuta, nonché il rischio di movimenti secondari all'interno dello spazio Schengen. Parallelamente, anche la Spagna ha mantenuto il controllo delle proprie frontiere interne aeree e marittime con l'Italia, da ultimo per il periodo compreso tra il 23 settembre e il 7 ottobre 2026, richiamando la persistente minaccia derivante dai movimenti su larga scala di cittadini di Paesi terzi nello spazio Schengen e il connesso rischio di movimenti secondari. La successione delle proroghe conferma, pertanto, come gli effetti della crisi verificatasi alla frontiera esterna di Ceuta abbiano continuato a riflettersi, anche nei mesi successivi, sul funzionamento dello spazio senza controlli alle frontiere interne[24]. Successivamente, con l'*Orden* INT/1033/2026, de 1 *de octubre*, pubblicata il 6 ottobre 2026, la Spagna ha disposto un'ulteriore proroga dei controlli alle frontiere interne aeree e marittime con l'Italia, dall'8 al 22 ottobre 2026, prolungando così il periodo precedentemente previsto fino al 7 ottobre[25].

Il riferimento, talvolta utilizzato nel dibattito pubblico, a una «sospensione di Schengen» richiede una precisazione[26]. Si tratta, più correttamente, di un ripristino del controllo alle frontiere interne secondo il meccanismo disciplinato dal regolamento (UE) 2016/399, come modificato dal regolamento (UE) 2024/1717. La distinzione non è meramente terminologica: l'assenza dei controlli alle frontiere interne costituisce infatti uno degli elementi strutturali dello spazio Schengen e la loro reintroduzione rappresenta una deroga sottoposta a specifiche condizioni sostanziali e procedurali.

---

[24] Cfr. Commissione europea, DG Migration and Home Affairs, *Temporary Reintroduction of Border Control*, sezione «Current Temporarily Reintroduced Border Controls», ove sono riportate le successive notifiche dell'Italia relative ai controlli alle frontiere interne aeree e marittime con la Spagna, da ultimo per il periodo 1°-16 ottobre 2026, e della Spagna nei confronti dell'Italia, da ultimo per il periodo 8 ottobre – 22 ottobre 2026. Cfr., inoltre, Commissione europea, *Strengthening the Resilience and Security of the EU's External Borders – 5-point plan to prevent, anticipate and respond to sudden, mass illegal arrivals*, 29 settembre 2026, elaborato anche in risposta agli eventi verificatisi a Ceuta nell'estate del 2026. Il Piano individua cinque direttrici di intervento: rafforzamento della cooperazione con i Paesi partner per prevenire la migrazione irregolare; rafforzamento delle frontiere esterne dell'Unione; miglioramento dei sistemi di monitoraggio, conoscenza situazionale e allerta precoce; contrasto alle reti di traffico di migranti e tratta di esseri umani; rafforzamento dei rimpatri.

[25] Ministerio del Interior, Orden INT/1033/2026, de 1 de octubre, in Boletín Oficial del Estado, n. 248, 6 ottobre 2026, BOE-A-2026-20743, art. 2, par. 1.

[26] Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), come modificato dal regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, spec. artt. 22 e 25 ss. L'art. 22 pone il principio dell'attraversamento delle frontiere interne senza verifiche sulle persone, mentre l'art. 25 disciplina, in via eccezionale, il ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne.

Particolarmente significativo, rispetto alla vicenda in esame, è il nuovo art. 25 del Codice frontiere Schengen. A seguito della riforma del 2024[27], tra le situazioni suscettibili di integrare una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna è espressamente contemplata quella caratterizzata da movimenti non autorizzati, improvvisi e su larga scala, di cittadini di Paesi terzi tra gli Stati membri, quando essi determinino una pressione sostanziale sulle autorità competenti e siano suscettibili di compromettere il funzionamento dello spazio senza controllo alle frontiere interne[28].

Ciò non comporta, tuttavia, che una situazione di pressione migratoria legittimi automaticamente il ripristino dei controlli. L'art. 25 configura tale misura come *extrema ratio*, mentre l'art. 26 ne subordina l'adozione a una valutazione di necessità e proporzionalità, che tenga conto anche delle misure alternative e dell'impatto sulla libera circolazione[29].

La vicenda di Ceuta evidenzia, infine, l'interdipendenza tra frontiere esterne e interne: una crisi originatasi alla frontiera tra Spagna e Marocco ha prodotto effetti sulla circolazione tra Stati membri attraverso il controllo dei collegamenti aerei e marittimi tra Italia e Spagna. Il successivo ripristino, da parte spagnola, dei controlli nei confronti dell'Italia ha reso ancora più evidente come una pressione localizzata alla frontiera esterna possa propagare i propri effetti sullo spazio comune, determinando il ricorso a strumenti di controllo che il sistema Schengen ammette soltanto in via eccezionale.

6. Conclusioni.

La vicenda di Ceuta mostra come una crisi migratoria territorialmente circoscritta possa rapidamente proiettare i propri effetti oltre la frontiera esterna interessata, assumendo una dimensione europea. Il temporaneo ripristino dei controlli alle frontiere interne tra Italia e Spagna rende particolarmente evidente tale interdipendenza: le conseguenze di una pressione esercitata su una frontiera esterna possono propagarsi all'interno dello spazio Schengen, ponendo in relazione gestione

---

[27] Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 recante un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), GUUE L, 20 giugno 2024.

[28] Cfr. art. 25, par. 1, lett. c), regolamento (UE) 2016/399, nel testo risultante dal regolamento (UE) 2024/1717, che contempla, tra le situazioni suscettibili di integrare una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, una situazione eccezionale caratterizzata da movimenti non autorizzati improvvisi e su larga scala di cittadini di Paesi terzi tra gli Stati membri, tali da esercitare una pressione sostanziale sulle risorse e capacità delle autorità competenti e da poter mettere a rischio il funzionamento complessivo dello spazio senza controllo alle frontiere interne.

[29] Cfr. artt. 25, par. 2, e 26, regolamento (UE) 2016/399, come modificato dal regolamento (UE) 2024/1717. Il ripristino dei controlli alle frontiere interne è configurato quale misura di ultima istanza e deve risultare necessario e proporzionato rispetto alla minaccia individuata; la valutazione deve considerare, tra l'altro, l'idoneità di misure alternative, comprese le verifiche effettuate all'interno del territorio e altre forme di cooperazione di polizia, nonché l'impatto della misura sulla circolazione delle persone e sulle regioni transfrontaliere. Cfr. altresì art. 27 quanto agli obblighi di notifica e alla valutazione della necessità e proporzionalità della misura.

amministrativa delle frontiere, libera circolazione, cooperazione tra Stati membri e tutela dei diritti fondamentali.

Su questo sfondo, l'analisi penalistica evidenzia l'esigenza di mantenere distinti i diversi piani di intervento. L'irregolarità o il carattere massivo degli ingressi non determinano, di per sé, la rilevanza penale della vicenda. Quest'ultima presuppone l'individuazione di ulteriori condotte riconducibili alle fattispecie incriminatrici: dall'organizzazione e facilitazione dell'ingresso alle forme di partecipazione a strutture organizzate, fino alle condotte che espongano concretamente le persone migranti a pericoli per la vita o l'incolumità. La dimensione organizzativa assume, in particolare, un rilievo autonomo rispetto alla verificazione di eventi lesivi o mortali, i quali pongono un distinto problema di imputazione dell'evento secondo le regole generali dell'ordinamento penale.

Il confronto tra Italia e Spagna conferma, inoltre, come la comune matrice europea del contrasto alla facilitazione dell'immigrazione irregolare non abbia prodotto una piena uniformità delle fattispecie nazionali. La diversa formulazione dell'art. 12 TUI, imperniato anche sugli «atti diretti a procurare» l'ingresso illegale, e dell'art. 318-bis Código Penal, costruito attorno alla nozione di «aiuto intenzionale», mostra differenti tecniche di delimitazione della condotta penalmente rilevante. Proprio tale confronto assume rilievo rispetto alle modalità più recenti di facilitazione, nelle quali il contributo dell'agente può non coincidere con il trasporto o con l'assistenza materiale all'attraversamento della frontiera.

È soprattutto rispetto alle forme di agevolazione informativa e digitale che la vicenda esaminata evidenzia un problema destinato ad assumere crescente importanza. La trasformazione delle modalità attraverso le quali un ingresso irregolare può essere organizzato o facilitato non implica necessariamente una corrispondente estensione dell'area della responsabilità penale. Se il contributo può, in astratto, assumere anche carattere immateriale, la sua riconduzione alle fattispecie di favoreggiamento richiede comunque l'accertamento di un collegamento funzionale con uno specifico progetto di ingresso, della concreta idoneità agevolatrice della condotta e dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie. Ne deriva la necessità di distinguere le istruzioni operative inserite nell'organizzazione dell'attraversamento dalla mera diffusione di informazioni inesatte e, a maggior ragione, dalla propaganda genericamente rivolta a incentivare la migrazione. L'ampliamento delle modalità fattuali della facilitazione non può, in altri termini, tradursi automaticamente in un ampliamento interpretativo della fattispecie incriminatrice.

La dimensione transnazionale del fenomeno pone un ulteriore limite a ogni automatismo della risposta penale. La possibilità che attività di organizzazione, coordinamento o comunicazione siano realizzate al di fuori dello Stato nel quale dovrebbe verificarsi l'ingresso impone di distinguere la questione della tipicità della condotta da quella, logicamente preliminare, della giurisdizione. L'orientamento della condotta verso una determinata frontiera non può, da solo, sostituire l'accertamento del criterio di collegamento richiesto dall'ordinamento per l'esercizio della giurisdizione penale. Allo stesso modo, una volta individuato tale titolo, l'eventuale responsabilità degli organizzatori per lesioni o decessi verificatisi durante l'attraversamento non può

essere desunta dalla sola partecipazione al progetto migratorio, ma richiede un autonomo accertamento dei presupposti necessari all'imputazione dell'evento. La natura transnazionale delle condotte amplia, dunque, i problemi che il diritto penale è chiamato ad affrontare, ma non attenua le garanzie che ne delimitano l'intervento.

L'analisi svolta conduce, in definitiva, a un risultato interpretativo preciso: rispetto ai profili esaminati, la crisi di Ceuta non evidenzia tanto la necessità di introdurre nuove categorie incriminatrici, quanto quella di applicare in modo rigoroso e non espansivo le fattispecie esistenti. La novità delle modalità attraverso le quali possono essere organizzati o agevolati gli attraversamenti irregolari – anche quando assumano carattere transnazionale, digitale o massivo – non determina, di per sé, un corrispondente ampliamento dell'area della responsabilità penale. Impone, piuttosto, di verificare caso per caso se le condotte concretamente realizzate siano riconducibili agli elementi costitutivi delle fattispecie vigenti, evitando che l'eccezionalità del contesto supplisca alla mancanza dei relativi presupposti.

SISTEMA PENALE
10/2026

IL "CONSENSO" CHE NON LIBERA: LA CASSAZIONE SULL'INDISPONIBILITÀ DEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

Cass. Pen., Sez. VI, n. 27223 del 18/06/2026 (dep. 20/07/2026), Pres. G. De Amicis, Est. P. Di Nicola Travaglini

di Martina Gandolfi

Con la sentenza in commento, la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione ha affermato che all'asserito consenso della persona offesa non può essere riconosciuta efficacia scriminante, né valore esimente ai fini della configurabilità del dolo nel delitto di cui all'art. 387-bis c.p., in caso di violazione del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima e alla casa familiare (ex art. 282-ter c.p.). In applicazione di tale principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno che, valorizzando l'intervenuta remissione della querela e il consenso prestato dalla persona offesa al rientro dell'imputato nella casa coniugale, aveva assolto quest'ultimo per difetto dell'elemento soggettivo.

La pronuncia assume particolare rilievo non soltanto per aver ricondotto l'accertamento del dolo entro la corretta struttura dell'art. 387-bis c.p. – che non contempla, tra gli elementi costitutivi della fattispecie, la contrarietà della persona offesa al riavvicinamento – ma soprattutto per la lucida critica rivolta al percorso argomentativo seguito dal giudice di merito. Il Tribunale aveva, infatti, desunto dal mero consenso al riavvicinamento l'esistenza di un autentico "perdono" e di un ritrovato "clima sereno", assumendoli quali indici di una volontà liberamente maturata dalla persona offesa al riavvicinamento. Una simile lettura, tuttavia, finiva per trascurare le asimmetrie, le dinamiche di dipendenza e le forme di ambivalenza che possono caratterizzare le relazioni segnate dalla violenza, attribuendo alla condotta della vittima un significato univoco e, soprattutto, facendo ricadere su di essa le conseguenze dell'inosservanza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, il cui rispetto dovrebbe, invece, gravare esclusivamente sul destinatario della misura. È proprio in questo passaggio che la decisione oltrepassa il piano della mera ricostruzione dell'elemento soggettivo e intercetta una questione più ampia: il difficile equilibrio tra autonomia della persona offesa, indisponibilità della misura di protezione e prevenzione dei rischi di vittimizzazione secondaria e ripetuta. La decisione offre così l'occasione per riflettere sul difficile equilibrio tra autodeterminazione della persona offesa, indisponibilità della misura di protezione e prevenzione dei rischi di vittimizzazione secondaria e ripetuta, fornendo al contempo alcune coordinate interpretative particolarmente nitide per orientarsi tra i delicati punti di tensione che emergono nel rapporto tra emancipazione della vittima ed efficacia del comando giudiziale.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it
CC BY NC ND

1. Il caso: i fatti e la decisione del Giudice di merito.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, all'imputato per il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) era stata sostituita la misura della custodia cautelare in carcere con quella meno afflittiva del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla moglie, persona offesa dal reato, e alla sua abitazione, con l'obbligo di mantenersi a una distanza non inferiore a 500 metri. Nonostante ciò, egli si era recato presso l'abitazione della moglie, accompagnato dal proprio difensore, trattenendovisi fino al giorno successivo, quando era stato arrestato in flagranza per il reato di cui all'art. 387-bis c.p. ("Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa") in relazione all'art. 282-ter c.p. ("Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa").

Il Tribunale di Ascoli Piceno, chiamato a pronunciarsi sulla sua responsabilità penale, lo aveva assolto ritenendo insussistente il dolo richiesto dalla fattispecie, sul presupposto che la persona offesa avesse acconsentito al riavvicinamento e perdonato il marito. A sostegno di tale conclusione, il Tribunale aveva valorizzato, anzitutto, la testimonianza dell'operante, il quale aveva riferito che «all'interno dell'abitazione vi era anche la moglie e che vi era un clima sereno». Aveva inoltre richiamato le dichiarazioni rese dalla persona offesa, successivamente acquisite nonostante la sua sopravvenuta irreperibilità, secondo cui ella aveva «rimesso la querela sporta nei confronti del marito perdonandolo e acconsentendo che lo stesso ritornasse a vivere con lei ed il figlio» (Trib. Ascoli Piceno, pp. 4-5). Infine, ai fini dell'esclusione del dolo, il giudice aveva attribuito rilievo anche alla circostanza che l'imputato fosse stato accompagnato presso l'abitazione della moglie dal proprio difensore.

Avverso la sentenza del Tribunale proponeva ricorso per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Ancona, deducendo violazione di legge e vizi di motivazione, a seguito dell'acquiescenza prestata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ascoli Piceno.

2. La pronuncia della Cassazione: l'asserito consenso della persona offesa tra violazione di legge e manifesta illogicità della motivazione.

La Sesta Sezione penale della Corte di cassazione, investita del giudizio di legittimità, ha ritenuto la sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno viziata tanto da violazione di legge quanto da manifesta illogicità della motivazione, disponendone l'annullamento con rinvio.

Possono essere individuate due direttrici principali lungo le quali si articola il percorso argomentavo seguito dalla Cassazione. La prima attiene alla conformazione normativa della fattispecie di cui all'art. 387-bis c.p. e alla corretta individuazione dell'oggetto dell'accertamento del dolo: attribuendo rilievo al consenso della persona offesa al riavvicinamento, il Tribunale avrebbe finito per introdurre nella struttura del reato un elemento ad essa estraneo e, al contempo, per spostare l'accertamento

dell'elemento soggettivo dalla consapevole violazione del provvedimento giudiziale alla manifestazione di volontà concorde da parte vittima. La seconda direttrice riguarda, invece, la compatibilità di una simile impostazione con il più ampio sistema di tutela delle persone offese da violenza domestica e di genere, quale delineato dagli obblighi sovranazionali assunti dall'Italia, dalla giurisprudenza convenzionale e dai più recenti orientamenti della stessa giurisprudenza di legittimità.

Su queste due linee argomentative conviene, pertanto, soffermarsi separatamente.

2.1. La conformazione normativa della fattispecie e l'accertamento del dolo.

Lasciando per il momento sullo sfondo ogni considerazione relativa all'effettività, spontaneità e libertà del consenso al riavvicinamento che possa essere manifestato da una persona in precedenza offesa da forme di violenza domestica — profili sui quali si tornerà successivamente — può assumersi, ai soli fini dell'analisi, che tale consenso sia stato validamente prestato, per interrogarsi sulla sua eventuale rilevanza giuridica rispetto alla responsabilità per il delitto di cui all'art. 387-bis c.p.

Come noto, la disposizione punisce «*chiunque, essendovi legalmente sottoposto, violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari di cui agli articoli 282-bis e 282-ter del codice di procedura penale o dall'ordine di cui all'articolo 384-bis del medesimo codice*», estendendo poi, al secondo comma, la medesima pena a chi eluda l'ordine di protezione previsto dall'art. 473-bis.70, primo comma, c.p.c., ovvero un provvedimento di analogo contenuto adottato nei procedimenti di separazione personale o di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Già sul piano strettamente letterale, dunque, il consenso o la volontà della persona offesa non compaiono tra gli elementi costitutivi della fattispecie. Attribuire loro efficacia rispetto alla configurabilità del reato significherebbe, quindi, introdurre surrettiziamente un requisito che il legislatore non ha previsto, alterando la struttura stessa dell'art. 387-bis c.p. Si tratta, infatti, di un reato di mera condotta, nel quale la rilevanza penale è ancorata alla trasgressione del comando giudiziale in quanto tale, indipendentemente dalla produzione di ulteriori conseguenze in capo alla persona offesa. Allo stesso modo, trattandosi di fattispecie a dolo generico, l'elemento soggettivo deve investire la consapevole violazione degli obblighi o dei divieti imposti dal provvedimento e non anche l'eventuale contrarietà della condotta alla volontà della vittima.

Come sottolinea la stessa Cassazione, è dunque la trasgressione del divieto a integrare il nucleo offensivo della fattispecie, sulla base di una valutazione di pericolosità e lesività già compiuta ex ante dal legislatore. Nella medesima prospettiva si collocano tanto la procedibilità d'ufficio quanto il particolare regime previsto per l'arresto, elementi che confermano come la tutela approntata dall'art. 387-bis c.p. non sia rimessa alla disponibilità della persona offesa né possa dipendere, nella sua operatività, dalle determinazioni processuali di quest'ultima.

Ne deriva la sostanziale irrilevanza, sul piano tecnico-giuridico, del consenso eventualmente prestato dalla persona offesa al riavvicinamento. Quest'ultima è certamente la vittima del reato presupposto che ha dato origine all'applicazione della misura cautelare, ma il successivo delitto di cui all'art. 387-bis c.p. presenta una propria autonomia strutturale e offensiva, incentrata sulla violazione del provvedimento dell'autorità giudiziaria e non sulla mera reiterazione della volontà contraria della vittima.

A ciò si aggiunge un ulteriore argomento di carattere sistematico. L'art. 387-bis c.p. è collocato nel Titolo III del Codice penale, dedicato ai "delitti contro l'amministrazione della giustizia", e, più precisamente, nel Capo II, tra i delitti posti a tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie. Tale collocazione conferma la dimensione plurioffensiva della fattispecie: essa è certamente funzionale alla protezione della persona offesa, ma presidia al contempo l'effettività dei provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria e, con essa, un interesse pubblico alla sicurezza individuale e collettiva. Proprio per questa ragione, la misura non può essere rimessa alla disponibilità della persona protetta, né la sua efficacia può dipendere da accordi tra privati suscettibili di essere liberamente modificati o revocati per mutuo consenso.

In questa prospettiva, né l'eventuale remissione della querela relativa al reato presupposto, né il perdono, né una successiva scelta di riavvicinamento sono idonei, di per sé, a neutralizzare la rilevanza penale della violazione del provvedimento. Come osserva la stessa Corte, «restano, dunque, estranei alla struttura del fatto tipico gli atteggiamenti della persona offesa, che non ha la disponibilità della misura e non può, con il consenso, il perdono, la remissione della querela o una scelta di riavvicinamento, paralizzare l'efficacia del comando giudiziale fondato su una previa valutazione del rischio di reiterazione del reato»[1]. La ratio della disposizione risiede, pertanto, anche nell'esigenza di sottrarre l'effettività della tutela giudiziale alla mutevolezza delle dinamiche relazionali sottostanti, preservando l'autonomia e l'autorità del comando impartito dal giudice.

Il medesimo errore si riflette, infine, sull'accertamento dell'elemento soggettivo. Come osserva la Corte, il dolo deve essere apprezzato alla luce della «volontà antidoverosa» dell'autore e, dunque, della consapevole inosservanza del comando giudiziale, non già sulla base dei comportamenti, delle dichiarazioni o dell'atteggiamento assunto dalla persona offesa. Facendo dipendere l'esistenza del dolo dalla presunta conformità della condotta dell'imputato alla volontà della vittima del reato presupposto, il Tribunale ha così finito per trasfigurare l'oggetto stesso dell'accertamento dell'elemento psicologico, spostandolo dalla consapevole violazione della misura alla volontà della persona protetta.

[1] *Cass. Pen., Sez. VI, n. 27223 del 18/06/2026 (dep. 20/07/2026), Presidente G. De Amicis, Estensore P. Di Nicola Travaglini,* p. 12 [di seguito "Sentenza in esame"].

2.2. Gli obblighi sovranazionali e gli orientamenti della giurisprudenza convenzionale e di legittimità.

Ulteriori argomenti posti dalla Cassazione a fondamento dell'illegittimità e della manifesta illogicità della decisione impugnata attengono al più ampio sistema multilivello di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, entro il quale la disciplina dell'art. 387-bis c.p. deve necessariamente essere collocata.

Assume anzitutto rilievo la Convenzione di Istanbul, il cui Art. 53 impone agli Stati di predisporre adeguati ordini restrittivi o di protezione e di assicurare che la loro violazione sia assoggettata a sanzioni penali o comunque giuridiche «efficaci, proporzionate e dissuasive». L'art. 52 stabilisce inoltre che, nell'adozione delle misure urgenti di allontanamento, debba essere attribuita priorità alla sicurezza della vittima o della persona in pericolo. Ne emerge un modello di protezione nel quale l'effettività del comando giudiziale non può dipendere dalla contingente disponibilità della persona protetta, tanto più considerando che si tratta di misure non custodiali, la cui efficacia presuppone necessariamente il rispetto spontaneo delle prescrizioni da parte del destinatario.

La medesima prospettiva trova riscontro nella giurisprudenza della Corte EDUsugli obblighi positivi gravanti sullo Stato ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU. Così, in *Kurt c. Austria*[2], la Grande Camera ha ribadito il dovere delle autorità di procedere a un'autonoma e adeguata valutazione del rischio nei casi di violenza domestica; in *De Giorgi c. Italia*[3], la Corte ha sottolineato che l'effettività della tutela non può venir meno per il solo fatto che la vittima non collabori pienamente con le autorità o assuma comportamenti apparentemente contraddittori o rischiosi. Analogamente, in *P.P. c. Italia*[4], la Corte ha nuovamente censurato l'inefficacia della risposta statale rispetto a una situazione di persecuzione e violenza domestica, riaffermando la particolare vulnerabilità della vittima e la necessità di una risposta istituzionale effettiva.

In questa logica si inserisce anche l'art. 55 della Convenzione di Istanbul, che impone, per una serie di reati riconducibili alla violenza di genere, che le indagini e i procedimenti penali non dipendano integralmente dalla denuncia della vittima e possano proseguire anche in caso di ritrattazione o ritiro della stessa. La disposizione risponde all'esigenza di non rimettere interamente alla persona offesa l'attivazione e la prosecuzione della risposta penale, tenendo conto delle condizioni di vulnerabilità e dei possibili condizionamenti suscettibili di incidere sulla libertà delle sue determinazioni. Nella medesima prospettiva, la Cassazione richiama anche *Corte cost., sent. n. 178 del 2024*, valorizzandone il riferimento alla particolare vulnerabilità della vittima quale elemento idoneo a giustificare una tutela non integralmente rimessa alla sua libera disponibilità.

A ciò si aggiunge un ulteriore profilo, valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità, relativo alla natura stessa dei beni incisi dalla violenza domestica e contro le

[2] Corte EDU, Grande Camera, *Kurt c. Austria*, ric. n. 62903/15, 15 giugno 2021, §§ 157-190.
[3] Corte EDU, Prima Sezione, *De Giorgi c. Italia*, ric. n. 23735/19, 16 giugno 2022, § 86.
[4] Corte EDU, Prima Sezione, *P.P. c. Italia*, ric. n. 64066/19, 13 febbraio 2025, § 49.

donne. Tali condotte aggrediscono infatti interessi primari della persona – l'integrità fisica e psichica, la dignità umana e l'autodeterminazione – che la Cassazione ha ricondotto al nucleo dei diritti fondamentali e indisponibili della persona[5]. In questa cornice normativa, la volontà della persona offesa non può trasformarsi nello strumento attraverso il quale viene meno l'effettività di una tutela pubblica predisposta anche a presidio di diritti fondamentali che l'ordinamento è tenuto a proteggere.

Particolarmente significativo, in questa prospettiva, è il precedente costituito da *Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2025, n. 4936.* In quel caso, relativo alla violazione di un divieto di avvicinamento accompagnato dall'obbligo di mantenere una distanza minima di 500 metri e dal divieto di comunicazione, era stata la stessa persona offesa a recarsi volontariamente presso l'abitazione del destinatario della misura. La Cassazione aveva nondimeno ritenuto configurabile il delitto di cui all'art. 387-bis c.p., affermando che le prescrizioni cautelari vincolano il destinatario anche quando l'incontro non sia stato da lui sollecitato e che, in simili circostanze, egli è comunque tenuto ad adottare le condotte necessarie a preservare la distanza imposta. La Corte aveva espressamente ricondotto tale conclusione al criterio, sancito dall'Art. 52 della Convenzione di Istanbul, della «priorità alla sicurezza delle vittime e delle persone in pericolo».

La pronuncia oggi in esame si colloca, dunque, lungo la linea già tracciata dalla giurisprudenza di legittimità, ma compie un ulteriore passaggio. Non si limita infatti a ribadire l'indisponibilità della misura da parte della persona offesa e l'irrilevanza del suo consenso rispetto alla violazione del comando giudiziale, ma mette in evidenza anche i rischi insiti in un ragionamento giudiziale che attribuisca a quel consenso un significato automaticamente liberatorio. Una simile impostazione può, infatti, introdurre nel giudizio valutazioni stereotipate circa il comportamento che ci si attenderebbe da una vittima "autentica", trascurando le dinamiche di dipendenza, ambivalenza e vulnerabilità che possono caratterizzare le relazioni violente e finendo così per esporre la persona offesa a ulteriori forme di vittimizzazione secondaria e ripetuta.

2.2.1. L'ingresso di valutazioni stereotipate e re-vittimizzanti nella motivazione.

Un ultimo profilo di censura riguarda, quindi, il modo in cui il Tribunale ha attribuito significato al comportamento della persona offesa, astraendo la violazione della misura cautelare dal più ampio contesto maltrattante che ne aveva determinato l'adozione e che aveva inizialmente giustificato persino l'applicazione della custodia cautelare in carcere, solo successivamente sostituita con il divieto di avvicinamento.

Su questo piano, la questione non riguarda più soltanto la rilevanza giuridica del consenso della persona offesa, ma, ancor prima, il valore probatorio che può essergli attribuito. La Corte richiama, infatti, l'esigenza di verificare la spontaneità, la libertà e l'effettività di tale consenso alla luce dell'intero contesto relazionale nel quale esso è

[5] Tra le altre, Cass., Sez. VI, 3 luglio 2023, n. 37978, B., Rv. 285273.

maturato. Si tratta di una prospettiva coerente con la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, che nei casi di violenza domestica impone alle autorità statali di procedere a una valutazione del rischio autonoma, proattiva e complessiva, senza affidarsi esclusivamente alla percezione o alle determinazioni della stessa persona offesa: principio progressivamente affermato, tra le altre, in *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017[6]; *Landi c. Italia*, 7 aprile 2022[7]; *De Giorgi c. Italia*, 16 giugno 2022[8]; *M.S. c. Italia*, 7 luglio 2022[9]; *I.M. e altri c. Italia*, 10 novembre 2022[10]; *P.P. c. Italia*, 13 febbraio 2025[11]; *Scuderoni c. Italia*, 23 settembre 2025[12]; e, da ultimo, *Ubeda et al. c. Italia,* 2 luglio 2026[13].

Omettere una solida e autonoma valutazione del rischio, capace di tenere conto delle circostanze del caso e della storia della relazione, significherebbe, in sostanza, trasferire sulla persona offesa l'onere di «auto-proteggersi»[14], sottraendola alla protezione che lo Stato è invece tenuto ad assicurarle. Per la medesima ragione, rimettere il rispetto delle misure cautelari adottate nei procedimenti per violenza domestica o di genere alla volontà della persona protetta – la quale può ancora nutrire la speranza di ricomporre il rapporto affettivo o familiare, oppure trovarsi in condizioni di dipendenza sociale, economica o relazionale – rischierebbe paradossalmente di favorire proprio quella situazione di pericolo che la misura è destinata a prevenire.

Secondo la Cassazione, il Tribunale non soltanto avrebbe finito per affidarsi alla valutazione del rischio compiuta dalla stessa vittima, ma avrebbe altresì riprodotto una modalità di lettura dei fenomeni di violenza domestica più volte censurata dalla giurisprudenza convenzionale: quella «prassi giudiziaria molto diffusa» che conduce le giurisdizioni a riqualificare la violenza come semplice «conflitto coniugale»[15] e, più in generale, a considerare gli episodi maltrattanti come «fatti isolati gli uni dagli altri», anziché ricostruirli nel loro sviluppo complessivo[16]. Una simile lettura si pone in tensione anche con l'approccio globale sotteso all'art. 3 della Convenzione di Istanbul, che impone di leggere la violenza domestica nella sua dimensione relazionale e sistemica, anziché come successione di singoli episodi privi di connessione.

È proprio in questa prospettiva che acquistano particolare rilievo le espressioni impiegate nella motivazione della sentenza di primo grado. Il riferimento al «perdono», al «riavvicinamento» e a un presunto «clima sereno» attribuisce infatti alla tranquillità apparentemente manifestata dalla persona offesa un significato univoco, assumendola

---

[6] Corte EDU, Prima Sezione, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14, 2 marzo 2017.
[7] Corte EDU, Prima Sezione, *Landi c. Italia*, ric. n. 10929/19, 7 aprile 2022.
[8] Corte EDU, Prima Sezione, *De Giorgi c. Italia*, ric. n. 23735/19, 16 giugno 2022.
[9] Corte EDU, Prima Sezione, *M.S. c. Italia*, ric. n. 32715/19, 7 luglio 2022.
[10] Corte EDU, Prima Sezione, *I.M. e altri c. Italia*, ric. n. 25426/20, 10 novembre 2022.
[11] Corte EDU, Prima Sezione, *P.P. c. Italia*, ric. n. 64066/19, 13 febbraio 2025, § 49.
[12] Corte EDU, Prima Sezione, *Scuderoni c. Italia*, ric. n. 6045/24, 23 settembre 2025.
[13] Corte EDU, Prima Sezione, *Ubeda e altri c. Italia*, ric. n. 9993/24, 2 luglio 2026. Sia concesso il rinvio alla nota di M. GANDOLFI, *Il Caso Ubeda e Altri c. Italia. Vittimizzazione secondaria, accoglienza protetta e proporzionalità delle misure di protezione nelle vicende di violenza domestica*, in *Questa Rivista,* 21 luglio 2026.
[14] Vd. p. 5 della Sentenza in commento.
[15] Corte EDU, Prima Sezione, *J.I. c. Croazia*, ric. n. 35898/16, 8 settembre 2022, § 99.
[16] Corte EDU, Prima Sezione, *Scuderoni c. Italia,* ric. n. 6045/24, 23 settembre 2025, §§ 117 ss., richiamata da Cass., Sez. VI, 25 settembre 2025, n. 40216, PG/C., Rv. 288962.

quale indice della libertà e genuinità della scelta di riprendere la convivenza. Si tratta, tuttavia, di conclusioni formulate in assenza di elementi oggettivi idonei a sostenerle e, anzi, nonostante la presenza di circostanze potenzialmente di segno contrario, tra cui lo stato di irreperibilità in cui si era posta la stessa persona offesa a seguito dell'episodio.

Il rischio è allora quello di sovrapporre alla complessità delle dinamiche della violenza un modello implicito e stereotipato di vittima e di imporre alla stessa, anche in questo contesto, un "onere di resistenza": una vittima realmente impaurita o vulnerabile dovrebbe mantenere un atteggiamento costantemente oppositivo nei confronti dell'autore, mentre il riavvicinamento, il perdono o una manifestazione di apparente serenità diverrebbero indici della cessazione del pericolo o, addirittura, dell'insussistenza della precedente condizione di soggezione. Una simile inferenza trascura, tuttavia, proprio la natura relazionale di questi fenomeni.

Come evidenziato anche dal GREVIO[17], i contesti di violenza domestica sono frequentemente attraversati da asimmetrie strutturali e squilibri di potere profondamente radicati, che impediscono di attribuire automaticamente ai comportamenti della persona offesa il significato che essi assumerebbero al di fuori di una relazione violenta.

3. Considerazioni a margine: autonomia della persona offesa, indisponibilità della misura e rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta.

Dalle lucide considerazioni offerte dalla Cassazione nella sentenza in commento emerge un delicato equilibrio tra indisponibilità della misura, autonomia della valutazione del rischio affidata alle autorità istituzionali e autodeterminazione della persona offesa. Può, del resto, sorgere spontaneo il dubbio che la necessità di garantire i primi due elementi finisca, almeno apparentemente, per entrare in tensione con l'altrettanto fondamentale esigenza di preservare e promuovere l'autonomia della vittima, affinché essa possa concretamente emanciparsi dalla propria condizione. La questione si lega a un ulteriore interrogativo suscitato dalla pronuncia, là dove la Corte rimprovera al Tribunale di non aver adeguatamente verificato quella che potremmo definire la "solidità" del consenso asseritamente prestato dalla persona offesa. È, quindi, giusto e, in secondo luogo, possibile, accertare l'effettiva libertà di consentire di chi sia stato precedentemente esposto a forme di violenza, oppressione o sopruso? Come verificare l'assenza di quelle "catene invisibili" che possono persistere all'interno di una relazione strutturalmente caratterizzata da asimmetrie e squilibri di potere? Quando può davvero ritenersi che la volontà sia libera da pressioni, ricatti o condizionamenti e che la persona disponga degli strumenti necessari per effettuare una corretta valutazione del rischio, nonostante la propria condizione di particolare vulnerabilità? E quando,

[17] Vd. GREVIO, *Rapporto di valutazione di riferimento sull'Italia*, adottato il 16 ottobre 2025, pubblicato il 2 dicembre 2025, § 110. Analogamente, la giurisprudenza di legittimità ha più volte richiamato la necessità di tenere conto delle dinamiche cicliche proprie di tali relazioni: Cass., Sez. VI, 25 settembre 2025, n. 40216, cit.; Cass., Sez. VI, 11 settembre 2025, n. 35667, Rv. 288938; Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2026, n. 9423.

invece, la protezione deve necessariamente precedere e delimitare, almeno temporaneamente, l'esercizio di quella stessa libertà?

Sul punto, un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità ha affermato che la prioritaria tutela della sicurezza della persona offesa può imporsi anche «contro la volontà della stessa persona offesa»[18], proprio in considerazione del rischio che quest'ultima non sia pienamente libera da pressioni e ricatti o non disponga, per la propria condizione di particolare vulnerabilità, degli strumenti necessari per una corretta valutazione del pericolo. Nella medesima direzione si muove la *Direttiva (UE) 2024/1385*, che al considerando 39 invita a prestare particolare attenzione alle situazioni nelle quali emergano il legame di dipendenza e la relazione con l'autore del reato, nonché il rischio che la vittima ritorni da quest'ultimo, e all'art. 16 richiede agli Stati di procedere a valutazioni individuali delle esigenze di protezione della vittima, guidandoli in tale operazione.

Le pronunce richiamate e le disposizioni eurounitarie convergono, dunque, su un dato particolarmente significativo: la volontà della persona offesa non può essere letta isolatamente dal contesto relazionale nel quale si forma. È proprio muovendo da tale assunto che possono essere ricercate alcune risposte agli interrogativi sopra formulati, anche attraverso il contributo degli studi psicologici, sociologici e antropologici che hanno indagato le dinamiche proprie delle relazioni violente, individuandone ricorrenze e pattern. Ciò non significa, naturalmente, sostituire all'accertamento individuale categorie statistiche o generalizzazioni astratte. Al contrario, significa consentire che la valutazione del singolo caso si innesti entro una cornice conoscitiva capace di rendere intelligibili comportamenti che, se isolati dal loro contesto, potrebbero apparire contraddittori o incomprensibili. La letteratura ha, ad esempio, evidenziato come l'opposizione della vittima all'adozione o al mantenimento di misure di protezione possa dipendere da molteplici fattori: «attaccamento emotivo», «preoccupazione per i figli», «fiducia in un cambiamento del partner», «timore di ritorsioni», «difficoltà legate al procedimento giudiziario», «dipendenza economica», «stereotipi di genere» o «mancanza di concrete possibilità di indipendenza»[19]. In presenza di segnali riconducibili a tali dinamiche – come, nel caso di specie, la sopravvenuta irreperibilità della persona offesa dopo l'arresto del marito per la violazione del divieto di avvicinamento – la scelta di mantenere o ripristinare il rapporto con l'autore non dovrebbe essere automaticamente assunta quale manifestazione di piena libertà relazionale. Essa può, al contrario, costituire un elemento che richiede di interrogarsi sulla persistente esposizione al rischio.

D'altra parte, è la stessa Cassazione a offrire coordinate piuttosto nitide per distinguere la violenza domestica da situazioni di mera conflittualità familiare, il cui

---

[18] Cfr. *SS. UU., n. 10869 del 18/03/2025, Rv. 287607; Sez. 6, n. 35667 dell'11/09/2025, Rv. 288938; Sez. 6, n. 4936 del 15/01/2025, Rv. 287608; Sez. 6, n. 46797 del 18/10/2023, Rv. 285542; Sez. 6, n. 22031 del 13/05/2025; Sez. 6, n. 23635 del 23/04/2024.*

[19] Vd. M. Rovira, J. Rodriguez Menes, C. Palomo Lario, *'As Time Goes By': The Effectiveness of Protection Orders in Reducing Intimate Partner Violence Recidivism*, in *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 2025 Dec, 11(1):367-87, p. 382.

confine può talvolta risultare meno immediato sul piano della percezione sociale. La prima ricorre quando «*un soggetto impedisce ad un altro, in modo reiterato, persino di esprimere un proprio autonomo punto di vista se non con la sanzione della violenza – fisica, psicologica o economica –, della coartazione e dell'offesa, e quando la sensazione di paura per l'incolumità riguarda sempre e solo uno dei due, soprattutto attraverso forme ricattatorie o manipolatorie rispetto ai diritti sui figli della coppia. Ricorrono invece le liti familiari quando le parti sono in posizione paritaria e si confrontano, anche con veemenza, riconoscendo e accettando reciprocamente il diritto di ciascuno di esprimere il proprio punto di vista, e soprattutto senza temere l'altro*»[20]. Il problema, dunque, non è l'assenza di fattori o indicatori capaci di distinguere una relazione violenta, oppressiva e strutturalmente squilibrata da una relazione semplicemente conflittuale. Il problema è che, spesso, proprio per effetto delle dinamiche di vulnerabilità e dipendenza che caratterizzano la prima, potrebbe essere la stessa persona offesa a non trovarsi nelle condizioni di percepire con chiarezza tale differenza o di tradurla immediatamente in una scelta di separazione. È alla luce di queste considerazioni che acquista significato una misura come il divieto di avvicinamento, anche dove disposta in apparente contrasto con la volontà della vittima: essa interrompe temporaneamente la relazione così come precedentemente strutturata, creando una pausa forzata, una distanza e uno spazio di riflessione.

Non si tratta, allora, di sottrarre la prosecuzione della relazione alla disponibilità delle parti perché la volontà individuale debba assumere un ruolo recessivo rispetto alle esigenze di protezione[21], quanto di creare le condizioni perché quella stessa volontà possa tornare a esprimersi in modo realmente autonomo. In questa prospettiva, stabilire – come fa la Cassazione – che il "consenso" della persona offesa al riavvicinamento dovesse comunque essere valutato dall'autorità giudiziaria, non significa attribuire al giudice il potere di sostituirsi alla vittima o di prevaricarne paternalisticamente l'autodeterminazione. Significa, piuttosto, leggere gli indici comportamentali alla luce del contesto nel quale si manifestano, verificare se esistano effettivamente quelle condizioni di stabilità, parità e libertà che consentono di assumere decisioni senza timori o conseguenze e, se necessario, contribuire a spezzare quelle "catene invisibili" che un consenso apparentemente libero potrebbe ancora celare. In questo senso, misure come il divieto di avvicinamento, e la risposta punitiva alla sua violazione, presentano non soltanto un valore immediatamente protettivo (oltreché «simbolico»)[22], bensì anche

---

[20] Cfr. Sez. 6, n. 37978 del 03/07/2023, Rv. 285273; Sez. 6, n. 26934 del 12/03/2024; Sez. 6, n. 40216 del 25/09/2025, cit., § 8.3; p. 7 della sentenza in commento.

[21] In senso critico, C.D. AMORELLI, *Il divieto di avvicinamento tra tutela anticipata della vittima ed esigibilità della condotta*, in *Archivio penale*, 2026, 2, 1, p. 3.

[22] Come evidenziato nella letteratura sulle *no-drop policies*, l'intervento pubblico comunica che la violenza domestica non costituisce una vicenda meramente privata e che la collettività non è disposta a tollerarla. Vd. D. EPSTEIN, M. BELL AND L. GOODMAN, *Transforming Aggressive Prosecution Policies: Prioritising Victims' Long-Term Safety in the Prosecution of Domestic Violence Cases*, in *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2003, 11,466; v. anche L. ELLISON, Responding to Victim Withdrawal in Domestic Violence Prosecutions, in *Criminal Law Review, 2003*, 760, 769.

«consequenziale», legato cioé agli effetti concreti che l'intervento può produrre sulla sicurezza e sull'autonomia della vittima[23] (oltreché sul tasso di recidiva)[24].

Ipotizziamo, allora, che una persona offesa desideri effettivamente riavvicinarsi al partner o marito violento per una o più delle ragioni sopra considerate. Consentire che tale volontà possa di per sé neutralizzare un provvedimento predisposto proprio per garantirle uno spazio e un tempo di autonomia significherebbe esporla a un ulteriore rischio: quello che, in caso di reiterazione della violenza, venga fatta gravare su di lei anche la responsabilità di avere consentito il riavvicinamento. La persona offesa finirebbe così per portare da sola il peso delle proprie scelte proprio nel momento in cui l'ordinamento riconosce che quelle scelte possono maturare in un contesto di vulnerabilità. Tale rischio emerge con particolare nettezza in situazioni come quella oggetto della pronuncia in commento, nella quale la donna era sola, straniera, con un figlio, priva di reti di sostegno e, dunque, maggiormente esposta al rischio di reiterazione della violenza. Sul piano della vittima, inoltre, il ritorno del marito nell'abitazione dopo la denuncia e in violazione della misura cautelare è suscettibile di restituire una percezione di insicurezza e di ineffettività della protezione statuale, mostrando concretamente come l'autore possa continuare a sottrarsi al limite impostogli e, con esso, recuperare una posizione di controllo.

Naturalmente, non può essere ignorata la critica secondo cui *mandatory arrest*, *no-drop policies* e, più in generale, misure di protezione che prescindono dalla volontà della vittima rischiano di tradursi in una nuova forma di paternalismo istituzionale, sostituendo alla volontà dell'abusante quella dello Stato e finendo così per comprimere proprio l'autonomia che intendono proteggere[25]. È una critica che coglie un rischio reale quando l'intervento penale venga concepito come risposta autosufficiente. Se denunciare, proseguire il procedimento o separarsi dall'autore espone la vittima a ritorsioni, perdita di reddito, dipendenza economica o isolamento familiare, una politica *no-drop* (in senso lato) può persino aggravare la sua condizione se non è accompagnata da una solida rete di protezione. La *prosecution*, pertanto, non dovrebbe rappresentare l'unico strumento di tutela: allo Stato spetta anche intervenire sulle diseguaglianze economiche, sociali e relazionali che possono rendere materialmente

---

[23] M.M. DEMPSEY, *Toward a Feminist State: What Does 'Effective' Prosecution of Domestic Violence Mean?*, in *The Modern Law Review*, 2007, 70(6), 908-935.

[24] Può essere interessante, sul punto, lo studio di M. ROVIRA, J. RODRIGUEZ MENES E C. PALOMO LARIO, '*As Time Goes By*', *Op. cit.*, pp. 367-387, spec. p. 382. Gli Autori rilevano un iniziale effetto apparentemente sfavorevole sulla recidiva dei *protection orders* (misure in parte assimilabili alle nostre misure cautelari di cui agli artt. 282-bis e 282-ter c.p.), che tuttavia si attenua o scompare considerando sia le violazioni dell'ordine stesso sia la maggiore rischiosità di base dei soggetti cui tali misure vengono applicate. Nel tempo emerge invece un "*positive cumulative effect*": dopo circa nove mesi il rischio di recidiva diviene inferiore rispetto ai soggetti mai sottoposti a *protection order*. Gli Autori ipotizzano che tale effetto possa dipendere anche dal tempo e dallo spazio assicurati alla vittima per ridurre la dipendenza dal partner abusante e interrompere la relazione, suggerendo così che l'operatività effettiva e prolungata di tali misure possa contribuire anche alla riduzione della recidiva.

[25] Così J. DAYTON, *The Silencing a Woman's Choice: Mandatory Arrest and No Drop Prosecution Policies in Domestic Violence Cases*, in *Cardozo Women's Law Journal*, 9, n. 2, 2003, pp. 281-298.

impraticabile l'autonomia, affiancando alla risposta penale strumenti extrapenali o parapenali calibrati sul rischio concreto.

In questa prospettiva acquista particolare significato il passaggio della sentenza in commento nel quale la Corte afferma che «La sicurezza della persona offesa, che lo Stato deve garantire, costituisce, in questa prospettiva, un diritto fondamentale che si identifica con una condizione priva di minacce fisiche, materiali o morali, tale da consentire alla vittima di percepirsi effettivamente al riparo dal pericolo. È proprio questa dimensione – ad un tempo oggettiva, quale assenza di fattori di rischio concreto, e soggettiva, quale percezione di protezione – a giustificare la scelta legislativa di rendere l'art. 387-bis cod. pen. reato di mera condotta sottratto alla disponibilità delle parti»[26]. La sicurezza, così intesa, non è antitetica alla libertà, ma può rappresentarne una condizione preliminare. La libertà, infatti, non coincide sempre con la mera possibilità formale di scegliere: può richiedere tempo, distanza e condizioni materiali che consentano alla volontà di formarsi ed esprimersi autenticamente.

«*No Prisoner be / Where Liberty / Himself – abide with Thee*». Nei versi di questa breve poesia di Emily Dickinson la libertà non coincide soltanto con l'assenza materiale della prigionia: è una presenza, quasi un ospite, che deve poter abitare realmente nella persona. Ed è forse proprio questa l'immagine che meglio restituisce il significato più profondo della decisione in commento. Il punto, infatti, non è negare alla persona offesa la capacità di scegliere, né sostituire alla sua volontà una paternalistica decisione dello Stato. È, al contrario, creare le condizioni affinché quella volontà possa formarsi ed esprimersi autenticamente. Nelle relazioni segnate dalla violenza, le catene non sono sempre visibili: possono assumere la forma della paura, della dipendenza affettiva o economica, della pressione familiare, del senso di colpa, della speranza di cambiamento o della progressiva normalizzazione dell'abuso. In tali contesti, il "perdono", il "consenso" al riavvicinamento o persino il "desiderio" di ricomporre la relazione non possono trasformarsi in strumenti capaci di neutralizzare una misura disposta dall'autorità giudiziaria. La funzione pubblicistica del divieto di avvicinamento consiste allora anche nel garantire alla persona offesa uno spazio sottratto alla dinamica relazionale, nel quale essa possa valutare il rischio, ricostruire la propria autonomia e assumere decisioni consapevoli e meditate, senza coartazioni, pressioni o condizionamenti. Attribuire al suo "consenso" efficacia scriminante significherebbe, paradossalmente, far dipendere la protezione dalla stessa persona protetta, pretendendo che essa riesca ad affrancarsi immediatamente dalle logiche abusive e coercitive della relazione e rischiando, così, di trasformare ancora una volta la sua condotta nell'oggetto del giudizio. Perché la libertà possa davvero "abitare" nella persona, secondo le parole di Dickinson, può essere allora necessario che l'ordinamento contribuisca prima a spezzare quelle catene invisibili che possono impedirle persino di riconoscersi prigioniera.

[26] Vd. p. 4 della Sentenza in commento.

SISTEMA PENALE
10/2026

L'INTERROGATORIO PREVENTIVO NEI PROCEDIMENTI SOGGETTIVAMENTE CUMULATIVI E IL REGIME DELLA NULLITÀ: I CHIARIMENTI DELLE SEZIONI UNITE

Cass. Sez. un., sent. 15 gennaio 2026 (dep. 30 luglio 2026), n. 28898, Pres. Mogini, rel. Aceto

di Francesco Lazzarini

1. Con l'interrogatorio preventivo, introdotto, sulla scia di analoghe e risalenti proposte[1], dalla l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio) per rafforzare il diritto di difesa e il contraddittorio in sede cautelare, nonché per contrastare i casi di ingiusta detenzione[2], si è inteso riprendere e generalizzare uno schema procedimentale già previsto da altre disposizioni normative, pur con *rationes* differenti.

Il riferimento è sia all'art. 289 c.p.p., in materia di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, posto prioritariamente a tutela del prestigio della pubblica amministrazione, sia all'art. 47, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di applicazione delle misure cautelari all'ente, posto a presidio della sua continuità produttiva[3].

Peraltro, la pervasività delle deroghe sembra sovvertire il rapporto tra (quelle che si vorrebbero) la regola, che impone il contraddittorio anticipato, e le eccezioni, che tollerano il contraddittorio differito[4].

---

[1] Sul punto, v., per esempio, Aa.Vv., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, a cura di G. Riccio, Napoli, 1997; G. Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in Aa.Vv., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 45 ss.; E. Zappalà, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 485 ss.

[2] L. Forte, *L'interrogatorio preventivo dopo la riforma "Nordio": patologie e rimedi del nuovo contraddittorio anticipato*, in *Dir. pen. cont.*, 2025, p. 959. Discorre di «misura di civiltà» C. Valentini, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio* ante*cautela*, in *Arch. pen. (web)*, 2023, n. 3, p. 4.

[3] Risponde a logiche peculiari, invece, l'ipotesi disciplinata dall'art. 302 c.p.p., a norma del quale, laddove la misura cautelare perda efficacia non essendosi proceduto all'interrogatorio di garanzia nei termini previsti dall'art. 294 c.p.p., la medesima possa essere nuovamente disposta solo previo interrogatorio dell'indagato.

[4] Secondo M. Giangreco, *Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista*, Napoli, 2024, p. 37, la l. n. 114 del 2024 è intervenuta «senza sovvertire il rapporto tra l'*iter* ordinario (contraddittorio differito) e l'*iter* speciale (contraddittorio preventivo) per l'adozione delle misure cautelari». Analogamente, v. M. Daniele, *L'interrogatorio preventivo in attesa dello scrutinio delle Sezioni Unite*, in *Giust. insieme*, 18 dicembre 2025, p. 4; L. Forte, *L'interrogatorio preventivo dopo la riforma "Nordio"*, cit., p. 959; A. Gaudieri, *I nuovi orizzonti in tema di interrogatorio preventivo*, in *Giur. it.*, 2025, p. 2417; M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2024, §5.1; R. Landi, *Interrogatorio cautelare anticipato: una garanzia inibita dai difetti procedurali*, in *Giur. it.*, 2026, p. 1451; A. Marandola, *Troppi i dubbi sulle garanzie*

Ai sensi dell'art. 291, comma 1-*quater*, c.p.p., infatti, il giudice non deve procedere all'interrogatorio preventivo laddove ricorra il pericolo di inquinamento delle prove o il pericolo di fuga (art. 274, comma 1, lett. *a)* e lett. *b)*, c.p.p.). Nel caso della pericolosità sociale (art. 274, comma 1, lett. *c)*, c.p.p.), poi, il contraddittorio anticipato non è previsto quando l'esigenza cautelare sussista in relazione ai reati indicati dall'art. 407, comma 2, lett. *a)*, c.p.p. e dall'art. 362, comma 1-*ter*, c.p.p.[5], nonché ai delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale[6].

Come ci si appresta a vedere, è proprio sul terreno scosceso del rapporto tra regola ed eccezioni che si collocano alcune delle questioni decise dalle Sezioni Unite, relative a una disciplina che, nel primo biennio di applicazione, ha già suscitato non pochi dubbi interpretativi.

2. La vicenda trae origine da un procedimento a carico di due soggetti a cui il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Ascoli Piceno applicava la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, senza procedere all'interrogatorio preventivo.

Tanto rispetto al primo, a cui era contestato il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), quanto rispetto al secondo, nei cui confronti si procedeva per il delitto di lesioni personali aggravate (art. 582-585 c.p.), il giudice riteneva sussistente il pericolo della «recidiva specifica»[7].

Se per il reato di *stalking* è prevista una deroga al contraddittorio anticipato, in quanto l'illecito è ricompreso nell'elenco dell'art. 362, comma 1-*ter*, c.p.p., il reato di lesioni personali non è annoverato tra quelli "ostativi". Sulla base di questa considerazione, il secondo indagato, dopo l'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 c.p.p., nel corso del quale si avvaleva della facoltà di non rispondere, proponeva ricorso *per saltum* per cassazione, denunciando la nullità dell'ordinanza applicativa della misura per omesso interrogatorio preventivo ai sensi dell'art. 292, comma 3-*bis*, c.p.p.

La V Sezione della Suprema Corte, investita dell'impugnazione, rilevava alcuni contrasti nella giurisprudenza di legittimità sulla materia e rimetteva la decisione alle Sezioni Unite, domandando di chiarire: *a)* come operi la disciplina di cui alla l. n. 114/2024 nei procedimenti soggettivamente cumulativi, quando la deroga al contraddittorio anticipato ricorra solo rispetto a uno dei coindagati; *b)* se la nullità da

---

dell'interrogatorio cautelare anticipato, in *Sist. pen.*, 10 maggio 2024, §3; P. Moscarini, *Riflessioni per una riforma del sistema cautelare penale*, cit., p. 698; A. Sanna, *Le novità del procedimento cautelare*, cit., p. 345; L. Suraci, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in *PenaleDP*, 28 ottobre 2024, §2; E. Valentini, *Le novità della "legge Nordio" in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, in *Legisl. pen.*, 17 febbraio 2022, p. 11.

[5] Si tratta, peraltro, di elenchi predisposti con finalità estranee alla materia cautelare: A. Sanna, *Le novità del procedimento cautelare*, cit., p. 345.

[6] Nel senso che i reati in esame sono di tutt'altro che facile individuazione, v. G. Colaiacovo-G. Della Monica, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in *PenaleDP*, 12 aprile 2024, §2; P. P. Paulesu, *L'autodifesa cautelare anticipata: un antidoto agli abusi coercitivi?*, in *Sist. pen.*, 2025, n. 6, p. 10.

[7] Lo si evince dall'ordinanza di rimessione: Cass., Sez. V, 24 ottobre 2025, n. 35613, cit., pt. 4 del *Considerato in diritto*.

omesso "interrogatorio preventivo" vada dedotta in occasione dell'interrogatorio di garanzia o possa essere sollevata anche nella fase dell'impugnazione cautelare[8].

3. Una premessa: l'individuazione del reato rilevante. Nel rimettere le due questioni alle Sezioni Unite, il Collegio segnalava alle medesime un ulteriore «aspett[o] problematic[o] di carattere preliminare», concernente il perimetro della condizione derogatoria riferita alla pericolosità sociale (art. 274, comma 1, lett. *c)*, c.p.p.).

Ai sensi dell'art. 291, comma 1-*quater*, c.p.p., infatti, questa esigenza cautelare autorizza il differimento del contraddittorio «in relazione» a un ampio novero di reati: «occorre stabilire se questa elencazione si riferisca ai delitti per cui si procede oppure a quelli che la misura mira a prevenire»[9].

Nel primo senso si è espressa parte della giurisprudenza di legittimità, intravedendo nell'opposta soluzione ermeneutica un'ipotesi non consentita di analogia *in malam partem*[10].

Le Sezioni Unite, invece, prediligono l'impostazione opposta, ritenendo che il concetto di "relazione" espresso nell'art. 291, comma 1-*quater*, c.p.p., si riferisca ai reati che l'indagato potrebbe commettere, a prescindere da quelli oggetto dell'addebito provvisorio. Ciò, essenzialmente, per due ragioni.

Primo. Il richiamo, da parte dell'art. 291, comma 1-*quater*, c.p.p., all'art. 274, comma 1, lett. *c)*, c.p.p. costituirebbe un rinvio all'esigenza cautelare della pericolosità sociale, da rapportare tuttavia al più ristretto novero di illeciti indicati nella disposizione sul contraddittorio anticipato.

Secondo. Poiché la valutazione a cui è chiamato il giudice per le indagini preliminari si connota in senso prognostico, sarebbe «evidente che [il delitto in relazione al quale sussiste l'esigenza cautelare] debba essere diverso e ulteriore rispetto a quello oggetto di indagine»[11].

Questo chiarimento offre alle Sezioni Unite anche la possibilità di intervenire su un ulteriore profilo, pur non oggetto di rimessione, ma parimenti foriero di dubbi: la sindacabilità nel merito della sussistenza delle esigenze cautelari ostative all'interrogatorio preventivo indicate dal pubblico ministero, sia da parte del giudice per le indagini preliminari, sia da parte del tribunale del riesame.

A fronte del timore che la parte pubblica possa vincolare, con la propria domanda cautelare, la scelta del modulo procedimentale, deducendo un infondato pericolo di

---

[8] Cass., Sez. V, 24 ottobre 2025, n. 35613, cit., pt. 1 del *Considerato in diritto*.

[9] Cass., Sez. V, 24 ottobre 2025, n. 35613, cit., pt. 4.1 del *Considerato in diritto*. La problematica era già stata evidenziata da Cass., Sez. fer., 26 agosto 2025, n. 30640, A., in *Onelegale*. In dottrina, ripercorre il problema, L. Calò, *Una articolata sequenza decisoria in ambito cautelare ed una nullità apparentemente retroattiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, p. 1342.

[10] Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, Gravinese, in *C.E.D. Cass.*, n. 288480. In dottrina, nello stesso senso, v. M. Daniele, *L'interrogatorio preventivo in attesa dello scrutinio delle Sezioni Unite*, cit., p. 7, secondo cui, disancorata dal *fumus delicti*, la rinuncia all'"interrogatorio preventivo" rischia di assumere contorni eccessivamente elastici.

[11] Pt. 2 del *Considerato in diritto*.

inquinamento delle prove o di fuga[12], la Suprema Corte, con il conforto della dottrina[13], aveva già ricondotto alle prerogative del giudice la valutazione sulla ricorrenza dei *pericula libertatis*, statuendo che la mancanza di quelle ostative imponga al giudice per le indagini preliminari di instaurare il contraddittorio anticipato e al tribunale del riesame di annullare l'ordinanza emessa *inaudita altera parte*[14].

Le Sezioni Unite convalidano questo orientamento, facendo leva sull'assenza di vincoli, in capo al giudice della cautela, in relazione ai presupposti per l'adozione dell'ordinanza, nonché sulla natura interamente devolutiva del riesame[15].

4. L'"interrogatorio preventivo" nei procedimenti soggettivamente cumulativi: i termini del contrasto. Venendo ora alla prima delle due questioni rimesse – la disciplina del contraddittorio anticipato qualora la deroga al medesimo ricorra solo nei confronti di uno dei coindagati –, è opportuno ripercorrere sinteticamente i termini del contrasto.

Nel silenzio del legislatore, pur sollecitato a intervenire sul punto[16], un primo orientamentosostiene che l'interrogatorio preventivo vada omesso nei confronti di tutti gli interessati, qualora ricorra la connessione *ex* art. 12 c.p.p. o il collegamento probatorio *ex* art. 371, comma 2, lett. *b)* e *c)*, c.p.p.[17].

L'indirizzo in esame premette che nessuna disposizione del codice di rito impone al pubblico ministero di modulare la domanda cautelare nei procedimenti soggettivamente cumulativi, rimanendo priva di conseguenze l'inosservanza dell'art.

---

[12] Sottolinea l'ambiguità della norma M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit., §5.1.

[13] L. Forte, *L'interrogatorio preventivo dopo la riforma "Nordio"*, cit., p. 967; M. Griffo, *Buona la prima sull'interrogatorio preventivo*, in *Giur. pen. (web)*, 3 marzo 2025, p. 5; R. Landi, *Interrogatorio cautelare anticipato*, cit., p. 1451; L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, p. 1144; A. Marandola, *Interrogatorio preventivo: la Cassazione fa "buon governo" della nuova garanzia*, in *IUSPenale*, 5 marzo 2025; A. Trinci, *Nullità dell'ordinanza cautelare per omesso interrogatorio preventivo*, in *IUSPenale*, 9 maggio 2025; A. Pasta, *Una difesa dell'interrogatorio anticipato*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2025, p. 6; P. P. Paulesu, *L'autodifesa cautelare anticipata: un antidoto agli abusi coercitivi?*, cit., p. 10. *Contra*, v. M. Giangreco, *Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione*, cit., p. 69, secondo cui il pubblico ministero potrebbe imporre il contraddittorio differito, semplicemente rappresentando esigenze cautelari "ostative".

[14] Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 27080, Stomaci, in *C.E.D. Cass.*, n. 288191; Cass., Sez. II, 9 gennaio 2025, n. 5548, Marangio, in *C.E.D. Cass.*, n. 287575.

[15] Pt. 2 del *Considerato in diritto*.

[16] G. Colaiacovo-G. Della Monica, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, cit., §2. Stigmatizza l'assenza di indicazioni anche C. De Robbio, *Interrogatorio preventivo: istruzioni per l'uso*, in *Giust. insieme*, 28 ottobre 2024, p. 8.

[17] Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26915, Pappacea, in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26916, Piscopo, in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26917, De Vivo, in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26918, Mancuso, in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26919, De Vivo, in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, A., in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26921, Vorraro, in *Onelegale*. In dottrina, nello stesso senso, v. L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare*, cit., p. 1146. Analogamente, v R. Muzzica, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in *Sist. pen.*, 25 marzo 2025, §3.

130-*bis* disp. att. c.p.p., che, riferito peraltro all'azione penale, prescrive alla parte pubblica di procedere separatamente, salva l'urgenza.

Vi sarebbe, poi, quale dato ricavabile dal sistema, «il principio della prevalenza della normativa riguardante il reato più grave». Lo proverebbero, per esempio, la disciplina delle contestazioni a catena, che commisura il termine di fase in base all'illecito più grave (art. 297, comma 3, c.p.p.); la deroga alla prevista notifica della richiesta di proroga delle indagini, qualora si proceda per taluno dei reati indicati dalla relativa disciplina (art. 406, comma 5-*bis*, c.p.p.); l'orientamento che, in materia di intercettazioni, ritiene applicabile a tutti i coindagati le regole speciali per i reati di criminalità organizzata, quand'anche la contestazione dei medesimi non riguardi tutte le posizioni[18].

A giustificare l'applicazione del principio appena richiamato sarebbe la sussistenza di «esigenze superiori che depongono a favore dell'unitarietà del procedimento», quale la gestione congiunta della domanda cautelare, nel nome della riservatezza dell'iniziativa complessivamente considerata.

Di tutt'altro tenore è, invece, l'opposto filone esegetico, che sostiene l'inderogabilità dell'interrogatorio preventivo, quand'anche ricorra la connessione o il collegamento probatorio[19].

Prevalente sarebbe la tutela dell'individuo, che, diversamente ragionando, si vedrebbe pregiudicato dalla posizione di altri coindagati, nei cui confronti ricorrano diverse esigenze cautelari, ostative al contraddittorio anticipato, in un contesto in cui, comunque, la misura si rivolge al singolo.

Inoltre, l'impossibilità, per il giudice, di separare le posizioni d'ufficio e senza sentire le parti non impedirebbe prassi volte a evitare il pregiudizio alle esigenze di riservatezza, ben potendosi eseguire l'ordinanza nei confronti di taluni degli indagati prima della (o contestualmente alla) notifica dell'invito a presentarsi nei confronti di altri soggetti sottoposti alla medesima indagine[20].

4.1. [*Segue*]: la decisione delle Sezioni Unite. Le Sezioni Unite privilegiano il secondo indirizzo, sulla base di plurimi indici testuali e sistematici[21].

Innanzitutto, la *littera legis* «non si presta a equivoci», prevedendo che, a meno di esigenze ostative, il giudice debba procedere all'interrogatorio dell'indagato.

In secondo luogo, non sarebbe possibile individuare ulteriori deroghe al contraddittorio anticipato, diverse da quelle espresse: trattandosi di un istituto ispirato al *favor libertatis*, verrebbe direttamente in rilievo la riserva di legge assoluta di cui all'art.

---

[18] Cass., Sez. II, 24 luglio 2020, n. 31440, Galea, in *C.E.D. Cass.*, n. 280062.

[19] Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 27080, cit.; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 29189, Marku, in *C.E.D. Cass.*, n. 288537; Cass., Sez. V, 24 luglio 2025, n. 30342, Geusa, in *C.E.D. Cass.*, n. 288640; Cass., Sez. VI, 16 giugno 2025, n. 39410, Tartaglia, in *Onelegale*.

[20] Nello stesso senso, v. P. Bronzo, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2024, p. 4, secondo cui «il rischio – non troppo differente da quello che caratterizza in ogni caso l'intervento cautelare nei procedimenti plurisoggettivi – può e deve essere minimizzato dai calcoli dell'accusatore». Sul punto, v. anche M. Daniele, *L'interrogatorio preventivo in attesa dello scrutinio delle Sezioni Unite*, cit., p. 12.

[21] Pt. 4 del *Considerato in diritto*.

13, comma 2, Cost., che esige l'esplicita indicazione delle condizioni, siano esse regole o eccezioni, alle quali il giudice può limitare la libertà personale.

Inoltre, troverebbe applicazione all'azione cautelare il principio, elaborato con riferimento all'azione penale, secondo cui la medesima è proiettata verso la singola persona: lo dimostrerebbe anche l'art. 291, comma 1-*quater*, c.p.p., che utilizza il singolare nel prescrivere l'interrogatorio nei confronti della «persona sottoposta alle indagini» e che alla medesima (e non all'indagine nel suo complesso) riferisce le esigenze cautelari e i reati "ostativi".

Viene segnalata, infine, l'opportunità di preservare eventuali esigenze di mantenimento dell'"effetto sorpresa" mediante «prassi virtuose coerenti con la scelta del legislatore», come quella di differire l'invito a presentarsi a rendere l'"interrogatorio preventivo" all'avvenuta esecuzione delle misure cautelari nei confronti di quanti non hanno diritto al contraddittorio anticipato.

La soluzione individuata dalle Sezioni Unite appare condivisibile.

In primo luogo, l'opposto orientamento rischia di tradursi in un'*interpretatio abrogans* della l. n. 114/2024, considerato che, spesso, le richieste cautelari vengono avanzate nell'ambito di indagini a carico di più persone, rispetto alle quali possono venire in rilievo esigenze diversificate.

Fare prevalere le ragioni della trattazione unitaria dei procedimenti, poi, finirebbe per rimettere l'effettività della garanzia alle scelte insindacabili del pubblico ministero, che potrebbe sterilizzare l'interrogatorio preventivo semplicemente cumulando le domande cautelari.

Per di più, pare irragionevole vincolare la realizzazione del contraddittorio anticipato non solo alla presenza di indagati connessi o collegati, ma addirittura alle esigenze cautelari riferibili ai medesimi che, in quanto tali, sono del tutto estranee alla sfera del soggetto nei cui confronti non ricorrano ragioni ostative all'interrogatorio preventivo.

Va condivisa, da ultimo, l'impostazione secondo cui delle difficoltà pratiche, derivanti dalle esigenze di segretezza, devono farsi carico gli uffici procedenti. Del resto, i diritti in gioco (alla difesa e alla libertà personale) prevalgono, per il loro elevatissimo rango, sulle ragioni operative e impediscono di considerare la tutela effettiva delle garanzie alla stregua di un mero «appesantimento»[22].

In questa prospettiva, non persuade la posizione espressa, a suo tempo, dal Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui «una decisione "a due tempi" della richiesta cautelare potrebbe dar luogo alla necessità di rivedere, alla luce degli elementi sopravvenuti ed acquisiti grazie agli interrogatori successivamente espletati, le determinazioni assunte con l'ordinanza precedentemente adottata, con aggravio delle attività del GIP e ricadute in termini di instabilità delle decisioni»[23]. Andrebbe preferita, dunque, l'applicazione della misura "a sorpresa" per tutti: se, poi, nell'interrogatorio di garanzia di chi avrebbe potuto beneficiare di quello preventivo, emergessero elementi a

[22] C. De Robbio, *Interrogatorio preventivo*, cit., p. 8.

[23] C.S.M., *Parere sul testo del disegno di legge AS n. 808 recante: "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare". Delibera 21 febbraio 2024*, in *csm.it*, p. 28.

discarico suo e di altri coindagati, il giudice potrebbe rivedere, in un'unica volta, la decisione originaria.

Peraltro, quando il contraddittorio anticipato fornisce elementi idonei a contrastare l'iniziativa cautelare, si evita un pregiudizio alla libertà personale dell'indagato che, altrimenti, sarebbe stato sottoposto alla misura, anche se solo fino all'interrogatorio di garanzia. Se da ciò deriva la necessità "correggere" altre decisioni, si tratta di un prezzo che va pagato: la compressione ingiustificata della libertà personale non può essere legittimata dal timore di un «aggravio delle attività».

Al più, un profilo problematico, connaturato allo sdoppiamento della decisione, risiede nei rischi per l'imparzialità del giudice: proprio perché vengono in rilievo procedimenti connessi o collegati, può accadere che l'organo giurisdizionale, chiamato a decidere su posizioni per cui non è previsto l'interrogatorio preventivo, effettui valutazioni che lambiscono anche soggetti in relazione ai quali la determinazione è rinviata all'esito dell'interrogatorio preventivo[24]. Sul punto, tuttavia, va dato atto che la giurisprudenza adotta un atteggiamento di sostanziale chiusura[25].

5. Il regime della nullità e la sua rilevabilità: i termini del contrasto. La nullità prevista, in caso di omissione dell'interrogatorio preventivo, dall'art. 292, comma 3-*bis*, c.p.p., viene qualificata, dalla dottrina[26] e dalla giurisprudenza di legittimità[27], come nullità a regime intermedio, per violazione del diritto di intervento dell'indagato ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. *c)*, c.p.p.

Oggetto del contrasto, però, è il regime di rilevabilità del vizio in esame.

Un primo orientamento impone la deduzione della nullità in sede di interrogatorio di garanzia, escludendo che l'eccezione, non formulata in quella fase, possa essere coltivata con il riesame[28].

---

[24] Sottolinea il profilo in esame L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare*, cit., p. 1144.

[25] V., da ultimo, per una ricognizione dei principi sulla materia, Cass., Sez. V, 10 febbraio 2026, n. 7360, Carapezza, in *C.E.D. Cass.*, n. 289451, secondo cui «in merito alla "sede pregiudicata", va osservato che l'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. la collega alla partecipazione al "giudizio" […], dovendosi per tale intendere "ogni processo che, in base a un esame delle prove, pervenga a una decisione di merito"». Non andrebbero confuse «la "attività pregiudicante" – che […] può essere anche collegata all'assunzione di una decisione cautelare – con la "sede pregiudicata" la quale, invece, deve riguardare un giudizio». Non si porrebbe un problema di incompatibilità, quindi, quando «la "sede pregiudicata" è […] un procedimento cautelare che, […] per la sua natura incidentale non presenta i caratteri del "giudizio"».

[26] V. Vasta, *Profili sanzionatori dell'omesso interrogatorio "preventivo" all'ordinanza applicativa della misura cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, p. 1302. Sul punto, v. A. Monti, *L'omissione dell'interrogatorio preventivo tra invalidità dell'ordinanza cautelare ed ingiustizia della detenzione*, in *Cass. pen.*, 2026, p. 359; E. Valentini, *Le novità della "legge Nordio" in materia cautelare*, cit., p. 11, che, peraltro, non esclude la possibilità di configurare una nullità assoluta per omessa citazione dell'imputato ai sensi dell'art. 179 c.p.p., sulla scia di quanto ipotizzato da L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare*, cit., p. 1150.

[27] Cass., Sez. V, 24 luglio 2025, n. 30342, cit.; Cass., Sez. VI, 9 luglio 2025, n. 27444, Bellomunno, in *C.E.D. Cass.*, n. 288192; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 27080, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, cit.; Cass., Sez. VI, 20 marzo 2025, n. 17916, Luciano, in *C.E.D. Cass.*, n. 288037; Cass., Sez. II, 18 febbraio 2025, n. 12034, Melis, in *C.E.D. Cass.*, n. 287774.

[28] Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, cit.; Cass., Sez. V, 24 luglio 2025, n. 30342, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26915, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26916, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26917,

Muovendo dalla qualificazione di nullità a regime intermedio, questo indirizzo considera applicabile l'art. 182, comma 2, c.p.p., che impone alla parte che assiste all'atto di eccepirne la nullità prima del suo compimento o, se ciò non è possibile, immediatamente dopo. Il primo momento utile viene individuato, a pena di sanatoria del vizio, nell'interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.

Di diverso avviso, invece, è il secondo filone interpretativo, che abilita alla deduzione della nullità, nonché al suo rilievo officioso, (al più tardi) nella fase del riesame[29]. A quest'ultimo, poi, va equiparato il ricorso *per saltum* per cassazione.

Questa tesi fa perno sull'assunto che il riesame rappresenta il mezzo tipico di deduzione delle invalidità, consentendo all'indagato di ottenere un pieno controllo giurisdizionale sui presupposti di adozione del provvedimento e sulla sua legittimità[30].

5.1. [*Segue*]: la decisione delle Sezioni Unite. A detta delle Sezioni Unite, va accolto il secondo orientamento[31]. Confermati l'inquadramento della nullità tra quelle a regime intermedio e, quindi, l'applicabilità degli artt. 180, 182 e 183 c.p.p., la Suprema Corte osserva che, omesso l'interrogatorio preventivo, l'indagato e il suo difensore non assistono al compimento dell'all'atto nullo.

Il rilievo va condiviso, tenuto conto che, non avendo luogo il contraddittorio anticipato, l'ordinanza applicativa della misura cautelare si qualifica come atto assunto *inaudita altera parte*, potendosi assistere soltanto alla sua esecuzione, ma non alla sua adozione[32].

Esclusa quindi l'operatività dell'art. 182, comma 2, c.p.p., che impone la deduzione della nullità prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo, le Sezioni Unite considerano applicabile l'art. 180 c.p.p.: se ne dovrebbe dedurre, quindi, che valga, quale termine ultimo, la deliberazione della sentenza di primo grado, come previsto per le nullità verificatesi anteriormente al giudizio.

Peraltro, secondo l'organo della nomofilachia, l'art. 180 c.p.p., «formulato avendo riguardo alla figura dell'imputato», necessita di un «adattamento» in relazione alla fase cautelare: vengono evocati, sul punto, gli approdi della Suprema Corte sul regime di deducibilità di alcune nullità a regime intermedio realizzatesi nella fase cautelare, da eccepire, a pena di decadenza, nel corso del riesame[33].

A riprova dell'autonomia del subprocedimento *de libertate*, la Suprema Corte richiama il principio dell'impermeabilità, rispetto a quanto statuito in sede incidentale,

---

cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26918, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26919, cit.; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26920, A., in *Onelegale*; Cass., Sez. II, 12 giugno 2025, n. 26921, cit.

[29] Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 27080, cit.; Cass., Sez. VI, 9 luglio 2025, n. 27444, cit.; Cass., Sez. VI, 20 marzo 2025, n. 17916, cit.

[30] Sul punto, v., in dottrina, V. Vasta, *Profili sanzionatori dell'omesso interrogatorio "preventivo" all'ordinanza applicativa della misura cautelare*, cit., p. 1303.

[31] Pt. 7 del *Considerato in diritto*.

[32] A. Monti, *L'omissione dell'interrogatorio preventivo tra invalidità dell'ordinanza cautelare ed ingiustizia della detenzione*, cit., p. 362.

[33] Cass., Sez. V, 25 febbraio 2025, n. 12295, Erba, in *Onelegale*; Cass., Sez. I, 27 marzo 2020, n. 13994, Arlotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 278959.

delle decisioni sull'esercizio dell'azione, sul rinvio a giudizio e sull'accertamento della responsabilità penale, nonché la regola del "giudicato cautelare". Il tutto confermerebbe come la decisione assunta a valle del riesame «costituisce un primo punto fermo sulla verifica della legittimità formale dell'ordinanza che applica la misura cautelare; un punto superato il quale la nullità derivante dall'omesso interrogatorio preventivo non può più essere dedotta, né rilevata d'ufficio dal giudice della cautela»[34].

Non si può fare a meno di rilevare, però, che una simile soluzione, fondata sul malfermo parallelismo tra la decisione del tribunale del riesame e la sentenza di primo grado, non trovi riscontro nella disciplina della nullità che, governata dal principio di tassatività, non sembra ammettere adattamenti in via ermeneutica[35]: l'art. 180 c.p.p., del resto, non opera distinzioni di sorta, dettando una disciplina che riguarda, in via generale, le «nullità previste dall'articolo 178».

Nemmeno persuade il riferimento, operato dalle Sezioni Unite, all'«esigenza di certezza» della situazione cautelare, non rinviabile sino alla deliberazione della sentenza di primo grado, poiché «la privazione della libertà personale esige verifiche sollecite ed immediate del provvedimento giurisdizionale che la limita e, prima ancora, della regolarità formale del titolo e del suo procedimento di adozione»[36]. Pare, infatti, che si strumentalizzi un principio di garanzia – l'immediatezza del vaglio giurisdizionale sulla decisione cautelare – per legittimare un esito *in malam partem*, che, contro la lettera dell'art. 180 c.p.p., consente la sopravvivenza di un titolo cautelare radicalmente viziato.

6. Il rapporto tra la nullità e il diritto al silenzio. Va dato atto, infine, di quanto affermato dalle Sezioni Unite con riguardo a una questione che, pur non formalmente rimessa, era stata segnalata tra i profili problematici della disciplina: se l'interesse alla deduzione della nullità, preteso dall'art. 182, comma 1, c.p.p., possa dirsi escluso quando l'indagato si sia avvalso della facoltà di non rispondere nell'interrogatorio di garanzia.

Se alcune pronunce avevano già risolto la questione in senso negativo[37], la Sezione rimettente si era domandata come questo approdo si coordinasse con il principio, «immanente in plurime pronunce di legittimità», secondo cui la lesione del diritto di difesa rileva solo laddove questi evidenzi «il concreto e reale pregiudizio alle sue prerogative derivante dall'inosservanza della norma»[38].

Su questa scia si era collocato anche un altro *dictum*, successivo all'ordinanza di rimessione, secondo cui «costituirebbe un vuoto formalismo connettere la deducibilità della nullità […], *sic et sempliciter*, alla inosservanza della disposizione», onerandosi l'imputato di esplicitare «il pregiudizio patito»[39].

---

[34] Pt. 7 del *Considerato in diritto*.

[35] A. Monti, *L'omissione dell'interrogatorio preventivo tra invalidità dell'ordinanza cautelare ed ingiustizia della detenzione*, cit., p. 366-367. Nel senso che la nullità deve potere essere eccepita e rilevata anche dopo il riesame, pur anteriormente alla sentenza di primo grado, v. A. Trinci, *Interrogatorio preventivo da ripetere in caso di sopravvenienze investigative*, in *IUSPenale*, 28 agosto 2026.

[36] Pt. 7 del *Considerato in diritto*.

[37] Cass., Sez. VI, 27 giugno 2025, n. 27080, cit.; Cass., Sez. I, 9 gennaio 2025, n. 5548, cit.

[38] Cass., Sez. V, 24 ottobre 2025, n. 35613, cit., pt. 8 del *Considerato in diritto*.

[39] Cass., Sez. II, 7 gennaio 2026, n. 7506, F., in *C.E.D. Cass.*, n. 289472.

Le Sezioni Unite disattendono questa impostazione, statuendo che l'interesse all'osservanza delle disposizioni violate non si possa identificare con l'introduzione di dati di conoscenza favorevoli alla difesa, bensì con «il ritorno [del deducente] alla propria libertà […] illegittimamente compress[a] da un atto viziato nella sua formazione»[40].

Non ha rilievo, dunque, l'atteggiamento tenuto dall'indagato nel corso dell'interrogatorio di garanzia: come l'esercizio del diritto al silenzio non priva la difesa dell'interesse a eccepire la nullità, così la scelta di rispondere, quand'anche di confessare, non ha alcuna efficacia di sanatoria del vizio ai sensi dell'art. 183 c.p.p., che attiene alla legittimità del titolo e che precede ogni valutazione sulla sussistenza degli ulteriori presupposti della misura.

Sembra così esclusa la possibilità di evocare, in questa sede, la teoria del "pregiudizio effettivo", talvolta fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, noncurante delle frizioni che questa genera tanto con la regola della tassatività, che governa la materia della nullità, quanto con il principio di legalità processuale di cui all'art. 111, comma 1, Cost.[41].

A non giustificarsi, tuttavia, pare la stessa premessa dell'orientamento disatteso dalle Sezioni Unite, che equipara l'interrogatorio preventivo, a cui l'indagato è sottoposto in stato di libertà e la cui omissione è causa di nullità dell'ordinanza, all'interrogatorio di garanzia, che ha luogo dopo l'applicazione della misura e il cui mancato espletamento comporta la perdita di efficacia della stessa.

Sembra cogliere nel segno, infine, il rilievo contenuto nella sentenza in commento, secondo cui l'indirizzo opposto trasforma l'esercizio del diritto di difesa, nella forma passiva, in un mezzo per negare il diritto stesso, che si estrinseca anche nella deduzione della nullità dell'ordinanza.

Va segnalata, d'altra parte, la problematicità di ricollegare all'esercizio insindacabile del diritto al silenzio una forma di vera e propria "sanzione" processuale, come la perdita di una facoltà espressamente prevista dalla legge.

---

[40] Pt. 7.1 del *Considerato in diritto*.

[41] Ripercorre i termini del problema G. Merola, *Regime di rilevabilità della nullità* ex *art. 292, co. 3* bis*, c.p.p. e "pregiudizio effettivo": un'interpretazione* à rebours, in *Proc. pen. giust*., 2026, p. 1302.

SISTEMA PENALE
10/2026

GATTI RANDAGI, POSIZIONI DI GARANZIA E TENUTA DELLA LEGALITÀ: UN CURIOSO CASO DI MOLESTIE OLFATTIVE

Cass., Sez. I, 12 giugno 2026 (dep. 17 luglio 2026), n. 27109, Pres. Casa, Rel. Natalini

di Gabriele Ponteprino

1. Non può che destare un certo stupore il fatto che la vicenda da cui prende le mosse la sentenza in esame[1] sia pervenuta all'attenzione della Prima Sezione penale della Suprema Corte. Siamo infatti al cospetto di un caso avente **un'offensività risibile, dinnanzi al quale l'opportunità di fare ricorso allo *ius terribile* si pone in netta antitesi con il canone della sussidiarietà e dell'*extrema ratio***[2], e con le sempre pressanti esigenze di alleggerimento del carico giudiziario.

Al netto di queste considerazioni di politica-criminale, la pronuncia *de qua* si segnala per alcune interessanti considerazioni di più ampio spettro, relative alla declinazione prasseologica della contravvenzione di cui all'art. 674 c.p. (il getto pericoloso di cose)[3].

2. Procediamo con ordine, ripercorrendo – per sommi capi – la vicenda posta al vaglio della S.C.

L'imputata era chiamata a rispondere della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., per aver somministrato cibo a gatti randagi in violazione di un'ordinanza comunale in materia di igiene e sanità pubblica, e di quella di cui all'art. 674 c.p. Costei, foraggiando gli sventurati felini e fornendo loro ricovero presso un immobile di sua proprietà, avrebbe infatti «provoca(to) il versamento di deiezioni animali, nonché l'abbandono di scarti di cibo e di acqua stagnante, atti a molestare e creare notevole disturbo alle persone» residenti nei luoghi limitrofi a quello di insediamento della colonia felina. Tanto varrebbe a integrare gli estremi di una peculiare ipotesi di getto pericoloso di cose, che non sarebbe qui consistito nel getto o nel versamento *diretto* di

---

[1] Su cui v. anche S. Regini, *L'art. 674 c.p. tra tipicità e responsabilità omissiva: il caso dei gatti randagi*, in *Arch. pen.*, 2026.

[2] Per ampie riflessioni sul cronico problema dell'ipertrofia penalistica e sulla necessaria depenalizzazione della criminalità bagatellare, valga per tutti il rimando a: C.E. Paliero, *Principio di esiguità e deflazione penale: la ricetta italiana del tipo bagatellare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 535 ss.; imprescindibile, Id., Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

[3] Cfr. L. Gizzi, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

avanzi o deiezioni, ma in una indiretta "provocazione" del versamento materialmente realizzato dagli animali.

2.1. Il Tribunale di Locri **assolveva l'imputata per la contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità «perché il fatto non costituisce reato»**.

Tale conclusione è fondata sull'assunto che la **fattispecie di cui all'art. 650 c.p.** ha carattere **sussidiario** e il suo perimetro operativo è circoscritto alle sole ipotesi in cui la violazione del provvedimento di autorità **non integri gli estremi di un più grave reato** (come espressamente previsto dallo stesso art. 650 c.p.) **o di un diverso illecito amministrativo**[4]. Un'evenienza, quest'ultima, verificatasi nel caso di specie, dato che l'ordinanza del sindaco del Comune di Bovalino che vietava la somministrazione del cibo ai gatti randagi prevedeva l'irrogazione di una **sanzione amministrativa *ad hoc*** per il mancato rispetto della citata prescrizione.

2.2. Veniva invece pronunciata **sentenza di condanna** alla pena dell'ammenda di 200 euro per il reato di cui all'art**. 674 c.p.,** in combinato disposto con **l'art. 40 cpv.** (che non era stato tuttavia oggetto di specifica contestazione nell'editto accusatorio).

Il giudice di merito ritenne che **l'imputata – nell'accudire i gatti randagi – avesse volontariamente assunto una posizione di garanzia rilevante *ex* art. 40 cpv**., divenendo titolare di obblighi di custodia e di controllo nei confronti della colonia felina. Obblighi a cui era però venuta meno, mancando di predisporre le adeguate cautele volte a prevenire danni a terzi. Segnatamente, costei non aveva eliminato gli avanzi di cibo dall'immobile in cui aveva allestito mangime e giacigli, né rimosso le deiezioni dei felini dalle aree circostanti. In questo modo, aveva contribuito alla – o, meglio, non aveva impedito la – propagazione delle esalazioni odorigene, in particolare nel giardino limitrofo al rifugio, di proprietà della persona offesa costituita parte civile, con conseguente compromissione del benessere psico-fisico e del sereno svolgimento della sua vita di relazione.

A detta del Tribunale di Locri, siffatte omissioni davano luogo a una responsabilità omissiva impropria per non aver colposamente impedito l'evento di "molestie olfattive" rilevante ai sensi dell'art. 674 c.p., evento materialmente cagionato da una ripetuta condotta animale.

3. Il collegio difensivo dell'imputata presentava ricorso *per saltum* in Cassazione, denunciando – per quanto qui interessa – una violazione di legge in relazione agli artt. 40 cpv. e 674 c.p.

In particolare, si sosteneva che, in capo al soggetto agente, non fosse ravvisabile una posizione di garanzia «tale da imporre l'obbligo di controllare e custodire i gatti»

[4] In questo senso si esprime la giurisprudenza consolidata, la quale afferma che «in tema di inosservanza di provvedimento dell'autorità, la disposizione di cui all'art. 650 c.p. è norma di natura sussidiaria, che trova applicazione solo quando l'inosservanza del provvedimento dell'autorità non sia sanzionata da alcuna norma, penale o processuale o amministrativa». Cfr. Cass., Sez. III, 7 giugno 2019, n. 25322; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2021, n. 10773; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2025, n. 35159, in *One Legale.*

randagi che entravano ed uscivano dall'immobile. Dalla disamina della l. 14 agosto 1991, n. 281 (Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo) e della Legge regionale 3 ottobre 2023, n 45 (Legge della regione Calabria sulla "Promozione del benessere degli animali d'affezione e prevenzione del randagismo") si evince, infatti, che i gatti facenti parte delle colonie vivono, per definizione, in libertà e che, pertanto, i privati cittadini che volontariamente si occupano del sostentamento di questi animali non rivestono alcuna posizione di garanzia, non potendo nemmeno essere qualificati come detentori.

Sotto altro versante, il ricorrente riteneva che il reato di cui all'art. 674 c.p. non fosse configurabile per un difetto di tipicità in relazione all'ambientamento spaziale dell'illecito, che non si verificò «in un luogo di pubblico transito», bensì nel giardino privato della parte civile. Ciò consentirebbe di escludere in radice la sua sussistenza della contravvenzione *de qua*, non essendo ipotizzabile che, «per andare esente da responsabilità», il soggetto attivo dovesse fare ingresso nelle pertinenze dell'abitazione della persona offesa per ripulire eventuali deiezioni.

4. Ebbene, all'esito di un articolato iter motivazionale, la **Cassazione ha accolto il motivo di ricorso** richiamato poc'anzi, **annullando senza rinvio la sentenza del Tribunale di Locri nella parte relativa al reato di cui all'art. 674 c.p.**, che va dunque ritenuto insussistente.

4.1. In via preliminare, la Corte procede a una puntuale esegesi della contravvenzione in oggetto – le cui origini si radicano nel diritto romano –, ribadendo come essa configuri un reato di pericolo che, conformemente alla sua collocazione sistematica nella Sezione II del Capo I del Libro III c.p., è posto a tutela dell'incolumità pubblica. Segnatamente, **l'art. 674 c.p. salvaguarda l'incolumità delle persone, o anche di singoli individui, «nei luoghi di transito o nelle abitazioni private»**[5] e mira alla repressione di «pericoli più o meno gravi dipendenti dal getto o versamento di cose» o dall'emissione di gas, vapori e fumi[6].

Molti studiosi sostengono che la disposizione in parola tipizza due distinte fattispecie di reato, produttive di un medesimo evento di pericolo: quella di getto (di solidi) o versamento (di liquidi) di cose atte a offendere, molestare od imbrattare persone (art. 674 c.p., primo periodo) e quella di emissioni di gas, vapori o fumo volte a cagionare il medesimo effetto (art. 674 c.p., secondo periodo)[7].

L'ambito operativo della prima contravvenzione è soggetto a **una restrizione di carattere spaziale**, poiché il getto o il versamento deve essere realizzato **«in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso»**; la seconda,

[5] S. Ardizzone, *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, consultato su *One Legale.*
[6] G. Sabatini, *Incolumità pubblica (contravvenzioni concernenti la)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, 573 ss.
[7] P. Silvestri-D. Tripiccione, *art. 674 c.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VI, Milano, 2022, 91 ss.

invece, può trovare applicazione dinnanzi a emissioni nocive non consentite *ex lege*, a prescindere dal luogo in cui esse sono provocate e dal luogo in cui penetrano[8].

La giurisprudenza prevalente – a cui si allinea la sentenza in commento – è invece di avviso contrario e ritiene che l'art. 674 c.p. sia, in realtà, una **norma a più fattispecie**[9] e debba pertanto essere interpretata «nel senso che non prevede due ipotesi di reato separate, ma **un solo e unitario reato, nel quale la seconda ipotesi (emissione di gas, vapori o fumo) non è altro che una specificazione della prima ipotesi**, caratterizzata non tanto dal fatto del particolare oggetto dell'emissione (gas, vapori, fumo) quanto piuttosto dalla circostanza che è possibile che l'emissione, ossia l'attività pericolosa, in quanto socialmente utile, sia disciplinata dalla legge o da un provvedimento dell'autorità, e che in tal caso il reato è configurabile esclusivamente quando essa non sia consentita, ossia quando siano superati i limiti previsti per la specifica attività, dovendo altrimenti presumersi legittima»[10].

Comunque sia, trattandosi di un reato di pericolo, al fine della sua integrazione non occorre che le condotte tipizzate producano un effettivo nocumento alle persone, essendo sufficiente dimostrare **la loro concreta attitudine – *rectius*, la loro idoneità –** a **cagionare effetti dannosi in capo a uno o più individui**[11]. È pacifico che il riscontro di tale evento di pericolo – consistente per l'appunto nella capacità delle cose o delle emissioni a imbrattare, offendere o molestare le persone – non deve necessariamente essere basato su una perizia, ma può anche fondarsi su elementi probatori di varia natura, come ad esempio le dichiarazioni testimoniali di chi abbia assistito al getto, al versamento o all'emissione[12].

La contravvenzione in esame ha natura strutturalmente istantanea, ma – specialmente nelle ipotesi indicate dal secondo periodo dell'art. 674 c.p. – non può escludersi che l'emissione nociva abbia luogo, continuativamente, per un certo periodo di tempo: in simili eventualità saremmo dinnanzi a un unico reato permanente, che si consuma al momento della cessazione delle emissioni, con tutto ciò che ne consegue in punto di disciplina (decorso della prescrizione, configurabilità del concorso di persone, e così via)[13].

Sul piano dell'elemento soggettivo, infine, coerentemente alla sua natura contravvenzionale, il reato è configurabile anche al sussistere della colpa, sempreché il

---

[8] Sul punto, A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte spec., vol. 9.2.*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2013, 670 s., nonché R. Gargiulo, *art. 674 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2025, 1317.

[9] V. Torre, *Getto (e collocamento) pericoloso di cose*, in D. Castronuovo (a cura di), *Reati contro l'incolumità pubblica*, diretto da Palazzo-Paliero-Pelissero, Torino, 2024, 492.

[10] Cass., Sez. III, 18 novembre 2010, n. 40849; Cass., Sez. III, 17 ottobre 2011, n. 37495, in *One Legale.*

[11] In senso conforme, Cass., Sez. III, 12 gennaio 2024, n. 1451; Cass., Sez. III, 12 gennaio 2024, n. 1451, in *One Legale.*

[12] Cass., Sez. III, 5 giugno 2024, n. 31114, in *One Legale.*

[13] Da ultimo, Cass., Sez. III, 11 maggio 2026, n. 16551, commentata da V. Paone, *Emissione di molestie olfattive e natura permanente del reato*, in *Amb. & svil.*, 2026, 464 ss. Come osservato da P. Malanetto, *art. 674 c.p.*, in *Codice penale commentato on line*, diretto da Ronco-Romano, agg. da M. Lombardo, in *One Legale*, «il reato può avere carattere istantaneo ma le ipotesi socialmente più rilevanti sono permanenti».

soggetto agente sia consapevole della situazione di pericolo ingenerata dall'azione criminosa.

4.2. Dopo questo rapido *excursus*, la S.C. chiarisce innanzitutto che, nel caso in esame, occorre interrogarsi in merito alla sussistenza del reato previsto dalla prima parte dell'art. 674 c.p., in quanto la fattispecie tipizzata nella seconda parte della norma può trovare applicazione soltanto nelle ipotesi di emissioni vietate dalla legge. La casistica è quella relativa alle emissioni provocate da attività socialmente utili o da attività economiche legate al ciclo produttivo, che sono autorizzate *ex lege* entro determinati limiti, al superamento dei quali è ipotizzabile l'integrazione del reato *de quo*[14]. Una situazione che, evidentemente, non ricorre nel caso di specie.

4.3. Ora, se consideriamo più da vicino le condotte descritte dall'art. 674 c.p., non si può far a meno di rilevare come la fattispecie sia oggetto di interpretazioni "a maglie larghe", tese a dilatare il suo orizzonte applicativo, talora oltre i limiti tracciati dalla *littera legis.*

Oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale è stata, in particolare, la possibilità di includere entro lo spettro di tipicità dell'art. 674 c.p. la propagazione di onde elettromagnetiche[15]. L'orientamento prevalente propende per la soluzione affermativa, ritenendo che le onde elettromagnetiche possano essere considerate "cose" rilevanti ai sensi dell'art. 674 c.p., poiché dotate di una propria fisicità e suscettibili di utilizzazione e misurazione. Nello stesso senso depone l'impiego del verbo gettare, che è dotato di un'ampia portata semantica, essendo riferibile a qualsiasi azione «positiva di lanciare qualcosa in qualche luogo, ovvero di mandar fuori, emettere, espellere»[16].

4.4. Anche la pronuncia in commento adotta un'interpretazione estensiva dell'art. 674 c.p.

In primo luogo, essa ammette che **il reato possa essere commesso anche in forma omissiva**, in forza dell'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. Del resto, sebbene un risalente indirizzo sostenesse che la contravvenzione in parola – in quanto fattispecie di mera condotta e a forma vincolata – fosse realizzabile unicamente in forma attiva[17], la giurisprudenza considera l'art. 674 c.p. un reato a forma libera ed è ferma nel riconoscerne l'integrazione anche quando «il pericolo concreto per

---

[14] Per una ricognizione giurisprudenziale sulla contravvenzione di cui al secondo periodo dell'art. 674, v. R. Gargiulo, *art. 674 c.p.*, cit., 1317 ss.

[15] Criticamente, A. Manna, *L'epidemia colposa al vaglio delle Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 23 settembre 2025, il quale sottolinea che, etimologicamente, «il riferimento ai verbi "gettare" e "versare"» depone a favore del fatto che il reato possa essere realizzato da condotte di lancio di oggetti *solidi* o *liquidi*.

[16] Cfr. Cass., Sez. I, 17 luglio 2026, n. 27109.

[17] Di questo avviso, Cass., Sez. VI, 16 maggio 1985, n. 8449, la quale affermava che «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 674, prima parte, cod. pen., è necessaria una condotta attiva e cioè un cosciente e volontario lancio o versamento delle cose "de loco ad locum". Ne consegue che non integra l'elemento materiale di cui alla norma incriminatrice, una condotta omissiva […]»; Cass., Sez., I, 21 novembre 1995, n. 12748, in *One Legale.*

l'incolumità pubblica derivi dalla omissione, dolosa o colposa, del soggetto che aveva l'obbligo giuridico di evitarlo»[18].

In secondo luogo, la sentenza in esame – ponendosi nel solco di un consolidato filone ermeneutico – ritiene che **nell'alveo dell'art. 674 c.p. rientrino anche le "molestie olfattive"**, sempreché l'emissione di tali esalazioni superi i valori fissati da specifiche disposizioni di legge o, in assenza di predeterminazione normativa, i limiti della **«stretta tollerabilità»**. Tale parametro – a detta della Corte – deve essere preferito al più blando criterio della «normale tollerabilità» di cui all'art. 844 c.c., che viene reputato inidoneo «ad approntare una adeguata protezione all'ambiente ed alla salute umana»[19].
Incidentalmente, la S.C. ricorda come, già in passato, l'odore determinato dalla mancata rimozione delle deiezioni di cani e gatti da parte del proprietario o del detentore fosse stato ricondotto entro i margini dell'art. 674 c.p.

Emblematica la vicenda relativa a un soggetto che aveva ospitato nella sua abitazione condominiale sette cani e ventisei felini, senza adottare cautele idonee a prevenire ed evitare ai propri vicini i disturbi e le molestie (olfattive) cagionate dagli animali, che – a causa dell'incuria e delle precarie condizioni igieniche in cui versavano – avevano provocato odori nauseabondi evidentemente intollerabili[20]; o, ancora, quella riguardante l'omessa custodia di un cane, lasciato dal proprietario sul balcone di casa per molte ore, con conseguente sversamento delle deiezioni e propagazione della esalazioni maleodoranti nelle aree comuni e nelle proprietà dei condomini dei piani di sotto[21].

4.5. Una volta chiarito che – in linea di massima – non sussistono assolute preclusioni all'inquadramento nell'art. 674 c.p. delle molestie olfattive mediante omissione, la Cassazione ha nondimeno escluso la sussistenza del reato nella vicenda in oggetto, annullando senza rinvio la sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Locri.

4.5.1. Le ragioni poste a fondamento della decisione sono – essenzialmente – due.

La prima concerne il **luogo di realizzazione del reato**, che, ad avviso della Corte, non è – come espressamente richiesto dall'art. 674 c.p. – né un luogo di pubblico transito, né un luogo privato, ma di comune o altrui uso. Secondo la S.C., nel caso di specie, mancherebbe «**il presupposto tipico della condotta materiale**», in quanto **le deiezioni feline e i cattivi odori da esse provocati si sarebbero riversati nel giardino di proprietà della parte civile, che è «un luogo privato *tout court*», e certo non adibito «a comune o altrui uso»**[22]. Un simile rilievo sarebbe, di per sé, sufficiente a negare l'integrazione dell'art. 674 c.p. per assenza di un elemento costitutivo della fattispecie.

---

[18] *Ex plurimis*: Cass., Sez. III, 27 settembre 2023, n. 39196; Cass., Sez. II, 5 febbraio 2021, n. 4633; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2012, n. 16286; Cass., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 44362; Cass., Sez. I, 17 novembre 1993, n. 781, in *One Legale*.
[19] Cass., Sez. I, 17 luglio 2026, n. 27109. Nello stesso senso, Cass., Sez. III, 10 gennaio 2017, n. 798, in *One Legale*.
[20] Cass., Sez. III, 23 gennaio 2025, n. 2795; similmente Cass., Sez. III, 3 novembre 2014, n. 45230, in *One Legale*.
[21] Cass., Sez. III, 31 luglio 2008, n. 36063, in *One Legale*.
[22] Cass., Sez. I, 17 luglio 2026, n. 27109, par. 2.3.

4.5.2. Il secondo elemento che ha persuaso la S.C. a escludere la sussistenza del reato è **l'assenza di una posizione di garanzia tale da imporre al soggetto agente di adottare le necessarie cautele volte a impedire le "molestie olfattive" cagionate dai felini**.

A differenza di quanto accaduto nelle ipotesi di getto di deiezioni animali richiamate poc'anzi, l'**imputata non risultava proprietaria o detentrice degli animali facenti parte della colonia**, che – per espressa previsione di legge – è costituita da «**gatti che vivono in libertà**»[23]. Una condizione, quest'ultima, che preclude in radice l'instaurazione di un rapporto giuridico di detenzione in capo a chi assuma – più o meno formalmente – l'incarico di occuparsi degli gli animali e dello stato igienico dell'area in cui essi stazionano (ossa colui che la legge della regione Calabria definisce *referente* o *tutor* di colonia felina).

Sotto altro complementare aspetto, il fatto che gli animali vivessero liberi rende del tutto inipotizzabile l'esistenza di un qualsivoglia potere impeditivo in capo al *tutor* della colonia, che – quand'anche riconosciuto titolare di un obbligo di protezione e di controllo nei confronti degli animali – non sarebbe, comunque, stato nella materiale possibilità di intervenire per evitare il prodursi delle molestie olfattive derivanti dalle deiezioni che si trovavano all'interno del giardino privato della persona offesa.

Infine – conclude la Corte – il fondamento della posizione di garanzia non può nemmeno essere individuato nell'esistenza di un generico obbligo, da parte di chi abbia anche solo la detenzione temporanea degli animali, di adottare «ogni cautela per evitare o prevenire danni a terzi». È infatti pacifico che questo dovere di custodia – la cui inottemperanza integra, già di per sé, gli estremi della contravvenzione di cui all'art. 672 c.p. – riguarda *ex lege* i soli animali pericolosi, tra i quali di certo non rientrano felini di piccola taglia.

***

5. Per quanto la vicenda qui schematicamente ripercorsa esprima un disvalore all'evidenza bagatellare, la pronuncia in commento affronta alcune delicate questioni interpretative, sulle quali la Corte – pur pervenendo a un esito condivisibile nella sostanza – si attesta su posizioni non esenti da criticità.

5.1. Del tutto peculiare, si rivela – innanzitutto – **l'interpretazione restrittiva che la Corte offre del requisito di luogo di verificazione della condotta tipica indicato dall'art. 674 c.p. prima parte.**

Come si è rilevato poc'anzi, la S.C. sostiene che, nel caso di specie, sia ravvisabile un **difetto di tipicità**, **poiché i fatti dedotti in imputazione si erano verificati nel giardino dell'abitazione della parte civile, che non è né un luogo pubblico né luogo privato ma adibito ad altrui uso, ma «un luogo privato *tout court*»[24].**

---

[23] Cass., Sez. I, 17 luglio 2026, n. 27109, par. 2.4.3.
[24] Cass., Sez. I, 17 luglio 2026, n. 27109, par. 2.3.

Una lettura siffatta appare, tuttavia, poco persuasiva.

A ben vedere, infatti, con la **locuzione «altrui uso»** impiegata nell'art. 674 c.p., il legislatore **ha inteso sì delimitare l'ambito spaziale di realizzazione del reato, escludendovi però non già qualsiasi luogo privato, ma solo quelli di pertinenza dell'autore del getto o del versamento**. Quest'ultima impostazione trova ampio riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità, la quale afferma costantemente che «l'uso altrui, cui si riferisce l'art. 674 cod. pen. ed al quale deve essere soggetto il luogo privato perché possa configurarsi il reato» *de quo* «può consistere in qualunque legittima facoltà» di valersi del luogo stesso per qualsiasi bisogno, «dipendente da un diritto soggettivo esclusivo, ovvero da un diritto *in re aliena* o d'obbligazione o anche da una mera condiscendenza di chi può prestarla», ma spettante – si badi bene – «**ad un soggetto diverso da quello che compie il getto o il versamento**»[25].

In altre parole, diversamente dal luogo di pubblico transito e dal luogo privato di comune uso, il luogo privato ma di altrui uso non è altro che quello «destinato a servire persone diverse» dall'autore del reato, il quale non ne ha in alcun modo la disponibilità[26].

Una simile interpretazione appare in linea con la *ratio* sottesa alla criminalizzazione dell'art. 674 c.p., nel quale l'effimero interesse dell'incolumità pubblica viene declinato nei termini di interesse a prevenire danni più o meno gravi alle persone[27], «nei luoghi di pubblico transito e nelle abitazioni», come espressamente sancito dal titolo della § 1della Sezione II, Capo I, Titolo I, in cui l'art. 674 trova la sua collocazione topografica.

Ed ecco allora che, qualora la Corte avesse adottato l'interpretazione prevalente – e a mio avviso obbligata alla luce del dato legale –, sarebbe stato piuttosto arduo ravvisare un *deficit* di tipicità "spaziale" del reato, in ragione del fatto che il versamento delle deiezioni e delle esalazioni odorigene ha colpito un luogo privato, ma appartenente a un soggetto terzo e non all'imputata.

5.2. Decisamente più persuasivi risultano gli argomenti in base a cui la sentenza in esame ha negato che sulla noncurante "gattara" gravasse una posizione di garanzia.

In primis – a livello formale – costei **non ricopriva il ruolo di referente della colonia felina**, soggetto che, a norma dell'art. 13 della già citata legge regionale, sarebbe tenuto – previo accordo di collaborazione con i comuni e rilascio di tesserino identificativo del servizio veterinario delle aziende sanitarie provinciali – a occuparsi della cura e del sostentamento dei gatti randagi soggiornanti in una certa area geografica.

Peraltro, **se anche ammettessimo che, *de facto*, l'imputata avesse volontariamente assunto l'onere di accudire la colonia, ciò non comporterebbe – di per sé – l'insorgenza di un potere impedivo rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.,**

---

[25] Cass., Sez. III, 28 ottobre 2024, n. 39599, con nota di V. Paone, *Nozione di "uso altrui" ex art. 674 cod. pen.*, in *Amb. & svil.*, 2024, 816 ss.; Cass., Sez. I, 4 dicembre 1989, n. 4939, Rv. 184908-01.

[26] Cfr. G. Sabatini, *Incolumità pubblica (contravvenzioni concernenti la)*, cit., 578;

[27] L. Gizzi, *art. 674 c.p.*, in *Codice penale*, II, diretto da Padovani, Milano, 2019, 4828 ss.

proprio in ragione dello stato in cui versavano gli animali, che – a differenza di quelli sottoposti a cura e custodia del proprietario/detentore o ospitati nei canili o nella c.d. oasi feline[28] – restavano liberi di spostarsi (ed espletare le proprie funzioni fisiologiche) nell'intero quartiere.

Orbene, è innegabile che i comportamenti contestati al soggetto agente – seppur mossi da un lodevole apprezzamento per gli animali – abbiano, in qualche misura, compromesso il benessere psico-fisico della persona offesa e dell'intero vicinato. Tuttavia – in assenza della dimostrazione che l'imputata avesse acquisito, a titolo originario, la proprietà dei felini o ne avesse quanto meno assunto la custodia (intesa quale stabile potere di governo, controllo e disponibilità) – non vi sono margini affinché la mancata pulizia del luogo di pubblico transito adibito a punto-cibo e dell'immobile di proprietà predisposto a rifugio possano comportare l'insorgenza di un obbligo impeditivo *ex* art. 40 cpv.[29].

Intollerabile – perché lesiva del principio di legalità – sarebbe stata poi l'opzione di dilatare lo spettro di tipicità dell'art. 674 c.p. fino a ricomprendervi, come prospettato in ipotesi accusatoria, le condotte attive di foraggiamento dei felini, quasi che l'imputata – nell'accudire gli animali – avesse indirettamente contribuito alla realizzazione delle molestie olfattive.

5.2.1. Da ultimo, non va trascurato che, nel capo di imputazione, **non compariva il riferimento all'art. 40 cpv**. o all'omissione di questa o di quella cautela doverosa, dato che, come appena visto, **la condotta veniva discutibilmente descritta in forma attiva**. Tanto sarebbe dovuto valere a ravvisare un difetto di correlazione tra accusa e sentenza. Più in generale, **una auspicabile interpretazione tassativizzante dell'art. 674 c.p. dovrebbe indurre a escludere la sua configurabilità in forma omissiva**, poiché, a ben vedere, esso non prevede un vero e proprio evento naturalistico da impedire, trattandosi di una fattispecie di pericolo, ove «l'elemento della pericolosità attiene all'oggetto materiale» del reato[30].

A ciò si aggiunga che – stando al tenore letterale della norma – l'art. 674 c.p. sembra configurare un reato a forma vincolata, realizzabile soltanto mediante le condotte attive di getto, versamento o di emissione. Se così fosse, dovrebbe escludersi l'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. che, a detta della dottrina largamente prevalente, non può essere impiegata nei reati a forma vincolata[31].

---

[28] Così definisce la legge della regione Calabria le strutture adibite a ricovero degli animali d'affezione, che devono essere regolarmente pulite e dotate delle adeguate precauzioni.

[29] Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2026, 274 ss.

[30] Di questo avviso, in dottrina, L. Eusebi, *sub art. 674 c.p.*, in *Commentario al codice penale*, diretto da Forti-Riondato-Seminara, Milano, 2024, 2848 s.; V. Torre, *Getto (e collocamento) pericoloso di cose*, cit., 501.

[31] In argomento, nella manualistica recente, M. Pelissero, *Manuale di diritto penale*, Torino, 2026, 280; in termini problematici G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 273 s., i quali osservano come talora la giurisprudenza (specie in materia di truffa contrattuale) riconosca – non senza margini di ambiguità – la configurabilità di reati a condotta vincolata anche in forma omissiva. Con specifico riguardo al delitto di cui all'art. 640 c.p., in relazione al quale si riscontrano tali discutibili affermazioni, va però precisato che le condotte di artifici e raggiri ivi tipizzate siano da tempo memore oggetto di una

Sappiamo però bene che **la giurisprudenza è di avviso contrario.** In verità essa non affronta apertamente il problema della natura vincolata o meno dell'art. 674 c.p., ma, con disinvoltura estrema, si limita sostenere *per facta concludentia* che tale contravvenzione integra gli estremi di un reato a forma libera, che annovera tra i suoi elementi costitutivi un evento di pericolo (il versamento o l'emissione nociva) distinto e distinguibile dalla condotta da cui è provocato, la quale «può essere sia attiva che omissiva»[32].

Siffatta conclusione ha **ricevuto l'implicito avallo delle Sezioni unite del 2025** nella pronuncia relativa alla realizzabilità del reato di epidemia in forma omissiva.

In quell'occasione, la Corte – nell'escludere la natura vincolata dell'art. 438 c.p. (mancando così di affrontare espressamente la spinosa questione della ipotetica operatività dell'art. 40 cpv. in relazione a tale categoria di reati) – ha incidentalmente richiamato l'art. 674 c.p., osservando come anche tale fattispecie – «caratterizzata da condotte […] diffusive, di versamento di polveri o di emissione di gas, vapori e fumi» – integri un reato causale puro, ove «la norma incriminatrice tende a evitare l'evento pericoloso per la salute pubblica, indipendentemente dalle modalità comportamentali (positive o negative) con cui si realizza il versamento o l'emissione»[33]. Evento che – giova ribadirlo – ha contorni davvero labili ed è oggetto di interpretazioni latissime da parte del diritto vivente, venendo identificato con «qualsiasi situazione di fastidio, disagio, disturbo e comunque di turbamento della tranquillità e della quiete» avente un «impatto negativo, anche psichico, sull'esercizio delle normali attività quotidiane di lavoro e di relazione» della persona offesa, a prescindere dal verificarsi di un danno o anche solo di un pericolo «alla salute e/o all'ambiente, casi nei quali altre (e più gravi) sono le fattispecie incriminatrici applicabili»[34].

---

interpretazione a maglie larghe – osteggiata in dottrina, ma ancora ben salda nel diritto vivente – che porta al quasi completo svuotamento del disvalore di azione della fattispecie di truffa, privando di ogni tassatività e pregnanza una disposizione formulata in maniera solo apparentemente rigida. Interpretazione che acconsente di includere nello spettro di tipicità dell'art. 640 c.p. anche comportamenti aventi una scarsa, se non nulla, connotazione fraudolenta, come appunto il *mendacio* o il semplice silenzio. Un risultato, quest'ultimo, cui il diritto vivente perviene – si badi bene – senza fare alcun esplicito riferimento all'art. 40 cpv. A questo proposito, sia consentito rimandare a G. Ponteprino, *L'indebita percezione di erogazioni pubbliche: una fattispecie "a vocazione sussidiaria" divenuta perno del sistema di contrasto alle frodi nelle sovvenzioni*, in questa *Rivista*, 24 settembre 2025, 35, e alle più autorevoli riflessioni di M. Mantovani, *La responsabilità omissiva e l'argine delle fattispecie a forma vincolata*, in questa *Rivista*, 19 febbraio 2025.

[32] Cfr. nitidamente Cass., Sez. II, 12 dicembre 2008, n. 16286.

[33] Cass., Sez. un., 28 luglio 2025, n. 27515, commentata da S. Tordini Cagli, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul reato di epidemia in forma omissiva*, in *Giur. it.*, 2025, 2612 ss.; A. Massaro, *Epidemia per omissione: il significato (im)proprio delle parole secondo la connessione proposta dalle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2026, 231 ss.; E. Davì, *Le Sezioni Unite alla prova del Covid: il delitto di epidemia colposa può configurarsi in forma omissiva*, in *questa* Rivista, 4 agosto 2025; nonché volendo G. Ponteprino, *La pronuncia delle sezioni unite sull'epidemia colposa in forma omissiva: un reato astrattamente configurabile ma dal problematico riscontro processuale*, in *Foro it.*, 2025, II, 627 ss. La Corte riprende testualmente sul punto quanto in precedenza affermato da Cass., Sez. II, 12 dicembre 2008, n. 16286

[34] Cass., Sez. III, 21 maggio 2021, n. 20204, in *One Legale.*

5.3. Infine, mi sia consentita un'ultima considerazione che, invero, prescinde dalla risoluzione del caso di specie.

Come s'è avuto modo di osservare, dall'analisi della sentenza in commento emerge, in controluce, il problematico statuto applicativo dell'art. 674 c.p. Una disposizione che, a causa dell'intrinseca vaghezza con cui è formulata (basti pensare all'impiego degli sfuggenti vocaboli getto, versamento, cose), è affetta da un ineliminabile *deficit* di determinatezza, che conferisce al precetto una elasticità abnorme[35], mettendo a serio rischio la tenuta del principio di riserva di legge e il rispetto del divieto di analogia *in malam partem*[36].

È dunque presto spiegato perché nel corso degli anni, l'art. 674 c.p. sia stato oggetto di un «tortuoso percorso interpretativo», che da sempre impegna dottrina e giurisprudenza[37]. Nel recente passato, la notevole versatilità della fattispecie *de qua* ha favorito un suo impiego in funzione di supplenza nella repressione di condotte inquinanti potenzialmente nocive per uomo e ambiente, ma non ancora adeguatamente punite dalla legislazione speciale[38]. Anche oggi nel perimetro dell'art. 674 c.p. vengono ricomprese le più disparate tipologie di condotte: si pensi, ad esempio, alle molestie olfattive, al getto di "cose" a mo' di dispetto (uova, escrementi, avanzi di cibo, acqua), allo scarico di reflui industriali, all'elettro-smog e così via[39]. È pertanto evidente come, nella prassi, si assista a un notevole allargamento dell'orizzonte operativo dell'art. 674 c.p., che finisce con l'essere applicato nei più disparati contesti e dinnanzi a episodi assai diversi sul piano del disvalore e delle finalità di tutela[40].

L'indeterminatezza della norma ha peraltro favorito l'affermarsi di letture disomogenee, con chiaro *vulnus* ai fondamentali valori di prevedibilità e certezza del diritto.

La tematica meriterebbe ben altro approfondimento[41].

In questa sede, mi limito soltanto a segnalare che tali oscillazioni emergono in maniera palmare anche (e forse specialmente) nella variegata casistica sulle molestie olfattive, che attiene, per lo più, alle emissioni odorigene provenienti dall'esercizio di attività economiche, da impianti produttivi o da centri di smaltimento e compostaggio rifiuti.

Le criticità riguardano, in particolar modo, le ipotesi in cui la legge non fissi alcun limite alle emissioni, in quanto, in simili evenienze, occorre reperire un parametro alla

---

[35] M. Solinas, *Getto pericoloso di cose. Sincretismo giurisprudenziale e persistenti aporie*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1610 ss., nonché L. Sabatini, *Rapporti tra l'art. 674 c.p. e l'art. 844 c.c. Un problema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2006, 2117 ss.

[36] L. Eusebi, *sub art. 674 c.p.*, cit., 2845 s.

[37] Così si esprime Cass., Sez. III, 21 maggio 2021, n. 20204, in *One Legale*. Secondo E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, 196, l'art. 674 c.p. è una norma «buona per tutte le stagioni, a cui è fatto dire tutto e il contrario di tutto».

[38] Sulla questione G. De Falco, *Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela contro l'inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. pen.*, 2001, 148 ss.

[39] V. Torre, *Getto (e collocamento) pericoloso di cose*, cit., 490.

[40] *Ibidem.*

[41] In proposito, il rinvio corre a L. Eusebi, *sub art. 674 c.p.*, cit., 2845 ss.

stregua del quale valutare se dette emissioni integrino gli estremi di una molestia idonea ad alterare il benessere psico-fisico di uno o più individui e, dunque, rilevante *ex* art. 674 c.p.

Alcune volte la giurisprudenza fa riferimento al criterio della "normale tollerabilità" ricavabile dall'art. 844 c.c.[42]: basti pensare alla vicenda, per molti versi similare a quella affrontata dalla sentenza in commento, relativa alle molestie cagionate dal mancato accudimento di sette cani e ventisei gatti[43]; altre volte, come nel caso di specie, evoca invece il più stringente limite della "stretta tollerabilità"[44].

Al netto di questa evidente difformità di vedute[45], ciò che mi preme sottolineare, a monte, è l'estrema vaghezza dei parametri della "normale" e della "stretta" tollerabilità. Da tale vaghezza consegue che la verifica in merito al rispetto del limite di liceità dell'emissione maleodorante dipende, in definitiva, dall'apprezzamento del singolo giudice, ed ha quindi natura altamente discrezionale, se non del tutto arbitraria. Ciò a maggior ragione se consideriamo che, al fine del riscontro del reato in parola, la giurisprudenza tende ad accontentarsi di dichiarazioni testimoniali – le quali, per quanto non debbano risolversi nell'espressione di valutazioni soggettive sono comunque basate sulla percezione odorigena dell'audito[46] – senza fare ricorso a perizia, a una indagine olfattometrica o ad altre risultanze di natura oggettiva.

Tutto ciò non può che comportare una pericolosa deriva verso un incontrollato soggettivismo interpretativo, oltre a un'insanabile frattura con il principio di legalità[47]. In conclusione, l'analisi di un caso che, a prima vista, non può che far sorridere il lettore diviene l'ennesima occasione per rinnovare l'auspicio di una lettura quanto più possibile stringente dell'art. 674 c.p., che – in ossequio ai canoni della frammentarietà e dell'*extrema ratio* del diritto penale – ne riconosca l'integrazione soltanto ove si dimostri che le condotte ivi tipizzate siano in effetti «idonee a mettere rischio l'integrità

---

[42] Cfr. Cass., Sez. III, 3 novembre 2014, n. 45230 relativa alle molestie olfattive provocate dallo spargimento di deiezioni canine, che afferma come laddove «non esista una predeterminazione normativa dei limiti delle emissioni, si deve avere riguardo, condizione nella specie sussistente, al criterio della normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c.; nello stesso senso, Cass., Sez. III, 14 luglio 2011, n. 34896, in *One Legale.*

[43] Cass., Sez. III, 23 gennaio 2025, n. 2795.

[44] Si veda Cass., Sez. III, 13 luglio 2016, n. 46149, secondo la quale «nel caso di molestie olfattive prodotte al di fuori di attività produttive le cui emissioni siano assoggettate a limiti normativi, debba rinviarsi al parametro della "stretta tollerabilità", sul presupposto che il criterio della normale tollerabilità previsto dall'art. 844 c.c. e richiesto da talune pronunce non è idoneo ad assicurare una protezione adeguata all'ambiente ed alla salute umana».

[45] Va sottolineato che un recente orientamento giurisprudenziale in tema di molestie olfattive ingenerate, però, dalle emissioni provenienti dall'esercizio di attività produttive distingue tra «l'attività produttiva svolta senza l'autorizzazione dell'autorità preposta, per la quale il contrasto con gli interessi tutelati va valutato secondo criteri di "stretta tollerabilità", e quella esercitata secondo l'autorizzazione e senza superamento dei limiti consentiti, per la quale si deve far riferimento alla "normale tollerabilità" delle persone previsto dall'art. 844 cod. civ. e sempre che l'azienda abbia adottato gli accorgimenti tecnici ragionevolmente utilizzabili per abbattere l'impatto delle emissioni sulla realtà esterna». Cfr. Cass., Sez. III, 5 agosto 2020, n. 23582; Cass., Sez. III, 27 novembre 2025, n. 38434, in *One Legale.*

[46] Cass., Sez. III, 21 maggio 2021, n. 20204, in *One Legale*

[47] Lo rileva, tra gli altri, E. Fassi, *Art. 674 c.p. i dubbi interpretativi dietro l'apparente "fil rouge" logico e sistematico seguito dalla Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2021, 3185 ss.; altresì, L. Eusebi, *sub art. 674 c.p.*, cit., 2845 ss.

psicofisica» – *rectius* la salute – di una o più persone[48], escludendo dal suo alveo accadimenti di cui non sia provata, oltre ogni dubbio ragionevole, una reale consistenza offensiva.

[48] M. Solinas, *Getto pericoloso di cose. Sincretismo giurisprudenziale e persistenti aporie*, cit., 1610 ss.

SISTEMA PENALE
10/2026

INTELLIGENZA ARTIFICIALE: PUBBLICATI IN GAZZETTA UFFICIALE I DECRETI ATTUATIVI DELLA L. 132/2025

D.lgs. 9 settembre 2026, n. 160 e d.lgs. 7 ottobre 2026, n. 179

di Beatrice Fragasso

1. Segnaliamo ai lettori che sono stati pubblicati in Gazzetta ufficiale due decreti legislativi relativi all'**adeguamento della normativa nazionale al Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. AI Act)**, in attuazione delle deleghe contenute nella **legge 23 settembre 2025, n. 132**, recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale»[1].

In particolare, il **d.lgs. 9 settembre 2026, n. 160** – in materia di «**utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia e di responsabilità civile e penale**» – è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15 settembre 2026 ed è entrato in vigore il 30 settembre 2026. Il **d.lgs. 7 ottobre 2026, n. 179** – in materia di «**poteri delle Autorità nazionali e di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella formazione** – è stato invece pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'8 ottobre 2026 ed entrerà in vigore il 23 ottobre 2026.

In attesa di pubblicare contributi di approfondimento, ci limitiamo qui a passare in rassegna le principali novità di interesse penalistico e processual-penalistico contenute nei due testi normativi. Particolare attenzione sarà riservata alle **modifiche intervenute nel corso dell'*iter* di adozione dei due schemi di decreto legislativo**, a seguito dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti, della Conferenza unificata e del Garante per la protezione dei dati personali [sul testo degli schemi di decreti legislativi approvati il 10 giugno 2026 dal Consiglio dei Ministri, v. la scheda di B. Fragasso pubblicata su questa *Rivista*].

[1] Sulla legge 132/2025 v., limitandoci ai contributi pubblicati in questa *Rivista*, B. Fragasso, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, 16 ottobre 2025; F. Mucciarelli, *Intelligenza artificiale e condotte manipolative su strumenti finanziari: una nuova aggravante con effetto attenuante*, 17 ottobre 2025; L. Picotti, *I contenuti penali della legge sull'intelligenza artificiale*, 2 dicembre 2025; N.M. Maiello, *Prime riflessioni sulla delega al Governo nella l. 23 settembre 2025, n. 132. Verso una responsabilità penale per fatto artificiale?*, 11 dicembre 2025.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

2. Il d.lgs. 160/2026 contiene la disciplina relativa all'utilizzo dei sistemi di i.a. nell'ambito dell'attività di polizia (Titolo I), nonché alcune disposizioni in materia di responsabilità civile e penale (Titolo II).

2.1. Quanto al primo aspetto, il Capo III del Titolo I ammette l'utilizzo di sistemi di i.a. nell'ambito dell'attività di polizia per due distinte tipologie di trattamento biometrico:

(i) **l'identificazione biometrica remota "in tempo reale"**, finalizzata alla **ricerca mirata di specifiche vittime o di persone scomparse**, ovvero alla **prevenzione di attacchi terroristici o di imminenti minacce** all'incolumità fisica delle persone fisiche (artt. 8-9);

(ii) **il riconoscimento facciale "a posteriori"**, finalizzato all'identificazione di **persone sospettate di aver commesso un reato** (art. 10).

Rispetto allo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri a giugno, il d.lgs. 160/2026 contiene **alcune modifiche volte a limitare l'uso dei dati raccolti nei luoghi pubblici e a rafforzare i controlli dell'autorità giudiziaria**.

2.1.1. Per quanto concerne **l'identificazione biometrica remota "in tempo reale"**, le modifiche più rilevanti riguardano l'art. 8, co. 3, d.lgs. 160/2026, che precisa che **i set di dati di confronto** utilizzati per confermare l'identità delle persone ricercate devono essere **specificamente costituiti per ciascun utilizzo** e devono essere **cancellati al termine della validità della specifica autorizzazione**.

L'art. 9, co. 1, d.lgs. 160/2026 impone inoltre al titolare del trattamento – ossia all'autorità competente che determina le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali nell'ambito dell'attività di polizia[2] – di effettuare preventivamente, accanto alla **valutazione d'impatto sui diritti fondamentali** (c.d. FRIA, *Fundamental Rights Impact Assessment*)[3], **anche la valutazione d'impatto sulla**

[2] Gli artt. 8 e 9, d.lgs. 160/2026, non identificano il titolare del trattamento in relazione all'identificazione biometrica remota "in tempo reale". L'art. 10, co. 5, stabilisce invece che il titolare del trattamento per l'identificazione biometrica "da remoto" sia il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.

[3] Il c.d. FRIA consiste nella valutazione preventiva dei rischi prevedibili che l'utilizzo di un sistema di i.a. può comportare per i diritti fondamentali, tenuto conto, tra l'altro, della durata dell'impiego, delle categorie di persone coinvolte, delle tecniche di sorveglianza previste e delle misure correttive da adottare in caso di concretizzazione dei rischi (art. 27 AI Act). L'art. 27 AI Act impone il FRIA agli utilizzatori professionali (c.d. *deployer*), qualora essi siano organismi di diritto pubblico o enti privati che forniscono servizi pubblici, o, ancora, enti che utilizzano un sistema di i.a. per la valutazione del merito creditizio o dei rischi assicurativi.

protezione dei dati personali (c.d. DPIA, *Data Protection Impact Assessment*), ai sensi degli artt. 23 e 24, d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

Resta invariata, per il resto, la disciplina già prevista nello schema di decreto legislativo: in particolare, l'impiego dell'i.a. deve essere **autorizzato – a pena di inutilizzabilità** degli elementi acquisiti – dal **procuratore della Repubblica** presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel quale sono emerse le esigenze di prevenzione o di ricerca (art. 8, co. 4); **nei casi di urgenza**, **l'utilizzo del sistema può essere avviato dall'organo di polizia procedente, previa comunicazione al p.m.** (art. 8, co. 6).

2.1.2. Il d.lgs. 160/2026 contiene **maggiori modifiche** – rispetto allo schema di decreto legislativo approvato a giugno – per quanto riguarda la disciplina del **riconoscimento facciale "a posteriori"**, relativo alle ipotesi in cui l'attivazione dell'i.a. a fini di riconoscimento «è effettuata successivamente all'acquisizione delle immagini, con un intervallo di tempo tale da non configurare un'identificazione biometrica remota in tempo reale ai sensi del regolamento IA» (art. 10, co. 1).

La principale modifica riguarda **il regime di autorizzazione**. Se lo schema di decreto legislativo non prevedeva alcuna autorizzazione giudiziaria, l'art. 10, co. 2, d.lgs. 160/2026, prevede invece che il riconoscimento effettuato **nei confronti di «una persona oggetto di ricerca mirata in quanto indiziata della commissione di un reato»** sia subordinato all'**autorizzazione del g.i.p.** L'utilizzo dell'i.a. resta invece rimesso all'**ufficiale di pubblica sicurezza** designato dal questore o agli ufficiali di **polizia giudiziaria** nei casi in cui il riconoscimento sia finalizzato «[a]ll'identificazione iniziale di **una persona potenzialmente indiziata della commissione del reato**, sulla base di elementi oggettivi e verificabili direttamente connessi al fatto di reato» (art. 10, co. 3).

Un'altra modifica di particolare rilievo riguarda **il momento in cui può avvenire l'elaborazione dei dati biometrici** raccolti attraverso la ripresa video. Nello schema di decreto legislativo si prevedeva che le immagini raccolte venissero automaticamente sottoposte a trattamento automatizzato, con memorizzazione e conservazione dei dati per un periodo di sette giorni.

Nel parere reso dal **Garante della Privacy** in relazione allo schema di decreto legislativo di giugno[4] si evidenziava tuttavia come una simile disciplina si ponesse **in contrasto con l'art. 26, par. 10, AI Act**, che «legittima l'uso del riconoscimento

[4] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sui Titoli I e III dello schema di decreto legislativo volto ad adeguare la normativa interna alle disposizioni del regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024*, Registro dei provvedimenti n. 531 del 14 luglio 2026, doc. web n. 10275606.

facciale a posteriori esclusivamente per ricerche mirate ex post di persone sospettate o condannate per aver commesso un reato». Di conseguenza, ad avviso del Garante, «**l'elaborazione dei dati biometrici non dovrebbe avvenire automaticamente e indiscriminatamente** al momento della ripresa video da parte dei sistemi di videosorveglianza, ma solo sulle tracce registrate, in ragione di una specifica esigenza operativa». Il d.lgs. 160/2026 recepisce le indicazioni del Garante e all'art. 10, co. 4, stabilisce che **l'elaborazione dei dati biometrici delle immagini può avvenire soltanto successivamente alla commissione del reato**, per effettuare il «confronto a posteriori con i dati biometrici estratti dalle immagini del volto della persona indiziata del reato».

2.1.3. Per affinità con le questioni esaminate fino ad ora, merita di essere analizzata qui – benché contenuta nel Titolo II del d.lgs. 160/2026 (su cui v. *infra*, par. 2.2. ss.) – la disciplina dell'utilizzo dell'i.a. nell'ambito del procedimento penale. L'art. 13, in particolare, introduce nel codice di procedura penale l'**art. 359-*ter***, rubricato «**Identificazione e localizzazione mediante sistemi di intelligenza artificiale per l'identificazione biometrica remota in tempo reale**», che consente **l'impiego dei sistemi di identificazione biometrica in tempo reale, *anche nell'ambito del procedimento penale***, quando occorra **confermare l'identificazione di una persona nei cui confronti vi siano sufficienti indizi** della commissione di uno dei delitti di cui all'allegato II dell'AI Act[5], puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, ovvero procedere alla **ricerca mirata**, anche mediante localizzazione, di una persona indiziata dei medesimi delitti (co. 1). Analoga possibilità è prevista per la **ricerca di latitanti** (co. 2) e di **specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale** (co. 4).

Rispetto a quanto previsto dallo schema di giugno, il comma 3 dell'art. 359-*ter* c.p.p. precisa – in linea con quanto stabilito per l'identificazione "in tempo reale" effettuata nell'ambito delle attività svolte dalle forze dell'ordine (v. *supra*, par. 2.1.1.) – che i **set di dati** di confronto utilizzati per confermare l'identità delle persone ricercate devono essere **specificamente costituiti per ciascun utilizzo** e devono essere **cancellati al termine della validità della specifica autorizzazione**.

[5] L'Allegato II dell'AI Act, in particolare, menziona le seguenti forme di criminalità: terrorismo; tratta di esseri umani; sfruttamento sessuale di minori e pornografia minorile; traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; omicidio volontario, lesioni gravi; traffico illecito di organi e tessuti umani; traffico illecito di materie nucleari e radioattive; sequestro, detenzione illegale e presa di ostaggi; reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale; illecita cattura di aeromobile o nave; violenza sessuale; reato ambientale; rapina organizzata o a mano armata; sabotaggio; partecipazione a un'organizzazione criminale coinvolta in uno o più dei reati elencati sopra.

Resta ferma, per il resto, la disciplina già prevista dallo schema di decreto legislativo:

(i) l'identificazione biometrica deve essere **richiesta dal p.m. al g.i.p.**, che provvede con decreto motivato, delimitando l'area geografica di applicazione, indicando le persone specificamente ricercate e determinando il tempo strettamente necessario, comunque non superiore a quindici giorni, prorogabili (co. 5 e 6);

(ii) **nei casi d'urgenza, il pubblico ministero può disporre l'utilizzo del sistema di i.a. con decreto motivato, soggetto a successiva convalida del g.i.p.**; quando non sia possibile attendere il provvedimento del p.m., l'attivazione può essere effettuata **dagli ufficiali di polizia giudiziaria**, che senza ritardo, e comunque entro le successive dodici ore, trasmettono la richiesta di autorizzazione al p.m. (co. 7);

(iii) nel caso in cui i sistemi di i.a. siano stati impiegati **fuori dai casi consentiti dalla legge o in assenza di autorizzazione**, i risultati acquisiti sono **inutilizzabili** (co. 8).

2.2. Il Titolo II del d.lgs. 160/2026 contiene, come già anticipato, «[d]isposizioni penali, sostanziali e processuali, in materia di **realizzazione e impiego illeciti dei sistemi di intelligenza artificiali** e disposizioni **processuali civili in materia di risarcimento dei danni** cagionati dall'utilizzo dei medesimi sistemi».

Sul piano del **diritto penale sostanziale**, l'art. 12 introduce all'art. 437-*bis* c.p. il reato di «**Omessa adozione di misure di sicurezza nei sistemi di intelligenza artificiale e alterazione illecita dei sistemi**», il cui testo riportiamo integralmente:

Art. 437-*bis* (*Omessa adozione di misure di sicurezza nei sistemi di intelligenza artificiale e alterazione illecita dei sistemi)* — Chiunque omette di adottare le misure tecniche di sicurezza, previste per la progettazione, l'addestramento, la produzione, l'immissione sul mercato di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, idonee a prevenire malfunzionamenti o alterazioni del funzionamento dei sistemi ovvero omette di adottare misure di sorveglianza umana è punito con la reclusione da uno a cinque anni, quando da tali omissioni derivi pericolo per la vita o l'incolumità pubblica o individuale. Qualora dal fatto derivi un pericolo per la sicurezza dello Stato, la pena è della reclusione da due a otto anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi indicati al primo comma, altera sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio è punito, qualora dal fatto derivi un pericolo per la vita o l'incolumità pubblica o individuale, con la reclusione da due a sei anni. Qualora dal fatto derivi un pericolo per la sicurezza dello Stato, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.

Se taluno dei fatti previsti dal comma primo è commesso per colpa grave, la pena è ridotta da un terzo a un sesto.

L'utilizzatore professionale di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio che omette intenzionalmente di adottare misure di sorveglianza umana è punito con le pene previste dal primo comma, primo e secondo periodo, qualora da tale omissione derivi, rispettivamente, pericolo per la vita o l'incolumità pubblica o individuale oppure un pericolo per la sicurezza dello Stato.

Il testo definitivo dell'art. 437-*bis* c.p. **si discosta sotto alcuni profili dalla formulazione che era contenuta nello schema di decreto** approvato a giugno:

(i) in tutte le fattispecie, il riferimento al "**pericolo concreto**" è stato sostituito con il riferimento al "**pericolo**";

(ii) **nel primo comma è stato eliminato il riferimento all'"utilizzo professionale"** dei sistemi di i.a.; al contempo, è stato aggiunto un **quarto comma specificamente riservato all'utilizzatore professionale**;

(iii) in tutti i commi, **l'ipotesi di reato più lieve** è quella relativa alla verificazione di un **pericolo "per la vita o l'incolumità pubblica o individuale"**, mentre l'ipotesi **più grave** riguarda il **pericolo "per la sicurezza dello Stato"**. Nello schema di decreto legislativo, la cornice edittale più elevata era invece riservata, oltre che ai casi di pericolo per la sicurezza dello Stato, anche alle ipotesi di pericolo per l'incolumità pubblica.

2.2.1. Il d.lgs. 160/2026 incide inoltre, mediante l'art. 15, sul **d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231**, inserendo nell'elenco dei reati presupposto, all'**art. 25-*vicies*** (*Reati commessi con l'uso di sistemi di intelligenza artificiale*), sia il **nuovo art. 437-bis c.p.** (v. *supra*, par. 2.2), sia **il reato di *Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente* (art. 612-*quater* c.p.)**, introdotto dalla legge 132/2025.

2.3. Il Capo II del Titolo II del d.lgs. 160/2026 è infine dedicato agli «**[s]trumenti processuali civili per il risarcimento dei danni cagionati dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale**». Tra i profili di maggiore interesse – rimasti invariati rispetto allo schema di decreto approvato a giugno – ci limitiamo a segnalare:

(i) l'introduzione di **meccanismi di *disclosure* degli elementi di prova relativi al funzionamento del sistema di i.a.** coinvolto nella verificazione di un danno, quando «l'istante presenta **fatti ed elementi idonei a rendere verosimile la fondatezza della domanda**, anche con riferimento al collegamento tra il risultato prodotto dal sistema di intelligenza artificiale e il danno lamentato» (art. 17, co. 1);

(ii) il riconoscimento, nel caso in cui il danno derivi dalla violazione di obblighi previsti dall'AI Act, di una **presunzione di causalità tra la suddetta violazione e il danno** (art. 18);

(iii) la previsione in base alla quale **la conformità del sistema di i.a. al Regolamento non esclude di per sé la responsabilità del convenuto** (art. 19);

(iv) la norma che prevede la possibilità, per il danneggiato, di **promuovere azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione** che presta la copertura della responsabilità civile al convenuto (art. 20).

3. Passiamo, ora, all'esame del **d.lgs. 7 ottobre 2026, n. 179**, che riguarda **i poteri delle autorità nazionali e la formazione in materia di i.a.**

3.1. Dopo un primo Capo – composto da un solo articolo – contenente le definizioni, il Capo II è dedicato ai **poteri delle autorità nazionali a vario titolo competenti in materia**: **Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN) e Agenzia per l'Italia digitale (AgID)**, con alcune competenze settoriali riservate alla Banca d'Italia, alla CONSOB, all'IVASS, e al Garante per la protezione dei dati personali.

Segnaliamo, inoltre, sempre al Capo II, la definizione della **disciplina sanzionatoria amministrativa** (di particolare interesse, per il penalista, stante la sua possibile inclusione nella nozione sostanziale di *matière pénale*). Rispetto allo schema di decreto approvato a giugno, il testo definitivo ha **rimodulato il regime delle sanzioni pecuniarie**, in linea con quanto previsto dall'art. 99 dell'AI Act (dedicato, per l'appunto, alle sanzioni):

(i) per la **violazione del divieto di pratiche di i.a. vietate** è prevista una sanzione fino a 35 milioni di euro o, se superiore, fino al 7% del fatturato mondiale totale annuo (art. 23, co. 1);

(ii) per la **violazione degli obblighi stabiliti dall'AI Act per i fornitori, rappresentanti autorizzati, importatori, distributori** e **utilizzatori professionali,** è prevista una sanzione fino a 15 milioni di euro o al 3% del fatturato (art. 23, co. 2);

(iii) per la **comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti** alle autorità competenti, è prevista una sanzione fino a 7,5 milioni di euro o all'1% del fatturato (art. 23, co. 3).

Il d.lgs. 179/2026 introduce, inoltre, **un illecito amministrativo che non è espressamente previsto dall'art. 99 AI Act**. Si tratta, in particolare, dell'**art. 23, co. 4**, che prevede una specifica sanzione «fino a un milione di euro o, se superiore, allo 0,5% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente» per la violazione degli **obblighi relativi alla *valutazione d'impatto sui diritti***

fondamentali per i sistemi di i.a. ad alto rischio (art. 27 AI Act) e al ***diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali*** (art. 86 AI Act).

3.2. Il Capo III interviene poi sulla **formazione in materia di intelligenza artificiale**, prevedendo percorsi di alfabetizzazione rivolti a studenti, docenti, professionisti, pubbliche amministrazioni e **magistrati**. Quanto a questi ultimi, in particolare, il **d.lgs. 179/2026** affida alla **Scuola superiore della magistratura** il compito di avviare percorsi formativi in materia di i.a.

3.3. Sempre al Capo III segnaliamo, infine, l'art. 42, rubricato «**Intelligenza artificiale, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro**»: un'altra novità del d.lgs. 179/2026 rispetto allo schema di decreto approvato dal Consiglio dei ministri a giugno. Di particolare interesse (anche) per i penalisti è il comma 2, che stabilisce che «[l]'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale che incidono sull'organizzazione del lavoro, sui ritmi produttivi, sulle modalità di esecuzione della prestazione o sui processi decisionali rilevanti ai fini della sicurezza **è valutato nell'ambito della valutazione dei rischi di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 81 del 2008**». Ne consegue che la mancata (o inadeguata) valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori derivanti dall'i.a. potrebbe avere ricadute – nel caso di infortuni sul lavoro – sull'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Editore

ASSOCIAZIONE
"PROGETTO GIUSTIZIA PENALE"