

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**3/2023**

**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 Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, 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, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, 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, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Viganò, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

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

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

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

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

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

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

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

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPER

S. SCHIAVONE, <i>L'istanza di legalità della pena tra tutela dei diritti umani, intenti definitivi e rimedi processuali</i> .....	5
M. ARBOTTI, <i>L'accertamento del periculum nel sequestro preventivo "obbligatorio", in vista delle Sezioni unite penali</i> .....	19
S. TALINI, <i>Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?</i> .....	33
V. BONINI, <i>Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni</i> .....	47

### CONTRIBUTI E OPINIONI

G.L. GATTA, <i>Reddito di cittadinanza e "abrogatio per aberratio" delle norme penali: tra abolitio criminis e possibili rimedi</i> .....	69
A. DELLA BELLA, <i>Carcere e 41 bis: tra poteri del Ministro della Giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della Cassazione</i> .....	81



## L'ISTANZA DI LEGALITÀ DELLA PENA TRA TUTELA DEI DIRITTI UMANI, INTENTI DEFINITORI E RIMEDI PROCESSUALI

di Susanna Schiavone

*Il contributo affronta il tema dell'illegalità della pena attraverso una riflessione sulle evoluzioni nell'interpretazione del principio nulla poena sine lege. Evidenziando la centralità del ruolo della Corte di Strasburgo nel delineare forme più avanzate di legalità, l'Autrice analizza criticamente i più recenti arresti del Giudice nomofilattico, ricostruendo la nozione di "pena illegale" e soffermandosi sulla misurabilità della stessa (anche "patteggiata") alla luce del metro individuato dalle Sezioni unite. Infine, l'indagine vira sui rimedi processuali adottabili per sanare l'illegalità della sanzione e, nello specifico, sulla possibilità per la stessa di essere rilevata d'ufficio in sede di legittimità.*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. L'influenza della tutela dei diritti umani sul principio *nulla poena sine lege*. – 2. La misura dell'illegalità della pena: spunti critici a partire da una recente pronuncia. – 3. Il sindacato sull'illegalità della pena (anche "patteggiata"). – 4. Sulla rimediaibilità della pena illegale: un compiuto avanzamento in punto di rilevanza d'ufficio in sede di legittimità. – 5. Note conclusive.

### 0. Premessa.

Alla radice del principio di legalità penale, perlomeno nelle moderne democrazie occidentali, è ravvisabile un'istanza di matrice costituzionale che si fonda sull'irrinunciabile salvaguardia dei diritti fondamentali, con tutto il loro seguito di necessari bilanciamenti<sup>1</sup>. Tale primaria esigenza ha da sempre innervato il dibattito interno in ordine alle modalità attraverso le quali perseguire una graduale tutela multilivello dei diritti individuali, con un conseguente, necessario adattamento dell'ordinamento ai principi sanciti dalle Corti sovranazionali.

Malgrado le fisiologiche tensioni innescaresi tra protezionistiche velleità legalitarie e pretese garantistiche – dirette a consentire una piena affermazione dei diritti umani<sup>2</sup>–, l'evoluzione della giurisprudenza convenzionale sul principio di legalità della

---

<sup>1</sup>In rapporto alla legalità penale, il crescente potenziamento di questa istanza ha fatto da contraltare alla cedevolezza dell'istanza, di matrice liberale, del monopolio dell'organo rappresentativo-parlamentare. Così, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *lalegislazionepenale.eu* (29 gennaio 2016), p. 3.

<sup>2</sup> Sulla relazione tra legalità e pena nell'ordinamento di *civil law*, J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Legalidad penal:*

pena ha enucleato nel corso del tempo inedite declinazioni dell'art. 7 Cedu<sup>3</sup>, contribuendo così all'affermazione di una tutela sempre crescente in ambito europeo e nazionale<sup>4</sup>, anche a discapito dell'intangibilità di più tradizionali barriere giuridico-concettuali.

Tuttavia, nel confronto con i quotidiani «tradimenti della legalità<sup>5</sup>», il moderno paradigma del *nulla poena sine lege* rimane inficiato ogni qual volta la sanzione inflitta in sede processuale ecceda i limiti imposti dall'ordinamento, vale a dire quando il giudice, all'atto dell'irrogazione della pena, «dimentichi che la soluzione del conflitto va tessuta sulla trama imposta dalla parola legislativa [che è, essa stessa] espressione di "potestatività"<sup>6</sup>». In tal guisa, la comminazione di una "pena illegale", da intendersi secondo la nozione ribadita recentemente dalle Sezioni unite, per un verso, tradisce la *ratio* del potere discrezionale di cui è tributario il giudice (artt. 3 e 27 Cost.) e, per l'altro, frustra il finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3 Cost.), con l'inaccettabile conseguenza di ridurla a una mera sofferenza per il condannato.

Sicché, soprattutto a valle dei più recenti pronunciamenti dell'organo nomofilattico, si paventa la necessità di riflettere sui nuovi spunti offerti dall'inesauribile tema della legalità, i quali si appuntano sull'esigenza, costituzionalmente imposta, di ricondurre la discrezionalità giudiziale nell'applicazione della sanzione (art. 132 c.p.), anche "patteggiata", agli stringenti limiti legali nonché sull'ampliamento del novero delle tecniche di tutela processuale, nella prospettiva di garantire una maggiore opportunità di rimozione del vizio della sentenza.

## 1. L'influenza della tutela dei diritti umani sul principio *nulla poena sine lege*.

Si è fervidamente dibattuto in passato sull'influenza che la Cedu e la relativa giurisprudenza tendono a esercitare su alcuni principi e istituti afferenti alla c.d. parte

---

*tipicidad, no retroactividad, non bis in idem*, in A.A.V.V., *Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH*, J. LLOBET RODRÍGUEZ – L. R. RUIZ RODRÍGUEZ (a cura di), Bosch Editor - Editorial Jurídica Continental, 2022, p. 97 s.

<sup>3</sup> Per una disamina della più aggiornata giurisprudenza convenzionale sulla «*legalité pénale*», A.A.V.V., *Les grand arrêts de la Cour européenne de Droits de l'Homme*, 10ed., Thémis droit, 2022, p. 293 s.

<sup>4</sup> Si rinvia ad, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in A.A.V.V., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ed., Oxford University Press, 2018, p. 491 s.

<sup>5</sup> L'espressione è di F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, p. 2.

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *Idem*, p. 2.

generale del diritto penale<sup>7</sup>, talvolta costruendo nozioni unitarie<sup>8</sup>, adattabili ai diversi ordinamenti europei sì da rendere possibile un'uniforme e costante applicazione delle garanzie convenzionali; talaltra interpretando e facendo impiego dei classici principi che informano l'intero sistema penale.

L'incedere di simili tendenze ha dato la stura a un crescente protagonismo dei diritti fondamentali e a una conseguente polarizzazione sulle relative istanze di tutela cui neppure le più ineludibili e tradizionali barriere hanno saputo resistere<sup>9</sup>. Rientra a pieno titolo in questa narrazione l'esigenza, più volte enfatizzata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, di assicurare l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu attestanti la violazione del principio di legalità della pena dinnanzi alla quale, evidentemente, il mito dell'intangibilità del giudicato<sup>10</sup>, sempre cedevole a fronte di una "pena illegale", è progressivamente tramontato<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> In proposito deve rimarcarsi che l'influenza dei diritti dell'uomo (sanciti dalla Cedu) sul diritto penale può esplicarsi, da un lato, inibendo allo Stato l'adozione di normative o prassi applicative ad essi contrari e, dall'altro, agevolando la creazione di incriminazioni o di meccanismi punitivi che implementino l'effettività della tutela di interessi essenziali, in un'ottica di prevenzione generale. Così: M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 94. Sul punto, V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in A.a.V.v., *La Corte di Strasburgo – Gli speciali della rivista "Questione giustizia"*, F. BUFFA – M. G. CIVININI (a cura di), Key editore, 2019, p. 688; in relazione ad ulteriori ambiti di influenza della Convenzione sulla parte generale del diritto penale, cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, p. 37 s.

<sup>8</sup> Il riferimento è alla nozione di «diritto penale», di «reato», di «sanzione penale» e, più in generale, alla definizione di ciò rientra nell'ambito della «materia penale». Cfr. C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 4ed., Utet, Torino, 1990, p. 64 - 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 22 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 13 s. Sul processo di armonizzazione, v. più diffusamente, M. DELMAS-MARTY, *Contraintes européennes et politique criminelle*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 12/1992, p. 436 s.

<sup>9</sup> Così, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 481 s. L'A. conclude sostenendo che l'orizzonte della "certezza dei diritti" abbia prepotentemente assunto una posizione di assoluta centralità con la conseguente declassazione della "certezza del diritto"; nello stesso senso, G. CANZIO, [La giurisdizione e la esecuzione della pena](#), in *Dir. pen. cont.*, p. 3 (26 aprile 2016). Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di legalità.*, p. 6 ss., in cui l'A. avverte come, sotto alcuni profili, la pienezza dei diritti fondamentali possa porsi in tendenziale rotta di collisione con l'onnipotenza legislativa caratteristica della tradizione legalitaria nazionale, al punto da originare, per certi aspetti, «un cortocircuito all'interno della legalità penale tra l'istanza liberale democratico-rappresentativa e quella costituzionale del potenziamento dei diritti».

<sup>10</sup> L'espressione è di G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 97 s.

<sup>11</sup> Con riguardo ad ulteriori interventi sul giudicato operati dalle sentenze della Corte europea, cfr. P. TROISI, [Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in *Dir. pen. cont.*, p. 8, il quale – tra gli altri – rinvia ai casi Drassich c. Italia (in relazione alla qualificazione giuridica dei fatti oggetto di imputazione) e Dorigo c. Italia (quanto al diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico).

In effetti, l'ermeneusi elaborata dai Giudici di Strasburgo intorno alla portata dell'art. 7 Cedu<sup>12</sup>, sotto il profilo del principio *nulla poena sine lege*<sup>13</sup>, ha contribuito all'affievolimento del divieto di statuire nuovamente sulla *res judicata*, senza minarne il fondamento giuridico, bensì con l'unica finalità di renderla convenzionalmente conforme, ponendo rimedio ad una accertata situazione di ingiustizia sostanziale. La questione, pertanto, è di ordine pratico piuttosto che ideologico, nella misura in cui si consente che la certezza fissata dal giudicato sia messa in discussione solo in presenza di ragionevoli motivi e, nello specifico, al fine di ricondurre la statuizione sul trattamento sanzionatorio entro gli argini della legalità.

Sotto questo profilo, il noto caso *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre del 2009, ha indubbiamente costituito l'occasione per il nostro ordinamento di allinearsi a questo più elevato *standard* di tutela, ammettendo il potere-dovere del giudice di tornare a incidere sulla pena – divenuta illegale – anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza. In quella vicenda, infatti, oltre all'irretroattività delle leggi penali più severe, la Grande Camera ha riconosciuto il principio della *lex mitior* quale proiezione implicita dell'art. 7 Cedu con la conseguente relativa ascrizione al rango dei diritti fondamentali della persona, non derogabile ai sensi dell'art. 15 Cedu.

Peraltro, sciogliendo il nodo dell'estensibilità della decisione a coloro che - pur non avendo esperito il rimedio del ricorso individuale alla Corte europea (art. 34 Cedu) - si trovassero nell'analoga situazione giuridica del ricorrente, le Sezioni unite della Cassazione hanno chiarito che la mancanza, nel caso concreto, di una pronuncia della Corte cui dare esecuzione, non avrebbe potuto ostacolare un intervento giurisdizionale dell'ordinamento giuridico italiano volto a rimuovere una situazione di illegalità convenzionale, benché implicante il sacrificio della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto a evidenti e pregnanti compromissioni di diritti fondamentali della persona<sup>14</sup>. In tale prospettiva, la dimensione dell'intangibilità della cosa giudicata non

<sup>12</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Contraintes européenne*, cit., p. 437, che individua una nozione legalità convenzionale: «de la légalité, on retiendra surtout qu'elle prend une signification «européenne», c'est-à-dire autonome, à la fois plus large et plus étroite qu'en droit interne». Notoriamente, la nozione convenzionale di "legalità" si declina in un'esigenza di "accessibilità" e "prevedibilità" delle decisioni giudiziali alla luce delle leggi vigenti e dei precedenti in materia. Per una più ampia ricostruzione dell'ambito di applicazione della norma, v. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 57 s.

<sup>13</sup> Pur riguardando esplicitamente il solo divieto di retroattività, si ritiene che l'art. 7 Cedu consacrì più in generale, nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). In giurisprudenza, tra le altre, v. le pronunce Kokkinakis c. Grecia, § 52; Cantoni c. Francia, § 29; K.H.W. c. Rep. fed. tedesca, § 45, sulla scorta del quale l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 7 Cedu devono tendere a garantire una protezione effettiva da procedimenti, condanne e sanzioni arbitrarie. In dottrina, cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 497; V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, p. 687 s.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche intercontinentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472 con nota di M. GAMBARELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969; Cass. Sez. un. 24 ottobre 2013, n. 18821 – ric. Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga de "fratelli minori" di Scoppola*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*. Cfr. anche R. MASTROTOTARO, *La veste legale della pena: una questione non*

può che retrocedere dinnanzi al bene della libertà personale dal momento che l'istanza di legalità della pena - da considerarsi «costantemente *sub iudice*» - non si arresta di fronte al dato formale dell'irrevocabilità della sentenza<sup>15</sup>.

Tra le - sporadiche - decisioni della Corte europea sul principio in discorso, il tema della legalità della pena è emerso anche in altre, più risalenti pronunce, come *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia* ed *E.K. c. Turchia*, ripresentandosi successivamente in ipotesi di problematica individuazione del *tempus* di riferimento per l'applicazione del trattamento sanzionatorio più rigoroso, come nelle sentenze *Veeber c. Estonia* e *Achour c. Francia*, riguardanti ipotesi di reato continuato e di recidiva.

Cionondimeno, l'attenzione dei Giudici di Strasburgo sembra essersi concentrata anche sullo specifico profilo della prevedibilità del *quantum* di pena da espiare, venuto in rilievo sia nel caso *Kokkinakis c. Cipro* - in cui si è censurata l'impossibilità per il condannato di conoscere l'effettiva data della propria liberazione a motivo della confusa disciplina sull'esecuzione della pena - sia nella più nota sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* - avente ad oggetto la posticipazione della stessa per effetto di un *revirement* sfavorevole in ordine alle modalità di applicazione di un beneficio penitenziario - sia in *Camilleri c. Malta* - in cui si è ritenuta oscura la reale ampiezza della forbice edittale all'interno della quale la pena dovesse essere irrogata<sup>16</sup>.

Un ulteriore corollario del *nulla poena sine lege* si sostanzia nella necessaria conformità del quantitativo di pena inflitto rispetto alla cornice legalmente prevista per il reato di cui il condannato è stato giudicato colpevole. Sotto questo aspetto, infatti, nella casistica europea si registra la sanzionabilità dell'errore commesso dai giudici nazionali nella determinazione del *quantum* di pena comminato, avendo riguardo alla più mite sanzione in cui sarebbe incorso l'interessato ove l'applicabilità delle circostanze attenuanti fosse stata correttamente valutata<sup>17</sup>.

---

differibile, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it). Successivamente, il principio è stato ribadito anche dalla Consulta che, in «un istruttivo esempio di gioco di squadra tra supreme magistrature», ha anche ammesso il potere del giudice dell'esecuzione di sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117, co. 1, Cost.* sulla norma di legge italiana che eventualmente osti a tale adeguamento, in maniera non superabile in via di interpretazione conforme al diritto convenzionale. Così, E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo. Nota a C. cost., n. 210/2013*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>15</sup> Più ampiamente, T. ALESCI, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale presupposti e limiti*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it).

<sup>16</sup> I riferimenti sono ben noti: Corte e.d.u., 21 ottobre 2013, [Del Rio Prada c. Spagna](#), ric. n. 42750/09; C.e.d.u., 22 gennaio 2013, [Camilleri c. Malta](#); entrambe con nota di F. MAZZACUVA, in *Dir. pen. cont.*

<sup>17</sup> Corte e.d.u., Gabarri Moreno c. Espagne, 22 ottobre 2003, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), § 33: « [...] en application de la circonstance atténuante [...] la peine encourue par le requérant était celle de prison majeure à son degré minimum, soit une peine d'emprisonnement pouvant aller de six ans et un jour à huit ans. Certes, comme soutient le Gouvernement, le tribunal avait la faculté de prononcer à l'encontre du requérant la peine, au niveau maximum du degré, soit huit ans. Mais, il est également vrai que le tribunal aurait pu le condamner au niveau minimum, soit six ans et un jour. Pour sa part, la Cour [...] se limite à constater que l'exigence de la sécurité juridique inhérente au principe de la légalité commandait, pour le moins, une rectification du quantum de la peine prononcée ce qui n'a pas eu lieu».

Come si avrà modo di approfondire, quest'ultima declinazione dell'art. 7 Cedu – forse la più somigliante ad alcuni intenti definitivi d'epoca illuministica<sup>18</sup> – rivela una particolare corrispondenza con la nozione di “illegalità della pena” per come recentemente ribadita dall'organo nomofilattico nazionale.

## 2. La misura dell'illegalità della pena: spunti critici a partire da una recente pronuncia.

Il tema dell'illegalità della pena (art. 25, co. 2 Cost.) torna ciclicamente all'attenzione della suprema Corte che, riunita nella sua più autorevole composizione, se n'è ultimamente occupata in qualità di presupposto per la ricorribilità in cassazione avverso le sentenze che irroghino la pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p.

Sul punto, in particolare, le difformità applicative invalse in giurisprudenza sono emerse in ragione del diverso metro di valutazione dell'illegalità, adottato dai giudici sulla base di due posizioni esegetiche distinte. Infatti, sulla scorta di un primo orientamento, nella ponderazione di quest'ultima si sarebbe dovuto compendiare non solo la pena conclusivamente determinata, ma anche i passaggi intermedi che avessero condotto alla sua determinazione<sup>19</sup> laddove un secondo filone interpretativo, invece, ha sostenuto la rilevanza del solo risultato finale, cioè della pena finalmente applicata, quale definitiva manifestazione dell'accordo tra le parti, purché sempre corrispondente, per specie e quantità, a quella astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice<sup>20</sup>.

Ebbene, nel dirimere la questione oggetto di rimessione<sup>21</sup>, le Sezioni unite, con la sentenza 12 gennaio 2023, n. 877<sup>22</sup>, hanno dapprima inteso definire la nozione di “pena

<sup>18</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, R. BONFANTI (a cura di), Einaudi, Milano, 1973, p. 10: «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino». Cfr. D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, p. 12, in cui l'A. evidenzia il timore per l'arbitrio giudiziale nell'opera di Beccaria.

<sup>19</sup> Come precisato in sentenza, tale indirizzo ha riguardato quelle ipotesi valorizzanti, da un lato, errori a carattere oggettivo, perché consistenti nell'omissione di valutazioni vincolate (tra le altre, Cass., Sez. 5, 19 ottobre 1999, n. 5018 – Rezel; Sez. 5, 5 ottobre 2004, n. 44336 – Mastrolenzi; Sez. 2, 28 ottobre 2020, n. 4798 – Ouertani); dall'altro, errori forieri dell'applicazione di una pena meramente illegale perché condizionata all'esito di valutazioni doverose ma omesse, come ad esempio un erroneo giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee (Cass. Sez. 5, 23 maggio 2014, n. 24054 – Restaino; Sez. 5, 27 gennaio 2021, n. 9818 – Santese).

<sup>20</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. 2, 23 febbraio 2022, n. 14320 – Perone; Sez. 6, 27 aprile 2021, n. 28031 – Di Bernardo; Sez. 5, 23 gennaio 2019, n. 18304 – Rosettani.

<sup>21</sup> Vale a dire «se configuri “pena illegale”, ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dell'art. 69, co. 3 c.p.».

<sup>22</sup> Sui restanti aspetti della pronuncia, v. nota di A. ACETO, *Le SS.UU. ribadiscono la nozione di pena illegale (anche in caso di patteggiamento)*, in *Il QG* (18 gennaio 2023).

illegale”, ponendosi sulla scia dei molteplici interventi chiarificatori, espressi – anche di recente – dalla suprema Corte<sup>23</sup>.

La ragione che più giustifica la formulazione di detto *obiter dictum* risiede nella rilevanza pratica di conoscere precisamente i confini dell’illegalità della sanzione, soprattutto ove la medesima configuri uno dei presupposti necessari al fine di attivare il relativo rimedio processuale, sia in fase di cognizione sia di esecuzione, ovvero l’oggetto stesso del giudizio da parte del giudice di ultima istanza.

Come – in effetti – rilevato dall’ordinanza di rimessione<sup>24</sup>, la persistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla valutazione sull’illegalità della pena avrebbe grandemente ostacolato l’accesso al sindacato di legittimità sulle sentenze applicative della pena a richiesta di parte<sup>25</sup>.

Più specificamente, nel vincolare la ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento – tra le altre – all’ipotesi di «illegalità della pena e della misura di sicurezza», il novellato art. 448, co. 2-*bis* c.p.p.<sup>26</sup> ha circoscritto, di riflesso, anche il perimetro di operatività del sindacato di legittimità, per cui ai Giudici della Quinta Sezione è apparso essenziale «definirne i confini applicativi ed interpretarne le componenti, ivi compresa, per quel che interessa in questa sede, la nozione di illegalità della pena».

Detta esigenza si è resa ancor più impellente per via del dettato dell’art. 610, co. 5-*bis* c.p.p. che, essendo informato alla medesima vocazione deflattiva, ispiratrice della riforma sul patteggiamento, ha imposto la sanzione della declaratoria di inammissibilità senza formalità di rito per l’impugnazione proposta per motivi irrivalenti.

Sicché, in continuità con l’indirizzo già espresso nel caso “Jazouli<sup>27</sup>”, le Sezioni unite sono tornate a qualificare come “illegale” la pena che, non corrispondendo – per genere, specie o quantità (sia in difetto che in eccesso) – a quella prevista in astratto dalla

<sup>23</sup> Tra gli altri, il riferimento è a Cass. pen., Sez. un. (data ud. 31 marzo 2022) 13 ottobre 2022, n. 38809, Miraglia, con nota di G. GARUTI, in *Dir. pen. proc.*, 12/2022, p. 1493; Sez. un., 31 marzo 2022, n. 47182, Savini; Sez. un., 26 febbraio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33040, Pres. Santacroce, Rel. Fidelbo, Ric. Jazouli (benché non massimate sul punto); cfr., inoltre, Cass., Sez. 6, 15 luglio 2014, n. 32243, Tanzi; Sez. 6, 19 febbraio 2013, Nisi; Sez. 2, 7 maggio 2013, n. 20275, Stagno.

<sup>24</sup> Cfr. punto 4 del Considerato in diritto, Cass., Sez. V, ord. 17 febbraio 2022 (dep. 21 d marzo 2022), n. 9523, Pres. Palla, est. Brancaccio, ric. Sacchettino.

<sup>25</sup> Sulla confermata facoltà per l’imputato di accedere al rito alternativo, cfr. Cass., Sez. un., n. 877/2023, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>26</sup> A seguito delle modifiche intervenute per effetto della l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma “Orlando”), la norma ha previsto la possibilità per il pubblico ministero e per l’imputato di ricorrere per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento solo per motivi attinenti all’espressione della volontà dell’imputato stesso, al difetto di correlazione tra richiesta e sentenza, all’erronea qualificazione giuridica del fatto e all’illegalità della pena o della misura di sicurezza. Cfr. Cass. pen., Sez. 5, 12 marzo 2021, n. 21497 Ricciardi, Rv. 281182 che, con specifico riferimento alla scelta di ancorare l’impugnabilità della sentenza all’illegalità della pena e della misura di sicurezza, ha ricondotto tale ipotesi all’ambito di discrezionalità riservato al legislatore nonché alla specifica «esigenza di limitare il controllo di legittimità alle sole decisioni che [...] costituiscono disapplicazione dell’assetto normativo disciplinante l’illecito oggetto di cognizione». Sui limiti imposti dalla norma, cfr. Sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368, Savin, Rv. 279348.

<sup>27</sup> Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040 – Jazouli, riguardante un caso di illegalità sopravvenuta della pena, dichiarata incostituzionale da una precedente pronuncia della Consulta.

norma incriminatrice, si collochi conseguentemente al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale<sup>28</sup>. Pertanto, l'eventuale sussistenza di un vizio, dovuta all'erronea modulazione dei vari passaggi intermedi – a partire dall'individuazione della pena base fino agli aumenti o alle riduzioni per le singole circostanze concorrenti –, non rappresenterebbe di per sé un fattore stigmatizzante.

Giova comunque precisare che il modello legale cui deve potersi ricondurre la sanzione deve consistere in una norma (sostanzialmente) penale che sia vigente al momento della commissione del fatto-reato o, se sopravvenuta, che sia più favorevole di quella anteriormente prevista.

A fondare il ragionamento del supremo Consesso si impone la funzione stessa della “legalità della pena” che, nel bilanciamento con le garanzie sottese al giudicato, rappresenta il limite estremo di tutela della libertà personale nonché, in fin dei conti, il principio di separazione dei poteri. Perché – come evidenzia la Corte – il tema della pena è il tema della «coesistenza di due domini», quello del legislatore e quello del giudice, entrambi espressione di poteri vicendevolmente interrelati (ma non già confondibili) che si sostanziano, rispettivamente, nell'individuazione del disvalore di una condotta in astratto e nell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio in concreto<sup>29</sup>. Nel travalicare, dunque, i confini che delimitano tali prerogative, si realizzerebbe un abuso del potere discrezionale da parte del giudice che, in definitiva, sortirebbe l'effetto di travolgere i valori dello Stato di diritto per cui queste sono state riconosciute<sup>30</sup>.

Intendendo isolare ulteriormente il concetto di “illegalità della pena”, da un lato, si è ritenuto di espungere quei profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, purché la difforme determinazione dello stesso rispetto al tipo astratto non conduca all'irrogazione di una pena estranea dall'ordinamento; dall'altro, lo si è distinto dalla nozione di “illegittimità della pena” che afferisce alla violazione delle regole disciplinanti l'uso del potere commisurativo, da esercitarsi sempre nel doveroso ossequio della determinazione legale<sup>31</sup>. Ne consegue che, diversamente da quanto si è detto sulla pena illegale, la pena meramente illegittima resta preclusa dall'inammissibilità del motivo di ricorso, in ragione della sua riconducibilità alla categoria della violazione di legge.

Tale differenza si riverbera anche sul piano della tutela. Per giurisprudenza costante, infatti, eventuali errori applicativi di norme di diritto sostanziale o di procedura determinanti il vizio di illegittimità della pena, ove non tempestivamente dedotti con gli ordinari mezzi di impugnazione, non sono deducibili in sede esecutiva, dal momento che tali vizi sono suscettibili di essere rilevati esclusivamente attraverso

---

<sup>28</sup> Invertendo la prospettiva, la “pena legale” è quella «del genere e della specie predeterminati dal legislatore entro limiti ragionevoli; comminata da una norma (sostanzialmente penale), vigente al momento della commissione del fatto-reato, o, se sopravvenuta rispetto ad esso, più favorevole di quella anteriormente prevista; determinata dal giudice, nel rispetto della cornice edittale, all'esito di un procedimento di individualizzazione che tenga conto del concreto disvalore del fatto e delle necessità di rieducazione del reo». Cfr. punti 12 e 14 del Considerato in diritto.

<sup>29</sup> Così, Cass. Sez. un. n. 21368/2019 – Savini; cfr. punti 13.2.1. ss. del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Riprende Cass., Sez. un., n. 388809/2022 – Miraglia, in motivazione.

<sup>31</sup> Cfr. sent. Savini.

l'impugnazione dei provvedimenti che definiscono il grado di giudizio in cognizione<sup>32</sup>. Per contro, deve rimarcarsi come al vizio di illegalità della pena sia riconosciuta piena rimediabilità in sede esecutiva, nell'ambito della quale la rimodulazione della sanzione da parte del giudice rappresenta una «valvola di sicurezza» del sistema a fronte di una situazione di ingiustizia sostanziale<sup>33</sup>.

### 3. Il sindacato sull'illegalità della pena (anche "patteggiata").

Il giudizio sulla legalità della pena si sostanzia, in ultima istanza, in una valutazione di conformità al paradigma normativo, da svolgersi sulla base di categorie individuate dallo stesso codice penale.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità rinvia ad alcune caratteristiche della pena come il genere (pene detentive o pecuniarie), la specie (ergastolo, reclusione o arresto, per le prime; multa o ammenda, per le seconde) e la quantità (sia in difetto che in eccesso) della pena astrattamente prevista.

In altri termini, per il buon esito del raffronto, bisognerà tenere presente il criterio nominalistico fornito dall'art. 17 c.p. il quale, nell'elencare in maniera tassativa e vincolante le "specie" di pene principali, dovrà poi coordinarsi con il criterio formale di individuazione delle due fattispecie tipiche di reato: delitti e contravvenzioni.

Quanto al "genere", il riferimento normativo da considerare sarà l'art. 18 c.p. che, in ragione del bene inciso dalla pena, distingue tra "pene detentive" e "pene pecuniarie".

Con riguardo all'individuazione delle ipotesi di pena illegale per "quantità", invece, si farà riferimento alla misura stabilita per ciascuna pena dagli artt. 23 ss. c.p., all'eventuale concorso di più circostanze aggravanti (artt. 65 ss. c.p.) e di reati (artt. 71 ss. c.p.) nonché alla cornice edittale fissata in astratto da ciascuna fattispecie incriminatrice, come risultante degli eventuali aumenti o diminuzioni di pena applicati a seguito della contestazione di circostanze del reato<sup>34</sup>.

Le suesposte coordinate tratteggiano il sistema di valutazione anche della pena applicata su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Nel caso della pena "patteggiata", infatti, tale giudizio si esplica al momento della sottoposizione al giudice dell'accordo sulla pena, suscettibile di essere accolto o meno all'esito di un pervasivo controllo giudiziale sotto il duplice profilo della congruità della sanzione ed, evidentemente, della corrispondenza della stessa alla legge<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2022 (dep. 6 febbraio 2023) n. 5046.

<sup>33</sup> Come precisato da Cass. pen., Sez. un., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014) n. 42858, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, ric. Gatto, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014.

<sup>34</sup> Nello specifico, cfr. Sez. un., n. 877/2023, punto 14.4.1 del Considerato in diritto.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., Sez. 6, 18 maggio 2022, n. 23614 che, con riguardo al diverso istituto del concordato in appello (art. 599-bis c.p.p.) ha sancito che le parti non sono vincolate ai criteri di determinazione della pena con la conseguenza che il giudice può sindacare esclusivamente la congruità della pena finale concordata, senza che rilevino eventuali errori di calcolo nei passaggi intermedi.

In realtà, proprio la natura negoziale dell'accordo (che concerne la pena finalmente applicata e non già il suo *iter* di commisurazione) rende irrilevanti gli errori eventualmente commessi nell'articolazione dei singoli passaggi interni, sempreché questi non sfocino nella determinazione di una sanzione qualificabile come "illegale" alla stregua dei rilevati parametri codicistici<sup>36</sup>. Su questo ultimo aspetto, pertanto, sarà necessaria la formulazione di un rigoroso sindacato giudiziale che, oltre ai profili più sopra messi in luce, verifichi la correttezza di tali passaggi intermedi.

Sempre a proposito dell'ambito di operatività del sindacato del giudice sulla pena illegale, assume rilievo il recente arresto<sup>37</sup> con cui le Sezioni unite hanno inteso sconfessare quell'indirizzo sostenuto nel caso "Butera" che, nel solco dei principi affermati dalla sentenza "Basile" nel 2014<sup>38</sup>, ha ritenuto precluso l'intervento modulativo sulla sanzione da parte del giudice dell'esecuzione ogni qual volta fosse stato necessario esprimere apprezzamenti di natura discrezionale in ordine alla scelta della specie e della durata della pena<sup>39</sup>. Nello specifico, tale posizione si fondava sul presupposto per cui il riconoscimento di una maggiore ampiezza del sindacato giudiziale avrebbe nei fatti assimilato la cognizione del giudice dell'esecuzione a quella caratterizzante il *munus* del giudice del rinvio, a seguito di annullamento da parte del giudice di ultima istanza della statuizione sulla pena illegalmente applicata.

Orbene, tenendo ferme le determinazioni assunte dal giudice della cognizione nell'individuazione dei parametri astratti per l'applicazione della pena, il supremo Consesso è tornato a definire i limiti del potere di intervento del giudice dell'esecuzione, ribadendone chiaramente l'autonomia di giudizio e l'importante funzione di "difensore della legalità della pena", sotto il profilo dell'individualizzazione e della finalità rieducativa che la Costituzione le imprime.

Di talché, si è ritenuto di poter convalidare la formulazione di un permeante sindacato giudiziale che, a fronte dell'ingiustizia causata dall'applicazione di una pena illegale, sia diretto a rimodularla, anche all'esito di valutazioni che ne investano

<sup>36</sup> Così, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto illegale, nell'ambito del "patteggiamento", l'erronea applicazione della pena detentiva in luogo di quella pecuniaria (Cass., Sez. I, 18 febbraio 2004, n. 17108) e, al contrario, ha escluso l'illegalità della sanzione rientrante nei limiti edittali pur se, in concreto, determinata attraverso un'erronea applicazione della diminuzione prevista per i reati contravvenzionali giudicati con rito abbreviato (Sez. un. "Savini").

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. un. n. 38809/2022 – Miraglia.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6240, Pres. Santacroce, Rel. Amoresano, ric. Basile, con nota di I. MANCA, [Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2015.

<sup>39</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 3 dicembre 2015), n. 47766, Pres. Santacroce, Rel. Rotundo, Ric. Butera, espressasi in ordine alla questione della rilevabilità d'ufficio, in caso di inammissibilità del ricorso, dell'illegalità della pena determinata dall'applicazione di sanzione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato. Pur propendendo per la soluzione negativa, la stessa ha inteso garantire il rispetto del principio di legalità della pena ammettendo l'intervento del giudice dell'esecuzione, sebbene soltanto in specifici casi. Più in particolare, cfr. sent. n. 38809/2022, punti 10 ss. del Considerato in diritto.

l'individuazione (prima ancora che la quantificazione) all'interno del catalogo normativo.

#### **4. Sulla rimediabilità della pena illegale: un compiuto avanzamento in punto di rilevabilità d'ufficio in sede di legittimità.**

Le considerazioni che hanno interessato la questione del sindacato giudiziale *in executivis* hanno costituito terreno fertile per l'affermazione della rilevabilità officiosa dell'illegalità della pena in sede di legittimità<sup>40</sup>. Si è coerentemente osservato, infatti, che il riconoscimento nei confronti del giudice della cognizione del medesimo potere d'intervento di cui – come si è visto – risulta tributario il giudice dell'esecuzione, per porre rimedio ai casi di illegalità della pena, sortirebbe il proficuo effetto di anticipare gli esiti obbligati della fase esecutiva, a beneficio del principio della ragionevole durata del processo.

Così, consentendo la più ampia opportunità di porre rimedio alla situazione di ingiustizia sostanziale, il delineato impianto appare conforme al quadro costituzionale e convenzionale su cui si fonda il principio di legalità della pena. È proprio in virtù dell'immanenza nella disciplina processuale dei valori espressi dalla Carta fondamentale, in relazione alla protezione della libertà personale e alle funzioni della pena, infatti, che si impone l'intervento officioso del giudice per la rimozione di pene illegali, anche in caso di inammissibilità dell'impugnazione.

Inoltre, siffatta impostazione rappresenta il ragionevole corollario della ricavata nozione di "pena illegale" che, come premesso, investe il fondamento della potestà punitiva del giudice, costituzionalmente titolato a garantire il rispetto dei cardini giustificativi dell'esercizio di detta prerogativa, indipendentemente dal principio devolutivo.

Adottando il suddetto concetto, le Sezioni unite hanno ricomposto un contrasto<sup>41</sup> giurisprudenziale riguardante il tema della rimediabilità, dal punto di vista processuale, della situazione di sostanziale ingiustizia determinata a causa dell'applicazione di una pena illegale, affrontando – in particolare – il problema del rapporto tra l'inammissibilità del ricorso al giudice di legittimità, per ragioni diverse dalla tardività, e la rilevabilità d'ufficio della pena illegale<sup>42</sup>. È appena il caso di precisare, infatti, che in difetto di

---

<sup>40</sup> Cfr. Sez. un., n. 38809/2022 – Miraglia, punto 11 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> *Idem*, punto 3.1. del Considerato in diritto: per un primo orientamento, la rilevabilità d'ufficio avrebbe incontrato la preclusione dell'inammissibilità del gravame che, indipendentemente dalla deduzione di specifiche doglianze in sede di impugnazione, avrebbe impedito il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio; per un secondo indirizzo, invece, si sarebbe dovuta ritenere prevalente l'esigenza di rimediare all'illegalità della pena, superando il limite del difetto dei requisiti per l'ammissibilità del ricorso.

<sup>42</sup> Nella fattispecie, il trattamento sanzionatorio è stato caratterizzato dall'applicazione di una pena illegale perché di specie diversa da quella prevista dal legislatore dal momento che, per un reato di lesioni di competenza del giudice di pace, è stata comminata la pena di tre mesi di reclusione anziché la pena della multa o della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità. Tra i presupposti di rilevanza del contrasto, rileva l'inammissibilità di tutti i motivi di ricorso nell'ambito dei quali non è stata dedotta

tempestività nell'interposizione del ricorso, l'esercizio del potere da parte del giudice di legittimità risulterebbe definitivamente interdetto a causa della formazione di un giudicato formale. Il che dischiuderebbe il bivio per l'esperibilità dei mezzi di impugnazione straordinari (i quali – se fondati e accolti – condurrebbero alla riapertura del processo nella fase cognitiva) ovvero per l'intervento *in executivis*.

Ebbene, la trattazione della problematica in parola ha dapprima intersecato l'articolata evoluzione giurisprudenziale sul tema dell'inammissibilità del ricorso per cassazione e la declaratoria delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.)<sup>43</sup>, per poi innestarsi sulla complessa elaborazione condotta dai giudici di legittimità sulla questione della riconduzione a legalità della sanzione, anche in sede esecutiva.

In definitiva, superate le conclusioni sviluppate dalle Sezioni unite "Butera", la Corte ha avallato l'orientamento più "aperturista", ammettendo che, in presenza di una violazione della disciplina sostanziale, il giudice di ultima istanza sia facoltizzato a rilevarla d'ufficio, pur non essendo stata dedotta nell'ambito dei motivi di ricorso.

## 5. Note conclusive.

Un illustre osservatore della modernità<sup>44</sup> ha evidenziato come ciò che, per «stanchezza», continuiamo a chiamare "principio di legalità" altro non rappresenti se non «una nozione *passee-partout*», dagherrotipo del secolo dei "Lumi", che – all'epoca – attestava un momento riduzionistico per il diritto, esprimendone – invece – uno di acme del monopolio giuridico da parte dello Stato. Sicché, il pilastro del c.d. «assolutismo giuridico», che celebrava l'ipervalutazione della legge e del principio di legalità come totale conformità a quella, si è trovato a sorreggere le fondamenta anche dell'attuale sistema giuridico, permeandolo in ogni sua parte.

Cionondimeno, quel principio, così delineato, non rappresenterebbe fedelmente la modernità giuridica, condensando – piuttosto – una serie di luoghi comuni di cui bisognerebbe sbarazzarsi quanto prima: il concetto di "legalità" sarebbe ormai un «fossile», un vocabolo «monodico» di per sé inadatto ad evocare la polifonica complessità che caratterizza la realtà di oggi<sup>45</sup>.

In verità, al di là della problematica nominalistica, la rilevanza di questa riflessione si coglie nel richiamo all'effettività delle garanzie che la vecchia "legalità"

---

l'illegalità della pena. Così, Cass. pen., Sez. un., n. 38809/2022 – Miraglia.

<sup>43</sup> Sul tema, autorevolmente, G. SPANGHER, *Impugnazione inammissibile e applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 5/1995, p. 565. Cfr., inoltre, Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2015, Ricci, approdata alla definizione di alcune ipotesi derogatorie, al di fuori delle quali l'inammissibilità dell'impugnazione avrebbe assunto efficacia preclusiva rispetto all'eventuale declaratoria di cause di non punibilità.

<sup>44</sup> Autorevolmente, S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista "Diritto pubblico"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XLVI, 1995, p. 796.

<sup>45</sup> In termini, autorevolmente, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 26 ss., il quale descrive la realtà giuridica della Repubblica come una dimensione pluri-ordinamentale nella quale lo Stato-legislatore non è che uno - sì, prevalente e prezioso, ma comunque non l'unico - tra gli attori giuridici; fra questi, primeggiano la giurisprudenza e la Corte costituzionale.

pretendeva di assicurare alla società civile e che oggi dovrebbe essere fortemente riaffermata alla luce del «primato del diritto», latamente inteso: pur mal attagliandosi all'odierna realtà, la "legalità" rappresenterebbe la primaria essenza del nostro ordinamento, ancorché nella sua impronta finalistica e non già formalistica.

In effetti, proprio in tal senso, il doveroso rispetto del dogma della legalità, sembra riecheggiare intensamente nei principali passaggi delle pronunce che fin qui si sono analizzate. Nello specifico, infatti, il principio *nulla poena sine lege* (art. 25, co. 2 Cost.) – nella qualità di sua particolare declinazione – appare scolpito a chiare lettere dal supremo Consesso, tornato a riaffermarne i contorni definitivi e a rinvigorirne la tutela sul piano processuale. Nel medesimo slancio garantista, del resto, la Corte ha – da ultimo – affermato la reciproca complementarietà degli strumenti rimediali volti a rimuovere il vizio dell'illegalità della sanzione accessoria pretermessa, assicurando – anche in tal caso – la più ampia opportunità di sanare la situazione di ingiustizia sostanziale<sup>46</sup>.

In definitiva, l'incedere di tali sviluppi interpretativi integra il più recente portato di quell'intensa *querelle* che, animando il dialogo tra Corti europee e nazionali in passato, ha consentito alla giurisprudenza interna di ribadire con forza il valore della libertà personale attualmente garantito, nel solco del canone costituzionale del principio di legalità, sia in fase di cognizione sia in fase di esecuzione.

---

<sup>46</sup> A seconda dell'intervenuta irrevocabilità della sentenza o meno, sarà consentito sia esperire i normali mezzi di impugnazione fino al ricorso per cassazione sia richiedere l'intervento *in executivis*. Cfr. Cass., Sez. un., 29 settembre 2022 (dep. 15 dicembre 2022), n. 47502, Pres. Cassano, Est. Zaza.



## L'ACCERTAMENTO DEL *PERICULUM* NEL SEQUESTRO PREVENTIVO "OBBLIGATORIO", IN VISTA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

di Mario Arbotti

*In seguito alla mirabile decisione delle Sezioni Unite Ellade è sorto un nuovo contrasto giurisprudenziale in ordine al corretto atteggiarsi dell'onere motivazionale sul periculum in mora nei casi di sequestro preventivo "obbligatorio" finalizzato alla confisca, risolvibile alla luce di un'applicazione attenta delle logiche che informano il principio di proporzionalità. Dopo aver rimarcato il ruolo svolto dal principio nella valorizzazione della figura dell'interprete in funzione "promozionale" e "compositiva", l'Autore si confronta con i rilevanti problemi di legittimazione del giudice comune nel maneggiare le "geometrie fluide" del bilanciamento tipico del proportionality test, evidenziando come la ponderazione nel caso concreto non sembri riguardare tanto i principi o altri elementi di valore, quanto le sole circostanze di fatto che permettono di qualificare giuridicamente e connotare "equitativamente" il caso sottoposto al giudizio. La corretta interpretazione sistematica delle disposizioni ex art. 321, commi 2 e 2 bis c.p.p., restituisce, allora, l'immagine di un giudice attento agli effetti dell'intervento cautelare, nel quadro di una più generale evoluzione dei rapporti tra la figura del giudicante e le esigenze della continuità aziendale: un giudice "tessitore di relazioni", sensibile alle conseguenze e ai costi di ordine macro-economico e sociale che l'intervento cautelare è in grado di produrre.*

SOMMARIO: 1. L'unica incertezza di una sentenza mirabile: le Sezioni Unite Ellade sull'accertamento del *periculum* nel sequestro preventivo "obbligatorio". – 2. Il giudice "tessitore": la declinazione in concreto del principio di proporzionalità e la distinzione tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo. – 3. I problemi di legittimazione del giudice nel prisma dei valori costituzionali. – 4. La ponderazione dei "connotati singolari" del fatto e le esigenze di maggiore gradualismo. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. L'unica incertezza di una sentenza mirabile: le Sezioni Unite Ellade sull'accertamento del *periculum* nel sequestro preventivo "obbligatorio".

Attraverso una sapiente valorizzazione ermeneutica del principio di proporzionalità, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 (Ellade)<sup>1</sup>, hanno risolto il precedente contrasto giurisprudenziale relativo

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959, in *Cass. pen.*, 2022, 532 ss. con nota di R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, *ivi*, 543 ss. e in *Sistema penale*, 9 novembre 2021, con osservazioni di S. PIERGIOVANNI, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni*

all'estensione e alla profondità dell'onere valutativo sul *periculum in mora* ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca<sup>2</sup>, aderendo all'orientamento favorevole al necessario e autonomo apprezzamento delle esigenze cautelari, nell'ottica di un equilibrato bilanciamento tra finalità pubblicistiche sottese alla misura e contro-interessi incisi dal vincolo cautelare.

Come è ampiamente noto, la natura sequenziale del *proportionality test*<sup>3</sup> ne tramanda una struttura tendenzialmente triadica, sempre preceduta, però, da una preliminare operazione concettuale finalizzata ad individuare la *ratio legis* della disposizione limitatrice del diritto fondamentale, ovvero sia lo scopo perseguito dal legislatore all'atto dell'ingerenza nel godimento dello stesso<sup>4</sup>, per valutare, poi, la non eccessività della compressione del diritto rispetto agli scopi di tutela, nel quadro di un complessivo e delicato bilanciamento dei vari interessi individuali e collettivi in gioco<sup>5</sup>.

*unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora.*

<sup>2</sup> Prima dell'ultimo arresto nomofilattico, la giurisprudenza di legittimità era pervenuta sul punto ad epiloghi decisori sensibilmente differenti. Un primo indirizzo, difatti, escludeva l'obbligo per il giudice di dare conto nella motivazione relativa all'applicazione del sequestro della sussistenza del *periculum*, facendo leva tanto sulla natura autonoma e sulle differenti funzioni del sequestro strumentale alla confisca rispetto al sequestro "impeditivo", quanto sulla sussistenza *in re ipsa* di un'oggettiva pericolosità del bene da sottoporre a sequestro, già vagliata *ex ante* dal legislatore al momento della previsione della confiscabilità della *res* e non necessitante, pertanto, alcun approfondimento valutativo da parte del giudice precedente (cfr., pur con varietà di sfumature ed accenti, Cass. pen., Sez. VI, 17 marzo 1995, n. 1022; Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 1994, n. 4114; Cass. pen., Sez. II, 26 giugno 2014, n. 31229; Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2014, n. 47684; Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887). Un diverso orientamento, per converso, pur aderendo alla tesi della strutturale alterità funzionale tra sequestro strumentale alla confisca e sequestro "impeditivo", giudicava comunque indefettibile, ai fini dell'applicazione della prima misura, l'esistenza e l'autonoma valutazione di un pericolo di sottrazione o di dispersione del bene confiscabile, la cui sola sussistenza avrebbe giustificato un intervento ablativo anticipato finalizzato a garantire l'effettività della successiva decisione di merito (cfr., pur con varie e significative gradazioni dell'onere motivazionale, Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 1994, n. 151; Cass. pen., Sez. II, 9 novembre 2011, n. 43325; Cass. pen., Sez. II, 21 settembre 2016, n. 46389; Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 6562; Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 5530; Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2020, n. 25834).

<sup>3</sup> In generale, sulla struttura del giudizio di proporzionalità cfr., *ex multis*, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, 2012; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss. e ptc. 757 ss. e – in un contesto finalizzato a "testare" la resa del principio di proporzionalità come fondamento e limite alle scelte di criminalizzazione – N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 100 ss.

<sup>4</sup> In questo momento prodromico del giudizio di proporzionalità poca importanza assumerà la maggiore o minore rilevanza del fine perseguito dal legislatore, avendo l'operazione il mero obiettivo "ricostruttivo" di individuare le specifiche ragioni di tutela di diritti altrui o di perseguimento dell'interesse pubblico che hanno motivato il legislatore all'introduzione di una limitazione di un diritto fondamentale. Cfr., sul punto, le puntuali osservazioni di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 100 e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 73, 79 ss.

<sup>5</sup> In questi termini, ancorché incidentalmente nel contesto di un'istruttiva indagine dedicata al diverso giudizio retrospettivo di proporzionalità della pena rispetto al fatto commesso, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 117.

A ben vedere – come correttamente osservato dal Giudice di legittimità – una basilare esigenza di conservazione della disposizione di cui all’art. 321, comma 2, c.p.p. impone di ricostruire il fine perseguito dal legislatore avendo di mira il solo pregnante obiettivo di evitare che nelle more del procedimento il bene passibile di confisca possa essere, più o meno artificiosamente, sottratto alla successiva ed eventuale pretesa ablativa, considerato che se la finalità perseguita dalla misura cautelare fosse quella di neutralizzare una pericolosità “relazionale” della *res* l’istituto si rivelerebbe all’evidenza ultroneo e privo di qualsiasi specifica utilità, potendo già trovare applicazione la diversa forma di sequestro “impeditivo” (art. 321, comma 1, c.p.p.).

Individuato correttamente il fine perseguito dal legislatore, una ricostruzione della cautela con annessa “compressione” del *periculum* tramanderebbe, difatti, significativi dubbi di compatibilità con il principio costituzionale e convenzionale: alla diminuzione meramente congetturale del rischio che il bene potenzialmente confiscabile sia nel frattempo occultato o disperso, si affiancherebbe la certa limitazione del diritto di proprietà, di libertà dell’iniziativa economica privata e della presunzione di innocenza nella sua cardinale proiezione di regola di trattamento. In altri termini, una riduzione interpretativa del *periculum* finirebbe per legittimare un’ingerenza statale manifestamente eccessiva rispetto ai fini perseguiti, determinando un’incisione sproporzionata dei diritti fondamentali rilevanti tale da rompere l’equilibrio tra i diversi interessi pubblici e privati in gioco, sacrificando con un’eccedenza irragionevole i secondi anche in assenza di un’apprezzabile esigenza di valorizzazione dei primi.

La decisione, facendo buon governo dei superiori principi che informano la materia e valorizzando con attenzione la precipua logica cautelare e la connessa autonomia di scopo della spoliazione anticipata, ha avuto, dunque, il merito di inibire derive “funzionaliste” e vessatori “assaggi inquisitori”<sup>6</sup> della misura finale, eventualmente giustificati da surrettizi intenti di difesa sociale o di simbolica rassicurazione della collettività sulla prontezza della risposta al reato da parte dell’autorità inquirente, ricollocando correttamente una misura dagli invasivi “effetti sostanziali” nella dimensione propria dei vincoli interinali che, per loro natura, non possono prescindere dall’esistenza di apprezzabili e ben motivate esigenze cautelari, a meno di trasmodare in anfibie anticipazioni di pena, all’evidenza incompatibili, tra l’altro, con la trama assiologica che delinea lo statuto costituzionale del giusto processo.

Al netto di una sentenza mirabile per la chiarezza concettuale che informa i diversi snodi argomentativi cruciali, l’unico frammento di incertezza rilasciato è confinato all’ombra di un frugale *obiter dictum*, dove la Corte pare miniaturizzare l’onere motivazionale sul *periculum* nel diverso caso di sequestro obbligatorio *ex art. 321, comma 2 bis, c.p.p.*, affermando che la differente formulazione dei commi 2 e 2 *bis* dell’art. 321 c.p.p. giustificerebbe, in relazione alle sole ipotesi di sequestro obbligatorio, una motivazione limitata alla mera individuazione della confiscabilità del bene<sup>7</sup>; costruendo

---

<sup>6</sup> Sui quali cfr. A. SCALFATI, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1 ss.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959, § 6.2. del “Considerato in diritto”.

così – pare di poter arguire – una sorta di “gerarchia motivazionale” differenziata a seconda della tipologia di sequestro.

Com’era ampiamente prevedibile, la “fluidità” del passaggio argomentativo ha dato la stura ad un nuovo contrasto giurisprudenziale – interno alla sesta sezione penale della Corte di Cassazione – in ordine al corretto atteggiarsi dell’onere motivazionale sul *periculum in mora* nei casi di sequestro preventivo “obbligatorio” finalizzato alla confisca, a sua volta risolvibile, come subito si dirà, proprio alla luce di un’applicazione attenta delle logiche che informano il principio di proporzionalità.

## **2. Il giudice “tessitore”: la declinazione in concreto del principio di proporzionalità e la distinzione tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo.**

L’equivocità del segnalato snodo argomentativo ha permesso, come anticipato, lo sviluppo in seno alla sesta sezione penale della Corte di Cassazione di un contrasto giurisprudenziale sincronico, incentrato sul corretto atteggiarsi dell’onere motivazionale del *periculum* nei casi di sequestro obbligatorio *ex art. 321, comma 2 bis, c.p.p.*

Le prime decisioni successive all’arresto nomofilattico<sup>8</sup>, valorizzando tanto la lettera della disposizione, quanto considerazioni di carattere logico-sistematico volte ad attribuire un significato ad un istituto che altrimenti – nell’economia complessiva del ragionamento – costituirebbe un mero duplicato della più ampia e generale misura del sequestro facoltativo, si sono orientate nel senso di ritenere sufficiente il mero indice formale della confiscabilità del bene, senza alcuna ulteriore specificazione in ordine alle ragioni che rendono necessaria l’anticipazione dell’effetto ablativo rispetto alla definizione del giudizio, sul presupposto implicito della sussistenza *in re ipsa* di un’oggettiva pericolosità della *res* già vagliata *ex ante* dal legislatore.

Un successivo orientamento<sup>9</sup>, per converso, esaltando le indicazioni di principio sottese alle valutazioni di matrice sistematica che hanno informato il più volte menzionato arresto delle Sezioni Unite, ha concluso nel senso della indefettibile necessità di una puntuale valutazione delle esigenze cautelari connesse al pericolo di “volatilizzazione” del bene; le sole in grado di assicurare quell’ineludibile esigenza di rispetto di criteri di proporzionalità, evitando, così, un’indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti ed una surrettizia trasformazione della cautela in uno strumento inutilmente vessatorio.

A ben vedere, in effetti, non sembra che l’obbligatorietà dell’apposizione del vincolo possa in alcun modo esimere il giudice dalla scrupolosa valutazione dei necessari presupposti cautelari, ma soltanto elidere ogni spazio di discrezionalità in merito all’applicazione della misura laddove comunque sussistano *fumus* e *periculum*, non superando, altrimenti, la costituzionalmente imposta “prova di resistenza” rispetto ai contro-interessi incisi nel prisma del *proportionality test*<sup>10</sup>. In questa prospettiva, la

<sup>8</sup> Segnatamente Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2022, n. 12513 e Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2022, n. 11844.

<sup>9</sup> Espresso da Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora*, cit., 548 ss. e, volendo, anche M. ARBOTTI,

natura obbligatoria del sequestro proscrive esclusivamente al giudice ogni successiva valutazione circa l'applicazione del vincolo laddove sia indefettibilmente appurata – e adeguatamente motivata – la sussistenza dei relativi presupposti cautelari.

Ed è proprio nella possibilità di svolgere valutazioni orientate ad un'ulteriore valorizzazione del principio di proporzionalità che risiede la differenza tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro strumentale alla confisca, potendo il giudice solo nel primo caso non applicare il vincolo cautelare, pur in presenza dei necessari presupposti, laddove l'eccessivo sacrificio dei contro-interessi incisi non si lasci giustificare dalla necessità di far fronte ad un grave ed immediato *periculum* di dispersione del bene: a mero titolo esemplificativo, si pensi alla necessità di salvaguardare i livelli occupazionali, il benessere economico/sociale di un certo territorio ove l'impresa opera o, in generale, tutti gli interessi comunque riconducibili alla "funzione sociale"<sup>11</sup> dell'impresa – fortemente compressi dall'apposizione della cautela reale – a fronte di un lieve e remoto pericolo di sottrazione dei beni passibili di confisca.

È ben nota, d'altronde, la capacità del principio di operare tanto in "astratto", come utile parametro per il legislatore al fine di verificare già *ex ante* (al momento della scelta normativa) la correttezza del bilanciamento tra i vari interessi in gioco, quanto in una dimensione "concreta" come ausilio valutativo per l'interprete nel momento in cui – a priori – sia chiamato ad incidere con un proprio provvedimento su uno o più diritti fondamentali o – a posteriori, nel caso delle giurisdizioni "critiche" – a verificare che il provvedimento adottato abbia realizzato un corretto bilanciamento tra gli interessi in conflitto<sup>12</sup>. E, difatti, valorizzando la capacità logico-persuasiva delle argomentazioni utilizzate per giustificare l'individuazione del corretto punto di equilibrio fra i valori e gli interessi in gioco, la declinazione "in concreto" del principio evoca la figura di un ideal-tipico giudice "tessitore"<sup>13</sup>, tenuto ad incanalare nel prisma della ragione argomentativa il percorso motivazionale che legittima l'identificazione della misura "sostenibile" dell'ingerenza nel godimento del diritto fondamentale.

In altri termini, la "cultura della proporzionalità" esalta la figura dell'interprete in una funzione "promozionale" e "compositiva", non solo esercitando attivamente nei suoi confronti una "coazione alla razionalità" (*Zwang zur Rationalität*) – in ragione della maggiore "giustificabilità" e, a monte, della più agevole controllabilità critica di ogni sua scelta o decisione –, ma, per di più, nella prospettiva di un'estensione in chiave "lenitiva" del potere di comporre gli interessi in gioco, in un orizzonte finalisticamente vincolato

---

*Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2022, 3305 ss., 3313 s.

<sup>11</sup> Sempre attuali le autorevoli riflessioni di F. GALGANO, *Sub. art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, II.

<sup>12</sup> Sul punto, diffusamente, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, 159.

<sup>13</sup> In una prospettiva più generale, sulla figura del giurista "tessitore" (di relazioni) cfr., oltre alle lucide osservazioni dell'Autore citato nella nota precedente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 20 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 301 ss.

alla sterilizzazione degli “effetti-collaterali”<sup>14</sup> macroscopicamente “eccedenti” rispetto al fine perseguito dall’ingerenza nel godimento di un diritto fondamentale.

In tutti quei casi in cui la compressione dei diversi interessi coinvolti non si lasci giustificare al metro di un’equivalente “innalzamento sostenibile” delle *chances* di realizzazione del fine pubblico, allora, il giudice potrà procedere al parziale sacrificio dell’interesse pubblico per tutelare i contro-interessi incisi da ingerenze irragionevolmente onerose.

Si badi, il giudizio compositivo non va, però, interpretato in una chiave rigidamente “aritmetica”, di equivalenza fra il *quantum* di compressione dei vari diritti ed interessi coinvolti ed il corrispondente coefficiente di rafforzamento delle opportunità di raggiungimento dell’interesse pubblico, ma in un orizzonte orientato ai valori, dove il sacrificio dei primi, nel caso concreto e alla luce delle contingenti e peculiari circostanze di contesto, deve risultare non manifestamente sproporzionato rispetto alle possibilità effettive di conseguire il fine perseguito dal legislatore, potendo solo in caso contrario l’interprete attivare le leve del bilanciamento per porre rimedio alla situazione di manifesto disequilibrio.

Solo sotto quest’angolo visuale può essere correttamente interpretata la distinzione operata dal legislatore – in maniera, invero, non esente da censure di ragionevolezza – tra sequestro facoltativo e sequestro obbligatorio, come acutamente sottolineato, incidentalmente, dal secondo orientamento del Giudice di legittimità, nella parte in cui si evidenzia che la scelta normativa del 2001 ha «esclu[so] a monte qualsivoglia lettura interpretativa finalizzata a rendere discrezionale l’adozione della misura *malgrado* il riscontro dei relativi presupposti costitutivi»<sup>15</sup>.

Ogni altro percorso ermeneutico appare, invece, inesorabilmente destinato a “cronicizzare” il contrasto frontale tra l’istituto del sequestro obbligatorio ed il superiore canone di proporzionalità.

### 3. I problemi di legittimazione del giudice nel prisma dei valori costituzionali.

Non sfugge che una tale declinazione del giudizio di proporzionalità postula un ampio potere “valutativo” in capo al giudice comune, con tutti i conseguenti problemi di legittimazione del suo intervento, oltre a notevoli difficoltà nel maneggiare le “geometrie fluide” del bilanciamento tipico del *proportionality test*. Ne deriva che, in linea di massima, la sua applicazione dovrà essere informata a prudenza e cautela e trovare riscontro solo nei casi di manifesta sproporzione, ossia nelle situazioni in cui ad un *periculum* diafano si affianchi una limitazione macroscopicamente eccessiva di una pluralità di interessi costituzionalmente tutelati di significativo rilievo sociale.

In ogni caso, la discrezionalità riconosciuta in capo al giudice è pur sempre orientata a ridurre gli spazi di incidenza – e a temperare la gravosità – dell’intervento

---

<sup>14</sup> In argomento, *funditus*, M. GALLI, *La pena insostenibile. Effetti collaterali e delegittimazione del diritto penale*, Pavia, 2021.

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582, § 5.3.1. del “Considerato in diritto”.

pubblico nella sfera dei diritti fondamentali e non ad ampliare *praeter legem* l'area del penalmente rilevante.

In questa prospettiva, allora, i rilevanti problemi di legittimazione istituzionale sembrano risolvibili proprio alla luce dell'assiologia costituzionale che deve orientare l'esercizio valutativo del giudice. È il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità a legittimare i maggiori spazi di valutazione del giudice, in quanto questi ultimi sono diretti a dare attuazione alla trama costituzionale nel caso concreto, inibendo eccedenze irragionevoli nella limitazione del godimento dei diritti fondamentali e nella compressione di una pluralità di interessi, anche a titolarità diffusa, incisi dall'intervento pubblico.

È ampiamente noto, d'altronde, che rispetto a qualsiasi istituto che lasci residuare margini più o meno ampi di discrezionalità, il criterio decisivo di gestione dei relativi poteri è fornito dalla funzione assegnata all'istituto dall'ordinamento<sup>16</sup>. In materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, l'unica funzione costituzionalmente legittima è quella di evitare che il trascorrere del tempo possa neutralizzare la concreta *adprehensio* e frustrare, pertanto, le ragioni sottese alla confisca. Il *periculum*, insomma, è un presupposto costitutivo ed indefettibile tanto nel sequestro facoltativo, quanto in quello obbligatorio: la sua assenza trasfigurerebbe la misura in un qualcosa di radicalmente altro, in un'ambigua pena patrimoniale *ante-iudicium*, in contrasto non solo con il principio di proporzionalità, ma persino con la garanzia della presunzione d'innocenza.

Ed è altrettanto noto che il giudice, dinanzi a più possibili significati riconducibili al tenore letterale della disposizione e, dunque, fra più possibili declinazioni ermeneutiche compatibili con la *littera legis*, dovrà sempre preferire quella maggiormente "orientata" a Costituzione, rappresentando quest'ultima la "bussola" cognitiva e valoriale per l'interprete. Ne consegue che, come è stato osservato, il principio di soggezione del giudice alla legge si sposta dal piano della mera fedeltà al testo a quello della superiore coerenza con i principi costituzionali, quali elementi di orientamento delle scelte ermeneutiche all'interno del ventaglio delle opzioni consentite dal tenore testuale della legge<sup>17</sup>.

Una tale operazione di corretta "deontologia ermeneutica"<sup>18</sup> risulta ancora più necessaria a fronte di possibili scelte interpretative in grado di arrecare un chiaro *vulnus* a principi di rilievo costituzionale: laddove il testo della disposizione sia suscettibile di plurime letture ermeneutiche, l'interprete dovrà necessariamente prediligere l'opzione che garantisca la massima "esaltazione" dei valori costituzionali e, in ogni caso, ricusare

---

<sup>16</sup> In argomento cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 34; ID., (voce) *Potere discrezionale del giudice (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 747; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 18.

<sup>17</sup> In questi termini, sostanzialmente, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *La Giustizia Penale*, X, 2020, 270.

<sup>18</sup> In argomento, cfr. V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018 e, *funditus*, A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

quelle manifestamente in contrasto con gli stessi. Come costantemente insegnato dalla Corte costituzionale, difatti, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>19</sup>, con la conseguenza che è un preciso *onere* del giudice procedere, fin dove possibile, ad interpretare *secundum constitutionem* le disposizioni legislative, attivando tutte quelle torsioni ermeneutiche che permettano alla formulazione legislativa di stemperare il conflitto con la Carta costituzionale<sup>20</sup>.

Dell'esercizio di una tale discrezionalità, ovviamente, è necessario che il giudice dia puntualmente conto nella motivazione, esplicitando le ragioni che lo hanno condotto a ritenere manifestamente eccedente il sacrificio dei diversi contro-interessi incisi dall'intervento pubblico a fronte di un *periculum* evanescente.

In questa prospettiva, l'elaborato ed olistico costruito di giudizio coesistente al test di proporzionalità rappresenterà un valido ausilio per il giudice, supportandolo nell'incanalare la razionalità discorsiva della valutazione all'interno di una struttura argomentativa in grado di rendere la scelta suscettibile di un migliore controllo critico. In altri termini, la valutazione sull'idoneità dell'ingerenza pubblica ad implementare le possibilità di raggiungimento del fine legittimo perseguito dal legislatore (*Geeignetheit* o *suitability*), sull'esistenza di soluzioni alternative dotate della medesima capacità di conseguimento dello scopo ma connotate da una minore incidenza sui vari contro-interessi coinvolti (*Erforderlichkeit* o *necessity*) e, soprattutto, la verifica della non eccedenza della compressione di questi ultimi rispetto agli scopi di tutela (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*) dovranno tradursi in un razionale *legal reasoning*, in grado di corroborare la dimensione strutturalmente cognitiva del giudizio ed escludere valutazioni "intuizionistiche", arbitri decisionali ed inaccettabili disparità di trattamento.

Del resto, la scelta operata dal legislatore nel 2001 di rendere obbligatorio il sequestro nei casi in cui si proceda per un delitto previsto dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale – inibendo, pertanto, la possibilità di svolgere valutazioni di proporzionalità rispetto ai contro-interessi incisi e ai *side effects* dell'intervento penale su una pluralità di interessi di significativo rilievo sociale – non appare di immediata evidenza, lasciando trapelare soprattutto una malcelata volontà di irrigidire il contrasto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione in forme, tra l'altro, evidentemente improprie, con una notevole e censurabile confusione di piani tra intervento cautelare e repressione penale.

L'inopportunità dell'opzione legislativa non può, però, sterilizzare quei meritori esperimenti ermeneutici diretti a riportare in un clima di compatibilità costituzionale un istituto la cui razionalità strumentale alle esigenze processuali impone sempre di preservarne l'autonomia di scopo rispetto alla misura definitiva, inibendo gli effetti

---

<sup>19</sup> Così Corte cost. 14 ottobre 1996, n. 356.

<sup>20</sup> In argomento cfr. V. MANES- V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale, passim* e ptc. – anche per una perspicua analisi del "lato oscuro" dell'onere di interpretazione conforme – V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme, ivi*, 49 ss., 103 ss.

sproporzionati in grado di incidere con un'eccedenza irragionevole su una platea ampia di interessi di indubbio rilievo costituzionale.

#### 4. La ponderazione dei “connotati singolari” del fatto e le esigenze di maggiore gradualismo.

Ad un'analisi più attenta non sfugge, poi, un ulteriore elemento in grado di ridimensionare molti dei problemi legati alla mancanza di legittimazione del giudice nel compiere operazioni di bilanciamento in relazione all'applicazione del (solo) sequestro facoltativo.

A ben vedere, in effetti, la ponderazione nel caso concreto non sembra riguardare tanto principi o altri elementi di valore, ma le sole circostanze di fatto che ne giustificano l'applicazione: il bilanciamento – tipico di qualunque attività giurisdizionale – non ha tanto ad oggetto le norme da applicare, quanto, appunto, le circostanze di fatto che permettono di qualificare giuridicamente e connotare “equitativamente” il caso sottoposto al giudizio.

In altri termini, gli elementi cangianti che devono essere “misurati” nel giudizio sono i fatti e le situazioni concrete a cui le norme devono essere applicate e non i principi sottesi all'applicazione delle medesime, con la conseguenza che così concepita la ponderazione dei “connotati singolari” ed irripetibili di ciascuna situazione fattuale è un'attività fisiologica, corrispondente alla dimensione inevitabilmente “equitativa” di ogni giudizio<sup>21</sup>.

D'altronde, non mancano esempi di giudizi caratterizzati da un simile paradigma valutativo: basti pensare, ad esempio, all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*. All'orientamento più tradizionale secondo cui l'istituto rappresenterebbe una sorta di “appendice” dell'art. 133 c.p. – funzionalmente diretto ad un'attenuazione della pena quando il «valore unitario del reato» appaia al giudice sproporzionato rispetto alla pena concreta, determinata sulla base degli indici commisurativi previsti dall'art. 133 c.p. – sembra, difatti, preferibile l'opinione che attribuisce all'art. 62 *bis* c.p. una funzione autonoma, consistente nel permettere al giudice di cogliere un «valore positivo» del fatto non tipicizzabile a priori, ma desumibile solo dai casi concreti nelle loro infinite e multiformi sfumature<sup>22</sup>. In questa prospettiva, la discrezionalità non risulta “libera nei fini” – nonostante il legislatore non preveda alcun indice “positivizzato” cui orientare il suo esercizio – ma vincolata dalla funzione – per così dire – “intrinseca” che l'istituto svolge, ovvero sia quella di permettere l'opportuna considerazione di «un valore attenuante», legato alla

---

<sup>21</sup> In questi termini, sostanzialmente, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2810.

<sup>22</sup> In argomento cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 466 s.; E. DOLCINI, (voce) *Potere discrezionale del giudice*, cit., 764; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 85. In senso contrario, v. M. MANGIABENE, *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059 ss.

concretezza del caso, «che non può sfuggire al diritto senza compromettere la sua funzione di regola adeguata e proporzionata alla realtà della vita»<sup>23</sup>. Il fine cui orientare l'esercizio valutativo, insomma, pur non risultando espressamente da nessun parametro normativo, è desumibile implicitamente dalla specifica funzione che l'istituto è chiamato a svolgere all'interno del quadro ordinamentale.

L'attività "compositiva", pertanto, non sembra riguardare i principi – con la conseguente e rilevante difficoltà di "pesare" gli stessi ed ordinarli in una (inevitabilmente soggettiva) scala di valori –, ma gli "elementi connotativi" dei fatti che devono essere scrupolosamente apprezzati dal giudice per procedere alla corretta applicazione del diritto.

Correttamente inquadrata in una tale prospettiva, la costituzionalizzazione dei principi in materia di diritti fondamentali finisce persino per ridurre lo spazio della discrezionalità interpretativa, considerato che di tutte le plausibili interpretazioni che è possibile dare di un testo di legge vanno selezionate come "valide" solo quelle compatibili con la Costituzione<sup>24</sup>.

In ogni caso, la corretta interpretazione sistematica delle disposizioni *ex art. 321*, commi 2 e 2 *bis* c.p.p., restituisce l'immagine di un "giudice attento agli effetti" dell'intervento cautelare, nel quadro di una più generale evoluzione dei rapporti tra la figura del giudicante e le esigenze (e i problemi) della continuità aziendale<sup>25</sup>: un giudice, appunto, "tessitore di relazioni", sensibile anche alle conseguenze e ai costi di ordine macro-economico e sociale che l'intervento *lato sensu* penale è in grado di produrre rispetto ad una pluralità di contro-interessi incisi dall'intervento pubblico.

Un modello, tra l'altro, che emerge – con sempre più vigore – anche dal confronto con altri istituti che paiono orientati ad una medesima *ratio* di fondo: si pensi, ad esempio, al commissariamento giudiziale *ex art. 15*, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, alle misure amministrative di completamento dell'appalto (art. 32 d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114), alla forma *ante litteram* di controllo giudiziario prevista dall'art. 3 della legge 29 ottobre 2016, n. 199<sup>26</sup> o alle c.d. misure di prevenzione

<sup>23</sup> Così, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 15. Analogamente sul punto anche F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1028.

<sup>24</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., 2811.

<sup>25</sup> Diffusamente sul punto, M. GALLI, *La pena insostenibile*, cit., 188 ss.; ID., *Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze di continuità aziendale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2018, 92 ss. che propone una distinzione euristica fra un modello di «poteri confusi, ma non contesi» in cui è il giudice penale, fattosi anche "uomo del futuro", a «rimodulare la risposta al reato, [...] non adotta[ndo] la sanzione ritenuta proporzionata al fatto in via legislativa, laddove questa nel caso concreto, e sulla base di un giudizio prognostico, risulti sproporzionata rispetto alle conseguenze che potrebbero derivare alla collettività interessata» e un diverso paradigma di «poteri divisi, ma contesi», esemplificato dalle c.d. "leggi Ilva", dove il legislatore riconosce uno spazio di sovrapposizione tra i poteri, risolvendo *ex ante* il potenziale conflitto, ma ponendo così «le premesse per la nascita di conflitti inter-organici, laddove, al contrario, la separazione dei poteri [...] vorrebbe essere la premessa di un'interazione costruttiva tra le diverse funzioni statali».

<sup>26</sup> Su cui cfr. T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, supplemento al n. 1 del 2018, 395 ss.; D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, 5-6.

patrimoniale non ablative di cui agli art. 34 e 34 bis d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159<sup>27</sup>; istituti accomunati, appunto, dall'esigenza di salvaguardare il *going concern* aziendale ed i livelli occupazionali o, comunque, altri interessi pubblici rilevanti pur a fronte di indiziate o, persino, accertate situazioni di illegalità.

Anche in questo caso, pur avendo omesso il legislatore di individuare parametri normativi certi cui orientare l'esercizio valutativo – che avrebbero senz'altro ridimensionato molte delle criticità connesse all'applicazione degli istituti –, gli stessi sembrano desumibili proprio dall'unica *ratio* costituzionalmente sostenibile del distinguo tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo: considerato che il *periculum* è un elemento costitutivo irrinunciabile di entrambe le tipologie, l'unica distinzione costituzionalmente accettabile riposa, appunto, sulla facoltà riconosciuta al giudice di non disporre il sequestro facoltativo qualora gli "effetti collaterali" della misura risultino insostenibili alla luce della gravosa incidenza su interessi macroeconomici e sociali legati alla continuità aziendale dell'impresa sequestrata. E, d'altronde, non è mancato in dottrina chi ha osservato che la logica di conservazione dei beni correlati all'operatività dell'attività d'impresa pare rappresentare, persino, un "principio generale immanente all'ordinamento", ricavabile, sul piano penale, dai criteri di adeguatezza e proporzionalità della pena e delle misure cautelari<sup>28</sup>.

Il fine che deve guidare l'esercizio della discrezionalità, allora, lo si ricava da una lettura sistematica delle disposizioni orientata a Costituzione ed è rappresentato dalla necessità di evitare che il sequestro possa sacrificare con un'eccedenza irragionevole quell'insieme di interessi costituzionalmente rilevanti legati alle esigenze di continuità aziendale.

Se così è, allora, si deve condividere, anche in questa materia, l'auspicio dell'introduzione di elementi di maggiore gradualismo<sup>29</sup> – utili anche al fine di "stemperare" i problemi di legittimazione dell'intervento giudiziale – attraverso, ad esempio, la previsione di modelli di "vigilanza prescrittiva" – mutuando la scelta già compiuta dal legislatore in materia di prevenzione patrimoniale "mite" – che possano, se del caso, fare le veci degli esistenti strumenti di "spossessamento gestorio" (art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.), evitando così di costringere il giudice nell'asfittica prospettiva dell'"*aut aut*" (tra applicazione o meno del sequestro preventivo), senza possibilità di modulare i pervasivi effetti che ne discendono qualora lo stesso abbia ad oggetto «aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione» (art. 104 *bis*, comma 1, disp. att. c.p.p.).

In questo modo si assicurerebbe al giudice uno strumentario in grado di "reagire" adeguatamente alla situazione concreta, mediante la predisposizione di uno schema legislativo idoneo ad attagliarsi alla ponderazione delle peculiari circostanze di

---

<sup>27</sup> Esclude, invece, queste ultime misure dagli «istituti di "sostenibilità" fondati sulla insostenibilità», ritenendoli non agganciati nei loro presupposti applicativi alla previa individuazione di "ragioni di insostenibilità" dell'intervento penale, M. GALLI, *La pena insostenibile*, cit., 239 ss.

<sup>28</sup> In questi termini, R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015.

<sup>29</sup> Cfr. M. GALLI, *Poteri confusi*, cit., 102.

fatto che eventualmente tramandino uno scenario di abnorme sproporzione tra contro-interessi incisi dall'intervento cautelare ed evanescenza del *periculum* di dispersione della garanzia patrimoniale.

## 5. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle osservazioni che precedono, allora, il secondo orientamento del Giudice di legittimità – espresso da Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582 – sembra assestarsi su posizioni largamente condivisibili, richiedendo tanto per il sequestro facoltativo, quanto per quello obbligatorio il necessario accertamento – e la puntuale motivazione – del *periculum* ed individuando, al contempo, il *discrimen* tra le due forme del vincolo cautelare nella possibilità del giudice, in relazione ai soli casi di sequestro facoltativo, di compiere ulteriori valutazioni di proporzionalità orientate a temperare le conseguenze dell'intervento pubblico su un'ampia sfera di interessi costituzionalmente presidiati.

D'altronde, un simile “modello” di giudizio si pone in un'ideale linea di continuità con il progressivo innalzamento del tasso di complessità delle valutazioni giurisdizionali – e del grado di sensibilità rispetto alle conseguenze dell'ingerenza penale nella sfera dei diritti e degli interessi costituzionalmente tutelati – , sempre maggiormente caratterizzate dalla necessità di muoversi all'interno, appunto, di “sistemi cognitivamente complessi”, dove le ragioni della coercizione devono necessariamente conciliarsi con i notevoli costi (non solo economici) che le prime inevitabilmente postulano.

Si pensi, ma è un esempio tra i molti, all'intervento penale nella sfera d'azione delle organizzazioni complesse<sup>30</sup>, intese, in estrema sintesi, quali strutture articolate orientate a fini legittimi e che svolgono attività di per sé lecite tali, però, da creare specifici problemi di disciplina per la tutela di una pluralità di interessi quantomeno esposti a pericolo (o attinti da qualificate situazioni di rischio) dall'attività dell'organizzazione medesima<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> In generale, cfr., già, M. HAIRE (a cura di), *La moderna teoria dell'organizzazione*, Milano, 1959; A. MONTESANO (a cura di), *Teoria economica dell'organizzazione*, Bologna 1996; M.J. HATCH, *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, 2006. In argomento, più di recente, v. anche C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 380 s. che considera le organizzazioni complesse espressione di «un aggregato di individui che, proprio perché organizzati, esprimono una strategia collettiva destinata a fronteggiare situazioni “complesse” non dominabili dal singolo o da una pluralità “disorganizzata” di soggetti». Come osservato dall'Autore, sul piano strutturale, l'organizzazione si compone di una dotazione specializzata di competenze (il personale) e di vie formalizzate di comunicazione, orientate all'assunzione di decisioni in uno stato di reciproca progressione: il principale vantaggio che deriva dall'agire organizzato è rappresentato dalla formazione di una “metacompetenza” aggregata, superiore alle competenze dei singoli individui, con la conseguenza che – se funzionalmente organizzato – il gruppo possiede di norma maggiori informazioni e conoscenze rispetto ai singoli che lo compongono, migliore capacità di proporre soluzioni (anche organizzative) ai problemi e una più accentuata condivisione degli obiettivi (c.d. “effetto esponenziale” del fenomeno organizzativo).

<sup>31</sup> In argomento cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2021, 388 ss. L'attività delle organizzazioni

In ogni caso, il paradigma valutativo orientato al *proportionality test* – “calibrato” sulle *circostanze connotative di fatto* – non sembra tanto l’espressione di una definitiva rinuncia al modello cognitivo “classico” della sussunzione del caso concreto nella fattispecie legale, ma un suo sviluppo che non ne trasfigura le qualità essenziali.

Depono in questo senso anche il simile modello di giudizio legato a tutte quelle incriminazioni che in qualche misura interferiscano con il godimento di diritti fondamentali, dove la necessità di ponderare adeguatamente i “connotati singolari” ed irripetibili di ciascuna situazione fattuale è un *prius* necessario per evitare ingerenze irragionevoli nel godimento del diritto. È il caso, ad esempio, dei delitti contro l’onore e, più in generale, dei reati che interferiscono con la manifestazione del pensiero: la dignità costituzionale di quest’ultima fa sì che il suo esercizio in forme costituzionalmente garantite costituisca un limite scriminante del divieto penale, imponendo al giudice un’attività di ponderazione *in concreto* da cui dipende la sussistenza di una tipicità che avvince strettamente fatto e diritto<sup>32</sup>.

Anche in questo caso, in effetti, il paradigma cognitivo non pare abdicare alla tradizionale attività di sussunzione, limitandosi semplicemente ad ampliarne gli orizzonti valutativi – sempre, però, legati all’apprezzamento della contingente situazione fattuale – al fine di garantire un “equilibrio sostenibile” fra le ragioni del penale e le ragioni del godimento del diritto fondamentale<sup>33</sup>.

In conclusione, è evidente che un tale modello di giudizio postula un inevitabile ampliamento dei margini valutativi di chi è chiamato a giudicare. Ma, come è noto, discrezionalità non significa affatto arbitrio<sup>34</sup> – e «non equivale a capriccio»<sup>35</sup> –, ma, come

complesse, come evidenziato dall’Autore, può riguardare entità di qualsiasi natura giuridica, non identificandosi esclusivamente con il diritto penale delle persone giuridiche, anche se quest’ultime ne costituiscono indubbiamente il nucleo essenziale. Dinanzi alle fluide dinamiche riconducibili a tali complessi organizzati, molte delle categorie della tradizione dogmatica penalistica paiono cadere in un’irreversibile “crisi da incontenibilità”, mostrando una preoccupante incapacità di adattamento alle nuove fenomenologie e richiedendo all’interprete problematiche torsioni ermeneutico-concettuali, di portata tale da sfigurare persino la loro originaria *ratio essendi*. In argomento, v. già C.E. PALIERO, *L’autunno del Patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?* In *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 1238 s.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

<sup>32</sup> Così, sostanzialmente, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., 271, ma sul punto cfr. anche A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, 25 s.

<sup>33</sup> A ben vedere, anche in questo caso, l’*overdeterrence* rispetto ai comportamenti espressivi del godimento del diritto fondamentale non genera problemi solo dal punto di vista del singolo (limitato nell’esercizio del suo diritto), ma anche rispetto all’interesse generale. L’intervento penale, difatti, può in concreto determinare il rischio di un’inibizione di quei comportamenti “limitrofi” rispetto alla condotta tipica, che, però, si inscrivono in una dimensione di piena liceità: la tabuizzazione di una classe di condotte può di fatto disincentivare un’ulteriore – ma contigua – classe di comportamenti che non solo non risultano disapprovati dal legislatore, ma si collocano nel “campo di gravitazione di un diritto fondamentale”. Un tale “*chilling effect*” rischia, allora, di arrecare nocimento anche all’interesse generale alla stimolata formazione di un’opinione pubblica realmente critica. E, difatti, in una liberal-democrazia il dibattito pubblico si alimenta ed è sollecitato anche dalle opinioni, per così dire, maggiormente “eterodosse” che svolgono una funzione “dialettica” rispetto a ciò che è generalmente reputato culturalmente acquisito. In argomento, cfr., *funditus*, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 251 ss.

<sup>34</sup> Sul punto A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-1977, 277.

<sup>35</sup> P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, 1936, 46.

è stato autorevolmente affermato, «rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto [...] e [...] conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di valore più idonea a produrre un certo trattamento penale»<sup>36</sup>. La discrezionalità, insomma, è effettivamente tale solo se, in negativo, non immersa in un imperscrutabile “vuoto dei fini” e, in positivo, se legata alla legge e alla Costituzione in relazione alle funzioni per cui viene esercitata.

In questa prospettiva, allora, discrezionalità – se correttamente intesa e, soprattutto, se adeguatamente esercitata – non equivale neanche a “diritto libero” o “giurisprudenziale”, poiché non si risolve in un mero apprezzamento di fatto svincolato da qualsiasi orientamento teleologico, ma nella valutazione del caso concreto *in funzione dello scopo da realizzare*, predeterminato, appunto, dalla legge e *a fortiori* dalla Carta costituzionale, secondo quel modello ideale che vede nel giudice il “tramite” mediante il quale proseguire l’opera del legislatore ove questi non può inoltrarsi<sup>37</sup>.

In definitiva, la facoltà riconosciuta al giudice di non disporre il (solo) sequestro facoltativo, pur ricorrendone i relativi presupposti, laddove la sua applicazione comprime con un’eccedenza irragionevole una pluralità di interessi di significativo rilievo sociale riconducibili all’esercizio dell’attività d’impresa, non è l’espressione di un “moderno” *arbitrium iudicis*, ma il corretto esercizio di una discrezionalità teleologicamente orientata dalla *funzione* svolta dall’istituto nel contesto ordinamentale e assiologicamente vincolata alla necessità di dare attuazione nel *caso concreto* ad un preciso canone costituzionale e ai precipitati applicativi che dallo stesso discendono.

---

<sup>36</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 100.

<sup>37</sup> In questi termini, sostanzialmente, A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 277 s.

## UN PASSO DECISIVO VERSO LA GARANZIA DELLA SESSUALITÀ INTRAMURARIA?

di Silvia Talini

*Attraverso l'ordinanza n. 23/2023 il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha chiesto al Giudice delle leggi di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 o.p. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia. Nel contributo l'Autrice riflette sulle ragioni che si ritengono oggi sussistenti a sostegno dell'accoglimento della questione soffermandosi, in particolare, su: l'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali; la "tendenza" del regime penitenziario sovranazionale; la negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale rilevante anche ai sensi dell'art. 13 Cost. e la possibilità di superare la precedente sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012.*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del perimetro di indagine – 2. L'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali – 3. La negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale sulle persone ristrette negli istituti penitenziari – 4. La "tendenza" del regime penitenziario sovranazionale – 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012: un precedente superabile.

### 1. Delimitazione del perimetro di indagine.

Con l'ordinanza n. 23 del 12 gennaio 2023<sup>1</sup>, il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 o.p.<sup>2</sup> «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

<sup>1</sup> Udienza del 14 dicembre 2022.

<sup>2</sup> Secondo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 18 o.p.: «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. (...)».

In particolare, ad avviso del rimettente, ciò che nella normativa penitenziaria resta radicalmente preclusa è «la possibilità che il colloquio si svolga in un contesto in cui sia assicurata l'intimità, con un importante impatto nella dimensione familiare dell'incontro anche con i minori, ma con un dirimente effetto inibitorio rispetto alla possibilità di utilizzare il tempo del colloquio con il/la partner per rapporti intimi anche di tipo sessuale che, addirittura, ove tentati con l'attuale previsione del controllo a vista della polizia penitenziaria, finirebbero per configurare delle ipotesi di reato perseguibili»<sup>3</sup>.

L'ordinanza dello scorso gennaio costituisce, dunque, l'ultimo tassello di un già avviato percorso giurisprudenziale in materia di riconoscimento dell'intimità-sessualità intramuraria per le persone ristrette all'interno delle mura penitenziarie. Scopo della presente riflessione non risiede, tuttavia, in una ricostruzione del cammino sinora percorso in tale ambito o in una puntuale analisi dei contenuti dell'ordinanza di rimessione<sup>4</sup> quanto, piuttosto, in un'indagine circa le ragioni che si ritengono sussistenti a sostegno dell'accoglimento della questione di costituzionalità al fine di far emergere, anche nella normativa penitenziaria italiana, il diritto alla sessualità intramuraria<sup>5</sup>.

## 2. L'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali.

Un primo ordine di ragioni si rinviene nel (mancato) rapporto che intercorre tra i valori costituzionali in gioco.

Come noto, nell'ambito dell'esecuzione penale, intangibilità dei diritti, uguaglianza e inviolabilità della libertà personale costituiscono i presupposti costituzionali dell'umanità delle pene e del finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.), quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, imponendo un arretramento costituzionale del potere coercitivo ogni qual volta esso consista «in trattamenti contrari al senso di umanità». È proprio in tale rapporto che la giurisprudenza costituzionale ha individuato il punto di bilanciamento tra «diritto alla sicurezza» e «sicurezza dei diritti»<sup>6</sup>: le persone detenute restano titolari di tutti i diritti

<sup>3</sup> Si è efficacemente parlato, in proposito, di un «diritto costituzionalmente fondato eppure castrato», ad opera di un «dispositivo proibizionista [che] produce diversi e profondi strappi al tessuto costituzionale di cui pure l'intero ordinamento penitenziario dovrebbe essere foderato» (A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2-bis, 2019, pp. 3 e 14.)

<sup>4</sup> Un commento all'ordinanza di rimessione, con una ricostruzione dello stato dell'arte anche in ambito sovranazionale con particolare riferimento alla Convenzione EDU, è contenuto in F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2023.

<sup>5</sup> Le presenti riflessioni, qui ulteriormente sviluppate, sono state messe a disposizione su richiesta dell'Associazione Antigone, per la redazione di un *amicus curiae* depositato presso la Corte costituzionale a seguito della proposizione di quesito di legittimità costituzionale.

<sup>6</sup> In ordine alle declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza e sul problema del bilanciamento con la tutela dei diritti fondamentali v., ampiamente, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, pp. 16-119, in particolare sull'«altro volto» della sicurezza come canone di certezza dei rapporti giuridici e del diritto pp. 83-119.

(inviolabili) costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire solo in ragione di comprovate esigenze di ordine e sicurezza connaturate allo *status detentionis*<sup>7</sup>.

Se così non fosse, la limitazione, traducendosi in un decremento meramente retributivo della sfera giuridica del condannato e in un «valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà»<sup>8</sup>, risulterebbe viziata da illegittimità costituzionale perché «fuori dalla logica del bilanciamento che permette sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere»<sup>9</sup>.

Che tale bilanciamento – in concreto – tra diritti e sicurezza rappresenti il necessario presupposto per l'effettiva attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, Cost. è stato peraltro confermato anche dalle recenti novelle apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018 all'articolo d'apertura della legge sull'ordinamento penitenziario<sup>10</sup>.

In effetti, l'art. 1 o.p., dopo aver solennemente affermato che «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»<sup>11</sup> specifica, così recependo gli approdi della decennale giurisprudenza costituzionale in materia, che: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma); «Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma); e, soprattutto, per ciò che maggiormente rileva in

<sup>7</sup> Cfr., tra le più note, sentt. nn. 204 del 1974, 185 del 1985, 312 del 1985, 374 del 1987, 53 del 1993, 26 del 1999, 158 del 2001 e 341 del 2006.

I giudici costituzionali hanno ribadito la necessità di un equilibrio tra tutela della sicurezza e garanzia diritti nel corso dell'esecuzione penale anche più recentemente: «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa» (Corte cost., sent. n. 20 del 2017; v., nella medesima direzione, sent. n. 186 del 2018).

<sup>8</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, p. 4.

<sup>9</sup> F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 101 e, in senso analogo, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 81.

Più dettagliatamente, Bin pone l'accento sulla necessità che il bilanciamento sia svolto sulle esigenze "in concreto", individuando con la locuzione "topografia del conflitto" «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente» (p. 62). Il riferimento alle circostanze di fatto risulta irrinunciabile in relazione al bilanciamento tra principi, posto che la prevalenza di un principio sull'altro dipende sempre dalla sussistenza di elementi fattuali che integrano la «formula di preferenza», cioè la fattispecie astratta che, una volta perfezionata, determina la produzione delle conseguenze del principio di volta in volta ritenuto prevalente (p. 41).

Sul bilanciamento tra diritti e sicurezza nel corso dell'esecuzione penale, anche per una ricostruzione bibliografica, sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018. Si veda altresì il volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018; nonché M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002 e, del medesimo Autore più recentemente, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

<sup>10</sup> Legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

<sup>11</sup> Previsione già presente nel testo originario del 1975.

riferimento alla presente indagine, l'impossibilità di adottare «restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina [...]» (quinto comma)<sup>12</sup>.

Con riguardo alla sessualità intramuraria, è proprio il bilanciamento tra tutela del diritto e garanzia, in concreto, delle esigenze di sicurezza connaturate allo stato detentivo, ad essere del tutto assente: il diritto all'intimità-sessualità non è compreso – in ragione di specifiche ragioni di sicurezza – con riguardo alle sue modalità di godimento, ma negato integralmente a prescindere da ogni valutazione in riferimento al caso concreto.

Si dovrebbe pertanto negare che le esigenze di sicurezza possano esprimere una forza tale da giustificare l'assolutezza della mancata garanzia di un diritto inviolabile, nella specie espressione della più ampia sfera affettiva del condannato, elemento positivo del trattamento (art. 15 o.p. e, ancor più specificamente, art. 28 o.p.)<sup>13</sup>, precludendo ogni valutazione di tipo casistico ad opera della magistratura di sorveglianza circa il suo godimento.

Un intervento del Giudice delle leggi nella direzione indicata dal rimettente si porrebbe peraltro in linea con quel consolidato filone della giurisprudenza costituzionale teso a rimuovere gli automatismi e in particolare le presunzioni assolute, in favore di valutazioni di tipo casistico, anche in riferimento alla garanzia del diritto alla sessualità intramuraria<sup>14</sup>.

### **3. La negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale sulle persone ristrette negli istituti penitenziari.**

Tratto di particolare interesse nella recente ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto – peraltro non evocato nella precedente questione decisa dalla Corte costituzionale nel 2012<sup>15</sup> – risiede nella presunta violazione, in ragione della lacuna concernente il diritto alla sessualità intramuraria, del primo e quarto comma dell'articolo 13 Cost. i quali, come ben noto, sono posti a tutela dell'invulnerabilità della libertà

<sup>12</sup> Ancora negli articoli di apertura della legge sull'ordinamento penitenziario si afferma: «I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale» (art. 4 o.p., già presente nel testo originario della l. n. 354 del 1975 a conferma della volontà di offrire concreta attuazione ai principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, Cost.).

<sup>13</sup> L'art. 15 o.p. ricomprende espressamente il diritto all'affettività tra gli elementi positivi del trattamento: «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto (...) agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia». Ancora più specifico l'art. 28 o.p. ("Rapporti con la famiglia"): «Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

<sup>14</sup> *Ex multis*, sempre in riferimento alla tutela della dimensione affettiva nel corso dell'esecuzione penale, Corte cost. sentt. nn. 239 del 2014, 76 del 2017 e 18 del 2020.

<sup>15</sup> Il riferimento è alla precedente questione posta sulla sessualità intramuraria dall'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 del Magistrato di Sorveglianza di Firenze, decisa dalla Corte costituzionale con la sent. n. 301 del 2012 su cui si tornerà a breve.

personale (primo comma), imponendo di punire «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (quarto comma).

Il rimettente, sul punto, chiarisce come la forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà, derivante dal disposto normativo ostativo, appaia in insanabile contrasto con il primo comma del citato parametro costituzionale poiché «di fatto determina una compressione della libertà personale che non appare giustificata in ogni caso da ragioni di sicurezza e che, perciò, finisce per tradursi in una sofferenza aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà, che già inevitabilmente deriva dalla restrizione carceraria»<sup>16</sup>. A tale violazione fa eco il contrasto con il quarto comma del medesimo articolo poiché «una amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità, quale la dimensione sessuale dell'affettività, finisce per configurare una forma di violenza fisica e morale sulla persona detenuta che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante, per altro non soltanto per il condannato, ma per la persona con lui convivente, cui pure viene interdetto l'accesso a quella sessualità e alla genitorialità che potrebbe, ove lo si volesse, derivarne, inibendo per un tempo variabile, ma che potrebbe anche rivelarsi dirimente in termini negativi, le possibilità per la coppia di generare figli o ulteriori figli»<sup>17</sup>.

Si tratta di riflessioni che appaiono pienamente condivisibili.

In effetti, come si è avuto modo di affermare anche in altra sede proprio all'indomani dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario (ottobre 2018)<sup>18</sup>, se – indiscutibilmente – non è la mancata garanzia di alcuni diritti nel corso dell'esecuzione

<sup>16</sup> Sul punto A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., pp. 16-17. L'Autore individua altresì un ulteriore contrasto con un parametro non evocato dal rimettente: l'art. 25, secondo comma, contenente il principio di legalità delle pene (pp. 14, 15).

<sup>17</sup> Si tratta dei c.d. effetti bilaterali della pena i quali non si dirigono unicamente nei confronti della persona condannata colpendo, indirettamente, anche i suoi familiari (v. in argomento, J. MATTHEWS, *Forgetting Victims. How prison affects the family*, London 1983 e, con specifico riguardo proprio alla dimensione sessuale, A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., pp. 21, 22).

Nella medesima direzione di protezione della famiglia e del diritto alla genitorialità, il rimettente individua un contrasto della vigente normativa anche con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., nella misura in cui la stessa «deve trovare nella legge forza e sostegno per costituirsi, ma anche per assicurare a tutti i suoi componenti protezione. In questa chiave, invece, del tutto diatonica è la previsione di un divieto che logora i rapporti di coppia, rischia di spezzarli a fronte del protrarsi del tempo in cui la fondamentale componente della sessualità non può essere esercitata, e di fatto pone precondizioni non perché, al rientro in libertà della persona detenuta, la stessa possa tornare alla propria famiglia con maggiori chance di reinsediarsi nella pienezza del proprio ruolo, ma avendo vissuto un periodo, breve o lungo, nel quale gli è stata imposta una innaturale astinenza dal vincolo unitivo del rapporto sessuale con il/la partner. Ciò pregiudica, per altro, per come detto, la stessa possibilità di accedere alla genitorialità, e mina, anche in contesti in cui la coppia non abbia fatto accesso agli istituti del matrimonio o dell'unione civile, il diritto dei figli alla serenità del rapporto di coppia tra i genitori, condizione non secondaria per lo sviluppo della propria personalità».

<sup>18</sup> S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., p. 281-283.

Sia consentito un rinvio a tale scritto anche per un inquadramento ampio del diritto all'affettività-intimità nel dettato costituzionale e all'interno della normativa penitenziaria nonché in relazione alla bibliografia ivi richiamata.

In argomento v. anche il recente volume di S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Napoli, 2022.

penale a porsi in un rapporto di automatico contrasto con il quarto comma dell'art. 13 Cost. – basti pensare all'assenza di tutela del diritto di sciopero per i lavoratori detenuti<sup>19</sup> – la privazione assoluta di una funzione vitale del corpo, che incide anche sulla psiche del ristretto, frustrandone istinti naturali e connaturati alla sua qualifica di persona<sup>20</sup> senza che vi siano puntali esigenze di sicurezza a legittimarlo, sembra assumere la fisionomia di una vera e propria violenza fisica e morale perpetrata in danno alle persone sottoposte a restrizione della libertà in carcere e, come tale, rilevante anche ai sensi dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione.

Al riguardo, poca forza sembra possedere l'obiezione secondo cui tale violazione non sussisterebbe in ragione della possibilità per i detenuti di fruire dei permessi premio *ex art. 30-ter* o.p. in grado di riportare, comportando una temporanea uscita dal carcere, la sessualità in una dimensione di "normalità".

In effetti, sul punto, occorre in primo luogo ricordare come l'istituto non sia applicabile ai detenuti in attesa di giudizio, altissima percentuale della popolazione attualmente ristretta negli istituti penitenziari italiani<sup>21</sup>. Inoltre, come espressamente ricordato anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 301 del 2012, nei confronti dei condannati definitivi, l'istituto rappresenta «una risposta solo parziale» rispetto al godimento del diritto alla sessualità: stanti i rigidi presupposti applicativi di tali permessi<sup>22</sup>, legati a una logica di natura premiale e alla necessaria assenza di pericolosità sociale, si tratta di un beneficio che resta di fatto precluso alla maggior parte della popolazione ristretta. È quanto specificato anche dal rimettente in relazione al caso di specie: in proposito il Magistrato di Spoleto<sup>23</sup> afferma efficacemente come – di fatto –

<sup>19</sup> Sul punto v. T. GUARNIER, *Libertà collettive e detenzione penale*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., pp. 254-256.

<sup>20</sup> È proprio in ragione di tali effetti che il giudice *a quo* solleva questione di costituzionalità anche in riferimento all'art. 32 della Costituzione «non potendo dubitarsi delle dirimenti conseguenze negative derivanti dal protrarsi di una forzata astinenza dai rapporti sessuali con il/la partner in libertà, e più in generale dall'assenza di un momento privato in cui vivere la propria relazione con l'altr\*, al di fuori di una osservazione continuativa da parte del personale di custodia, che finisce per avere effetti sulla salute psichica della persona detenuta, in un contesto già ordinariamente psicopatogeno come quello della restrizione della libertà personale, e che può averne sulla stessa salute fisica».

Specificamente sul rapporto tra salute e dimensione affettiva, v. G.M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014.

<sup>21</sup> I dati delle persone detenute non destinatarie di una sentenza definitiva di condanna sono costantemente aggiornati sul sito del Ministero della Giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

<sup>22</sup> Art. 30-ter, primo comma, o.p.: «Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione».

<sup>23</sup> Sul punto il rimettente ricorda come, attualmente, il reclamante «non può godere di permessi premio perché da un lato l'istituto penitenziario non ha nei suoi confronti elaborato un programma di trattamento, tanto meno con la previsione di esperienze premiali esterne, e dall'altro perché la condotta che lo stesso ha tenuto, nei mesi precedenti al reclamo, non appare segnata da quella regolarità che ragionevolmente può condurre il magistrato di sorveglianza a concedere il permesso».

L'inadeguatezza dell'istituto è ben messa in luce in A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., il quale qualifica il permesso premio come una "apparente eccezione alla regola" ripercorrendo la cronistoria

il permesso premio rappresenti, da un lato, un «aggiramento» del divieto alla sessualità intramuraria e, dall'altro, una sua «riconferma indiretta» poiché «l'incontro intimo avverrebbe solo nel breve intervallo di libertà concessogli» e mai all'interno delle mura penitenziarie.

#### 4. La “tendenza” del regime penitenziario sovranazionale.

Proseguendo nella riflessione che colloca la deprivazione sessuale all'interno dei trattamenti contrari al senso di umanità, rileva – come in altre sedi già posto in luce – il difficile rapporto di coerenza che intercorre tra la mancata garanzia del diritto alla sessualità, quale specifica declinazione di un diritto costituzionalmente tutelato, e la normativa sovranazionale che si impone come parametro ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

In tal senso, il rimettente ben rileva come ad essere violato sia, *in primis*, l'art. 3 della Convenzione EDU poiché «la imposta privazione della dimensione sessuale dell'affettività con il/la partner sembra apprezzarsi quale trattamento inumano e degradante, a fronte della rinuncia da parte della legge penitenziaria a valutare la possibilità di un bilanciamento tra esercizio del diritto ed esigenze di sicurezza, con ciò determinando una afflittività maggiore di quanto necessario alla condizione detentiva, certamente tale da comportare effetti dannosi per la salute psicofisica della persona detenuta».

Ma non solo. A venire in rilievo è, naturalmente, anche la garanzia offerta dalla medesima Convenzione al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e al matrimonio (art. 12).

Sul punto occorre senz'altro ricordare come i giudici di Strasburgo, in decisioni piuttosto risalenti, abbiano affermato che dai richiamati articoli convenzionali non discenda un automatico obbligo in capo agli Stati Parte di riconoscere, all'interno delle proprie normative, il diritto alla sessualità intramuraria restando tale scelta rimessa alle valutazioni del legislatore nazionale<sup>24</sup>.

Tuttavia, in approdi più recenti, la medesima Corte ha specificato che, pur permanendo un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati in materia di contatti con l'esterno e visite familiari, su di essi grava lo specifico dovere di assistere i detenuti nel mantenimento dei legami extra-murari, funzionali al percorso di reinserimento sociale. Tale obbligo positivo è strettamente connesso alla necessità di una valutazione individuale e di natura casistica circa le restrizioni poste all'accesso degli istituti funzionali al raggiungimento di tale scopo. In altri termini, ogni qual volta la legislazione nazionale intenda limitare il diritto al mantenimento dei legami con la realtà esterna –

---

legislativa di tale beneficio a testimonianza della perdurante volontà parlamentare di non garantire a tutti i detenuti il diritto alla sessualità o, comunque, di ostacolarne il possibile esercizio (pp. 11-13).

<sup>24</sup> Corte eur. dir. uomo, *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04; *Aliev c. Ucraina*, 29 luglio 2003, ric. n. 41220/08 e Commissione EDU, *E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito*, 22 ottobre 1997, ric. nn. 32095/96 - 32568/96.

ivi comprese le richieste relative alle visite familiari –, può farlo purché abbia preso in considerazione rischi non generici e astratti ma, al contrario, esigenze di tutela riferite al caso concreto<sup>25</sup>.

Da tali considerazioni sembra dunque discendere il contrasto con il dettato convenzionale ogni qual volta siano poste automatiche restrizioni in ambito affettivo – e, più in generale, di contatti con l'esterno – che non tengano in dovuta considerazione le specificità dei singoli casi.

Ed è proprio quanto sembra avvenire nella normativa penitenziaria italiana con riguardo al diritto alla sessualità intramuraria in ragione delle considerazioni sinora esposte.

Ancora in riferimento al contesto sovranazionale, occorre ricordare – più specificamente in materia di intimità delle persone detenute – le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (n. 1340 del 1997 e 2/2006 dell'11 gennaio 2006). In effetti, soprattutto quest'ultime, ben esprimono l'esigenza secondo cui le normative nazionali debbano offrire piena tutela all'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera intima e sessuale. In particolare, alla più risalente Raccomandazione n. 1340/1997 sulla necessità di predisporre, all'interno degli istituti, luoghi nei quali i ristretti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli (art. 6), si accompagna la successiva regola del 2006: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali» (n. 24, quarto comma)<sup>26</sup>. La disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla “normalità” delle relazioni familiari – comprensiva anche della dimensione intima e sessuale – è illustrata nel commento in calce, contenente una rilevante specificazione quanto ai tempi: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate», la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i partner».

In senso analogo, la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni garantite ai detenuti il diritto a «una vita affettiva e sessuale, attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

Rilevano altresì le c.d. Regole di Bangkok, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010<sup>27</sup>, le quali prescrivono il divieto di adottare,

<sup>25</sup> Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015, ric. n. 41418/04.

In particolare, i giudici di Strasburgo, pur avendo accertato che le restrizioni ai contatti con i familiari e il mondo esterno fossero legittimamente previste all'interno della normativa russa, ravvisano ugualmente un contrasto con l'art. 8 della Convenzione in quanto l'ingerenza risultata sproporzionata, prevedendo la legislazione nazionale restrizioni fondate unicamente sul carattere perpetuo della condanna, applicate in modo automatico, senza alcuna valutazione della situazione soggettiva del ricorrente e senza alcuna considerazione in riferimento alle caratteristiche del caso concreto.

In argomento cfr. anche F. MARTIN, *Carcere e sessualità*, op. cit., 3-6 nonché M.E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis.

<sup>26</sup> Nella medesima sede si prevede, inoltre, che i detenuti debbano essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, terze persone, rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite.

<sup>27</sup> Si tratta della Raccomandazione delle Nazioni Unite riguardante le donne detenute e donne autrici di reato in misura non detentiva.

tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno sancendo, più in generale, la necessità di prevedere misure idonee a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio, in ossequio al principio di territorialità della pena<sup>28</sup>. Al fine di perseguire tale scopo, devono essere incoraggiati colloqui prolungati e, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, le normative devono predisporre meccanismi che facilitino gli incontri, in ragione del preminente interesse del minore che le esigenze di pubblica sicurezza non possono intaccare (Regole nn. 23, 26 e 28).

A conferma di tale “tendenza” del regime penitenziario sovranazionale, anche uno sguardo comparatistico alle esperienze normative esistenti. Da legislazioni in cui il diritto all’intimità è garantito attraverso colloqui prolungati e non controllati (Croazia e Albania) si giunge a soluzioni ben più complesse, in cui vengono predisposte, all’interno degli istituti, unità abitative con camere matrimoniali, servizi e cucina (Norvegia, Danimarca e, seppur in forme molto diverse, persino Armenia, Brasile e alcuni Stati degli U.S.A.)<sup>29</sup>.

Anche nell’area europea sono ormai numerosi i Paesi che hanno introdotto una specifica disciplina in tal senso: nella regione spagnola della Catalogna, la legge concede due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un’ora e mezza, una con la famiglia l’altra con il *partner*. In Svizzera gli incontri in assenza del controllo visivo sono stati introdotti già nei primi anni ‘80<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul punto, occorre rilevare come gli stessi decreti di riforma dell’ordinamento penitenziario del 2018 siano intervenuti su tale principio anche in riferimento alla garanzia del diritto all’affettività apportando alcune migliorie. Emblematico, in proposito, l’intervento sull’art. 42, secondo comma, o.p. a norma del quale «Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L’amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga». La previsione è stata ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 che ha premesso al primo comma dell’art. 14 o.p. il seguente: «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari». Muove in analogia direzione la già menzionata aggiunta, ad opera del medesimo decreto, di due periodi all’attuale terzo comma dell’art. 18 o.p., il quale prevede che: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto (...)».

<sup>29</sup> Si vedano, ancora nell’area europea, le legislazioni di Austria, Belgio, Francia, Finlandia, Germania, Olanda e Svezia.

<sup>30</sup> Le riflessioni sul panorama sovranazionale in materia di sessualità intramuraria sono state in parte riprese da S. TALINI, *L’affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, par. 6, contributo confluito, con alcuni aggiornamenti anche a seguito della riforma dell’ordinamento penitenziario del 2018, nel volume M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., pp. 245 ss.

Per ulteriori riflessioni sulle esperienze estere e sul quadro normativo sovranazionale cfr. M.E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pp. 8, 9; P. BALBO, *Sesso e carcere*, in G. GULLOTTA, S. PEZZATI (a cura di), *Sessualità, diritto e processo*, Milano 2002, pp. 86 ss.

## 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012: un precedente superabile.

Nonostante le riflessioni che precedono, un'ulteriore argomentazione potrebbe apparentemente ostare all'accoglimento della questione recentemente posta all'attenzione della Corte costituzionale.

In effetti, come in parte anticipato, il Giudice delle leggi è già stato investito di una questione inerente la mancata garanzia della sessualità intramuraria decisa con la sentenza n. 301 de 2012. In quell'occasione i giudici costituzionali dichiararono la questione inammissibile stante, oltre l'inidonea motivazione sulla rilevanza, la necessità di rispettare il limite della discrezionalità legislativa quanto alle scelte da compiere in ordine a modalità e tempi di attuazione del diritto nonché al bilanciamento tra i richiamati valori costituzionali<sup>31</sup>.

La dichiarata inammissibilità non appare, tuttavia, preclusiva per l'accoglimento della questione attualmente all'esame dei giudici costituzionali.

Rileva, in primo luogo, il mutamento del quadro normativo.

Il riferimento è, non solo alle citate modifiche apportate all'art. 1 dell'ordinamento penitenziario, quanto – e forse piuttosto – alla nuova disciplina contenuta all'interno dell'art. 19 del d.lgs. n. 121 del 2018<sup>32</sup> il quale, proprio al fine di favorire le relazioni affettive, ha espressamente previsto, in riferimento ai detenuti minorenni, la possibilità di usufruire di quattro visite prolungate al mese della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei (terzo comma), da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico (quarto comma). Compete al direttore dell'istituto verificare la sussistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscono i contatti, verificando altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l'ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali (quinto comma). Si tratta di visite, specifica l'ultimo comma, che devono essere favorite con particolare riguardo ai detenuti che non usufruiscono di permessi premio.

In proposito, come ben rilevato anche dal rimettente, il nuovo assetto normativo riguardante i detenuti minorenni ha notevolmente ampliato i confini della sfera affettiva nella sua accezione più strettamente connessa all'intimità della persona ristretta, aprendo la strada a una «dimensione veramente riservata del colloquio». Più nel dettaglio, osserva il giudice *a quo*, è stata introdotta una disciplina «che da un lato consente la verifica della sussistenza di particolari ragioni di sicurezza eventualmente ostative, e dall'altra favorisce, nell'ottenimento delle visite prolungate, le persone che non usufruiscono di permessi premio, pur senza considerare le prime come una

---

<sup>31</sup> Nel dettaglio, secondo la Corte: «un intervento puramente e semplicemente ablativo (...) si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo», presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche al processo di bilanciamento che vede contrapposti la garanzia del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale».

<sup>32</sup> D.lgs. n. 121 del 2018 "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni".

alternativa che non le renda più necessarie ove la persona detenuta abbia accesso ai secondi».

Ne consegue l'irragionevolezza dell'assenza di analoga previsione – idonea a consentire l'intimità degli incontri – in riferimento ai detenuti adulti. Dunque, a differenza della questione posta all'attenzione della Corte costituzionale nel 2012, ad essere violato sarebbe altresì il principio di eguaglianza formale di cui al primo comma dell'articolo 3 della Costituzione.

In secondo luogo, ai fini del superamento del precedente approdo giurisprudenziale, assai rilevante appare l'immobilismo parlamentare nonostante la valenza monitoria della sentenza n. 301 del 2012.

In effetti, in quell'occasione, i giudici costituzionali, pur dichiarando l'inammissibilità, ebbero modo di osservare come la questione inerente le relazioni affettive di tipo intimo, anche a carattere sessuale, concernesse «una esigenza reale e fortemente avvertita», rappresentando «un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore»<sup>33</sup>.

Il monito non ha tuttavia trovato seguito nelle aule parlamentari e il diritto alla sessualità intramuraria non è stato tradotto in termini positivi all'interno dell'ordinamento penitenziario<sup>34</sup>.

Si tratta di un mancato intervento che, a distanza di oltre dieci anni dalla precedente pronuncia, appare non più tollerabile stante le ragioni sinora esposte che legano, inscindibilmente, la garanzia del diritto alla sessualità intramuraria ai più volte

---

<sup>33</sup> Sull'inequivocabile portata monitoria della sent. n. 301 del 2012, v. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., il quale afferma che «un simile monito scavalca la mera sollecitazione rivolta al legislatore affinché superi le proprie pigrizie e le proprie reticenze. Riconosce, infatti, il diritto alla sessualità intramuraria come in sé non incompatibile con lo stato di reclusione, annoverandolo così tra quei residui di libertà personale di cui il detenuto resta comunque titolare. Mostra, poi, di considerare la risoluzione alla persistente lacuna normativa come “non semplice ma doverosa”, impegnandosi a tracciarne le linee-guida. Soprattutto, certifica l'insufficienza del dato normativo vigente che, collocando in una dimensione esclusivamente extramuraria la risposta ad un bisogno primario, finisce per negarlo a quella larga parte della popolazione carceraria cui *de jure* o *de facto* è preclusa la fruizione dei permessi premio. Se si considera, infine, che sarebbe stato agevole fermarsi all'inammissibilità della quaestio, è facile dedurre la volontà del Giudice delle leggi di non sprecare l'occasione per allertare tutti: proibire il diritto alla sessualità tra le mura del carcere – avverte la Corte – pone un serio problema di spessore costituzionale» (pp. 8, 9 e, più analiticamente, pp. 35 ss.). In proposito l'Autore ricorda anche le riflessioni di F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. Merito*, 2013, p. 975 e, già in riferimento all'ordinanza di rimessione, C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2012, 4, p. 215 e S. TALINI, *Un diritto “sommerso”: la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2012.

<sup>34</sup> Si rileva, sul punto, come la legge delega n. 103 del 2017 avrebbe consentito un intervento in questa direzione prescrivendo genericamente al delegato «la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio» (art. 1, comma 85, lett. n). In argomento occorre peraltro ricordare come, in quell'occasione, un'emersione del diritto alla sessualità intramuraria si sarebbe posta in linea anche con le proposte elaborate in materia dagli Stati Generali sull'esecuzione penale e, in particolare, dal Tavolo 6 dedicato a “Mondo degli affetti e territorializzazione della pena”.

richiamati articoli del dettato costituzionale posti a tutela della persona privata della libertà.

Del resto, non va dimenticato come nei più recenti sviluppi della sua giurisprudenza la Corte si sia mostrata sempre più “attenta” ad intervenire a seguito della protratta inerzia da parte del legislatore soprattutto in riferimento alla mancata garanzia dei diritti, giungendo finanche a utilizzare lo strumento del rinvio dell’udienza a data fissa<sup>35</sup>.

Sul punto, come specifica anche il rimettente, i giudici costituzionali, nell’ordinanza n. 207 del 2018, hanno avuto modo di ricordare come in «situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l’inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all’adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (...). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l’effetto di lasciare in vita - e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile - la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all’accertamento dell’inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»<sup>36</sup>.

A tal proposito, in dottrina è stato ben rilevato come nella giurisprudenza costituzionale più recente la “morsa” delle rime obbligate si sia progressivamente attenuata «almeno in un’ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. E come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l’intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all’invito ad esercitarla in concreto»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> In effetti, è proprio nel tentativo di offrire una risposta all’inerzia legislativa che sovente accompagna i moniti dei giudici costituzionali o, in casi ben più gravi, le addizioni di principio, che si inserisce la più recente giurisprudenza costituzionale in materia di differimento dell’udienza a data certa.

<sup>36</sup> La Corte costituzionale ha utilizzato il medesimo strumento con l’ordinanza n. 132 del 2020 in riferimento alla pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa e, più di recente, in materia di c.d. ergastolo ostativo, con le ordinanze nn. 97 del 2021 e 122 del 2022, cui ha fatto seguito il d.l. n. 162 del 2022.

<sup>37</sup> M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 650. La riflessione in ordine alla volontà di trattare la discrezionalità legislativa come limite relativo nel sindacato di costituzionalità, superabile nel caso in cui l’inerzia legislativa produca omissioni incostituzionali, è ripresa e argomentata anche nelle successive pagine 654, 664, 665.

Sul punto occorre altresì ricordare come autorevole dottrina, già nella prima metà degli anni ’80, osservasse che i moniti «costituiscono il modo per avvertire il legislatore che, oggi, allo stato, la disciplina non è ritenuta incostituzionale o che è ritenuta tale solo in parte, ma che potrebbe diventarla un domani, se all’invito non si risponde o se il monito non è seguito» (F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte*

Da tali riflessioni sembra dunque poter discendere una conseguenza assai rilevante anche in relazione alla questione attualmente in esame.

Se l’inserimento di un monito rivolto al legislatore nella sentenza n. 301 del 2012 ha prodotto l’effetto indiretto di lasciare aperta la strada a un’eventuale successiva pronuncia della Corte nella (prevedibile) ipotesi dell’inerzia parlamentare, sembra che l’ordinanza di rimessione n. 23 del 2023 possa effettivamente rappresentare una valida occasione in tal senso; ciò anche a fronte dei più volte citati mutamenti che hanno interessato la normativa penitenziaria.

Del resto, non va dimenticato come la stessa giurisprudenza costituzionale, già a metà degli anni ’80, affermasse «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale (...) [come] aspetto e fattore di svolgimento della personalità» che i «membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale»<sup>38</sup>; dunque, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire»<sup>39</sup>.

Se questa è la “fisionomia costituzionale” che la sessualità assume nella società libera, non sembrano sussistere valide ragioni che possano giustificare un’ulteriore tolleranza nei confronti di un’omissione legislativa che preclude alle persone detenute, in modo assoluto e automatico, il godimento di quel diritto.

---

*costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1653 e, del medesimo Autore, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *ID.*, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 159 ss.).

<sup>38</sup> Corte cost. sent. n. 161 del 1985.

<sup>39</sup> Corte cost. sent. n. 561 del 1987.



**PROTEZIONE DELLA VITTIMA E VALUTAZIONE DEL RISCHIO NEI  
PROCEDIMENTI PER VIOLENZA DOMESTICA TRA INDICAZIONI  
SOVRANAZIONALI E DEFICIT INTERNI (\*)**

di Valentina Bonini

*La protezione dalla ripetizione e/o escalation della violenza è un bisogno fondamentale delle vittime di violenza domestica e nelle relazioni strette e ciò consiglia di analizzare i profili giuridici della procedura di valutazione del rischio richiesta dall'art. 51 della Convenzione di Istanbul e dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., anche con l'obiettivo di mettere a fuoco le criticità del sistema italiano su questo centrale e difficile tema, come evidenziate dalle recenti condanne pronunciate dai giudici di Strasburgo.*

SOMMARIO: 1. Pericolosità dell'autore e protezione della vittima come questioni centrali nel contrasto alla violenza di genere. – 2. Gli obblighi di protezione: la valutazione e gestione del rischio nella Convenzione di Istanbul e nella giurisprudenza della Corte e.d.u. – 3. La valutazione del rischio nei procedimenti per violenza relazionale: caratteristiche e complessità. – 4. La mancanza di una specifica disciplina italiana della valutazione del rischio di ripetizione ed *escalation* della violenza. – 5. Qualche spunto di riflessione per una valutazione del rischio adeguata e sostenibile.

**1. Pericolosità dell'autore e protezione della vittima come questioni centrali nel contrasto alla violenza di genere.**

L'idea di pericolosità e di sicurezza è cambiata profondamente nei decenni scorsi, passando da una dimensione sociale –che metteva al centro il riconoscimento, l'attuazione e la protezione di diritti sociali ed economici delle persone– ad una dimensione penalistica, che mette al centro la protezione dal crimine, evocando un passaggio di testimone dalla giustizia sociale alla giustizia penale nella tutela dei diritti fondamentali della persona.

---

(\*) Il contributo rappresenta la versione rielaborata e approfondita dell'intervento effettuato nel convegno internazionale *"Dangerousness and criminal justice: common issues and challenges"*, tenutosi a Pisa il 27 ottobre 2022, i cui atti nella versione originaria in lingua inglese sono in corso di pubblicazione con Pisa University Press.

Questo itinerario risulta chiaro anche nell'approccio normativo che ha interessato la famiglia: condotto nella seconda metà del secolo scorso attraverso politiche legislative che miravano al riconoscimento del diritto di uguaglianza all'interno del consesso familiare e abbandonavano le logiche gerarchiche e disparitarie nei rapporti intrafamiliari, sempre più terreno è stato successivamente conquistato dal diritto penale<sup>1</sup>, che è divenuto strumento necessario per combattere la violenza collegata alle incrostazioni di logiche patriarcali il cui superamento si va rivelando particolarmente lungo e difficoltoso.

Così, la violenza di genere –specialmente nella sua declinazione di violenza domestica e nelle relazioni strette– è un'area criminologica sulla quale negli ultimi anni si è concentrata l'attenzione dei legislatori nazionali e sovranazionali, diventando oggetto di regolamentazione sempre più ricca.

In questo settore l'intreccio tra pericolosità (dei comportamenti violenti), punizione (degli autori di violenza) e protezione (delle vittime di violenza) è reso particolarmente evidente nelle scelte coltivate nei documenti giuridici internazionali, i quali hanno rappresentato una spinta e una guida autorevole per i legislatori nazionali. Se la cornice giuridica dell'Unione europea su questo tema è ancora in costruzione<sup>2</sup>, le istituzioni del Consiglio d'Europa hanno già prodotto documenti giuridici di straordinaria importanza, dando vita ad una risposta al fenomeno della violenza domestica e contro le donne che attribuisce massimo rilievo a protezione, iniziativa giudiziaria e punizione attraverso la giustizia penale<sup>3</sup>. Pur in un quadro che richiama gli Stati membri a dotarsi anche di ampie, costanti e capillari politiche culturali e formative che operino sul versante della prevenzione della violenza di genere, non v'è dubbio che la giustizia penale costituisca in tali documenti lo strumento principe per contrastare questo fenomeno criminale.

La protezione delle vittime, l'accertamento processuale e la punizione degli autori di violenza sono alcuni dei pilastri su cui è costruito l'impianto della più

<sup>1</sup> Sull'evoluzione del diritto penale della famiglia dalla impostazione originaria del codice Rocco agli assetti odierni v. R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *lalegislazionepenale.eu*, 2021; M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, pp. 1710 ss.; in una prospettiva più ampia, B. PEZZINI, *Il diritto e il genere della violenza: dal codice Rocco al codice rosso (passando per la Convenzione di Istanbul)*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *La violenza di genere dal codice Rocco al codice Rosso*, Torino 2020, pp. 11 ss.; nonché, volendo, V. BONINI, *La violenza di genere*, in V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2021, pp. 161 ss.

<sup>2</sup> V. European Commission 2022/0066, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence*. Sul tema, C. Rigotti – C. McGlynn, *Towards an EU criminal law on violence against women: the ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse*, in *New Journal of European Criminal Law* 13, 4(2022). L'UE ha, sin qui, adottato una serie di documenti di natura politica, ma manca ancora una cornice normativa sul tema; in proposito R. Lamont, *Beating domestic violence? Assessing the EU's contribution to tackling violence against women*, in *Common Market Law Review* 50, 6(2013), pp. 1787-1807.

<sup>3</sup> Tra i quattro pilastri (*prevention, protection, prosecution e punishment, integrated policies*) su cui è costruita la complessa azione di contrasto alla violenza, l'art. 5 prevede che sugli Stati aderenti gravi l'obbligo di adottare misure legislative e di altra natura per esercitare con la dovuta diligenza nel prevenire, investigare, punire e offrire riparazione per gli atti di violenza commessi da terzi.

importante fonte del Consiglio d'Europa sul tema: la Convenzione di Istanbul. Questa, infatti, in più parti richiede una risposta robusta, che attribuisca alla giustizia penale un ruolo fondamentale<sup>4</sup> nel combattere un fenomeno il quale –pur avendo radici socio-culturali saldamente ancorate al tessuto sociale e una struttura assai complessa– non può essere efficacemente contrastato ricorrendo solo ad iniziative e politiche culturali<sup>5</sup>.

Nella stessa direzione si orienta da tempo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sviluppatasi nel solco di un più ampio e generale percorso di tutela dei diritti convenzionali che si traduce in obblighi di protezione degli stessi: la tutela dei diritti fondamentali della persona fa sorgere in capo agli Stati parte –oltre alla tradizionale obbligazione negativa (dovere dello Stato di astenersi da comportamenti lesivi dei diritti della persona)– anche obbligazioni positive di intervento per il tramite di misure (sostanziali e procedurali) che proteggano la persona dall'aggressione di terzi ai beni fondamentali.

Muovendosi su tali binari, i giudici di Strasburgo hanno elaborato un articolato sistema di protezione delle vittime di violenza di genere rispetto alle infrazioni che interessano in particolare gli articoli 2, 3, 8 e 14 c.e.d.u.<sup>6</sup>.

Così, nella messa a tema della violenza di genere, il “bisogno diffuso di sicurezza” si è tradotto in un “bisogno individuale di protezione” della vittima, in quanto il rischio di ripetizione e di *escalation* di questa forma di violenza è particolarmente alto, in ragione della struttura relazionale e dell'andamento ciclico della

<sup>4</sup> Gli articoli da 33 a 48 investono il diritto penale del compito sanzionare una pluralità di comportamenti violenti con “*effective, proportionate and dissuasive sanctions, taking into account their seriousness*” (art. 45); gli articoli da 49 a 58 riguardano il procedimento penale, con una speciale attenzione alla protezione della vittima (artt. 50, 51, 52, 53, 56).

<sup>5</sup> Ampio spazio viene comunque attribuito alla prevenzione della violenza, che rappresenta uno dei pilastri su cui fonda la Convenzione di Istanbul, la quale riconosce e sottolinea la dimensione culturale di questa forma di violenza, esigendo politiche attive nel segno della generale obbligazione di cui all'articolo 12, al fine di «*promote changes in the social and cultural patterns of behaviour of women and men with the view to eradicating prejudices, customs, traditions and all other practices which are based on the idea of the inferiority of women or on stereotyped roles for women and men*». Al riguardo, si è evidenziato come vi sia un intreccio continuo tra prevenzione della violenza e protezione delle vittime: in questo senso v. L. GRANS, *The Istanbul Convention and the positive obligation to prevent violence*, in *Human Rights Law Review* 2018, 18, p. 141 e p. 144.

<sup>6</sup> Ampia è oramai la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, la cui parte più copiosa interessa gli articoli 2 e 3, in alcuni casi attingendo l'articolo 8, mentre la violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 è stata individuata solo in presenza di radicate prassi discriminatorie e pregiudizi strutturali nei confronti delle donne ed ha interessato in modo circoscritto la sola violenza domestica (v. il *leading case* Corte e.d.u., 9 giugno 2009, *Opuz vs Turchia*, appl. N. 33401/02, ma anche Corte e.d.u., 9 luglio 2019, appl. N. 41262/17, *Volodina vs Russia*). In materia v. J. D. MUJUZU, *Preventing and combating domestic violence in Europe: the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International Survey of Family Law* 2016, pp. 165 ss.; mette a fuoco i più recenti sviluppi R. MCQUIGG, *The evolving jurisprudence of the European Court of Human Rights on domestic abuse*, in P. Czech – L. Heschl – K. Lukas – M. Nowak, G. Oberleitner (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, Intersentia 2022; nella dottrina di lingua italiana v. M. MONTAGNA, [Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini](#), in [archiviopenale.it](#), 2019; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in AA.VV. (a cura di A. Gaito e D. Chinnici), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2016, pp. 121 ss.; B. NASCIBENE, [Tutela dei diritti fondamentali e “violenza domestica”. Gli obblighi dello Stato secondo la Corte edu](#), in [lalegislationepenale.eu](#), 2018.

stessa<sup>7</sup>. Pertanto, indipendentemente dal tipo di reato, quando la violenza di genere si declina come violenza nelle relazioni strette, la pericolosità di questa non è rivolta alla società in modo indistinto, ma si concentra (amplificando le potenzialità lesive) sulla vittima: questa caratteristica, come vedremo, da un lato produce puntuali doveri di protezione della vittima, e, dall'altro lato, solo in apparenza rende più agevole l'opera di identificazione e ponderazione del livello di pericolo di reiterazione dei comportamenti aggressivi, che, in verità, si fa particolarmente complessa per la necessità di valutare una pluralità di fattori che spesso non sono oggetto di attenzione nel procedimento penale.

## **2. Gli obblighi di protezione: la valutazione e gestione del rischio nella Convenzione di Istanbul e nella giurisprudenza della Corte e.d.u.**

Il "bisogno" primario di protezione della vittima di violenza domestica e relazionale assume la dimensione giuridica di "diritto" alla protezione, al quale fa riscontro un "obbligo" di protezione che grava sulle pubbliche autorità.

Peraltro, proprio il "bisogno di protezione" (più che il "bisogno di punizione") sovente è la ragione che spinge chi ha subito violenza in una relazione stretta a rivolgersi alle autorità giudiziarie, aprendo un procedimento penale, che, se per alcuni versi è luogo pieno di insidie per la vittima, a causa della esposizione al rischio di

---

<sup>7</sup> Il passaggio da una dimensione diffusa del bisogno di sicurezza ad una dimensione particolare del bisogno di protezione non deve però indurre ad assegnare al fenomeno un rilievo meramente privatistico, che, anzi, viene fermamente respinto proprio nella costruzione di una reazione alla violenza di genere che privilegia il ricorso allo strumento penalistico, nel limitare i casi di procedibilità a querela (art. 55 Convenzione di Istanbul), nell'escludere il ricorso a mezzi di gestione alternativa della controversia (art. 48 Convenzione di Istanbul), che ridurrebbero la violenza a mero conflitto *inter pares*.

vittimizzazione secondaria<sup>8</sup>, per altri versi è il luogo principale ove ottenere protezione dalla vittimizzazione reiterata<sup>9</sup>.

La centralità dell'azione protettiva trova espresso riconoscimento nell'art. 18 della Convenzione di Istanbul, che, tra le obbligazioni generali degli Stati aderenti, prevede quella di predisporre le necessarie azioni legislative o altre misure per proteggere tutte le vittime da ogni ulteriore atto di violenza: affinché la protezione sia effettiva, la Convenzione pone anche altri doveri di caratura procedimentale, esigendo un avvio tempestivo dei procedimenti penali (art. 49), all'interno dei quali deve essere offerta una protezione adeguata ed immediata (art. 50).

È ancora al documento convenzionale del Consiglio d'Europa che si deve l'utile indicazione dei modi in cui deve essere offerta una protezione che possa rispondere alle caratteristiche di adeguatezza e immediatezza. L'art. 51 stabilisce, in proposito, che le autorità competenti debbano procedere ad una valutazione del rischio diretta ad

<sup>8</sup> Secondo Cass., S.U. (civili) 17 novembre 2021, n. 35110, § 5.3.7.4., la vittimizzazione secondaria consiste «nel far rivivere le condizioni di sofferenza a cui è stata sottoposta la vittima di un reato, ed è spesso riconducibile alle procedure delle istituzioni susseguenti ad una denuncia, o comunque all'apertura di un procedimento giurisdizionale», osservando altresì come si tratti di una «conseguenza spesso sottovalutata proprio nei casi in cui le donne sono vittima di reati di genere, e l'effetto principale è quello di scoraggiare la presentazione della denuncia da parte della vittima stessa». Insomma, Il rischio di vittimizzazione secondaria derivante dal contatto con le autorità e con le attività processuali si fa particolarmente elevato in un settore caratterizzato dalla presenza di radicati stereotipi di genere che filtrano anche all'interno delle aule giudiziarie e sono veicolati dai comportamenti (minimizzazione), dalle azioni e inazioni investigative (inerzie e ritardi, sottovalutazione della violenza) e dalle scelte lessicali (in occasione delle audizioni della vittima) degli operatori della giustizia penale. Il tema, trattato con cura dalla Direttiva 2012/29/EU, è affiorato in più occasioni anche nella giurisprudenza degli organismi sovranazionali: con riguardo all'Italia, v. Corte e.d.u., 27 Maggio 2021, J.L. vs Italy, appl. n. 5671/16 (M. BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir.pen.uomo* 2021; N. CARDINALE, [Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte edu condanna l'Italia per la violazione dell'art. 8](#), in questa *Rivista*, 14 giugno 2021); con riguardo alla vittimizzazione secondaria nei procedimenti civili, oltre alla Relazione della Commissione sul femminicidio del Senato, doc. XXII-bis, (<https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/44542.htm>), v. di recente Corte e.d.u., 10 novembre 2022, I.M. e altri vs Italia, appl. n. 25426/20. Censure collegate al fenomeno della rivittimizzazione durante il processo a causa degli stereotipi e dei miti basati sul genere sono state recentemente mosse al nostro paese anche dalle Nazioni unite, con la condanna pronunciata dal Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (organo istituito con la CEDAW), 20 giugno 2022, A.F. vs Italia, com. 148/2019.

<sup>9</sup> Misure di protezione della vittima, quali i *protection orders* e gli *stay-away orders*, sono adottate per lo più nel procedimento penale; svariati ordinamenti, però, accordano la possibilità di ricorrere a strumenti simili anche davanti al giudice civile o con provvedimenti amministrativi (così anche in Italia, che, oltre alle misure penali di cui agli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., si è dotata di ordini di protezione civilistici agli articoli 342-bis e 342-ter c.c. e dell'ammonimento del questore di cui all'articolo 8 del d.l. n.11 del 23 febbraio 2009 e di cui alla legge 17 ottobre 2017 n. 161, oltre che la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza di cui alla l. n. 69 del 19 luglio 1919; in tema v. A. E. DINI, [Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?](#), in questa *Rivista*, 11 ottobre 2022). Del resto, anche i documenti dell'Unione europea confermano la possibilità di attivare gli ordini di protezione tanto nel settore civile quanto in quello penale, poiché, nella loro rilevanza transfrontaliera, sono regolamentati tanto dal regolamento 606/2013(EU) nella materia civile, quanto dalla direttiva 2011/99(EU) nella materia penale. Per una ricognizione complessiva v., volendo, V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano 2018, pp. 93 ss.

assumere le necessarie misure di gestione dello stesso, in modo tale da offrire alla vittima sicurezza e sostegno. Le misure di protezione potranno consistere in interventi che offrono rifugio immediato alla vittima (art. 23), ma soprattutto in provvedimenti che determinano un allontanamento dell'autore della violenza ed una inibizione ad avvicinare la vittima (artt. 52 e 53): quest'ultime, peraltro, saranno da prediligere, per evitare di penalizzare chi ha subito violenza, imponendo di abbandonare la propria abitazione, lavoro e luoghi di altra abituale frequentazione allo scopo di ottenere protezione dal rischio di ulteriori aggressioni.

In questa cornice, che pone la sicurezza della vittima al cuore degli interventi di contrasto alla violenza domestica e contro le donne<sup>10</sup>, un ruolo di primario rilievo è assunto dalla procedura di valutazione del rischio, che rappresenta la preconditione fondamentale per fornire uno schermo protettivo adeguato al livello di rischio di letalità e di reiterazione dei comportamenti violenti a cui risulta esposta la vittima. Invero, in presenza di una pluralità di misure (ordini di allontanamento civili, misure cautelari penali, misure di prevenzione che impongono limiti o prescrizioni all'autore, accoglienza della vittima in case rifugio) che possono essere adottate per "mettere in sicurezza" la vittima esposta al pericolo di subire nuove aggressioni di beni fondamentali, l'*an* e il *quomodo* della protezione sono condizionati ad una attenta e tempestiva valutazione della sussistenza e dell'entità del rischio di nuovi atti di violenza. Anche i quadri normativi più ricchi ed articolati di interventi protettivi rischiano, dunque, di rivelarsi inefficaci, se non sia strutturata e ampiamente praticata un'adeguata procedura di valutazione del rischio.

Non è un caso che sia la Convenzione di Istanbul, sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo prestino un'attenzione particolare a questo passaggio esiziale per la protezione della vittima di violenza.

A questo proposito, l'art. 51 della Convenzione di Istanbul costruisce la procedura di valutazione del rischio come un passaggio esiziale nell'adempimento degli obblighi protettivi. A questa considerazione conduce la stessa collocazione della disciplina *de qua*: contemplata nel Capitolo VI dedicato al procedimento penale, essa segue la previsione di un più generale obbligo di apprestare misure che consentano alle autorità di affrontare "in modo tempestivo e appropriato" la violenza, così da offrire "una protezione adeguata ed immediata alle vittime" (art. 50), precedendo la regolamentazione delle misure protettive tipiche, come gli ordini di allontanamento (art. 52) nella veste delle ordinanze di ingiunzione o di protezione (art. 53).

L'art. 51 consente, inoltre, di individuare i soggetti, l'oggetto, lo scopo della valutazione, oltre che alcuni elementi modali che trovano più puntuale esplicitazione nella Relazione illustrativa della fonte convenzionale, alla luce del coordinamento normativo con altre previsioni della stessa.

---

<sup>10</sup> In questo senso, esplicitamente, la Relazione esplicativa della Convenzione di Istanbul (§ 260), ove si osserva che la preoccupazione per la sicurezza della vittima deve essere collocata al cuore di ogni intervento nei casi di tutte le forme di violenza coperte dalla Convenzione medesima.

In primo luogo, è chiaramente enunciato che sugli Stati aderenti grava l'obbligo di adottare previsioni legislative o di altro tipo (operative, organizzative, finanziarie)<sup>11</sup> per assicurare che sia condotta la valutazione del rischio da parte delle autorità competenti. Sul piano soggettivo, il richiamo generico alle "autorità competenti" colloca l'obbligo di vagliare la sussistenza del pericolo tanto tra i compiti della polizia giudiziaria, quanto tra quelli dell'autorità giudiziaria (giudice e pubblico ministero)<sup>12</sup>. Quanto all'oggetto della delibazione, questo concerne il rischio di letalità (e dunque la possibilità di *escalation* così severa da colpire il bene della vita), il rischio di reiterazione di comportamenti violenti e la complessiva "gravità della situazione", che pare, in verità, atteggiarsi come criterio per valutare l'entità del rischio. Lo scopo della valutazione è, come già detto, la gestione del rischio in un "quadro coordinato di sicurezza e di sostegno", che lascia intendere come l'intervento debba prevedere tanto misure di protezione in senso stretto quanto misure di supporto, sostegno, accompagnamento della vittima lungo un percorso di fuoriuscita dalla violenza che le assicuri una duratura condizione di sicurezza.

Spostando, di poco<sup>13</sup>, lo sguardo verso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di violenza domestica e nelle relazioni strette, la procedura di valutazione del rischio mantiene una posizione di primario rilievo nell'apprestare una efficace protezione dalla nuova esposizione ad atti violenti.

Nel quadro di una più ampia costruzione degli obblighi positivi di protezione di diritti fondamentali come quelli di cui agli artt. 2 e 3 della Convenzione e.d.u., la Corte ha da tempo proceduto ad una progressiva messa a fuoco delle centralità della procedura di valutazione del rischio.

Un primo fondamentale passaggio si registra già sul finire degli anni '90 con una pronuncia resa in un contesto criminologico diverso da quello della violenza di genere, sulla cui base si inaugura il c.d. *Osman test*<sup>14</sup>, con il quale verificare se le autorità al momento dei fatti sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di un pericolo

<sup>11</sup> Il riferimento a "misure legislative o di altro tipo" è ricorrente nella Convenzione, quando delinea le modalità generali con cui gli Stati aderenti debbono dare seguito agli obblighi lì scolpiti: da una parte questa alternativa consente di ritenere adempite le richieste convenzionali anche quando faccia difetto un quadro normativo, ma vi siano consolidate e sufficientemente diffuse prassi sul territorio; dall'altra parte, però, l'espressione utilizzata richiama a quella caratteristica di "effettività" delle tutele accordate a livello sovranazionale che non si accontenta di trovare riscontro attraverso la *law in the book*, richiedendo altresì che questa sia accompagnata da misure che la rendono effettivamente operativa. Si vedano, sul punto, le interessanti considerazioni di A. DI MARTINO, [Immagini e metodi del sistema penale di fronte ai delitti c.d. di genere \(Fra sollecitazioni internazionali ed esperienza interna\)](#), in [archiviopenale.it](#), 2022, p. 8, che osserva come il «controllo di effettività genera un diverso modo di considerare il diritto, sia come realtà di "esperienza giuridica", sia come diritto del caso concreto. In questa prospettiva, l'esperienza giuridica non è composta esclusivamente di regole; è comportamenti e prassi di attori reali: autori, vittime, agenzie del controllo sociale, organi della giurisdizione, istituzioni pubbliche, organizzazioni della società civile».

<sup>12</sup> Una simile estensione soggettiva, del resto, trova conferma nell'*Explanatory Report*, § 260.

<sup>13</sup> L'intreccio tra la Convenzione di Istanbul, nella lettura offertane dal GREVIO, e giurisprudenza della Corte di Strasburgo è ormai consolidato, tanto che nelle più recenti pronunce che interessano quei paesi che hanno ratificato la Convenzione di Istanbul si registra ormai la presenza costante di un richiamo a tale fonte e, laddove già redatto il rapporto nazionale, alle osservazioni dell'organismo di monitoraggio.

<sup>14</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman vs. Regno Unito*, appl. n. 23452/94.

reale e immediato per la vita di una persona che avrebbe imposto l'adozione di misure di protezione<sup>15</sup>.

Da allora, l'obbligo dello Stato di proteggere la vittima da aggressioni commesse da terze parti opera in presenza di un "reale e immediato" rischio di morte (art. 2 C.e.d.u.) o di lesioni gravi (art. 3 C.e.d.u.): per adempiere tale obbligo, pertanto, le autorità competenti devono prioritariamente condurre un'adeguata valutazione del rischio e, quando questo risulti presentare i caratteri della concretezza e attualità<sup>16</sup>, devono adottare idonee misure di protezione.<sup>17</sup>

Insomma, la valutazione del rischio rappresenta, anche nel costrutto dei giudici di Strasburgo, un adempimento fondamentale per assicurare l'osservanza del dovere di protezione della vittima, tanto che, a valle di una serie cospicua di pronunce che la Corte ha reso sul tema, si è giunti di recente a fissare importanti principi generali al riguardo, ricostruendo le caratteristiche che la procedura di valutazione del rischio deve presentare quando abbia riguardo a casi di violenza domestica.

Nella vicenda Kurt vs Austria<sup>18</sup>, la Grande Camera della Corte europea ha, invero, sottolineato che la ponderazione del pericolo risponde al generale obbligo di protezione<sup>19</sup>, per poi valorizzare un principio già enunciato nella sentenza Talpis vs

---

<sup>15</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 28 ottobre 1998, Osman vs. Regno Unito, § 116, la Corte ha affermato che l'obbligo di protezione è innescato quando *"the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life on an identified individual from the criminal act of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid the risk"*; it is also made clear that *"the scope of the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities"*.

<sup>16</sup> Nell'attribuire rilievo ad un *"real and immediate risk"* i giudici di Strasburgo offrono una caratterizzazione del pericolo che rievoca in modo molto ravvicinato le caratteristiche di attualità e concretezza delle esigenze cautelari come previste dall'art. 274 c.p.p.

<sup>17</sup> In merito alla diffusione del c.d. Osman test nell'argomentare delle Corti sovranazionali e alla difficoltà di adattarne l'operatività a differenti scenari v. F.C. Ebert – R. I. Sijniensky, *Preventing violations of the right to line in the European and the Inter-American Human Rights Systems: from the Osman Test to a coherent doctrine on risk prevention?*, in *Human Rights Law Review* 2015, vol. 15, pp. 343-368.

<sup>18</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, appl. n. 62903/15. A commento della pronuncia v. L. S. ROSSI, *La tutela del diritto alla vita nell'ambito delle violenze domestiche: di nuovo al vaglio della Corte di Strasburgo i doveri e i limiti derivanti dall'art. 2 Cedu*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2021, pp. 1612 ss.: L. M. WEINBERGER, *Kurt v Austria: a missed chance to tackle intersectional discrimination and gender-based stereotyping in domestic violence cases*, in *Strasbourg Observers*, 18 agosto 2021.

<sup>19</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, appl. n. 62903/15, § 159 osserva che *"the assessment of the nature and level of risk constitutes an integral part of the duty to take preventive operational measures where the presence of a risk so requires"*.

Italia<sup>20</sup>, richiedendo che la valutazione del rischio sia condotta tenendo conto delle caratteristiche particolari della violenza domestica<sup>21</sup>.

Sulla base delle specificità strutturali e delle peculiari dinamiche della violenza esercitata nel contesto delle relazioni intime, del suo radicarsi in una relazione sovente dominata da logiche disparitarie che hanno una robusta matrice socio-culturale, la Corte di Strasburgo delinea una procedura *ad hoc*. Rispetto al c.d. Osman test, la valutazione si arricchisce di una serie di caratteristiche volte a sondare in modo più adeguato l'esposizione della vittima di violenza relazionale al pericolo di subire nuove aggressioni: tale rischio non può essere adeguatamente intercettato e soppesato attraverso i più classici ed arati criteri di valutazione di pericolosità che, tarati sulla probabilità di reiterazione di un reato rivolto indistintamente verso la società, sono incentrati esclusivamente sulla persona dell'accusato e saldamente ancorati alle caratteristiche oggettive dell'azione criminosa già commessa.

Qui, l'orizzonte lungo il quale si deve condurre la valutazione del rischio si fa più ampio e, pertanto, più complesso, così da richiedere una pluralità di parametri valutativi e, dunque, strumenti ritagliati per questo specifico contesto criminologico<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte e.d.u., 2 marzo 2017, *Talpis vs Italia*, appl. n. 41237/14, § 122, dove era stato chiarito che “the risk of real and imminent threat must be assessed taking due account of the particular context of domestic violence”. Per un commento alla pronuncia v. R. CASIRAGHI, *L'Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere*, in *Riv. It. diritto e procedura penale* 2017, pp. 1192 ss; P. MAZZINA, [La violenza domestica e le azioni positive \(di secondo livello\) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte edu Talpis c. Italia](#), in [archiviopenale.it](#), 2017; G. BALDI, *Re-thinking the (legal) limits of the state in the case of Talpis v Italy*, in G. Picelli – I. Kherkerulidze – A. Borroni (a cura di), *Reconsidering gender-based violence and other forms of violence against women: comparative analysis in the light of the Istanbul Convention*, Livellula University Press, 2018.

Negli stessi termini Corte e.d.u., 9 luglio 2019, *Volodina vs Russia*, appl. N. 41261/17; nonché Corte e.d.u., 26 maggio 2020, *Munteanu vs. Moldova*, appl. 34168/11.

<sup>21</sup> Corte e.d.u. Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt vs. Austria*, appl. n. 62903/15, § 164, ove si ricorda che “the existence of a real and immediate risk to life must be assessed taking due account of the particular context of domestic violence”. La necessità di adattare i tratti generali dell'Osman test alle specificità della violenza domestica e nelle relazioni strette era già affiorata nelle argomentazioni valorizzate in altri casi portati all'attenzione della Corte e.d.u., come nella opinione concorrente resa dal giudice Pinto De Albuquerque nel caso *Valiulienė vs Lituania*, 23 marzo 2013, appl. n. 33234/07.

<sup>22</sup> Limitando l'oggetto delle presenti considerazioni agli aspetti procedurali e alle caratteristiche strutturali della procedura di valutazione del rischio, non verrà affrontato nelle brevi note che seguono un altro tema cruciale nella costruzione della procedura di valutazione del rischio, che riguarda la selezione dei fattori oggetto di delibazione: infatti, questi riguardano la persona accusata/condannata, la vittima e lo stato della relazione, aprendo all'impiego di una “focale” più ampia, che, però, deve tenere conto dei limiti imposti nel corso del procedimento penale dal generale divieto di perizia psicologica e criminologica di cui all'art. 220, comma 2 c.p.p.

### 3. La valutazione del rischio nei procedimenti per violenza relazionale: caratteristiche e complessità.

In un intreccio virtuoso tra precedenti della Corte e.d.u. e analisi condotte dal GREVIO<sup>23</sup>, la pronuncia della Grande Camera nel caso Kurt vs Austria offre un'ampia e, al contempo, analitica ricostruzione della procedura di valutazione del rischio.

Una volta richiamati i precedenti che assegnano all'operazione rilievo fondamentale nell'assolvere all'obbligo protettivo e aver ricordato che essa deve essere condotta con modalità tali da tenere conto delle specificità della violenza nelle relazioni strette, la Corte indica le caratteristiche che la valutazione del rischio deve presentare. Prontezza e tempestività dell'intervento, impiego di strumenti standardizzati riconosciuti dalla comunità internazionale, uso di linee guida e criteri chiari per le forze dell'ordine, valutazione autonoma, proattiva e globale del rischio di letalità e/o di reiterazione sono profili già affiorati in precedenti pronunce dei giudici di Strasburgo e valorizzati dal GREVIO: essi trovano nella sentenza della Grande Camera una sistemazione ed una puntualizzazione che consente di fissare in modo chiaro le caratteristiche essenziali di questa delicata e complessa operazione.

Una precisazione iniziale riguarda i tempi dell'intervento. Rievoca un'obbligazione procedimentale di segno generale il primo requisito individuato dalla Grande Camera, quando sottolinea la necessità di una risposta immediata alle denunce di violenza domestica: laddove le autorità manchino di intervenire prontamente dopo la presentazione di una denuncia per fatti di cui si tratta, l'iniziativa giudiziaria viene privata di effettività, sfociando in una situazione di inerzia che può agevolare la ripetizione di atti di violenza<sup>24</sup>, sia per la sottovalutazione in sé del fenomeno violento, sia per la mancata adozione di misure specifiche. In questa cornice, l'intervento tempestivo delle autorità competenti è preconditione per una tempestiva valutazione del rischio, che collochi la sicurezza della vittima al centro dell'azione di prevenzione e contrasto della violenza relazionale.

Guardando in modo più ravvicinato agli strumenti con cui deve essere condotta l'operazione, vengono valorizzate positivamente le prassi seguite in diversi Stati membri e già accolte con favore nella Relazione esplicativa della Convenzione di Istanbul e dal GREVIO: in proposito, si osserva come le autorità dovrebbero procedere alla valutazione

---

<sup>23</sup> Come noto, il GREVIO (*Group of Expert on Action against Violence against Women and Domestic Violence*) è l'organismo indipendente di monitoraggio dell'implementazione della Convenzione di Istanbul, istituito dallo stesso strumento convenzionale agli articoli 66 ss. Preziosi strumenti per una lettura della Convenzione nella sua dimensione di diritto vivente sono, pertanto, offerti dai numerosi report nazionali elaborati dal GREVIO (<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>) oltre che dal *Mid-term Horizontal Review of GREVIO baseline evaluation reports* del 2021, che offre una utile sintesi delle principali criticità e buone prassi rilevate nel corso delle azioni del GREVIO.

<sup>24</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, § 165. Sul tema, v. A. MARANDOLA, *Reati violenti e Corte europea dei diritti dell'uomo: sancito il diritto alla vita e il "diritto alle indagini"*, in questa Rivista, 22 settembre 2020, osserva come, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, «indagare e ben indagare è un dovere: tempi, scelte, modi e forme delle investigazioni non sono indifferenti o discrezionali e ogni deviazione da quel dovere implica una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo».

del rischio, usando preferibilmente strumenti standardizzati che contengono domande prestabilite, che abbiano avuto riconoscimento internazionale e siano basati su risultati di solide ricerche scientifiche<sup>25</sup>. Dunque, si suggerisce l'adozione di uno degli strumenti valutativi riconosciuti a livello internazionale<sup>26</sup>, che si compongono di una serie predeterminata di domande su diversi temi (riguardanti le condotte violente; l'adattamento psicosociale dell'accusato; i fattori di vulnerabilità della vittima), così consentendo di cogliere gli elementi indicativi del livello di rischio attraverso la individuazione di *red flags*.

L'utilizzo di tali strumenti dovrebbe assicurare non solo una maggiore uniformità valutativa, ma anche un'adeguata ampiezza prospettica dei profili di rischio considerati, così da valorizzare circostanze che normalmente non trovano ingresso nel procedimento penale, perché riferite, ad esempio, alla condizione della vittima e alla situazione relazionale tra questa e colui che è ritenuto autore della violenza e perché riguardanti aspetti psicologici e/o psico-sociali<sup>27</sup>.

È evidente, d'altro canto, che il ricorso a strumenti standardizzati non può in alcun modo tradursi in un appiattimento formalistico della valutazione, che la stessa Grande Camera esige sia condotta in modo autonomo, proattivo e globale<sup>28</sup>, offrendo altresì indicazioni sul significato di tali requisiti. In proposito, i giudici di Strasburgo chiariscono che la valutazione può dirsi autonoma e proattiva quando non si basi esclusivamente sulla percezione del rischio riportata dalla vittima, ma si estenda ad una serie di ulteriori elementi che debbono essere raccolti dalle autorità e dalla polizia giudiziaria nell'adempimento del dovere di condurre indagini tempestive e complete.

---

<sup>25</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, § 167.

<sup>26</sup> I più noti sono B-SAFER (*brief spousal assault form for the evaluation of risk*), DASH (*domestic abuse, stalking and harassment and honour-based violence*), SARA (*spousal assault risk assessment*), MARAC (*multi-agency Rsrk assessment conference*), VioGen, DVSI (*domestic violence screening instrument*), ODARA (*Ontario domestic assault risk assessment*). Si tratta di strumenti messi a punto all'interno singole esperienze nazionali che hanno trovato l'avallo della comunità scientifica internazionale e che vengono sovente aggiornati e forniti in versioni più ampie o più semplificate (per numero e tipologia di domande), così da poter essere fruiti a diversi livelli di investigazione. In proposito, per una ricognizione v. la pubblicazione ufficiale dell'Unione europea elaborata dall'EIGE, *A guide to risk assessment and risk management of intimate partner violence against women for police*, Lussemburgo 2019, pp. 13 s.; per un'analisi trasversale, v. J. CAMPBELL, D. WEBSTER, N. GLASS, *The danger assessment: validation of a lethality risk assessment instrument for intimate partner femicide*, in *Journal of Interpersonal Violence* 2009, 24, pp. 653 ss.; R. KROPP, *Intimate partner violence risk assessment and management*, in *Violence and Victims* 2008, 23, pp. 202 ss., nonché, sullo strumento spagnolo, GONZALEZ ALVAREZ, LOPEZ OSSORIO, URRUELA, RODRIGUEZ DIAZ, *Integral Monitoring System in case of gender violence. VioGen System*, in *Behavior and Law Journal* 2018, pp. 29 ss.

<sup>27</sup> Così, ad esempio, ripercorrendo rapidamente i contenuti del modulo SARA-Screening, oltre a domande che riguardano le condotte violente (già agite o in atto), si assegna rilievo all'atteggiamento di giustificazione o minimizzazione della violenza, gelosia e senso di possesso, generici comportamenti antisociali, problemi di lavoro o finanziari, abuso di sostanze o di alcool, disturbi mentali; lontani dall'area di rilevanza tipica del procedimento penali sono anche alcuni interrogativi che riguardano la vittima, come la sua condotta incoerente nei confronti dell'accusato, la mancanza di un sostegno adeguato, condizioni di vita che non le garantiscono indipendenza, problemi di salute psicofisica e abuso di sostanze.

<sup>28</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, §168, ove si stabilisce che «*the authorities are under a duty to carry out a lethality risk assessment which is autonomous, proactive and comprehensive*».

Se le dichiarazioni della vittima assumono rilievo per saggiare il livello di rischio da questa percepito, le autorità procedenti debbono impiegarle come punto di partenza per lo svolgimento di indagini e per la valutazione delle informazioni raccolte.

L'operato autonomo e proattivo delle autorità procedenti chiamate a saggiare la presenza e consistenza di un rischio di ulteriori comportamenti violenti, oltre ad iscriversi nel solco dei più generali doveri di attivarsi tempestivamente e svolgere accertamenti completi, assume un ulteriore significato alla luce di alcune particolarità della violenza nelle relazioni strette: l'intimità del contesto in cui si consumano le condotte di reato consegna spesso alla vittima un ruolo probatorio preminente, ma ciò finisce per esporla ad un più elevato rischio di vittimizzazione secondaria, dal momento che la tenuta di quelle dichiarazioni e la valutazione della attendibilità di chi le rende diventano temi cruciali<sup>29</sup>.

Anche l'ultimo requisito che la Grande Camera delinea per la procedura di valutazione del rischio è coerente con il più generale obbligo procedurale di compiere accertamenti nel segno della completezza: la complessità di questa forma di violenza richiede una valutazione globale, estesa ad una pluralità di fattori –individuali e relazionali, statici e dinamici– che normalmente non sono oggetto di analisi in sede giudiziaria. Richiamando le osservazioni avanzate sul punto del GREVIO, la Corte introduce fattori di rischio che riguardano non solo la persona accusata e la gravità del fatto per cui si procede, ma si estendono anche alla relazione tra accusato e vittima e alle condizioni personali degli stessi, da apprezzarsi tanto in una prospettiva storica, quando in una prospettiva prognostica<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Le dichiarazioni della vittima di violenza non dovrebbero rappresentare l'unica risorsa probatoria, attribuendole così il ruolo di protagonista: questo comporterebbe effetti negativi tanto per la posizione dell'accusato, in ragione dell'evidente squilibrio di ruoli, quanto per la posizione della vittima sulla tenuta della quale verrebbe proiettato l'esito del processo. Dunque, la necessità di corredare la valutazione del rischio di elementi diversi dalle dichiarazioni della vittima assume al contempo una funzione di garanzia per l'imputato e di protezione dalla vittimizzazione secondaria, a cui sarebbe esposto con maggiore intensità a causa della centralità probatoria di quanto allegato.

<sup>30</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, § 140, che individua come elementi di valutazione storici, ossia da apprezzarsi in prospettiva statica per il fatto di essersi verificati in passato, «*previous acts of violence, [...] the prior issuing of a restrictive measure, [...] threats to take away common children, acts of sexual violence, threats to kill the victim and her children, threats of suicide*», mentre possono essere compendiate tra i fattori dinamici, che possono variare a seconda del momento in cui viene condotta la valutazione «*the fact that the victim had filed for separation or the break-up of the relationship, [...] psychological problems of the perpetrator, [...] and coercive and controlling behaviour*», con una speciale attenzione al possesso o all'accesso ad armi da fuoco, come richiesto espressamente dal § 2 dell'articolo 51 Convenzione di Istanbul. In dottrina, per una recente rassegna, seppure non esaustiva, ma utile per comprendere l'elevato numero e l'eterogeneità dei dati da considerare, v. A. MARANDOLA, [Perché la giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne non sia commemorativa ma propositiva](#), in questa Rivista, 25 novembre 2022, che richiama, con riguardo all'autore dei violenza, «precedenti gravi violenze fisiche o sessuali; gravi minacce di violenza, ideazione o intenzione di agire violenza; escalation sia della violenza fisica o sessuale vera e propria sia delle minacce/ideazioni o intenzioni di porre in essere tali violenze; violazione delle misure cautelari e interdittive; precedenti penali/condotte antisociali; problemi relazionali, di lavoro, o finanziari; abuso di sostanze e/o disturbi mentali»; fattori di rischio legati alla vittima sono invece individuati dalla medesima Autrice nella «condotta e atteggiamento incoerente che questa può assumere nei confronti del reo; nell'estrema paura nei confronti del reo, nella scarsa sicurezza di vita e/o nei problemi di salute

L'ampiezza e l'eterogeneità degli elementi che debbono essere considerati per condurre una valutazione del rischio in linea con i parametri così fissati esigono conoscenze che normalmente non entrano nel processo penale e richiedono competenze che fisiologicamente non appartengono agli operatori del processo penale, rendendo l'operazione particolarmente complessa.

Di tale complessità sono consapevoli i giudici di Strasburgo che, in sintonia con quanto richiesto dalla Convenzione di Istanbul in una prospettiva più ampia, sottolineano la necessità di una formazione specifica degli operatori di polizia giudiziaria e autorità giudiziaria sulle caratteristiche della violenza domestica, poiché la conoscenza delle specificità strutturali del fenomeno sono elemento essenziale per valutare congruamente gli elementi a disposizione e così sondare adeguatamente il rischio di ripetizione dei comportamenti aggressivi<sup>31</sup>.

D'altra parte, la Corte europea non cela la preoccupazione che anche il personale giudiziario che sia stato formato *ad hoc* vada incontro a difficoltà nel condurre analisi su fattori di rischio che involgono competenze scientifiche appartenenti ad altre ambiti professionali (medici, psicologi, assistenti sociali): in questo senso riemerge l'utilità di ricorrere a strumenti standardizzati che guidino l'inquirente nella individuazione dei fattori da considerare e nel valore che questi possono assumere nella procedura valutativa, così da evitare che vengano tralasciati profili di cui gli studi criminologici hanno evidenziato la rilevanza<sup>32</sup>.

In conclusione, affiora con chiarezza nelle osservazioni dei giudici della Grande Camera come l'operazione di valutazione del rischio nel settore della violenza domestica sia obbligatoria, in quanto esiziale per assicurare protezione alla vittima, ma anche di grande complessità per l'operatore della giustizia, il quale può trovarsi sprovvisto delle competenze e degli strumenti necessari per adempiere a tale delicato incumbente.

#### **4. La mancanza di una specifica disciplina italiana della valutazione del rischio di ripetizione ed escalation della violenza.**

La complessità della procedura di valutazione del rischio di reiterazione della violenza relazionale affiora prepotentemente nell'esperienza italiana.

Qui, come noto, non esiste una disciplina specifica dedicata a questo adempimento, che, dunque, finisce per iscriversi all'interno di schemi normativi pensati e costruiti per altri processi valutativi. Così, di volta in volta potrà calarsi la

---

psicofisica, di dipendenza, anche economica della stessa».

<sup>31</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, § 143, ove si riportano le indicazioni del GREVIO alla stregua delle quali «*training of police, prosecutors and judges on domestic violence was essential in order to evaluate the risk of reoffending and order the necessary measures of protection*»; cfr. anche sub §§ 171-172, per un riferimento a «*well-trained law-enforcement officials*».

<sup>32</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, § 171, ove si afferma che «*the use of standardised checklists, which indicate specific risk factors and have been developed on the basis of sound criminological research and best practices in domestic violence cases, can contribute to the comprehensiveness of the authorities' risk assessment*».

raffinata architettura costruita dalla Grande Camera all'interno dell'apprezzamento delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.; in sede di adozione di precautele che prevedono spazi di discrezionalità, come nei casi di cui all'art. 381 e 384-bis c.p.p.; nel procedimento di prevenzione che conduce all'adozione dell'ammonimento del Questore e della più intensa misura della sorveglianza particolare disposta dal Tribunale; in fase di esecuzione della pena, quando sia in discussione l'accesso a misure alternative alla detenzione o a benefici penitenziari che comportino una restituzione di spazi di libertà al soggetto *in vinculis*<sup>33</sup>.

Non può dirsi, invero, che il legislatore italiano non abbia tenuto conto delle esigenze di protezione della vittima di violenza di genere e, anzi, ha arricchito progressivamente l'arsenale precautelare, cautelare, esecutivo e preventivo di una congerie di strumenti e previsioni che sono destinati ad operare per le più "iconiche" fattispecie di reato riconducibili al settore criminologico di cui si tratta<sup>34</sup>.

A fronte di questa "generosità" nel forgiare nuovi meccanismi protettivi della vittima non si riscontra, però, la dovuta attenzione nella costruzione di una specifica procedura per la valutazione del rischio di ripetizione ed *escalation* della violenza<sup>35</sup>. Se alcune disposizioni codicistiche rievocano parzialmente taluni tratti del *risk assessment* delineato dalle istituzioni del Consiglio d'Europa<sup>36</sup>, fa difetto qualsiasi indicazione in merito alla trasversalità dell'incombente (lungo tutto l'arco del procedimento e da parte di tutte le autorità preposte), alla necessità di tener conto delle specificità della violenza relazionale (ad esempio, distinguendo tra *coercive control* e violenza occasionale e sondando la presenza degli elementi sintomatici della prima situazione<sup>37</sup>), alla

<sup>33</sup> A ciò si aggiungano le circostanze in cui l'autorità è chiamata a valutare il rischio di cui all'art. 51 della Convenzione di Istanbul al di fuori del procedimento penale, come nel caso in cui il giudice civile sia investito della richiesta di ordine di protezione *ex art. 342-bis c.c.* per abusi familiari, ovvero nel procedimento in cui si discute dell'affidamento e/o del diritto di visita dei figli. A quest'ultimo proposito, deve essere segnalata la recente pronuncia di Corte e.d.u. 10 novembre 2022, I.M. vs Italia, in cui il nostro paese è stato condannato per violazione dell'art. 8 c.e.d.u. per mancata tutela dei minori in occasione degli incontri con il padre non affidatario, nonostante i maltrattamenti subiti e l'attualità delle minacce di reiterazione della violenza. In proposito v. D. CARDAMONE, [La Corte edu condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica nei giudizi civili e minorili](#), in [questionegiustizia.it](#), 2022.

<sup>34</sup> In proposito, per un quadro complessivo, v. A. MUSCELLA, [Forme di tutela cautelari e preventive delle vittime di violenza di genere: riflessioni a margine delle novità introdotte dal "codice rosso"](#), in [archiviopenale.it](#), 2020; P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Milano 2020; per un ampio affresco in chiave critica v. P. MAGGIO, [Rapporti familiari e tutela processuale penale](#), in [processopenalegiustizia.it](#), 2022.

<sup>35</sup> Solo l'art. 384-bis c.p.p., dedicato alla misura precautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, prevede che si debbano ritenere sussistenti "fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa", così tarando la valutazione del rischio in ragione del tipo di aggressione, della tipologia di vittima e delle caratteristiche di gravità e attualità del pericolo.

<sup>36</sup> Il riferimento è ai caratteri di attualità e concretezza che caratterizzano il pericolo cautelare ai sensi dell'art. 274 c.p.p., in linea con le qualità del pericolo di reiterazione oggetto di valutazione in sede di protezione della vittima.

<sup>37</sup> Sul rilievo, ai fini della valutazione del rischio di cui si discute, del *pattern* violento quando questo presenti la struttura del controllo coercitivo, v. A. MYHILL E K. HOHL, *The "golden thread": coercive control and risk assessment for domestic violence*, in *Journal of Interpersonal Violence* 2019, pp. 4477 ss.

importanza di una formazione *ad hoc* del personale chiamato a effettuare la valutazione, nonché alle caratteristiche di autonomia, proattività, omnicomprensività, che aprono alla doverosa valorizzazione di ulteriori fattori di rischio (riguardanti la persona della vittima e la situazione relazionale).

La mancanza di una disciplina dedicata a questa particolare procedura di valutazione del rischio non è di per sé motivo di censura da parte degli organi del Consiglio d'Europa, che ravvisano una soddisfacente implementazione degli obblighi di protezione della vittima di violenza, anche quando la valutazione del rischio di reiterazione a cui essa è esposta avvenga sulla base di procedure che, conformi ai criteri sopra richiamati, siano governate da fonti secondarie o sulla base di virtuose prassi. E' stata questa considerazione a mettere al riparo l'Italia da censure nel Rapporto nazionale del GREVIO<sup>38</sup>, ove si osserva che l'impiego del protocollo SARA (e successive versioni) risultava caldeggiato nel Piano nazionale antiviolenza (2017-2020)<sup>39</sup>. Ciò nonostante, lo stesso GREVIO ne rileva l'insufficiente implementazione e diffusione nella prassi giudiziaria italiana, sollecitando il nostro paese a raffinare il meccanismo, diffonderlo adeguatamente, assicurarsi che sia ripetuto in ogni momento del procedimento in cui si renda necessario, con una procedura che offra una risposta multiagenzia, tenendo nel debito conto la voce della vittima<sup>40</sup>.

Non può, dunque, destare meraviglia che, nonostante la risposta normativa a suo tempo data a seguito della condanna riportata dal nostro paese nella nota vicenda Talpis<sup>41</sup>, la Corte e.d.u. sia tornata a più riprese a censurare il sistema di protezione della vittima di violenza relazionale.

La sequenza di pronunce con cui è stata rilevata un'infrazione da parte dell'Italia delle obbligazioni derivanti dalla Convenzione e.d.u. ha caratterizzato drammaticamente la prima parte del 2022, svelando l'inadeguatezza e l'ineffettività di

<sup>38</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report Italy*, 2020, <https://rm.coe.int/grevio-report-italy-first-baseline-evaluation/168099724e>.

<sup>39</sup> Cfr. Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020, p. 32 (leggibile al link <https://viva.cnr.it/wp-content/uploads/2019/08/piano-strategico-nazionale-sulla-violenza-maschile-contro-donne-2017-2020.pdf>).

<sup>40</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report Italy*, 2020, § 233, ove l'organismo di monitoraggio «urges the Italian authorities to develop further their risk assessment and management procedures and ensure their wide dissemination within all statutory agencies involved in dealing with cases of gender-based violence; ensure risk assessments are repeated at all the relevant stages of proceedings [...] and that such assessments take into consideration the views and concerns expressed by the victims; ensure their risk-assessment and management procedures are a central element of a coordinated multiagency response».

<sup>41</sup> Come noto, la l.19 luglio 2019 n. 69, sovente indicata come "codice rosso", fu adottata al fine di colmare alcune lacune che la Corte e.d.u. aveva individuato nel caso Talpis, ove i tragici eventi si erano sviluppati a seguito di una perdurante inerzia delle autorità. L'intervento normativo, oltre ad intervenire sul piano procedurale per assicurare una tempestiva audizione della vittima e una pronta azione investigativa, ha rappresentato l'occasione anche per l'introduzione di ulteriori fattispecie di reato, l'inasprimento e l'irrigidimento del trattamento sanzionatorio. In proposito v. P. DI NICOLA TRAVAGLINO, F. MENDITTO, *op. cit.*, *passim*; A. MARANDOLA, *Violenza sulle donne. Le prime forme di protezione: il cd. Codice rosso*, in A. Marandola, G. Spangher (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino 2021, pp. 455 ss.; N. TRIGGIANI, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge "codice rosso"*, in *Proc.pen.giust.* 2020, f. 2, p. 451 ss.

un sistema che, pur avendo optato per scelte muscolari sulla carta, ha rinunciato a costruire taluni elementi architravici della tutela, esaurendo la propria azione in un diritto penale simbolico, impiegato come vessillo rassicurante delle tensioni sociali, ma lacerato e stracciato dai venti dell'ineffettività applicativa<sup>42</sup>.

Nel volgere di quattro mesi, l'Italia risulterà condannata in ben tre occasioni, nelle quali l'inosservanza dei parametri convenzionali di cui agli artt. 2 e 3 c.e.d.u. è collegata alla assenza e/o inadeguatezza della procedura di valutazione del rischio, individuando negligenze ed omissioni a carico delle autorità giudiziarie procedenti. Sulla base degli approdi raggiunti l'anno prima nella vicenda Kurt vs Austria in merito alle caratteristiche che deve presentare la valutazione e gestione del rischio, la Corte individua una violazione dell'obbligo di proteggere il diritto alla vita nel caso Landi vs Italia dell'aprile 2022<sup>43</sup>: in riferimento alla vicenda concreta, che aveva visto concludersi una lunga *escalation* di violenze in famiglia con l'omicidio del figlio della ricorrente, la Corte rileva tanto una deficienza sul piano della tempestività dell'intervento, quanto una inadeguatezza valutativa. Dal primo punto di vista, infatti, i giudici di Strasburgo stigmatizzano il fatto che non vi sia stata un'attivazione dell'autorità inquirente né nell'immediato, né nelle fasi successive, restando sostanzialmente inerti rispetto alle esigenze di protezione della vittima. In proposito, si osserva come fossero presenti fattori di rischio che non sono stati considerati<sup>44</sup> dall'autorità giudiziaria: nonostante la polizia giudiziaria avesse segnalato la necessità di adottare misure protettive di maggiore intensità, il pubblico ministero, infatti, aveva ritenuto di non eseguire alcuna procedura di valutazione del rischio, ignorando palesemente l'ampia serie di misure di protezione che pure aveva a disposizione<sup>45</sup>. Inoltre, viene censurata la mancata conoscenza in capo alla medesima autorità delle specificità strutturali e delle dinamiche della violenza

---

<sup>42</sup> A. DI MARTINO, *Immagini e metodi del sistema penale di fronte ai delitti c.d. di genere*, cit., p. 10, sottolinea l'attenzione verso l'effettività che anche in questa materia è coltivata dai giudici di Strasburgo e osserva che «non è in questione la strutturale idoneità del livello normativo, [ma] è importante considerare che dal punto di vista dell'effettività sono proprio le condotte degli attori e la dinamica reale della protezione, i suoi meccanismi operativi, ad essere oggetto di censura».

<sup>43</sup> Corte e.d.u. 7 aprile 2022, Landi vs Italia, appl. 10929/19, §92 (per un commento, corredato di un'utile inquadramento della giurisprudenza della Corte, v. E. A.A. DEI CAS, [La Corte europea condanna ancora l'Italia per violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 nei confronti di vittime di violenze domestiche](#), in [archiviopenale.it](#), 2022) osserva in proposito che misure protettive dovevano essere adottate dalle autorità indipendentemente dalle denunce presentate e/o eventualmente ritirate dalla ricorrente, o dal fatto che la vittima avesse mutato la sua percezione del rischio, così ponendosi in linea con le caratteristiche generali che vogliono una valutazione proattiva e autonoma, che può tener conto delle indicazioni della vittima, senza però essere vincolata a quelle, in quanto suscettibili di variazione ripetuta per il loro intimo collegamento al ciclo della violenza.

<sup>44</sup> Corte e.d.u. 7 aprile 2022, Landi vs Italia, appl. 10929/19, § 88 ove si richiamano, tra i fattori di rischio, i precedenti di comportamento violento dell'autore, il mancato rispetto di un ordine di protezione, l'escalation della violenza, le ripetute richieste di aiuto della vittima sia per mezzo di chiamate urgenti sia per mezzo di denunce formali.

<sup>45</sup> Particolarmente forte è l'espressione scelta dai giudici di Strasburgo, i quali parlano in proposito di "*blatant disregard*" o "*au mépris flagrant*", ossia di un "palese disprezzo" del ventaglio di misure protettive a disposizione dimostrato dall'autorità italiana.

domestica, che debbono essere tenute nel debito conto quando si selezionino e si proceda a valutare gli elementi rilevanti per sondare la presenza di un rischio di letalità<sup>46</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ritiene che le autorità italiane sapessero o avrebbero dovuto sapere che esisteva un rischio reale e immediato per la vita della ricorrente e/o dei suoi figli, in base agli elementi a disposizione e, applicando il c.d. Osman test integrato dalle indicazioni offerte dalla Grande Camera nel caso Kurt vs Austria, individua una violazione del dovere di protezione discendente dall'art. 2 c.e.d.u.

Da lì a poco la mancata valutazione del rischio si colloca alla base di un'ulteriore pronuncia con cui la Corte e.d.u. dichiara la violazione dell'art. 3 c.e.d.u. per omessa protezione dalla reiterazione della violenza nel contesto domestico<sup>47</sup>. Nel caso De Giorgi vs Italia, seppure attinente ad una vicenda che non ha toccato i livelli di tragicità della precedente<sup>48</sup>, le censure dei giudici di Strasburgo presentano una significativa consonanza con quanto affermato due mesi prima nella pronuncia Landi vs Italia<sup>49</sup>. Anche in questa ipotesi, premessa l'adeguatezza del quadro normativo italiano nella parte in cui offre un ventaglio apprezzabile di misure protettive tra le quali scegliere in base al livello di rischio<sup>50</sup>, si stigmatizza l'inerzia e l'incapacità dell'autorità giudiziaria a condurre una valutazione della sussistenza e consistenza del pericolo che tenga nel debito conto le caratteristiche strutturali e le dinamiche della violenza relazionale.

Nel caso specifico, a seguito delle numerose iniziative della persona offesa, sia di carattere penale sia di carattere civile, la polizia giudiziaria aveva condotto una valutazione del rischio autonoma, proattiva e globale, alla luce del contesto particolare della violenza domestica riferendo all'autorità giudiziaria la situazione di rischio concreto ed attuale per la vita della ricorrente e dei suoi figli. Anche in questo caso il pubblico ministero restava inerte: non si censura tanto la mancata richiesta di applicazione di misure cautelari, quanto l'omesso avvio un'indagine effettiva<sup>51</sup>, nella quale condurre un'adeguata valutazione del rischio; siffatti ritardi ed omissioni risultavano, peraltro, accompagnate da un evidente difetto di conoscenza delle caratteristiche specifiche della violenza domestica, erroneamente sminuita e interpretata alla stregua di una mera conflittualità coniugale<sup>52</sup>.

La Corte conclude quindi che l'autorità inquirente non aveva osservato l'obbligo di condurre una valutazione immediata e proattiva del rischio di reiterazione della

<sup>46</sup> Corte e.d.u. 7 aprile 2022, Landi vs Italia, appl. 10929/19, §92, ove si rileva come non sia stata effettuata una valutazione del rischio di letalità che abbia tenuto in considerazione lo specifico contesto della violenza domestica.

<sup>47</sup> Corte e.d.u., 16 giugno 2022, De Giorgi vs Italia, appl. 23735/19.

<sup>48</sup> Corte e.d.u., 16 giugno 2022, De Giorgi vs Italia, appl. 23735/19, § 66 precisa comunque che le condotte poste in essere integrano la gravità richiesta per ipotizzarsi una violazione dell'art. 3 c.e.d.u. che fa divieto di trattamenti inumani e degradanti.

<sup>49</sup> Osserva A. DI MARTINO, *Immagini e metodi del sistema penale di fronte ai delitti c.d. di genere*, cit., p. 2, come “[s]torie diverse esibiscono moduli analoghi, al di sotto delle singolarità irripetibili delle vicende individuali.

<sup>50</sup> Corte e.d.u., 16 giugno 2022, De Giorgi vs Italia, appl. 23735/19, § 71.

<sup>51</sup> Corte e.d.u., 16 giugno 2022, De Giorgi vs Italia, appl. 23735/19, § 75.

<sup>52</sup> Corte e.d.u., 16 giugno 2022, De Giorgi vs Italia, appl. 23735/19, § 77.

violenza, rilevando una violazione dell'art. 3 c.e.d.u. sotto il profilo sostanziale, oltre che nella componente procedurale dovuta alla tardività e parzialità investigativa.

Ancora, l'inerzia e la sottovalutazione da parte dell'autorità giudiziaria sono alla base della pronuncia nel caso *M.S. vs Italia*<sup>53</sup>, ove viene rilevata un'infrazione dell'art. 3 c.e.d.u. all'interno di una vicenda procedimentale costellata da numerose denunce per fatti di violenza relazionale, taluni dei quali verranno dichiarati estinti per prescrizione<sup>54</sup>. In questo contesto, tanto ricco e articolato di episodi criminosi succedutisi negli anni da meritare la scomposizione in più segmenti, i giudici di Strasburgo individuano taluni fatti denunciati rispetto ai quali l'autorità ha mancato al dovere di svolgere una valutazione del rischio immediata e proattiva: infatti, per una serie di aggressioni non vi era stata alcuna iniziativa per tredici mesi nonostante fosse in atto una chiara *escalation* criminosa, che esponeva la ricorrente ad un consistente e attuale rischio di subire nuove violenze.

Nel quadro di una più complessiva inerzia investigativa che trova netta stigmatizzazione come violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'art. 3 c.e.d.u., si colloca anche la censura di una valutazione del rischio che, rispetto a talune ipotesi criminosi, ha fatto difetto soprattutto di prontezza e tempestività, svelando la negligenza dell'autorità procedente<sup>55</sup>.

La brevissima rassegna ci consegna un quadro che, pur così sommariamente tracciato, mette in luce la ricorrente mancanza, tardività e/o inadeguatezza della valutazione del rischio di esposizione a nuovi atti di violenza all'interno di questo difficile settore criminologico e la cronica difficoltà della nostra prassi giudiziaria a rispondere al bisogno di protezione con procedure che presentino le caratteristiche delineate dalla giurisprudenza della Corte e alle cogenti indicazioni della Convenzione di Istanbul, come enucleate dal GREVIO<sup>56</sup>.

Del resto, le stesse autorità italiane hanno riconosciuto le deficienze dell'azione intrapresa sin qui, individuando possibili interventi migliorativi all'interno del successivo piano nazionale antiviolenza (2021-2023)<sup>57</sup>, ove l'incapacità delle autorità di valutare il livello di rischio viene collocato tra le difficoltà persistenti. In linea con quanto emerso dal quadro tracciato a Strasburgo, pur ritenendo adeguato il sistema scritto sulla carta, si rimarca in proposito la persistenza di criticità nella "nella prassi istituzionale"<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Corte e.d.u., 7 luglio 2022, *M.S. vs Italia*, appl. 32715/19.

<sup>54</sup> Corte e.d.u., 7 luglio 2022, *M.S. vs Italia*, appl. 32715/19 § 144, osserva in proposito che i reati collegati alla violenza domestica, anche se commessi da individui privati, dovrebbero essere considerati di maggiore gravità e, pertanto, ritiene incompatibile con le obbligazioni procedurali derivanti dall'art. 3 c.e.d.u. che i procedimenti per tali fatti siano chiusi con un provvedimento che è motivato dalla inerzia delle autorità.

<sup>55</sup> Corte e.d.u., 7 luglio 2022, *M.S. vs Italia*, appl. 32715/19 § 131.

<sup>56</sup> Osserva A. LORENZETTI, *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali* 2022, p. 648, che, alla luce delle diverse condanne recentemente riportate, "[n]on pare che possa dirsi assestato il complesso rapporto tra Strasburgo e Italia in tema di violenza di genere".

<sup>57</sup> Cfr. Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne, adottato il 17 novembre 2021, p. 42 (leggibile al link <https://www.pariopportunita.gov.it/wp-content/uploads/2021/11/PIANO-2021-2023.pdf>).

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 42

Non c'è dubbio che anche su questo versante si imponga una attenta, ampia, qualificata e continua formazione del personale giudiziario così da consentire l'acquisizione delle conoscenze di base delle caratteristiche strutturali della violenza relazionale: si tratta di una preconditione generale che consegna all'operatore la capacità di comprendere e riconoscere i tratti di una realtà ad elevata complessità, nonché la capacità di approcciarsi ad essa in modo libero da pregiudizi e *bias* ancora molto radicati sul piano culturale. La conoscenza delle specificità della violenza nelle relazioni strette, però, non basta a consegnare al professionista della giustizia penale il bagaglio di competenze necessario a valutare un ampio *cluster* di dati personologici e situazionali.

La complessità e la globalità della valutazione del rischio richiedono «di implementare, sin dal momento delle indagini che seguono la segnalazione e/o la denuncia di violenza, uno spazio di consulenza/intervento per la presa di decisione del giudice»<sup>59</sup>. Insomma, la valutazione del rischio di reiterazione della violenza relazionale invoca il ricorso a competenze extragiuridiche (psicologi, assistenti sociali, criminologi, operatori dei servizi di assistenza alle vittime, operatori dei servizi di assistenza agli autori di reati sessuali e relazionali), che rende inevitabilmente più articolato e complesso l'incombente.

L'eterogeneità e l'elevato numero dei fattori di rischio che debbono essere considerati, unitamente alla necessità di avvalersi di consulenze per altre aree del sapere, rendono la procedura particolarmente impegnativa, tanto che diventa difficile ipotizzarne il regolare svolgimento in tutti i procedimenti per fatti di violenza domestica e relazionale, lungo tutto l'arco del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, reiterandolo ogni qual volta se ne presenti la necessità per il mutare dei fattori di rischio.

Il numero elevato (e crescente) di notizie di reato che riguardano questo settore criminologico<sup>60</sup> sembra consegnare un simile obbligo all'area della inesigibilità.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Il panorama statistico in materia di violenza domestica e contro le donne si va consolidando, anche a seguito della legge 5 maggio 2022, n. 53, che ha stabilito obblighi generali di rilevazione al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno. Da tempo, l'ISTAT rilascia statistiche che consegnano numeri in costante crescita per le fattispecie tipiche della violenza endofamiliare (maltrattamenti, percosse e lesioni, violenza sessuale) e relazionale (atti persecutori). Le tavole relative all'andamento delle denunce e del numero degli indagati possono essere lette al link <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-percorso-giudiziario>. A parziale conferma di quanto osservato, si riporta come per il reato di maltrattamenti le denunce fossero 13.261 nell'anno 2014 e sono giunte a 23.728 nel 2021, mentre gli indagati per il reato di atti persecutori nel 2018 fossero 20.761.

In prospettiva servente una più completa, capillare e uniforme analisi statistica della dimensione giudiziaria del fenomeno, il Ministero della giustizia ha disposto che, a partire dal 1° gennaio 2023, gli uffici giudiziari registrino nei sistemi informativi dell'area penale alcuni dati identificativi della violenza relazionale: le annotazioni, che possono essere introdotte dagli uffici giudiziari e dagli avvocati, hanno la finalità di contribuire alla costruzione di risposte preventive più efficaci e di innalzamento degli standard di tutela delle vittime, pur avendo esclusivo rilievo statistico. L'illustrazione degli interventi sul sistema informativo unitario telematico volti alla rilevazione di reati di violenza domestica e relazionale può essere letta al seguente link: [file:///Users/a080076/Desktop/Violenza-di-Genere-\\_AllegatobancadatiMinGiust.pdf](file:///Users/a080076/Desktop/Violenza-di-Genere-_AllegatobancadatiMinGiust.pdf).

## 5. Qualche spunto di riflessione per una valutazione del rischio adeguata e sostenibile.

È lo stesso Piano anti violenza, infatti, a suggerire un meccanismo selettivo che, sulla falsariga del *triage* di matrice medica, consente una cernita dei casi per i quali si impone di procedere rapidamente ad una valutazione più accurata (*triage* della violenza). In una procedura suddivisa in due fasi, un primo *step* vede l'impegno di strumenti agili di valutazione della pericolosità della situazione; laddove questi evidenzino la presenza di fattori di rischio effettivo, si dovrà procedere a «valutazioni strutturate e approfondite, in seguito alle quali, in presenza di soggetti pericolosi, avviare una precoce presa in carico per la gestione immediata ed efficace del rischio di violenza»<sup>61</sup>.

Il Piano anti violenza sembra recuperare quanto già era stato raccomandato nel precedente documento governativo, rilanciato nel 2018 dal CSM in occasione della redazione delle Linee Guida per la trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica<sup>62</sup> sulla scorta di quanto osservato dalla Commissione femminicidio del Senato della Repubblica<sup>63</sup>: segnalandosi la presenza di protocolli scientificamente validati a livello europeo per la valutazione del rischio, si suggeriva l'impiego del protocollo SARA, nelle sue varie versioni (semplificate e integrali), tanto da parte della polizia giudiziaria quanto da parte dell'autorità giudiziaria, sia in sede di indagini preliminari che in fase di esecuzione della pena.

Il ricorso a questionari che, nell'osservanza delle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica, impongano di prendere in considerazione fattori di rischio che valorizzano dati oggettivi raccolti da fonti istituzionali (autorità giudiziarie, aziende sanitarie, servizi sociali, autorità di pubblica sicurezza), potrebbe rendere eseguibile una prima attività di rilevazione potenziale del rischio in modo generalizzato e standardizzato, senza creare un ingolfamento delle attività procedurali. Solo nel caso in cui tale passaggio si concluda con la rilevazione di un numero predeterminato di *red flags*, si impone una valutazione del rischio più accurata che può involgere accertamenti più approfonditi e il ricorso a competenze valutative specifiche.

Peraltro, costruendo in termini oggettivi e fattuali i quesiti da prendere in considerazione nella prima fase selettiva, il meccanismo valutativo potrebbe rappresentare un interessante banco di prova per l'impiego di quelle risorse tecnologiche che consentono, attraverso l'ausilio della macchina, una più rapida analisi di quantità anche assai imponenti di dati<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Cfr. Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Piano strategico nazionale sulla violenza*, cit., p. 42.

<sup>62</sup> Consiglio Superiore della Magistratura, *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*, adottata con delibera del 9 maggio 2018, § 7.5.

<sup>63</sup> Senato della Repubblica, Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio, *Relazione*, 6 febbraio 1998, Atti Senato XVII legislatura doc. XXII-bis, p. 291

<sup>64</sup> In proposito v. M. GIALUZ, [Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019; per opportune considerazioni in

Nella consapevolezza della estrema delicatezza e scivolosità dello strumento quando se ne ipotizzi l'operatività in un perimetro tanto innervato da esigenze di garanzia qual è quello che cinge il settore delle libertà personali, preme evidenziare come l'ausilio tecnologico interesserebbe qui solo la fase iniziale di segnalazione della presenza di fattori oggettivi, nulla togliendo alla (anzi, semmai restituendo) pienezza della valutazione umana.

Circoscritta la rilevanza dello strumento computazionale alla prima fase della procedura, invero, risulterebbe scongiurata ogni indebita compressione del compito valutativo riservato all'autorità giudiziaria, che si vedrebbe investito del delicato incombenza nella consapevolezza della sua complessità: insomma, non si limiterebbe l'intervento del giudice ad un mero potere di supervisione sulla macchina, col rischio di consegnare la decisione al trattamento automatizzato<sup>65</sup>; piuttosto, si tratterebbe di attribuire all'*output* della macchina l'effetto di investire pubblico ministero e giudice dell'obbligo di svolgere una immediata, autonoma, proattiva e globale valutazione del rischio di reiterazione/*escalation* della violenza relazionale.

Una simile struttura bipartita della procedura pare idonea a scongiurare il rischio della torsione tecnologico/efficientistica del "giudice robot", assicurando alla valutazione umana una centralità che rischia di andare smarrita, quando sia schiacciata dal peso dei numeri e soverchiata dalla difficoltà di lettura di dati plurimi, eterogenei e complessi, quali sono quelli da cui desumere il rischio di una reiterazione e/o *escalation* della violenza nelle relazioni strette.

D'altro canto, l'agilità dello strumento ne consentirebbe una maggiore diffusione, nel segno dell'uniformità, della standardizzazione e dell'onnicomprensività, rendendo possibile intercettare in modo rapido le situazioni che meritano un accertamento del rischio condotto con quella ampiezza, profondità, specificità e sensibilità che vengono richieste dalle istituzioni del Consiglio d'Europa nella consapevolezza della centralità della protezione di una vittima troppo spesso e tragicamente esposta a nuova violenza.

---

merito alla cornice europea e al quadro italiano relativo ai limiti della tipologia di dati personali valutabili v. B. Galgani, [Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale](#), in questa *Rivista*, 8 aprile 2020, pp. 81 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A framework for a European Legal Discussion*, Springer Berlin 2020.

<sup>65</sup> Cfr. art. 11 Direttiva 2016/680/EU, che pone il divieto di "decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato"; in proposito v. S. SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2021, pp. 101 ss.



## REDDITO DI CITTADINANZA E “ABROGATIO PER ABERRATIO” DELLE NORME PENALI: TRA ABOLITIO CRIMINIS E POSSIBILI RIMEDI

di Gian Luigi Gatta

1. Con la legge di Bilancio 2023 (art. 1, co. 318 l. 29 dicembre 2022, n. 197) è stata disposta, a decorrere dal 2024, l’abolizione del reddito di cittadinanza. In particolare, si è stabilito, con un secco tratto di penna, che “a decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono abrogati”.

Oggetto di abrogazione è, in blocco, l’intero Capo I del citato decreto-legge, risalente al Governo Conte I, che aveva per l’appunto istituito e disciplinato il noto e discusso sussidio. Il legislatore (art. 1, co. 313-321 l. n. 197/2022) si è preoccupato di apportare modifiche in senso restrittivo alla disciplina del reddito di cittadinanza per l’anno 2023 (prevedendo, tra l’altro, che sia limitato a sette mensilità e che si decada dal beneficio qualora uno dei familiari non accetti la prima offerta di lavoro); nella fretta dettata dall’esigenza di approvare la legge di bilancio in tempo utile a evitare l’esercizio provvisorio, non si è però verosimilmente accorto che, abrogando l’intera disciplina del sussidio a decorrere dal 1° gennaio 2024, ha disposto anche l’abrogazione delle norme incriminatrici previste dall’articolo 7, cioè della disciplina sanzionatoria per l’indebita percezione del sussidio. Un “pasticcio”, secondo la [sintesi della stampa](#) che ha segnalato il problema, annunciando un prossimo intervento riparatore del Governo, che sarebbe allo studio.

2. Procediamo per gradi, per meglio inquadrare i termini delle questioni di diritto intertemporale che si prospettano. L’abrogato art. 7 del d.l. n. 4/2019 configura (ancora fino al 1° gennaio 2024) due diverse fattispecie delittuose.

Il primo comma punisce con la reclusione da due a sei anni, “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio..., rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute”.

Il secondo comma punisce, invece, con la reclusione da uno a tre anni, “l’omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio...”.

Di rilievo è poi la previsione, pure abrogata con effetto differito, del terzo comma dello stesso art. 7 d.l. n. 4/2019, che configura un effetto penale della condanna stabilendo “l’immediata revoca del beneficio con efficacia retroattiva e la restituzione di quanto indebitamente percepito” in caso di condanna definitiva del beneficiario per un elenco di gravi reati tra i quali l’associazione per delinquere di tipo mafioso, lo scambio

elettorale politico-mafioso, i reati aggravati dal metodo mafioso, il traffico di stupefacenti, l'estorsione, la rapina, la truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, l'usura, la ricettazione e il riciclaggio.

3. Come si è detto, l'abrogazione dell'intera disciplina del reddito di cittadinanza, comprese le norme penali, è stata disposta "a decorrere dal 1° gennaio 2024". Si tratta di un'abrogazione realizzata da una norma della legge di bilancio *entrata in vigore il 1° gennaio 2023, con effetto differito al 1° gennaio 2024*. In altri termini, la norma abrogatrice è già entrata in vigore, ma l'abrogazione, anche delle norme penali, si realizzerà alla fine dell'anno. Sotto il profilo del diritto intertemporale penale, si realizza – ed è questo il problema teorico sullo sfondo – il differimento della produzione degli effetti retroattivi di una *lex mitior*, che abroga due norme incriminatrici e una norma che configura effetti penali della condanna conseguenti a reati non interessati dall'intervento di modifica normativa.

Sembra evidente che l'abrogazione delle norme sanzionatorie di corredo alla disciplina del reddito di cittadinanza sia imputabile a una svista del legislatore, nell'ambito di un provvedimento *monstre* che, come da prassi ormai invalsa, conta più di novecento commi di un unico articolo, frutto dell'approvazione con il voto di fiducia di un maxi-emendamento del Governo. Non può che trattarsi di una svista, considerato che è del tutto irragionevole – tanto più nel contesto di una maggioranza parlamentare che invoca spesso la "certezza della pena" – abrogare, assieme al reddito di cittadinanza, le norme penali che sanzionano l'indebita percezione di quel sussidio. Ed è ancor più irragionevole farlo con effetto differito al 1° gennaio 2024, assumendosi il rischio di veicolare un messaggio potenzialmente criminogeno: l'indebita percezione del reddito di cittadinanza, tra un anno, non sarà sanzionata. D'altra parte, a conferma che si tratti di una svista, nei lavori preparatori della legge di bilancio non vi è menzione dell'abrogazione di norme penali. Nella [Nota tecnico-illustrativa al disegno di legge di bilancio 2023-2025](#), predisposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ragioneria Generale dello Stato) si legge a pagina 25: "Per il prossimo anno sono ridefinite le modalità per la fruizione del reddito di cittadinanza che viene abrogato a partire dal mese di gennaio 2024 per finanziare un'organica riforma delle misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva". Analogamente, nel *Dossier del Servizio Studi della Camera* relativo alla legge di bilancio (vol. I, Articolo 1, commi 1-368, pag. 411) si legge solo un'affermazione asciutta: "Il comma 318 prevede che dal 1° gennaio 2024 siano abrogate le disposizioni del D.L. n. 4/2019 che disciplinano il reddito e la pensione di cittadinanza, istituti di cui, dunque, si prevede l'abolizione dal 2024".

4. L'abrogazione inconsapevole – con ogni probabilità colposa – delle norme penali di cui si è detto sembra problematica per almeno due ragioni: l'una criminologica, l'altra giuridica. Sotto il primo profilo, anzitutto, si finisce per veicolare un pericoloso messaggio: quello dell'impunità per l'indebita percezione del sussidio, che sterilizza la capacità preventiva delle sanzioni penali comminate dalla legge. Sotto il secondo profilo, poi, vengono a porsi serie questioni e dubbi interpretativi che investono la disciplina di

diritto intertemporale. A fronte di ciò, è senz'altro auspicabile un intervento del Governo o del Parlamento, che però non si prospetta agevole. Vediamo perché.

5. Il problema che si pone è stabilire se – e da quale momento – l'abrogazione delle norme incriminatrici di cui all'art. 7, co 1 e 2 d.l. n. 4/2019 dà luogo a una successione di leggi penali, disciplinata dall'art. 2 c.p. e se comporta, in particolare, una *abolitio criminis*. La norma abrogatrice di una norma incriminatrice è norma più favorevole per eccellenza, la cui retroattività è notoriamente imposta dai principi costituzionali che regolano la materia. Si tratta, ciò ricordato, di rispondere a tre diversi quesiti, di non agevole soluzione:

- a) se l'effetto abrogativo – e, con esso, l'introduzione nell'ordinamento di una *lex mitior* retroattiva – si produca con l'entrata in vigore della norma abrogatrice (il 1° gennaio 2023) ovvero alla data (1° gennaio 2024) a decorrere dalla quale la legge ha previsto l'abrogazione delle due norme incriminatrici (e, analogamente, della citata norma che configura un effetto penale della condanna);
- b) se l'abrogazione delle norme incriminatrici previste dall'art. 7 d.l. n. 4/2019 comporti una *abolitio criminis*, capace di travolgere anche le sentenze di condanna già passate in giudicato;
- c) se e quali margini vi siano per un intervento correttivo del legislatore, che sia compatibile con i principi costituzionali e, in particolare, con quello di *retroattività della legge penale più favorevole* all'agente, che pacificamente ha rango costituzionale attraverso gli artt. 3 e 117 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU (cfr., tra le altre, Corte cost. n. 63/2019).

6. Anticipando le principali conclusioni, proveremo a mostrare come, a nostro parere:

- a) l'effetto abrogativo si produrrà solo a partire dal 1° gennaio 2024, secondo la volontà del legislatore. Restano pertanto certamente applicabili, fino a quella data, le norme incriminatrici di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019, così come continuerà a prodursi l'effetto penale della condanna di cui all'art. 7, co. 3 d.l. n. 4/2019, cit., correlato al reato di cui all'art. 7, co. 1 d.l. n. 4/2019 e ad altri reati (revoca del sussidio e restituzione di quanto indebitamente percepito). Il che, peraltro, non toglie che, almeno in via di principio, non possano prospettarsi (dopo il 1° gennaio 2024) dubbi di legittimità costituzionale di tale differimento dell'applicazione di una *lex mitior*, con conseguente ultrattività delle norme penali sfavorevoli all'agente;
- b) il 1° gennaio 2024, in assenza di un intervento del legislatore, si realizzerà una *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 2, co. 2 c.p., essendo i fatti incriminati dall'art. 7, co. 1 e 2 d.l. n. 4/2019 riconducibili all'illecito amministrativo di cui all'art. 316-ter, co. 2 c.p., configurabile in caso di indebita percezione di erogazioni pubbliche sotto la soglia di 4.000 euro: una soglia che il reddito di cittadinanza, configurato come erogazione mensile, non supera mai. Tale illecito amministrativo non potrà peraltro essere applicato retroattivamente.

Sempre al 1° gennaio 2024, inoltre, verrà meno l'effetto penale di cui all'art. 7, co. 3 d.l. n. 4/2019. L'abolizione di un effetto penale della condanna integra una modifica migliorativa del trattamento sanzionatorio penale, applicabile retroattivamente, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., con il limite del giudicato. Ciò significa che, in relazione alle condanne passate in giudicato prima del 1° gennaio 2024, l'INPS avrà titolo per chiedere la restituzione di quanto indebitamente percepito dal condannato a titolo di reddito di cittadinanza. In relazione alle condanne passate in giudicato dopo tale data, invece, il condannato potrà eccepire la sopravvenienza della più favorevole disciplina che ha abolito l'effetto penale della condanna;

- c) alla luce dei principi costituzionali in materia di applicazione della legge penale nel tempo, i **margini di manovra per un intervento del legislatore volto a evitare l'abolitio criminis** e l'abolizione del predetto effetto penale della condanna, prima del 1° gennaio 2024, sono **angusti**. Essi presuppongono; 1) che *non* trovi accoglimento nella giurisprudenza, anche costituzionale, la tesi secondo cui gli effetti di una *lex mitior* si producono nel momento dell'abrogazione della norma penale più sfavorevole e non possono essere differiti, rendendo ultrattive le norme penali più sfavorevoli all'agente; 2) che, appurato quanto *sub* 1), le norme penali richiamate in vita dal legislatore siano, senza soluzione di continuità, le medesime: non delle nuove norme penali che, come tali, sarebbero inapplicabili retroattivamente.

7. Preliminare, come si è detto, è stabilire in quale momento si determina l'effetto retroattivo della *lex mitior*. La risposta potrebbe apparire scontata: un'abrogazione differita non può che produrre effetti dalla data a partire dalla quale le norme incriminatrici sono abrogate; non, pertanto, *hic et nunc*. Quando è in gioco la materia penale, tuttavia, bisogna fare i conti con il principio di retroattività della legge più favorevole, che ha rango costituzionale e convenzionale (artt. 3, 117 Cost. 7 Cedu). Uno sguardo alla giurisprudenza consente di capire subito quanto la risposta alla domanda che ci siamo posti non sia affatto scontata e semplice.

Valorizzando la forza del principio di retroattività della *lex mitior*, infatti, un orientamento giurisprudenziale – invero non incontrastato – ritiene applicabile la legge penale più favorevole al reo addirittura durante il periodo di *vacatio legis*: prima, cioè, dell'entrata in vigore della *lex mitior*. In una sentenza del 2017, la Corte di cassazione (Cass. Sez. I, 18.5.2017, n. 53602, Carè, Rv. 271639) ha così affermato che “in tema di *abolitio criminis*, è legittima la sentenza d'appello che non confermi la condanna per un reato che, al tempo della decisione, risulti abrogato, nonostante al momento della adozione della decisione non sia ancora interamente decorso il periodo di *vacatio legis* ai sensi dell'art. 10 delle preleggi e dell'art. 73, comma 3, Cost., in quanto la funzione di garanzia per i consociati, che è perseguita dalla previsione del suddetto termine volto a permettere la conoscenza della nuova norma, non comporta anche il perdurante dovere del giudice di applicare una disposizione penale ormai abrogata per effetto di una successiva norma già valida. (In motivazione la Corte ha escluso che, nel caso di specie,

il giudice abbia solo l'alternativa di rinviare la decisione o di "ignorare" la norma abrogatrice, infliggendo una condanna che si palesa già inevitabilmente illegale)".

Analogo principio è stato affermato in relazione all'estensione della portata di una causa di giustificazione (la legittima difesa: Cass. Sez. I, 14.5.2019, n. 39977, Addis, Rv. 276949) e, recentissimamente, in relazione all'estensione del regime di procedibilità a querela realizzato dal d.lgs. n. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), che ha consentito la remissione della querela in rapporto a reati che, in precedenza, erano procedibili d'ufficio (Cass. Sez. II, 4.11.2022, n. 2100, Zanetti). In quest'ultima sentenza si afferma che "in pendenza di *vacatio legis* la norma esiste già nell'ambito dell'ordinamento...e proprio tale esistenza dovrebbe essere presa in considerazione dal giudice quando, in pendenza di giudizio, una sua mancata applicazione, che di fatto preclude la considerazione di un regime giuridico più favorevole per l'imputato, determinerebbe un reale pregiudizio, un effettivo regime di sfavore...".

Proprio quest'ultima considerazione, d'altra parte, ha portato il Tribunale di Siena – come si è già segnalato [sulla nostra Rivista](#) – a sollevare una questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 167/2022 (c.d. decreto *rave*) nella parte in cui, differendo l'entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia di oltre due mesi, ha impedito nel periodo di prolungata *vacatio legis* l'applicazione delle disposizioni penali più favorevoli ivi previste e, pertanto, ha determinato l'ultrattività di quelle più sfavorevoli oggetto di modifica normativa. La questione – non ancora decisa dalla Consulta (l'udienza è fissata per il 7 giugno 2023) – è stata sollevata dal Tribunale di Siena sul presupposto della ritenuta impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione, che renda appunto applicabile la *lex mitior* durante la *vacatio legis*, come nella tesi – non condivisa – delle citate sentenze della Cassazione.

Ebbene, così riassunto il quadro della giurisprudenza, a noi pare che ricorrendo a un suggestivo argomento *a fortiori* si potrebbe sostenere che simili principi – e dubbi di legittimità costituzionale – valgano anche nella vicenda del reddito di cittadinanza, in cui il periodo di *vacatio legis* è già decorso e, pertanto, la norma abrogatrice delle norme penali è già in vigore. Si potrebbe cioè provare a sostenere, trovando appigli nella giurisprudenza, che già oggi l'art. 7 d.l. n. 4/2019 debba considerarsi abrogato, agli effetti dell'art. 2 c.p.

Senonché, un simile argomento *a fortiori* si presta, a nostro avviso, a più di un'obiezione, che non smentisce, ma accentua, il carattere problematico della svista della legge di bilancio.

Anzitutto, il citato orientamento della Cassazione non è pacifico. Esiste, infatti, giurisprudenza in senso contrario a quella sopra richiamata. [Cass. Sez. V, 4.11.2022, n. 45104, Cipolla](#) ha escluso, con un'articolata motivazione, l'applicabilità della *lex mitior* (mutamento del regime di procedibilità di un reato) nel prolungato periodo di *vacatio legis* della c.d. riforma Cartabia.

Nella sentenza Cipolla, valorizzando il tenore letterale dell'art. 73, co. 3 Cost. e dell'art. 10, co. 1 delle preleggi si sottolinea, anzitutto, come la legge – compresa la *lex mitior* in materia penale – entra in vigore ed è obbligatoria decorso il periodo di *vacatio*.

Si osserva, inoltre, sempre nella stessa sentenza della Cassazione, come è ben possibile che durante la *vacatio legis* il legislatore intervenga per modificare la legge già

approvata e promulgata, senza che si determini alcun fenomeno di successione di leggi: proprio, appunto, perché quel fenomeno presuppone la successione di leggi *entrate in vigore*. La citata sentenza ricorda, in proposito, una vicenda apparentemente simile a quella qui in esame, che coinvolse nel 2021 il Governo Conte II. Nell'adeguare la normativa nazionale in tema di alimenti, con l'art. 18 del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 furono abrogate, per errore, alcune norme incriminatrici, tra le quali quelle di cui all'art. 5 della l. 30 aprile 1962, n. 283. Come a suo tempo riferito dalla [nostra Rivista](#), l'effetto abrogativo, in quel caso, fu evitato dal Governo Draghi, nel frattempo insediatosi, con un decreto-legge (d.l. 22 marzo 2021, n. 42) che escludeva le norme incriminatrici da quelle oggetto dell'intervento abrogativo. In quell'occasione, pertanto, fu possibile quel che, nel caso del reddito di cittadinanza, non è più possibile e, cioè, correggere un errore intervenendo *nel periodo di vacatio legis, prima cioè dell'entrata in vigore della norma abrogatrice*. La Cassazione, in una sentenza del 2021, ha potuto così escludere l'*abolitio criminis* di un reato alimentare affermando che "*l'abrogazione...della fattispecie in rubrica, pur approvata, non è mai entrata in vigore, perché superata da una previsione di segno contrario entrata in vigore prima dell'altra*" (Cass. Sez. III, 16.6.2021, n. 34395, Dragoti, Rv. 282365).

Soprattutto, assume rilievo un terzo argomento speso dalla sentenza Cipolla, che in questo caso può essere esteso alla vicenda della legge di bilancio e del reddito di cittadinanza, e che riguarda la volontà del legislatore. Con il c.d. decreto-*rave* il Governo ha voluto differire l'entrata in vigore della riforma Cartabia, comprese le norme penali più favorevoli (ad es., quelle relative al mutamento del regime di procedibilità), determinandone così, deliberatamente, l'inapplicabilità per il periodo di prolungata *vacatio*. Il Parlamento, prevedendo nella legge di bilancio l'abrogazione della disciplina del reddito di cittadinanza a decorrere dal 1° gennaio 2024, ha voluto differire di un anno l'abolizione del sussidio e dell'intera disciplina ad esso correlata. La norma abrogatrice delle fattispecie è pertanto entrata in vigore ma – questo è il punto – *non si è ad oggi ancora realizzato l'effetto abrogativo*.

Se pacifica è la volontà del legislatore, quanto al differimento dell'abrogazione dell'art. 7 d.l. n. 4/2019, potrebbe essere tuttavia revocata in dubbio la ragionevolezza di tale differimento, in rapporto alle norme penali, con cadenze argomentative analoghe a quelle della citata ordinanza del Tribunale di Siena, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale del differimento dell'entrata in vigore delle disposizioni più favorevoli al reo, previste dalla riforma Cartabia. In quel caso, ad impedire l'applicazione della *lex mitior* è stato il prolungamento della *vacatio legis*, cioè il differimento dell'entrata in vigore della legge stessa; nel caso che ci occupa, invece, l'applicazione della *lex mitior* è impedita dal differimento dell'abrogazione al 1° gennaio 2024. In entrambi i casi, l'effetto è di rendere ultrattive norme penali sfavorevoli e abrogate. Si tratta, sotto questo profilo, di valutare la legittimità costituzionale dell'intervento normativo, sotto il profilo della compatibilità con il principio di uguaglianza/ragionevolezza. Ebbene, pur con l'evidente difficoltà di valutare al metro di tale principio un intervento involontario – una *abrogatio per aberratio* –, a noi pare che *non si possa dire che sia irragionevole rinviare di un anno l'abrogazione della disciplina del reddito di cittadinanza, del quale si prevede ancora l'erogazione per un*

ultimo anno. Si potrebbe forse, piuttosto, porre in dubbio *tout court* la ragionevolezza dell'abrogazione delle norme penali sollevando una questione di legittimità costituzionale che sarebbe rilevante solo dopo il 1° gennaio 2024 (quando, cioè, la norma abrogatrice dovrebbe essere applicata nel giudizio *a quo*) e che incontrerebbe, se accolta, i limiti della dichiarazione di illegittimità costituzionale con effetti *in malam partem*: la disciplina più sfavorevole risultante dalla pronuncia della Corte costituzionale – che dovesse far rivivere l'art. 7 d.l. n. 4/2019 – non sarebbe applicabile ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge di bilancio e prima della sentenza della Corte. Passando dalla Consulta non si eviterebbe, pertanto, in ogni caso, l'effetto di impunità per i fatti commessi nel 2023.

8. Veniamo alla seconda domanda, che individua un ulteriore elemento di complessità della vicenda: se l'abrogazione delle norme incriminatrici in materia di reddito di cittadinanza – decorrente dal 1° gennaio 2023 o dal 1° gennaio 2024, a seconda di come si risponda al quesito preliminare di cui si è detto – comporti una *abolitio criminis* (art. 2, co. 2 c.p.), capace di travolgere, attraverso un incidente di esecuzione attivato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., anche le sentenze di condanna già passate in giudicato.

Per rispondere a questa domanda viene in rilievo un principio oggi consolidato in dottrina e in giurisprudenza: l'abrogazione di una norma incriminatrice è un fenomeno non necessariamente coincidente con l'abolizione del reato, ben potendovi essere casi di *abrogatio sine abolitione*. Come hanno chiarito le Sezioni Unite in una bella sentenza del 2009 (cfr. Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, n. 24668, pag. 15 della motivazione in diritto) "l'abrogazione di una norma incriminatrice determina certamente una situazione di c.d. *abrogatio sine abolitione* se la scelta legislativa mantiene fermo il disvalore delle classi di fatti conformi alla detta norma, riportandole implicitamente alla disciplina prevista da altra norma preesistente, in rapporto di specialità con la prima. Si pensi, esemplificativamente, all'abrogazione dell'omicidio e delle lesioni personali a causa d'onore...Con l'abrogazione dell'art. 587 c.p., norma speciale, il legislatore ha voluto implicitamente ricondurre gli stessi alla disciplina generale di cui agli artt. 575 e 582 c.p., il cui nucleo strutturale, considerato nella sua essenzialità, non si discosta da quello della disposizione soppressa. In tale caso, opera certamente la regola di cui al quarto comma dell'art. 2 c.p." (in questo stesso senso v anche tra gli altri, in dottrina, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., 2022, p. 149 s.). Legge posteriore, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., infatti, "non è necessariamente quella introdotta dopo la commissione del fatto: può essere anche la disciplina divenuta applicabile al caso concreto a seguito di mutamenti normativi intervenuti dopo il fatto" (così Sez. Un. Rizzoli, cit.); ed è il caso di una preesistente norma generale, divenuta applicabile solo dopo e per effetto dell'abrogazione di una norma speciale.

Applicando questi principi al caso che ci occupa, si può concludere – sul piano del metodo – nel senso che deve essere esclusa l'*abolitio criminis* delle figure delittuose di cui al primo e al secondo comma dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 *se e nella misura in cui* sia possibile ravvisare un rapporto di specialità con altre norme incriminatrici già vigenti, il cui ambito di applicazione si riespanga, venute meno quelle norme speciali. Qualora sia

possibile inquadrare fatti del tipo di quelli puniti dall'art. 7 d.l. n. 4/2019 in un'altra norma incriminatrice, di natura generale, si dovrà escludere l'*abolitio criminis* e sarà applicabile l'art. 2, co. 4 c.p. L'abrogazione realizzata dalla legge di bilancio non avrà effetto rispetto alle sentenze passate in giudicato e comporterà, nei procedimenti pendenti, l'applicazione del regime sanzionatorio più favorevole, tra quello previsto dal citato art. 7 e dalla norma incriminatrice generale di cui si tratta.

Ciò detto, l'*abolitio criminis* delle fattispecie previste dai primi due commi dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 potrebbe essere argomentata, in primo luogo, sostenendo la riconducibilità delle stesse al delitto – punito assai meno gravemente (reclusione da sei mesi a tre anni), di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.), che pure dà rilievo alle condotte di presentazione/utilizzazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere e all'omissione di informazioni dovute, in vista del conseguimento di una erogazione pubblica. Elementi specializzanti, nelle fattispecie di cui all'art. 7 d.l. n. 7/2019, riguardano, sul piano oggettivo, il tipo di erogazione – il reddito di cittadinanza, *sub specie* di sussidio assistenziale – e, quanto alla fattispecie di cui al comma 2 (omessa comunicazione delle variazioni di reddito/patrimonio), il presupposto dell'erogazione in corso del contribuente; sul piano soggettivo, elemento specializzante è il dolo specifico, rispetto al dolo generico richiesto dall'art. 316-ter c.p. La tesi della riconducibilità al delitto di cui all'art. 316-ter c.p. delle abrogate fattispecie penali in materia di reddito di cittadinanza – tesi che, come si è detto, escluderebbe l'*abolitio criminis* – presuppone di risolvere affermativamente il quesito sulla natura giuridica del reddito di cittadinanza quale contributo o erogazione statale tutelata da quella norma incriminatrice. A tal proposito, la configurabilità del delitto di cui all'art. 316-ter c.p. in caso di indebita erogazione di *contributi assistenziali*, in passato controversa, è stata affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2007 con riferimento al c.d. reddito minimo di inserimento di cui al d.lgs. 18 giugno 1998 n. 237 (Cass. S.U., 19 aprile 2007, n. 16568, Carchivi, Rv. 235962; da ultimo, Cass. Sez. VI, 14.7.2015, n. 38293, Cascino, Rv.264724): una misura sperimentale che può considerarsi un antenato del reddito di cittadinanza. Per la riconducibilità delle fattispecie dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 all'art. 316-ter c.p. non sarebbe dunque rilevante la recente estensione della fattispecie alle "sovvenzioni", realizzata dal d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (estensione che peraltro, in virtù del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole – quale è quella che estende l'ambito di applicazione di un'incriminazione – se fosse pertinente ai nostri fini potrebbe conservare la rilevanza penale dei soli fatti di indebita percezione del reddito di cittadinanza commessi *dopo* l'entrata in vigore del d.l. n. 4/2022).

Tutto, insomma, sembrerebbe parlare nel senso dell'esclusione dell'*abolitio criminis*, per riespansione della pur meno grave figura delittuosa di cui all'art. 316-ter c.p. Senonché quella fattispecie prevede una soglia di punibilità (o di rilevanza penale del fatto) fissata in 4.000 euro (art. 316-ter, co. 2 c.p.); soglia al di sotto della quale l'indebita percezione integra un illecito amministrativo. Come è stato sottolineato da Rosalia Affinito in [un contributo pubblicato sulla nostra Rivista](#) (*ivi*, pag. 13), è anche e proprio questa previsione ad avere suggerito al legislatore del d.l. n. 4/2019 di configurare nell'art. 7 figure delittuose speciali: "considerato che il reddito di cittadinanza si struttura come un contributo mensile che non supera mai quella soglia,

di fatto il reato non si sarebbe mai configurato”. Infatti, prosegue Rosalia Affinito, “la giurisprudenza ha escluso ai fini della integrazione del reato di cui all’art. 316-ter c.p. che la soglia di rilevanza penale possa essere computata tenendo conto dell’entità dell’intero contributo erogato, rilevando al contrario l’ammontare di ciascun rateo (sul punto, di recente, v. Cass., sez. VI, 20 aprile 2020, n. 7963)”. Se ciò è vero, l’abrogazione dell’art. 7 d.l. n. 4/2019 comporterà, dal 1° gennaio 2024, una depenalizzazione, con conseguente revoca delle sentenze passate in giudicato e, per il principio di irretroattività *in malam partem*, riferibile anche all’illecito amministrativo punitivo (cfr. Corte cost. nn. 196/2010, 104/2014 e 223/2018), l’impossibilità di applicare retroattivamente quest’ultimo (punito con una severa sanzione pecuniaria: da 5.000 a 25.000 euro).

D’altra parte, non ci sembra che l’esito dell’*abolitio criminis* potrebbe essere escluso invocando la riconducibilità del fatto ai reati di falso di cui agli artt. 483 e 489 c.p., che la giurisprudenza ritiene *assorbiti* nel delitto di cui all’art. 316-ter c.p. (v., sul punto, il citato contributo di R. Affinito e, *ivi*, pag. 14) e, pertanto, anche nell’illecito amministrativo per i fatti di indebita percezione di erogazioni pubbliche sotto la soglia di punibilità.

Non ci sembra infine a ben vedere rilevante, ai fini dell’esclusione dell’*abolitio criminis*, il riferimento alla fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.). La clausola di riserva con cui si apre il primo comma dell’art. 7 d.l. n. 4/2019 fa salva l’applicazione di reati più gravi, quali la truffa aggravata (punita, nel massimo, con sette anni di reclusione): se questo delitto è configurabile – perché la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi integra artifici e raggiri che inducono in errore l’amministrazione sull’erogazione del sussidio – *la norma penale abrogata era e resta inapplicabile e non può porsi un problema di perdita di rilevanza penale del fatto*. Non è peraltro pacifica, anzi, la configurabilità della truffa aggravata rispetto alla percezione del reddito di cittadinanza: (rinviando, sul punto, al citato contributo di R. Affinito e, *ivi*, pag. 13): una considerazione, questa, che si estende anche alla fattispecie di cui al secondo comma dell’art. 7 d.l. n. 4/2019.

9. Resta da rispondere a un’ultima, decisiva, domanda: nell’impossibilità di ricondurre le fattispecie penali del reddito di cittadinanza ad altre figure di reato in rapporto di specialità può l’esito di *abolitio criminis* essere evitato, prima o dopo il 1° gennaio 2024?

*Prima di quella data*, una soluzione in apparenza semplice potrebbe essere di ricorrere a un decreto-legge o una legge per eccettuare l’art. 7 d.l. n. 4/2019 da quelli oggetto di abrogazione, non diversamente da quel che fece il Governo Draghi nella richiamata vicenda dei reati alimentari. Va esattamente in questa direzione, come ha riferito la stampa, un emendamento dell’On. Enrico Costa presentato in Commissione Giustizia della Camera in sede di esame del disegno di legge n. 831, recante “Norme in materia di procedibilità d’ufficio e di arresto in flagranza”. Si potrebbe ritenere che, essendo la norma abrogativa entrata in vigore con effetto differito, prima della produzione degli effetti è possibile per il legislatore tornare sui suoi passi senza dar luogo a una successione di leggi penali; non diversamente, insomma, da quanto ha

potuto fare il Governo Draghi in rapporto ai reati alimentari, intervenendo, in quel caso, nel periodo di *vacatio* della legge abrogatrice. Senonché, in modo non implausibile e con alcuni appigli giurisprudenziali, si potrebbe sostenere che: *a*) una successione di leggi penali si è verificata perché la norma abrogatrice è entrata in vigore e che *b*) la norma che impedisce l'effetto abrogativo è una norma più sfavorevole non applicabile retroattivamente. Si potrebbe cioè sostenere, facendo riferimento alla figura della *lex intermedia* (cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 147), che la legge di bilancio è una legge abolitrice intermedia, applicabile pur dopo la reintroduzione della norma penale abrogata. I dubbi interpretativi, insomma, residuerebbero e la soluzione della complessa e per molti versi inedita questione risulterebbe di fatto rimessa alla giurisprudenza.

Sempre *prima* del 1° gennaio 2024, il Governo o il Parlamento potrebbero introdurre norme penali che, senza soluzione di continuità, conservino la rilevanza penale dei fatti commessi ed entrino in vigore quello stesso giorno, cioè contestualmente alla produzione degli effetti dell'abrogazione dell'art. 7 d.l. n. 4/2019. In questo caso, si potrebbe sostenere che si verifica una *abrogatio sine abolitione*, che ricorre quando la norma abrogata è speciale rispetto ad altra, generale, non solo preesistente, ma anche – questo è il punto – introdotta contestualmente all'abrogazione (cfr., oltre alla citata sentenza Rizzoli delle Sezioni Unite, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 149). Senonché andrebbero superate almeno tre obiezioni. La prima è che l'abrogazione si è realizzata con la legge di bilancio e che solo l'effetto abrogativo differito sarebbe contestuale all'introduzione di una nuova figura di reato; la seconda è che tale figura di reato, in ragione della conseguente soluzione di continuità, non potrebbe essere applicata retroattivamente; la terza è che, verosimilmente, il legislatore potrebbe giustificare l'introduzione di una nuova figura di reato, senza “rimangiarsi” la precedente scelta abrogativa, nell'ambito dell'annunciata riforma organica delle misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva, di cui si fa cenno nella citata nota tecnica del MEF. Senonché non è agevolissimo, senza violare i principi di irretroattività e di legalità, pensare a una norma incriminatrice dell'indebita percezione di un sussidio *nuovo*, applicabile all'indebita percezione di un sussidio abolito.

*Dopo il 1° gennaio 2024*, infine, in assenza di un intervento legislativo, si potrebbe provare a sostenere, in modo arguto e non implausibile, che l'abrogazione differita delle norme penali, ad opera della legge di bilancio, le ha rese temporanee, agli effetti dell'art. 2, co. 5 c.p., che, come è noto, deroga alla retroattività della *lex mitior*. Il reato punito da una norma temporanea resta infatti punibile anche dopo l'abrogazione di quella norma, che non è espressiva di un mutato giudizio di disvalore del fatto incriminato. Senonché, *la trasformazione di una norma penale in norma temporanea è una modifica peggiorativa, come tale irretroattiva*. La tesi della sopravvenuta natura temporanea dei reati di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 potrebbe dunque essere invocata, tutt'al più, per far salvi dall'*abolitio criminis* i fatti commessi dopo la legge di bilancio (nel 2023, quindi).

**10.** Soluzioni agevoli, come si vede, non esistono. Governo e Parlamento sono chiamati a una seria riflessione per individuare la soluzione migliore per evitare un irragionevole esito di impunità per chi ha indebitamente percepito e percepisce ancora

oggi il reddito di cittadinanza; una soluzione che dovrà essere tempestiva e dovrà tenere conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo a partire da quelli costituzionali.

Una seria riflessione, d'ordine più generale, sarebbe d'altra parte auspicabile in rapporto al graduale peggioramento della qualità della legislazione, da molti rilevato e testimoniato anche dalla vicenda in esame. A fronte di un'attività legislativa sempre più frenetica, da parte del Governo, gli uffici legislativi dei ministeri e della Presidenza del Consiglio dei ministri sono sempre più sotto pressione, anche per carenze di organico. La politica, nell'imprimere ritmi forsennati ai tecnici della legislazione, deve mettere in conto "infortuni" come quello da cui origina la complessa vicenda dei risvolti penali dell'abolizione del reddito di cittadinanza. Così come accade per l'attività giurisdizionale, anche per quella legislativa vale la regola di una inevitabile diminuzione della qualità quando la mole del lavoro tecnico-intellettuale da svolgere supera le capacità delle risorse disponibili. È bene che la politica ne tenga conto, trovando soluzioni sul piano dell'attività legislativa, che dovrebbe essere meno compulsiva e più meditata (come consentono i normali tempi parlamentari, a differenza di quelli governativi), nonché – a medio lungo termine – sul piano dello sviluppo di una classe professionale di tecnici della legislazione, adeguata alle esigenze. L'organico dei tecnici della legislazione deve insomma essere opportunamente rinforzato. Ciò è ancor più vero per la materia penale, presidiata da principi e garanzie che rendono particolarmente difficile, come si è visto, rimediare a sviste che, nel processo legislativo, sono sempre possibili.



**CARCERE E 41 BIS: TRA POTERI DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA  
E OPPORTUNITÀ DI AFFERMARE LA RISERVA DI GIURISDIZIONE.  
NOTE A MARGINE DEL CASO COSPITO  
E DI UNA RECENTE DECISIONE DELLA CASSAZIONE**

*Cass. Sez. I, sent. 20 aprile 2022 (dep. 7 febbraio 2023) n. 5363, Pres. Tardio, rel. Cairo*

di Angela Della Bella

1. La vicenda dell’anarchico Alfredo Cospito ha riportato all’attenzione dell’opinione pubblica, come periodicamente accade, l’istituto, assai controverso, del regime detentivo speciale di cui all’art. 41 *bis* o.p.

Sono tante le domande che tale caso ha suscitato e che sono state e tutt’ora sono oggetto di discussione tanto nel dibattito pubblico, quanto tra gli studiosi: dai più radicali interrogativi sulla persistente utilità del regime detentivo speciale in un contesto criminologicamente molto diverso da quello dei primi anni ’90, nei quali l’istituto era nato; alle considerazioni di chi, senza mettere in dubbio la perdurante sussistenza delle esigenze di prevenzione speciale che ne sono alla base, si interroga sull’opportunità di restringere l’ambito di operatività di tale regime detentivo ai soli esponenti di vertice di organizzazioni criminali strutturate come quelle mafiose o terroristiche; ai dubbi sulla reale necessità di impiegare un regime così fortemente limitativo di diritti per perseguire il fine, che si riconosce come legittimo, di interrompere il flusso di comunicazioni tra il detenuto e l’associazione criminale all’esterno<sup>1</sup>.

Accanto alle riflessioni sul 41 *bis*, il caso di Alfredo Cospito solleva anche quesiti delicati e complessi relativi alla compatibilità con lo stato detentivo di un detenuto che si è ridotto in uno stato di grave infermità per effetto dello sciopero della fame ed ancora interrogativi sul dovere, o quanto meno sulla possibilità, per lo Stato di praticare l’alimentazione forzata, quale trattamento salvavita, nei confronti di un detenuto che abbia scelto di lasciarsi morire<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., ad esempio, tra i tanti contributi sul tema comparsi sulle riviste giuridiche o sui quotidiani, M. DONINI, *Serve un martire della legge per cambiare il 41 bis?*, in *Il riformista*, 12 febbraio 2023; G. FIANDACA, *Il carcere da salvare*, in *Il foglio quotidiano*, 10 febbraio 2023; G. ZAGREBELSKY, *Cospito, la coscienza e la Costituzione*, in *La Stampa*, 11 febbraio 2023. Di recente, su questa rivista, R. CORNELLI, [L’emergere del paradigma penitenziario del “carcere duro”](#), in *questa Rivista*, 15 marzo 2023.

<sup>2</sup> Sul punto cfr. ora il [Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica a margine del caso Cospito](#) (pubblicato in *questa Rivista*, 15 marzo 2023, che contiene le risposte ai quesiti formulati dal Ministero della Giustizia circa la possibilità di eseguire, in caso di imminente pericolo di vita, interventi di nutrizione e rianimazione contro la volontà, precedentemente espressa, da parte di persona che abbia intrapreso uno sciopero della fame.

2. Rimanendo sul terreno del regime detentivo speciale, c'è un aspetto che è rimasto in secondo piano, ma che merita a mio avviso di essere approfondito e la cui rilevanza è stata messa in evidenza proprio dalla vicenda in esame. Il tema – su cui ho già avuto modo di sviluppare alcune riflessioni in un lavoro monografico (*Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016) – è quello della opportunità, ma prima ancora della legittimità, della disciplina legislativa del 41 *bis*, nella parte in cui individua nel Ministro della Giustizia l'organo competente ad emettere, prorogare ed eventualmente revocare il regime detentivo speciale. Sotto questo profilo, la vicenda in esame ha consentito di toccare con mano che, laddove si sia in presenza di una vicenda esposta mediaticamente e politicamente sensibile, l'attribuzione al Ministro della giustizia della competenza in materia crea il rischio molto concreto che le decisioni, in questo caso la revoca del regime del 'carcere duro', siano influenzate da considerazioni che esulano dalla valutazione giuridica relativa alla sussistenza dei presupposti applicativi (in particolare della capacità del detenuto di orientare le condotte criminali dei sodali all'esterno). Nel caso di specie, è parso infatti immediatamente evidente che, in un contesto in cui il Governo andava declamando che "lo Stato non arretra" e che accogliere la richiesta del detenuto sarebbe stato un "cedimento dello Stato", sarebbe risultato molto difficile per il Ministro pronunciarsi per la revoca, anche laddove l'istruttoria avesse evidenziato elementi tali da mettere in dubbio l'effettiva necessità del 41 *bis* al fine di contenere la pericolosità sociale del detenuto. Nel senso che sarebbe stato possibile soddisfare le esigenze di prevenzione speciale collocando Cospito in regime di alta sicurezza, d'altra parte, si è espressa, come è noto, la Direzione Nazionale Antimafia in un parere reso al Ministro.

3. Può valere allora la pena – anche perché la vicenda in corso possa costituire un'occasione per riaprire un confronto sulle prospettive di riforma di questo istituto così controverso – innanzitutto riflettere sulle *ragioni* che indussero il legislatore ad attribuire ad un'autorità politico-amministrativa, quale il Ministro della giustizia, anziché ad un organo della giurisdizione, il potere di applicare e revocare il 41 *bis* e quindi interrogarsi, oltre che sulla opportunità, anche sulla effettiva legittimità di tale scelta rispetto ai principi costituzionali.

Occorre allora sinteticamente ricordare che il regime detentivo speciale – introdotto nel 1992 con decretazione d'urgenza nel tragico contesto delle 'stragi di mafia' – è stato inizialmente concepito come un provvedimento emergenziale, destinato ad avere efficacia in via soltanto temporanea. In quel particolare contesto l'attribuzione del potere di emettere i decreti di applicazione del 41 *bis* ad un organo di vertice dell'Esecutivo, quale appunto il Ministro della giustizia, rispondeva chiaramente all'esigenza di garantire la tempestività dell'intervento.

A seguito di plurime proroghe del termine iniziale di vigenza, l'art. 41 *bis* è divenuto norma stabile nell'ordinamento per effetto della riforma operata con la legge 22 dicembre 2002, n. 279. Tale legge, che ha operato una profonda revisione della disciplina del regime detentivo speciale allo scopo di ricondurre negli argini della Costituzione un istituto caratterizzato al suo nascere da tratti gravemente illiberali, ne ha però conservato la competenza in capo al Ministro della Giustizia. Tale soluzione non

era affatto scontata poiché, in occasione dell'approvazione della nuova legge, sulla questione si erano formate sia in dottrina, sia in Parlamento posizioni fortemente contrastanti: in particolare, alla tesi di chi riteneva opportuno mantenere la natura amministrativa dei provvedimenti applicativi si contrapponeva la tesi di chi riteneva necessario – per garantire la legittimità costituzionale dell'istituto – trasferirne la competenza in capo ad un'autorità giudiziaria<sup>3</sup>.

A sostegno della scelta di conservare in capo al Ministro il potere di applicare, prorogare, nonché revocare<sup>4</sup> il regime detentivo speciale sono state addotte ragioni legate alla necessità di garantire un'efficiente gestione del sistema: la 'centralizzazione' della competenza in capo ad un organo di vertice sembrava infatti la soluzione che meglio avrebbe potuto assicurare la tempestività nell'assunzione dei provvedimenti di applicazione, nonché il coordinamento delle informazioni necessarie.

Come ho già avuto modo di osservare<sup>5</sup>, gli argomenti spesi a sostegno della competenza ministeriale dei provvedimenti in materia di 41 *bis* non paiono a dire il vero irresistibili, essendo invece assai più rilevanti, come a breve cercherò di dimostrare, le ragioni che possono essere spese a favore di una soluzione diversa, ed in particolare nel senso della attribuzione di tale competenza ad un giudice. E tale tesi ci pare trovi conforto nelle più recenti vicende che hanno interessato il 41 *bis*: da un lato, in considerazione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nella materia dell'esecuzione penale e, dall'altro lato, in ragione degli evidenti rischi di strumentalizzazione politica che genera l'opzione governativa, in luogo di quella giurisdizionale. È proprio il caso Cospito ad evidenziarlo.

4. È interessante osservare – a dimostrazione del fatto che la controversia su questo profilo è ad oggi tutt'altro che sopita – che di recente con la sentenza 7 febbraio 2023, n. 5363 (che può leggersi in allegato), la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, proposta

<sup>3</sup> In dottrina, nel senso di conservare la competenza in capo al Ministro cfr., tra gli altri, A. MARTINI, *Sub art. 19 d.l. 306/92*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 214. Nel senso invece dell'opportunità di affidare l'applicazione del 41 *bis* ad un giudice cfr. F. GIUNTA, *Proroga delle disposizioni di cui all'art. 41 bis*, in *Legisl. pen.*, 1996, p. 55, secondo cui "poiché il contenimento di una siffatta pericolosità passa inevitabilmente attraverso una significativa restrizione delle libertà del detenuto, il regime carcerario differenziato (...) andrebbe accompagnato dalla duplice garanzia della legalità e della giurisdizione"; nello stesso senso T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziario all'approdo della legalità*, in Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994, p. 155 ss.

<sup>4</sup> Può risultare utile ricordare che la previsione della revoca ministeriale del provvedimento applicativo, in precedenza espressamente disciplinato dall'art. 41 *bis*, è stata abrogata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94. 2009 (sulle ragioni di tale abrogazione si rinvia, volendo, a A. DELLA BELLA, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016, p. 147 ss). Sin da subito tuttavia la giurisprudenza della Cassazione, per impedire un'altrimenti inevitabile censura di incostituzionalità, ha accolto l'interpretazione secondo cui, nonostante l'abrogazione, nel momento in cui siano venuti meno i presupposti che legittimano il provvedimento applicativo, il potere-dovere del Ministro di revocarlo deve ritenersi sussistente, trattandosi di un potere di cui l'Autorità amministrativa dispone, in quanto tale, a prescindere da una espressa previsione legislativa, derivando dal dovere di procedere all'auto-annullamento dei propri atti quando si rivelino illegittimi.

<sup>5</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 409 ss.

dalla difesa, proprio su questo punto. Il difensore, in particolare, ha ravvisato il contrasto della disciplina con l'art. 13 Cost., partendo dal presupposto che il regime detentivo speciale dovesse considerarsi come una misura di prevenzione personale incidente sulla libertà personale e che per tale ragione esso dovesse essere applicato da un giudice.

La Cassazione ha ritenuto la questione manifestamente infondata, respingendo, da un lato, la tesi della qualificazione del regime detentivo speciale come misura di prevenzione personale<sup>6</sup> ed osservando, dall'altro, che il ricorrente aveva riproposto tematiche già sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale e ripetutamente affrontate dalla stessa Cassazione. Il riferimento alla giurisprudenza costituzionale è, in particolare, alla sentenza 28 luglio 1993, n. 349, dunque ad una sentenza pronunciata ad un anno dall'introduzione del regime detentivo speciale e che si 'colloca' in un momento in cui lo stesso era ancora concepito come uno strumento emergenziale, introdotto in via temporanea per fare fronte ad una situazione percepita come eccezionale.

Vale la pena soffermarsi brevemente su questa pronuncia della Corte costituzionale perché ad essa si riferisce immancabilmente la Cassazione nel dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale del 41 *bis* in relazione all'art. 13 Cost. Nella sentenza 349/1993, la Corte fa un'affermazione di principio di estrema importanza, laddove dichiara che la garanzia dell'inviolabilità della libertà personale, sancita dall'art. 13 Cost., deve considerarsi operante anche nei confronti di chi è sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale poiché "chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale".

Pur partendo da tale premessa, che sembrava sottintendere l'idea che il regime detentivo speciale andasse ad incidere proprio su quel prezioso residuo di libertà personale rimasto in capo al detenuto, la Corte costituzionale ha rigettato la questione, con la motivazione che le limitazioni inerenti al 41 *bis*, in quanto attinenti solamente al "regime detentivo in senso stretto", non incidono sulla quantità e sulla qualità della pena. Nell'affermare che le norme che riguardano il trattamento intra-murario, indipendentemente dal loro contenuto, non possono comportare modificazioni nella qualità della pena, e tanto meno quindi ulteriori limitazioni della libertà personale del

---

<sup>6</sup> Le motivazioni della Suprema Corte tese a negare l'equiparazione del regime detentivo speciale ad una misura di prevenzione personale (tesi questa fatta propria dalla stessa Amministrazione penitenziaria) appaiono a dire il vero piuttosto fumose: si sottolinea la diversità tra l'istituto del 41 *bis* e le misure di prevenzione sotto il profilo dei presupposti applicativi (in questo senso si osserva che l'art. 41 *bis* postula anche la ricorrenza di condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche, oltre che condizioni soggettive riguardanti il detenuto) e sotto il profilo dell'efficacia (in questo senso si osserva molto genericamente che l'art. 41 *bis* comporterebbe solo una limitazione dei diritti soggettivi e non la loro radicale limitazione). Ci sembra peraltro che la ragione dirimente per confutare tale impostazione debba fare leva sul contenuto del regime detentivo speciale che si caratterizza, come diremo, per essere una misura che genera una ulteriore compressione della libertà personale del detenuto: se si accoglie tale premessa, non può allora accogliersi la qualificazione del 41 *bis* come una misura di prevenzione dal momento che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed in particolare la giurisprudenza elaborata *sub* art. 5 Cedu, nega la legittimità di misure privative della libertà *ante delictum*. Più diffusamente, sul punto, A. DELLA BELLA, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 383 ss.

detenuto, la sentenza 349/1993 tradisce un'impostazione formalistica, in aperta contraddizione con l'idea – che sta progressivamente penetrando nella giurisprudenza costituzionale – secondo cui l'ambito di operatività di una garanzia va determinata sulla base della *ratio* di tutela ad essa sottesa, piuttosto che su considerazioni formali relative alla natura delle norme implicate.

5. Sembra evidente che tale risalente pronuncia della Corte costituzionale non possa più costituire un comodo schermo dietro il quale trincerarsi per eludere una questione sulla quale vale la pena invece provare a riflettere in modo aperto. Le ragioni per le quali la sentenza del 1993 non costituisce una risposta soddisfacente alla domanda che ci poniamo sono molteplici. Al di là della considerazione del contesto nel quale la sentenza fu pronunciata e del fatto che sono passati trenta anni nei quali il 41 *bis* è stato più volte e sotto diversi aspetti riformato, assumendo una fisionomia diversa da quella che aveva alle origini, la Corte costituzionale non ci pare cogliere nel segno laddove afferma apoditticamente che le prescrizioni attinenti al trattamento penitenziario non possono incidere sulla quantità e sulla qualità della pena<sup>7</sup>. A nessun osservatore può infatti sfuggire che il 41 *bis* è una misura che comporta un carico afflittivo decisamente superiore rispetto a quello normalmente connesso all'esecuzione di una pena detentiva. E' evidente infatti che la situazione del detenuto in regime ordinario è assai diversa da quella del detenuto in 41 *bis*: il primo può passare diverse ore della giornata fuori dalla cella; gode di una, pur relativa, libertà di movimento all'interno della sezione dell'istituto penitenziario nel quale si trova; può effettuare colloqui con familiari o altre persone almeno una volta alla settimana; può decidere liberamente con quali detenuti interagire; gode di almeno quattro ore di permanenza all'aria aperta ogni giorno; svolge un ventaglio (più o meno ampio) di attività trattamentali. Il detenuto in 41 *bis*, invece, è costretto all'interno di una cella 22 ore su 24; non gode di nessuna autonomia di movimento all'interno della sezione dell'istituto penitenziario; nelle due ore nelle quali gli è concesso di uscire dalla cella può frequentare un numero assai limitato di detenuti (in genere tre, ma anche uno solo se si tratta di soggetti collocati nelle famigerate 'aree riservate'), che sono stati selezionati per lui dall'Amministrazione penitenziaria; può fruire di un unico colloquio mensile con i familiari, che si svolge in un contesto di assoluta costrizione, trovandosi il detenuto dietro ad un vetro divisorio a tutt'altezza, attraverso il quale può solo vedere il familiare, senza però avvicinarsi a lui e senza avere alcun contatto fisico; è sostanzialmente escluso dalla partecipazione ad attività trattamentali. All'elenco di restrizioni contenute nell'art. 41 *bis* co. *quater* devono poi aggiungersi le ulteriori restrizioni, spesso assai gravose, che non trovano fonte nella legge, ma nelle circolari dell'Amministrazione penitenziaria e che contribuiscono a rendere estremamente afflittiva la detenzione (restrizioni che riguardano ad esempio il vitto, il vestiario, gli oggetti che possono essere detenuti all'interno della cella o ancora i canali televisivi che possono essere oggetto di visione...).

---

<sup>7</sup> Sul punto, nel senso che “appare poco convincente la considerazione secondo la quale tutto quanto afferisce al trattamento non sia in grado di incidere sulla libertà residua del detenuto”, cfr. A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, 2022, p. 441 ss.

Da ciò la conclusione che, a differenza di quanto osservava la Corte costituzionale nel 1993, il regime detentivo speciale non può essere considerato come una mera modalità esecutiva della pena detentiva, ma deve piuttosto essere concepito come una misura sanzionatoria autonoma, caratterizzata da un carico afflittivo ulteriore rispetto alla detenzione ordinaria e tale da generare una compressione dello spazio di libertà ‘residuo’ proprio del detenuto. Una conclusione, questa ultima, avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che non infrequentemente, nelle sentenze in cui si occupa di valutare la compatibilità con l’art. 3 Cedu di un determinato trattamento penitenziario, definisce i regimi detentivi di rigore come “*prison within imprisonment*”.

A prescindere da ulteriori considerazioni, che non possono trovare spazio in questa sede, circa l’auspicabile riconduzione del regime detentivo speciale alla ‘materia penale’ (nell’accezione sostanziale con cui l’espressione è usata nella giurisprudenza europea), con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di applicazione delle garanzie penalistiche<sup>8</sup>, quanto si è più sopra sostenuto dovrebbe convincere circa la necessità di ripensare la disciplina che regola la competenza in questa materia.

L’attribuzione del potere di emettere, prorogare e revocare i provvedimenti relativi al 41 *bis* ad un giudice è imposta, in prima battuta, dall’art. 13 Cost. che stabilisce la riserva di giurisdizione a tutela della libertà personale, in quanto valore supremo ed idealmente inviolabile<sup>9</sup>: il delicato compito di bilanciare, nel caso concreto, le esigenze di difesa sociale con le istanze di tutela della libertà personale non può che essere riservato ad un giudice che, per la sua distanza da interessi politici e per il fatto di essere soggetto soltanto alla legge, è colui che, meglio di chiunque altro, può svolgere questa missione<sup>10</sup>.

6. Il superamento della posizione sostenuta nella sentenza 349/1993 ci pare oggi ancor più imprescindibile alla luce della progressiva presa di distanza della Corte costituzionale da atteggiamenti formalistici basati sulla collocazione topografica di una norma o sulla qualificazione formale della stessa. Il riferimento, in particolare, è alla sentenza 26 febbraio 2020, n. 32, con la quale la Corte ha operato una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell’esecuzione della pena. In questa storica sentenza la Corte – ribaltando quello che era un consolidato orientamento nella sua

---

<sup>8</sup> Su cui volendo A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit. p. 369 ss.

<sup>9</sup> Sul punto la nostra Costituzione è perentoria: sancire che non è ammessa alcuna restrizione della libertà personale “se non per atto motivato dall’autorità giudiziaria” significa affermare che all’interno dell’ordinamento non possono esistere settori impermeabili al controllo del giudice, che deve investire tutti i casi e i modi di restrizione della libertà personale. Si potrebbe obiettare che la riserva di giurisdizione risulta rispettata nel momento in cui la legge prevede un controllo giurisdizionale successivo sulla legalità del provvedimento amministrativo, così come accade nel caso del provvedimento ministeriale di applicazione del 41 *bis*, che può essere oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza: l’obiezione però può essere superata laddove si consideri che l’art. 13 Cost. consente la sequenza ‘decisione dell’autorità amministrativa-convalida dell’autorità giudiziaria’ nei soli casi di necessità ed urgenza.

<sup>10</sup> Così V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, 1992, p. 55 ss.

giurisprudenza – ha affermato che anche modifiche della disciplina dell’esecuzione della pena detentiva devono soggiacere alla garanzia dell’irretroattività laddove comportino una trasformazione della natura della pena e incidano concretamente sulla libertà personale del condannato. Ora, se è vero che tali promettenti affermazioni si sono tradotte in un’apertura piuttosto cauta della Corte (essendosi riconosciuta l’operatività del principio di irretroattività solo in relazione a modifiche che comportino una trasformazione dell’esecuzione della pena ‘tra dentro il carcere e fuori dal carcere’), tuttavia non può non apprezzarsi il valore di principio della menzionata sentenza che, come è stato efficacemente scritto, ha aperto “una breccia nel muro che per lungo tempo ha separato il diritto penale sostanziale e le norme dell’esecuzione penale” e che “ha tutto il tono di un *leading case* per forma e contenuti, lasciando presagire possibili ulteriori progressioni”<sup>11</sup>.

In questo senso, i tempi paiono oggi maturi perché si possa serenamente ammettere che anche modifiche che incidono sul regime detentivo in senso stretto, ossia su misure che regolano l’esecuzione intramuraria della pena, sono in grado di incidere sulla qualità della pena e possono comportare una compressione ulteriore della libertà personale del detenuto tale da chiamare in causa la riserva di giurisdizione contenuta nell’art. 13 Cost.

Alle considerazioni appena svolte, che si collocano sul piano della legittimità costituzionale della disciplina, devono aggiungersi considerazioni di opportunità: l’attribuzione al Ministro della Giustizia del potere di decidere sul 41 *bis*, come abbiamo già osservato, genera il rischio che vengano strumentalizzate a fini politici vicende individuali, che dovrebbero essere decise sulla base di valutazioni strettamente giuridiche, relative alla sussistenza dei presupposti applicativi stabiliti dalla legge. Qualora effettivamente la decisione sulla sussistenza dei presupposti applicativi fosse contaminata da valutazioni di natura diversa, allora sì, come è stato da più parti osservato, che si potrebbe parlare di un cedimento dello Stato di diritto.

---

<sup>11</sup> V. MANES, N. MAZZACUVA, [Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale](#), in questa Rivista, 23 marzo 2020.



