

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2023

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

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, 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 Vigoni, 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 Trinchera

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

R. MUZZICA, <i>Le specificità della violenza di genere nell'ambito del subprocedimento cautelare</i>	5
--	---

SCHEDE

A. DELLA BELLA, <i>I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione</i>	23
C. PAGELLA, <i>La Corte costituzionale sull'art. 69, c. 4 c.p.: illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata nel caso di delitti per i quali è previsto l'ergastolo</i>	27

LE SPECIFICITÀ DELLA VIOLENZA DI GENERE NELL'AMBITO DEL SUBPROCEDIMENTO CAUTELARE

di Raffaele Muzzica

L'articolo analizza le specifiche connotazioni che concetti giuridici consolidati – quali la gravità indiziaria e la concretezza e attualità delle esigenze cautelari – assumono nell'ambito della violenza di genere, soffermandosi sulle ragioni, teoriche e pratiche, sottese all'enfaticizzazione del subprocedimento cautelare nei reati riconducibili a tale categoria. Infine, l'autore si sofferma sull'influenza della normativa e della giurisprudenza sovranazionale nella valutazione del gradiente di effettività e di efficacia della tutela giurisdizionale da offrire alle vittime di violenza di genere, analizzando, da ultimo, il recente intervento legislativo apportato dalla legge 24 novembre 2023, n. 168.

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'importanza del meccanismo cautelare nella violenza di genere. – 2. La valutazione del rischio nei reati di cd. "Codice Rosso". – 3. L'incidenza della specificità della violenza di genere sui presupposti applicativi delle misure cautelari: il quadro di gravità indiziaria. – 4. L'incidenza della specificità della violenza di genere sui presupposti applicativi delle misure cautelari: concretezza e attualità del pericolo. – 5. Le recenti prospettive in tema di misure cautelari nella violenza di genere.

1. Le ragioni dell'importanza del meccanismo cautelare nella violenza di genere.

In Italia i reati in materia di violenza di genere¹ mantengono un andamento statistico elevato e pressoché costante. In particolare, nel periodo 2019-2022² 112 omicidi

¹ L'espressione non è priva di una certa genericità ma può essere colmata di significato interpretativo alla luce delle disposizioni internazionali. L'articolo 3 della Convenzione di Istanbul definisce con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata; b) l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima; c) con il termine "genere" ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini; d) l'espressione "violenza contro le donne basata sul genere" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato. Il considerando n. 17 della Direttiva 2012/29 fornisce una definizione più ampia di violenza di genere, riconducendo ad essa ogni forma di «violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere».

² I dati sono tratti dalla Circolare n. 3 del 2023 ("Orientamenti in materia di violenza di genere") della Procura Generale presso la Corte di Cassazione.

su 319, 118 su 285, 119 su 304 e 125 su 319 omicidi hanno riguardato donne, con una percentuale che supera costantemente un terzo del totale.

Nel medesimo periodo l'andamento generale dei reati di atti persecutori e maltrattamenti contro familiari e conviventi – spesso “reati-spia” di un potenziale omicidio³ – hanno evidenziato un trend in progressivo e costante incremento fino al 2022, anno in cui tali delitti hanno subito una significativa diminuzione (o, probabilmente, hanno scontato una significativa diminuzione delle denunce). Diversamente le violenze sessuali, a fronte di un decremento nel 2020 rispetto all'anno precedente, hanno mostrato un incremento nel biennio successivo (nel periodo in esame, gli atti persecutori accertati vanno da un minimo annuo di 16.065 ad un massimo di 18.724; i maltrattamenti da un minimo di 20.850 ad un massimo di 23.728; le violenze sessuali da un minimo di 4.497 ad un massimo di 5.991).

Nel periodo in esame sono andati progressivamente aumentando sia i casi di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.) che le violazioni ai provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* c.p.); mentre per la costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.) e la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art.612-*ter* c.p.) si registra un decremento nell'ultimo anno.

Nonostante le oscillazioni statistiche, il dato maggiormente significativo è rappresentato dall'incidenza pressoché costante della presenza femminile sul totale delle vittime: il valore si attesta intorno al 75% per gli atti persecutori, tra l'81 e l'83% per i maltrattamenti contro familiari e conviventi e con valori che oscillano tra il 91 e il 93% per le violenze sessuali⁴.

A fronte di tale incidenza statistica l'attività del legislatore nel contrasto al fenomeno della violenza di genere, nell'ultimo decennio, è stata sostanzialmente incessante.

L'evoluzione della normativa italiana in materia di violenza di genere ha preso le mosse dalla ratifica della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (legge n. 77 del 2013).

³ S. GINO, F. FREILONE, E. BIONDI, D. CECCARELLI, S. VEGGI, G. ZARA, *Dall'intimate partner violence al femminicidio: relazioni che uccidono*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2, XIII, 131 ss.

⁴ Molto meno sondato ma non per questo inesistente il fenomeno della violenza contro il genere maschile. Tra le poche ricerche condotte in Italia, si segnala P.G. MACRÌ, Y. ABO LOHA, G. GALLINO, S. GASCÒ, C. MANZARI, V. MASTRIANI, F. NESTOLA, S. PEZZUOLO, G. ROTOLI, *Indagine conoscitiva sulla violenza verso il maschile*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, VI, 3, Settembre-Dicembre 2012, da cui è emerso che il 75,4 % degli intervistati aveva patito forme di violenza psicologica, tramite offese, umiliazioni (spesso in presenza dei figli), molestie e minacce (fino a integrare il delitto di atti persecutori) o violenze private (spesso aventi a oggetto il rapporto con i figli), seguita dalla violenza fisica. Rari ma non inesistenti i casi di violenza sessuale. Sul tema S. KRAMER, *Female-Perpetrated Sex Abuse: Knowledge, Power, and the Cultural Conditions of Victimhood*, New York-Oxford, 2017. La violenza di genere contro gli uomini sconta un elevato numero oscuro, a causa del sentimento di vergogna o di paura di ritorsioni patito dagli uomini vittime di queste dinamiche. M.F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, Paris, 1998, trad. it. M. GUERRA, *Molestie morali: la violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Torino, 2000, 111 e ss.

A seguito della ratifica, l'Italia ha compiuto una serie di interventi volti a istituire una strategia integrata per combattere la violenza domestica, nel solco tracciato dalla Convenzione. Il primo intervento in tal senso è stato operato dal decreto-legge n. 93 del 2013, adottato a pochi mesi di distanza dalla ratifica della Convenzione, che ha apportato rilevanti modifiche in ambito penale e processuale ed ha previsto l'adozione periodica di Piani d'azione contro la violenza di genere. Oltre all'introduzione di nuovi reati, all'inasprimento delle pene previste per quelli già tipizzati⁵ e, più in generale, all'innalzamento delle tutele processuali delle vittime di violenza di genere⁶, il legislatore ha inteso altresì potenziare i meccanismi di studio del fenomeno⁷ e, più in generale, l'utilizzo di politiche multiagenziali non limitate al settore penale.

Tuttavia, uno degli ambiti considerati di elezione per la tutela delle vittime di violenza di genere è stato, sin da subito, individuato nel sistema delle misure cautelari personali.

In primo luogo, la prassi quotidiana – oltre che lo sguardo comparatista verso altri sistemi giuridici – insegna che alcune misure cautelari, per quanto il loro ambito applicativo non sia testualmente limitato ad alcune ipotesi di reato, *naturaliter* rappresentano il presidio più adeguato ed efficace nei casi – meno gravi – di violenza di genere: è il caso dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.) e del divieto di avvicinamento alla persona offesa e ai luoghi dalla stessa frequentati (art. 282-*ter* c.p.p.). Una prospettiva storicista, d'altronde, conferma il dato, atteso che le suddette misure cautelari sono state introdotte – e successivamente rimodellate – da diversi

⁵ Il provvedimento che più ha inciso dal punto di vista del diritto sostanziale nel contrasto alla violenza di genere è la legge n. 69 del 2019 (c.d. codice rosso), che ha introdotto alcuni nuovi reati nel codice penale (tra cui il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, quello di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e quello di costrizione o induzione al matrimonio) ed aumentato le pene previste per i reati che più frequentemente sono commessi contro vittime di genere femminile (maltrattamenti, atti persecutori, violenza sessuale). Sul punto, cfr. D. RUSSO, [Emergenza "Codice Rosso"](#), in *questa Rivista*, 2020, 1, 5 ss.; P. DE NICOLA, F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi* Commento alla legge 19 luglio 2019 n.69, Milano, 2020; L. CAPRARO, *Disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Processo e Giustizia*, 2022, 1, 282 ss.

⁶ La legge n. 122 del 2023 è intervenuta su uno degli aspetti caratterizzanti la procedura da seguire nei procedimenti per delitti di violenza domestica e di genere, già introdotto dalla legge n. 69 del 2019, ovvero l'obbligo per il pubblico ministero di assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha denunciato i fatti di reato entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato; la citata legge n. 122 prevede che, qualora il p.m. non abbia rispettato il suddetto termine, il procuratore della Repubblica possa revocare l'assegnazione del procedimento al magistrato designato ed assumere senza ritardo le informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia direttamente o mediante assegnazione a un altro magistrato dell'ufficio.

⁷ La legge n. 53 del 2022 ha potenziato la raccolta di dati statistici sulla violenza di genere attraverso un maggiore coordinamento di tutti i soggetti coinvolti, prevedendo, per la prima volta, il genere come dato statisticamente rilevante. Nella legislatura corrente, sono state approvate la legge n. 12 del 2023, che prevede l'istituzione di una Commissione bicamerale d'inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere (la Commissione si è costituita nella seduta del 26 luglio 2023).

interventi legislativi aventi ad oggetto specifico la tutela delle vittime di violenza di genere⁸.

Ma, da un punto di vista ancor più generale, già la legge n. 119 del 2013 (di conversione del d.l. 14.8.2013 n. 93) aveva ulteriormente rafforzato il legame tra la tutela delle vittime della violenza di genere ed il subprocedimento cautelare.

La linea di intervento della legge n. 119 del 2013 mirava, in primo luogo, a realizzare il coinvolgimento informativo della persona offesa nel subprocedimento cautelare. Nel caso di procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, il co. 2-bis dell'art. 299 c.p.p. prevede che i provvedimenti di sostituzione o revoca della misura personale (fatta eccezione per il divieto di espatrio e l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) siano comunicati alla persona offesa, mentre l'art. 299 co. 3 c.p.p., inoltre, incide sulla fase preliminare all'emanazione del provvedimento, realizzando un eventuale contraddittorio con la persona offesa attraverso l'obbligatorietà della notifica, da parte del pubblico ministero o dell'imputato, della richiesta di revoca o di sostituzione delle misure cautelari suddette.

La giurisprudenza ha fornito un indiscusso contributo potenziante a tale linea di intervento, interpretando la categoria dei "delitti commessi con violenza alla persona" come inclusiva altresì dei reati di violenza psicologica, laddove riconducibili alle dinamiche della violenza di genere, stigmatizzate dalle Convenzioni internazionali⁹.

Per alcuni anni la giurisprudenza ha, tuttavia, delimitato l'ambito del contraddittorio preventivo previsto dall'art. 299 co. 3 c.p.p. ai soli reati violenti suscettibili di una cosiddetta "recidiva personale", sottraendo all'ambito applicativo della norma le cosiddette "vittime occasionali".

Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali le Sezioni unite¹⁰ sono nuovamente intervenute, chiarendo nella parte motiva della sentenza che «Il riferimento all'esistenza di pregresso rapporto interpersonale della persona offesa con l'autore del reato, ovvero alla vittima occasionale, o al pericolo di recidiva specificamente riferito alla persona offesa è, invece, frutto di non condivise opzioni interpretative, espresse – sin dalla data di entrata in vigore della legge n. 119 del 2013 – dalla giurisprudenza (tra le altre, da ultimo, Sez. 6, n. 9529 del 05/11/2020, dep. 2021, Scalici, Rv. 281045; Sez. 2, 1735 del 28/03/2019, Ambrogio, Rv. 276953; Sez. 2, n. 46996 del 08/06/2017, Bruno, Rv. 271153) e dalla dottrina, e poste in relazione alla tentata delimitazione – nell'ampia categoria dei "delitti commessi con violenza alla persona" – degli oneri informativi in favore della persona offesa e dei soggetti destinatari del previsto adempimento. Il dato letterale della norma e la ratio del relativo intervento normativo non consentono, invero, classificazioni o limitazioni incidenti sull'ampiezza della previsione, la cui finalità è, come già detto,

⁸ Sul punto, cfr. 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.

⁹ Sez. Un., sent. n. 10959 del 29/01/2016 Cc. (dep. 16/03/2016) Rv. 265893 – 01). Successivamente la Suprema Corte è stata chiamata ad individuare il rimedio processuale alla violazione dell'art. 299 co. 3 c.p.p., stabilendo che la persona offesa pretermessa, pur non essendo legittimata ad impugnare direttamente l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura cautelare, può avanzare istanza di impugnazione al PM ai sensi dell'art. 572 c.p.p. (Sez. Un., sent. n. 36754 del 14/07/2022 Cc. (dep. 28/09/2022) Rv. 283509 – 01).

¹⁰ Sez. Un., sent. n. 17156 del 30/09/2021 Cc. (dep. 03/05/2022) Rv. 283042 – 01.

eminentemente informativa e partecipativa, e non protettiva, della persona offesa, cui è rimessa la valutazione dell'interesse e dell'opportunità di interloquire nel processo nominando un difensore ovvero, in mancanza, depositando un atto di dichiarazione o di elezione di domicilio».

L'onere di contraddittorio cautelare preventivo con la persona offesa rappresenta indice eloquente di un aspetto più generale: il settore della violenza di genere convoglia su di sé, ormai, un gran numero di quelle previsioni derogatorie di cui il sistema delle misure cautelari è costellato. Il cumulo di tali previsioni derogatorie, quindi, fornisce di riflesso la struttura di un micro-sistema che va assumendo caratteri di sempre maggiore specificità, se non di un vero e proprio "doppio binario", composto da un complesso ordito normativo, fatto di deroghe ed eccezioni rispetto al regime generale.

A titolo esemplificativo, può menzionarsi la sottrazione derogatoria dei reati di cui agli artt. 572, 612-*bis*, 612-*ter* c.p. al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in caso di prognosi di pena infratriennale di cui all'art. 275 co. 2-*bis* c.p.p.; la deroga al limite edittale di cui all'art. 280 c.p.p. per l'applicazione della misura dell'allontanamento dalla casa familiare nel caso dei delitti previsti dagli articoli 570, 571, 572, 582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*septies* 1, 600-*septies* 2, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* e 612, secondo comma, 612-*bis* del codice penale, commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente, anche con le modalità di controllo previste all'articolo 275-*bis* c.p.p.; l'inserimento nel meccanismo di presunta sussistenza delle esigenze cautelari e di presunta adeguatezza della custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p. dei reati, tra gli altri, di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, ove non ricorrano circostanze attenuanti.

Oltre a considerazioni ovvie, legate alla necessità di fronteggiare nell'immediato rischi di reiterazione dei reati e di aggravamento delle conseguenze degli stessi nelle more dell'accertamento processuale, il deciso potenziamento delle misure cautelari personali nell'ambito della violenza di genere è stato fortemente indotto anche da impulsi sovranazionali¹¹.

A fronte dell'introduzione di nuove fattispecie di reato o dell'inasprimento delle sanzioni già previste – meccanismi di tutela generali e, per tali ragioni, "astratti" – il subprocedimento cautelare costituisce uno strumento più flessibile ed "individualizzante", ossia tesa alla valutazione in concreto, caso per caso, dei particolari

¹¹ Numerose sono le convenzioni internazionali volte a tutelare soggetti considerati vulnerabili per le loro caratteristiche personali o per i reati di cui sono stati vittime. A titolo di esempio si pensi alla Convenzione Onu sui diritti dei bambini (New York, 1989), ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176; alla Dichiarazione Onu per l'eliminazione della violenza contro le donne (New York, 1993); alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (New York, 2006), ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18; alla Convenzione europea sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (Varsavia, 2005), ratificata dall'Italia con la l. n. 108 del 2 luglio 2010; alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (Lanzarote, 2007), ratificata dall'Italia con la l. 1 ottobre 2012, n. 172; alla Direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio), attuata in Italia con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39.

profili di vulnerabilità che possono ricorrere in qualunque vittima, secondo una prospettiva di tutela che è stata sposata dalla direttiva 2012/29/UE, il cui art. 22 prevede infatti che gli Stati membri debbano «provvedere affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale volta a individuarne le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni».

Sul punto, il considerando n. 55 della citata direttiva impone una valutazione «individuale, svolta al più presto» del rischio, al fine di valutare la necessità di misure speciali di protezione, «...per proteggere la sicurezza e la dignità delle vittime e dei loro familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, da intimidazione e da ritorsioni, quali provvedimenti provvisori o ordini di protezione o di non avvicinamento» (considerando n. 52).

Il tema è stato, non da ultimo, diffusamente affrontato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’Uomo¹².

Il ritardo nella presa in considerazione di una denuncia e la connessa sottovalutazione del rischio e della mancata adozione di misure di protezione hanno costituito il fondamento fattuale e giuridico per la prima condanna dell’Italia in sede europea nel famoso caso *Talpis v. Italia* (2.3.2017, ricorso 41237/14. I. Landi c Italia, 7.04.2022)¹³.

Nella giurisprudenza successiva la Corte Europea (*De Giorgi c. Italia*, 16.06.2022) ha ribadito i medesimi principi, condannando l’Italia per violazione dell’art. 2 CEDU a causa dell’inerzia delle autorità italiane nel proteggere una donna e i suoi figli dalle violenze e dai maltrattamenti inflitti dal compagno, la cui *escalation* di soprusi e violenze continui trovò il culmine nell’uccisione del figlio di un anno della donna e nel tentato omicidio della stessa.

Più nello specifico del tema, nel caso *M.S. c. Italia* del 7.7.2022 la Corte di Strasburgo ha condannato l’Italia per la violazione dell’art. 3 CEDU in quanto le autorità nazionali erano intervenute tardivamente¹⁴ proprio nell’applicazione di una misura cautelare, ossia ventidue mesi dopo che la ricorrente era stata aggredita dal marito con un coltello.

¹² A. LORENZETTI, *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 648 ss.

¹³ Cfr. [Osservatorio sulla violenza contro le donne n. 4/2023 – La valutazione del rischio nei reati di violenza di genere](#), in questa Rivista, 15 settembre 2023. Cfr., altresì, V. BONINI, [Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni](#), in questa Rivista, 23 marzo 2023; R. CASIRAGHI, *L’Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 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.

¹⁴ La Corte ha stigmatizzato, altresì, la lentezza del procedimento, tradottosi in una impunità pressoché totale dell’aggressore in ragione dell’intervenuta prescrizione e, più in generale, di un meccanismo normativo proprio del quadro nazionale, in cui la prescrizione è strettamente legata all’azione giudiziaria, anche dopo l’avvio del procedimento.

La Corte di Strasburgo ha apertamente stigmatizzato l'assenza di una valutazione immediata e proattiva dell'esistenza di un rischio reale e immediato di violenze domestiche contro l'interessata. Nella motivazione della sentenza, inoltre, la Corte di Strasburgo espressamente qualificava come indice di diligenza da parte dell'Autorità nazionale la valutazione autonoma, proattiva ed esaustiva del rischio posta a fondamento dell'applicazione di una misura cautelare personale.

2. La valutazione del rischio nei reati di cd. "Codice Rosso".

L'interpretazione di concetti consolidati e acquisiti nella giurisprudenza di merito ed in quella di legittimità formatasi nel macrosettore delle misure cautelari personali deve, inderogabilmente, essere validata e calata in un fenomeno sociale connotato da alcune peculiarità.

D'altronde, che una adeguata ed efficace interpretazione degli strumenti a disposizione del Giudice sia parte integrante, al pari dell'adeguamento normativo, del sistema multilivello di tutela delle vittime della violenza di genere trova conferma, ancora una volta, in ambito sovranazionale.

Tali considerazioni sono state enunciate dalla Corte di Strasburgo nel caso Kurt c. Austria¹⁵, in cui i giudici europei hanno delineato in modo chiaro gli aspetti peculiari della ponderazione del rischio cautelare nel particolare settore della violenza di genere: la tempestività dell'intervento; valutazione autonoma, proattiva e globale, che non si limiti alla percezione della vittima ma che contempli lo svolgimento di autonome indagini da parte dell'autorità¹⁶; utilizzo di metodologie standardizzate e scientificamente validate di prognosi del rischio.

Proprio in relazione a tale ultimo indice-criterio, nel corso dell'ultima riunione di monitoraggio circa lo stato di esecuzione della sentenza Talpis, pronunciata ormai sei anni fa, non ancora dichiarato concluso, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha evidenziato perplessità analoghe a quelle ravvisate dal Comitato Grevio nel primo rapporto sullo stato di applicazione della Convenzione di Istanbul in Italia.

Nello specifico, tali criticità sono state evidenziate nella prassi diffusa della mancata considerazione degli episodi di violenza domestica nelle decisioni civili concernenti la custodia o i diritti di visita; nel mancato coordinamento tra giustizia civile e penale; nell'assenza di formazione specifica degli attori istituzionali coinvolti nei processi valutativo-decisionali¹⁷ ma, per quel che maggiormente interessa in questa sede, il comitato sovranazionale ha stigmatizzato l'inadeguatezza delle procedure di

¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria.

¹⁶ V. BONINI, *Protezione della vittima e valutazione del rischio*, cit., 56. La Corte EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, Kurt vs. Austria, §168, afferma che «the authorities are under a duty to carry out a lethality risk assessment which is autonomous, proactive and comprehensive».

¹⁷ Dall'indagine svolta dalla Commissione di inchiesta del Senato sul femminicidio e dai dati resi noti dal Consiglio Superiore della Magistratura emerge che in nessun Tribunale è previsto, nei progetti organizzativi, un Gip specializzato nella violenza di genere e domestica e questa appare sicuramente una criticità, peraltro in contrasto con la Convenzione di Istanbul, che richiede la specializzazione del giudice.

valutazione del rischio, che non risultano esaustive in quanto non fondate su *check-list* standardizzate o *best practices*.

Anche il Consiglio Superiore della Magistratura con delibera 9 maggio 2018 – nell’evidenziare che l’efficace tutela delle vittime richiede la tempestività dell’intervento giudiziario e, prima ancora, la capacità di cogliere gli indicatori della violenza da parte dell’autorità giudiziaria, espressamente ha statuito che «il magistrato requirente e quello giudicante debbono prestare un’attenzione prioritaria al rischio che le violenze subite dalla vittima si ripetano nel tempo e lo degenerino», suggerendo l’individuazione di criteri in grado di riconoscere e valutare tale rischio e l’utilizzazione degli stessi in alcuni momenti del procedimento che, *ex ante*, possono ritenersi più rilevanti di altri. Segnatamente, l’attività di monitoraggio svolta dal Consiglio Superiore della Magistratura nel maggio 2018 ha fatto emergere che «meno del 20% delle procure e solo l’8% delle cancellerie hanno adottato dei criteri di valutazione del rischio per consentire alle forze dell’ordine, alle autorità giudiziarie ed ai tribunali penali o civili di prevenire casi di recidività e l’aumento della violenza»¹⁸.

A fronte di tale sollecitazione, negli anni successivi molti uffici di Procura hanno adottato questionari di valutazione, ad uso degli operatori, basati sul cd. SARA (*spousal assault risk assessment*)¹⁹.

Tale metodo costituisce il frutto di linee guida di valutazione della violenza di genere, elaborate nel 1996 e validate dalla comunità internazionale, che prendono in considerazione dieci fattori di rischio che possono consentire di valutare, ai fini dell’adozione della misura più appropriata, il grado di pericolosità del soggetto maltrattante ed il rischio di recidiva²⁰.

Oltre all’analisi tradizionale del rischio di recidiva, che implica un attento studio del reo (settore congeniale per il giudice della cautela) il SARA prevede cinque indici di valutazione del rischio di vittimizzazione che concentrano l’attenzione sulla persona offesa. Tra questi, il comportamento incoerente della vittima nei confronti del reo (es. avvicinamenti volontari all’autore del reato, senso di colpa, remissione di querele, giustificazionismo); estremo terrore del reo; sostegno inadeguato (es. assenza di servizi sul territorio, scarsa mobilità della vittima, scarsa conoscenza della lingua, conflitti culturali, condizioni di clandestinità); dipendenza economica e familiare; problemi di salute psicofisica, dipendenze, stati di alterazione.

Indubbiamente è su tali indici che l’elaborazione, sia giurisprudenziale che dottrinale, dovrà cimentarsi, trattandosi di un settore tradizionalmente poco esplorato dalle autorità giudiziarie nazionali.

¹⁸ Rapporto GREVIO sull’Italia, anno 2020, 13 gennaio 2020, 71.

¹⁹ A.C. BALDRY, *La violenza contro le donne: maltrattamenti e valutazione del rischio di recidiva: il metodo SARA (Spousal Assault Risk Assessment)*, in A.M. GIANNINI, F. CIRILLO (a cura di), *Itinerari di vittimologia*, Milano, 2012, pp. 185 e ss.

²⁰ Giova ricordare, sul punto, che la necessità di assicurare un presidio cautelare nei procedimenti per violenza domestica non si scontra con la eventuale prognosi del favorevole riconoscimento della sospensione condizionale della pena, ostativa alla sola applicazione delle misure cautelari detentive (Sez. 6, Sentenza n. 18683 del 09/01/2008 Cc. (dep. 08/05/2008) Rv. 239931; conf. Cass. 2016 n. 34765).

In definitiva, pur a fronte di un quadro giuridico astrattamente idoneo ad assicurare una protezione effettiva delle vittime di violenza domestica, l'inadeguatezza rispetto agli standard convenzionali della tutela offerta loro dall'Italia si risolve in larga misura in un problema di valutazione delle specificità del fenomeno della violenza domestica, delle sue ripercussioni nelle dinamiche familiari e del rischio di reiterazione degli episodi violenti.

3. L'incidenza della specificità della violenza di genere sui presupposti applicativi delle misure cautelari: il quadro di gravità indiziaria.

Alla luce delle premesse sinora delineate, appare evidente che le (delicate) valutazioni che l'autorità giudicante è chiamata a svolgere nell'ambito del subprocedimento cautelare assumono inevitabilmente un diverso gradiente nello specifico settore della violenza di genere.

In primo luogo, quanto alla valutazione del quadro di gravità indiziaria, giova sottolineare che nell'ambito della violenza domestica le dichiarazioni della vittima non di rado si rivelano "fluide", connotate da un significativo tasso di ritrattazioni e ridimensionamenti dei fatti che intervengono nel corso dell'indagine o nel processo, il più delle volte a causa delle condizioni di isolamento sociale, familiare e culturale della donna, della sua dipendenza economica dall'autore del reato, dei disagi conseguenti all'inserimento in casa familiare o in struttura protetta, specie in presenza di figli.

Sebbene siano opportune strategie investigative che consentano di ricostruire i fatti anche quando la vittima rivede le proprie dichiarazioni, attraverso una vera e propria "diversificazione probatoria" che traduce il monito del "*autonomous, proactive and comprehensive assessment*" propugnato dalla giurisprudenza europea, occorre evidenziare che proprio le dinamiche di isolamento e segregazione tipiche delle forme più gravi di violenza di genere, talvolta, sono foriere di una vera e propria "desertificazione" dei tradizionali strumenti di riscontro (es. testimonianze *de relato*, referti medici, materiale audio-video).

Ne consegue che, soprattutto nelle prime fasi del procedimento, nelle quali più frequentemente l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare la richiesta di applicazione della misura cautelare, il sostrato probatorio di riferimento è appannaggio di un dichiarante, il più delle volte in condizioni di particolare vulnerabilità, talvolta elusivo e ridimensionante.

Una valutazione di inattendibilità del suo narrato che si fondi su tali epifenomeni, scevra dalla considerazione della specificità del *background* sociale e criminologico di riferimento, si tradurrebbe, ad opinione di chi scrive, in un abbassamento dello standard di garanzie non accettabile, tanto in un'ottica interna quanto sovranazionale.

Sul punto è opportuno richiamare l'insegnamento della Suprema Corte, secondo cui la vulnerabilità del dichiarante può generare esigenze di protezione riconosciute sia dalla normativa interna (art. 398 comma 5-ter e 468-quater c.p.p.) che dalla normativa sovranazionale (art. 22 e ss. della direttiva 2012\29\UE), ma non comporta alcuna

presunzione di inattendibilità del narrato fornito, nella misura in cui non produca fratture non decisive della progressione dichiarativa e si manifesti attraverso un contegno timoroso, coerente con la relazione che lega il dichiarante con l'accusato, dovendo la credibilità dei contenuti essere valutata anche sulla base della comunicazione non verbale²¹.

Ed anzi, fenomeni alquanto usuali come ritrattazioni e ridimensionamenti, oltre a non scalfire l'attendibilità della persona offesa nello specifico settore della violenza di genere, sono talvolta indice di un più marcato rischio cautelare, come si vedrà nel successivo paragrafo.

La ritrattazione, in altri termini, non costituisce espressione di volubilità e inattendibilità intrinseca della persona offesa, ma rappresenta un esito possibile, se non addirittura certo, dovuto alle modalità insidiose, circolari e manipolatorie in cui usualmente si sviluppa la violenza di genere; il che impone un impegno motivazionale per il giudice che, nei reati di violenza di genere, a fronte di mancate denunce, ridimensionamenti, supposti riappacificamenti e persino ritrattazioni della persona offesa, anziché qualificare dette condotte come un elemento utile ad escludere il rischio di reiterazione del reato e/o la pericolosità dell'autore, deve accertare che non siano sintomatiche dell'esposizione della persona offesa alla prosecuzione o all'aggravamento della relazione maltrattante attraverso minacce, ricatti, intimidazioni e rappresaglie²².

Una volta superato (positivamente) il vaglio di attendibilità del narrato della persona offesa, occorre utilizzare tale portato probatorio per condurre una preliminare analisi della fattispecie concreta.

Non ogni comportamento violento originato tra le mura domestiche o nell'ambito di una relazione costituisce violenza domestica o di genere.

Per converso, un'interpretazione onnicomprensiva e standardizzata di tali concetti finirebbe, con ogni probabilità, per avere ricadute controproducenti in tema di banalizzazione del fenomeno e di abbassamento della soglia di efficacia connesso all'ipertrofia del sistema²³.

La stessa giurisprudenza di legittimità²⁴ ha fornito ai giudici di merito importanti parametri al fine di discernere la mera "conflittualità familiare", caratterizzata, in linea generale, da una posizione paritetica delle parti nell'espressione della loro aggressività, rispetto, invece, alla violenza domestica, connotata intrinsecamente dallo squilibrio e dall'abuso di potere²⁵.

²¹ Sez. II, sent. n. 46100 del 27/10/2015 Ud. (dep. 20/11/2015) Rv. 265380 – 01.

²² Sez. VI, sent. n. 29688 del 6/6/2022.

²³ Come già magistralmente evidenziato da C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

²⁴ Parimenti la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Opuz c. Turchia, 9 giugno 2009) ha fornito degli indici interpretativi dai quali desumere l'esistenza di un contesto di particolare vulnerabilità della vittima, tipico della violenza di genere, quali la condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato (Siliadin c. Francia, 26 luglio 2005), la scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali (Salah Sheekh c. Paesi Bassi, 11 gennaio 2007), il fatto di aver subito violenza sessuale (c. Svezia, 2 luglio 2002).

²⁵ Cfr. O. DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il dilemma del femminismo è anche il dilemma del diritto penale)*, in *Arch. Pen.*, 2017, p. 305; G. FORTI, *La tutela della donna dalla*

La Suprema Corte ha più volte invitato i giudici di merito a non confondere il delitto di maltrattamenti con le liti familiari osservando che le dinamiche maltrattanti sono connotate da un rapporto di gerarchia e di potere, dunque di sopraffazione di un soggetto su un altro, mentre la mera conflittualità familiare presuppone che le parti agiscano in posizione paritaria e simmetrica. Alcuni criteri per cogliere la differenza sono, ad esempio, che vi siano meno l'accettazione del punto di vista dell'altro; che si ripeta o meno, con modalità prestabilite la soccombenza sempre dello stesso soggetto, che vi sia la sensazione di paura solo di uno dei due²⁶. Analogamente, è stato osservato che la reciprocità di violenze, offese e umiliazioni, con un grado di gravità e intensità equivalenti, idonee ad inculcare un biunivoco regime di vita penoso ed umiliante non può integrare il reato di maltrattamenti²⁷.

Beninteso, appare opportuno sottolineare che eventuali reazioni vitali della vittima – espressive di un naturale istinto di sopravvivenza – non sono certamente idonee a “degradare” il fenomeno della violenza domestica a quello di una mera conflittualità familiare, dal momento che lo stato di soggezione della vittima a fronte di soprusi abituali non deve necessariamente tradursi in una situazione di completo abbattimento, ma può consistere anche in un avvilitamento generale conseguente alle vessazioni patite, che non esclude sporadiche reazioni vitali ed aggressive della vittima²⁸.

4. L'incidenza della specificità della violenza di genere sui presupposti applicativi delle misure cautelari: concretezza e attualità del pericolo.

La specificità della violenza domestica si riverbera, altresì, nella valutazione del concreto e attuale pericolo di recidiva.

Come è noto, quanto alle condizioni applicative della misura cautelare, la giurisprudenza di legittimità definisce la concretezza del pericolo come «certezza o, quantomeno, elevata probabilità che il prevenuto, laddove se ne presenti l'occasione, torni a commettere delitti del medesimo tipo di quelli per i quali è indagato». L'attualità del pericolo consiste invece «nell'attendibile previsione, in termini di certezza o quanto meno elevata probabilità, che al prevenuto si potrà presentare, entro un periodo cronologicamente vicino se non prossimo o immediato, un'occasione favorevole per compiere nuovamente altri analoghi delitti»²⁹.

*cd. violenza di genere. L'intervento sulla relazione affettiva in una prospettiva criminologica “integrata”, in O. FUMAGALLI CARULLI, A. SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, p. 42, secondo i quali i rapporti di genere risultano posti in crisi dalla crescente destabilizzazione di un modello storico patriarcale fondato su un'asimmetria fortissima di ruoli. Tale cambiamento, sia pure lento, ha reso ancora più precario il tradizionale ruolo dell'uomo, ormai deprivato della sua storica egemonia, tanto all'interno della relazione familiare quanto in quelle sociali.*

²⁶ Sez. VI, sent. n. 19847 del 22/4/2022 – dep. 19/5/2022.

²⁷ Sez. VI, sent. n. 4935 del 23/01/2019 – dep. 31/01/2019, M., Rv. 27461701.

²⁸ Sez. III, sent. n. 46043 del 20/03/2018 Ud. (dep. 11/10/2018) Rv. 274519 – 02.

²⁹ cfr. Sez. VI, sent. n. 21350 del 11/05/2016 Cc. (dep. 23/05/2016) Rv. 266958; Sez. VI, sent. n. 47905 del

La giurisprudenza di legittimità, sul punto, fornisce altresì degli indici-criteri da cui desumere la concretezza e l'attualità del pericolo, chiarendo che l'analisi della personalità e delle concrete condizioni di vita dell'indagato deve indurre a ritenere probabile una ricaduta nel delitto "prossima" – anche se non specificamente individuata, nè tanto meno imminente – all'epoca in cui la misura viene applicata³⁰.

La personalità dell'accusato si inverte, come è ovvio, nelle modalità del fatto per cui si procede, sia sull'esame delle sue concrete condizioni di vita³¹.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che ai fini della configurabilità della esigenza cautelare del pericolo di reiterazione criminosa di cui all'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., le specifiche modalità e circostanze del fatto devono essere considerate nella loro obiettività, giacché la valutazione negativa della personalità dell'indagato può desumersi dai criteri oggettivi e dettagliati stabiliti dall'art. 133 cod. pen. tra i quali sono comprese le modalità e la gravità del fatto reato³².

Lungi da ogni automatismo, l'analisi criminologica della violenza di genere testimonia che la stessa è intrinsecamente connotata da dinamiche recidivanti e re-vittimizzanti³³, in cui si cumulano condizioni di vulnerabilità primarie e condizioni di vulnerabilità secondaria³⁴: d'altronde, le ipotesi di reato che elettivamente vengono in considerazione nei procedimenti cautelari per violenza di genere sono quelle previste dagli artt. 572 e 612-bis c.p., tradizionalmente considerate reati abituali.

La normativa internazionale conferma tale caratteristica.

Come si può desumere, peraltro, dalla lettura dell'art. 56 della Convenzione di Istanbul che, nell'imporre agli Stati parte di adottare le misure legislative o di altro tipo destinate a proteggere i diritti e gli interessi delle vittime, compresi i loro particolari bisogni in quanto testimoni in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti giudiziari, in particolare evidenzia l'imprescindibile necessità che le stesse siano protette, insieme alle loro famiglie e ai testimoni, dal rischio di intimidazioni, rappresaglie e ulteriori vittimizzazioni. Altresì, il considerando 17 della Direttiva 2012/29 sulla protezione della

11/11/2016.

³⁰ Sez. II, sent. n. 47619 del 19/10/2016 Cc. (dep. 10/11/2016) Rv. 268508.

³¹ Sez. V, sent. n. 33004 del 03/05/2017 Cc. (dep. 06/07/2017) Rv. 271216; Sez. III, sent. n. 34154 del 24/04/2018 Cc. (dep. 20/07/2018) Rv. 273674.

³² Sez. II, sent. n. 51843 del 16/10/2013 Cc. (dep. 30/12/2013) Rv. 258070 – 01.

³³ Un'indagine condotta nel 2002 ha rivelato che per le vittime di reati violenti l'indicatore percentuale di concentrazione (ovvero il numero di reati su cento vittime) è pari al doppio (218,8) di quello medio (142,1 reati per 100 "persone vittime"). Tra i reati più a rischio di "multivittimizzazione" vi sono la minaccia, i maltrattamenti e le violenze sessuali. M.G. MURATORE, *La misurazione del fenomeno della criminalità attraverso le indagini di vittimizzazione*, 2011, su www.istat.it.

³⁴ Cfr. G. DE LEO, *Vulnerabilità e risorse nell'incontro tra le vittime del crimine ed il mondo della giustizia, con particolare riguardo alle vittime minorenni*, in A.M. GIANNINI, J.M. LEVIN, B. NARDI (a cura di), *L'intervento per le vittime del crimine*, Roma, 2006, pp. 21 e ss. Può essere definita vulnerabilità primaria «la vulnerabilità riscontrabile prima che il reato si verifichi, ossia come rischio differenziale di vittimizzazione, in relazione a fattori come età, sesso, marginalità, condizioni psicologiche, familiari, economiche, sociali». Per vulnerabilità secondaria può definirsi «la vulnerabilità come conseguenza di un reato, ossia derivante dall'impatto di uno specifico reato (contro la persona, la proprietà, ecc.) sulle specifiche caratteristiche di una persona, in una specifica situazione».

vittima chiarisce che «Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un’assistenza e protezione speciali a motivo dell’elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza»; il già citato considerando 55 evidenzia che «nel corso dei procedimenti penali alcune vittime sono particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni da parte dell'autore del reato. È possibile che tale rischio derivi dalle caratteristiche personali della vittima o dal tipo, dalla natura o dalle circostanze del reato».

Sebbene non sia possibile predeterminare in maniera astratta le conclusioni da assumere di fronte a manifestazioni di violenza – giacché non necessariamente un gesto violento recente può essere indicativo di pericolo immediato e concreto, così come gesti di violenza risalenti nel tempo non possono portare ad escludere *tout court* la sussistenza del pericolo stesso – nondimeno è fondamentale saper operare una lettura del singolo comportamento violento, tenendo conto delle caratteristiche del contesto familiare e delle relazioni interpersonali fra i soggetti coinvolti e verificando la misura, la regolarità e la stretta connessione temporale delle condotte violente, senza trascurare la sussistenza di eventuali patologie – psichiatriche e non – che possono condizionare la valutazione prognostica sulle condotte dell’autore del gesto violento.

Ancora una volta la normativa sovranazionale fornisce indici sintomatici che ben possono fungere da validi criteri ermeneutici attraverso i quali condurre la valutazione individuale cui il giudice è chiamato. Il considerando n. 56 della Direttiva 2012/29 statuisce che «le valutazioni individuali dovrebbero tenere conto delle caratteristiche personali della vittima, quali età, genere, identità o espressione di genere, appartenenza etnica, razza, religione, orientamento sessuale, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o dipendenza da essa e precedente esperienza di reati. Dovrebbero altresì tenere conto del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di reati basati sull’odio, generati da danni o commessi con la discriminazione quale movente, violenza sessuale, violenza in una relazione stretta, se l’autore del reato godesse di una posizione di autorità, se la residenza della vittima sia in una zona ad elevata criminalità o controllata da gruppi criminali o se il paese d’origine della vittima non sia lo Stato membro in cui è stato commesso il reato».

L’attività di valutazione e la conseguente adozione di misure ragionevolmente idonee ad impedire la materializzazione del rischio deve tenere conto, in particolar modo, della misura e della “regolarità” degli episodi di violenza. Appare evidente come la prognosi di pericolosità sia diversa a seconda dell’intensità delle violenze e della tipologia delle stesse, fisiche o psicologiche. Le modalità delle condotte si inverano altresì nel corredo di dettagli che accompagnano le espressioni minacciose, o nell’eventuale utilizzo di strumenti atti ad offendere.

Dato altrettanto saliente è rappresentato, quindi, dall’incidenza cronologica nella sequenza temporale delle condotte violente, al fine di ricavarne un potenziale indice del rischio di escalation.

Ma la specificità della violenza di genere si evidenzia, altresì, nella valutazione di condotte non necessariamente recenti nel tempo. Se è vero che la giurisprudenza di

legittimità ha chiarito che in presenza di una distanza temporale dai fatti oggettivamente apprezzabile, il giudice deve indicare le ragioni dell'attualità dell'esigenza cautelare ritenuta sussistente, in quanto lo iato temporale costituisce di per sé un elemento di fatto (non incompatibile ma) tendenzialmente dissonante con l'attualità dell'esigenza cautelare³⁵, è stato, tuttavia, parimenti affermato che l'attualità e la concretezza delle esigenze cautelari non deve essere peraltro concettualmente confusa con l'attualità e la concretezza delle condotte criminose, onde il pericolo di reiterazione può essere legittimamente desunto dalle modalità delle condotte contestate, anche nel caso in cui le stesse siano risalenti nel tempo, ove persistano atteggiamenti sintomaticamente proclivi al delitto e collegamenti con l'ambiente in cui il fatto illecito contestato è maturato³⁶.

La specificità del fenomeno della violenza di genere si attaglia perfettamente a tali ultime considerazioni: le vittime di violenza domestiche non sempre denunciano in modo celere e tempestivo, come peraltro sottolineato dallo stesso legislatore internazionale³⁷.

Il Giudice dovrà pertanto attentamente vagliare le modalità delle condotte contestate, anche nel caso in cui esse siano risalenti nel tempo, ove persistano atteggiamenti sintomaticamente proclivi al delitto e collegamenti con l'ambiente in cui il fatto illecito contestato è maturato, come nel caso di una perdurante convivenza o una persistente relazione affettiva tra le parti.

Appare opportuno, altresì, avere particolare cura nel valorizzare alcune situazioni di pericolo derivanti dall'autore, quali eventuali dipendenze (alcoldipendenza, tossicodipendenza, ludopatia) ovvero situazioni di rischio quali una separazione giudiziale in corso, o, ancora, gli eventuali precedenti dell'autore anche nei confronti di altre vittime, pur se conclusi con archiviazioni per infondatezza della notizia di reato o improcedibilità.

Sono altresì indici importanti i motivi della condotta, sia che si tratti di fattori incancreniti nella relazione, sia che si tratti di ragioni del tutto estemporanee e futili, dal momento che, come stabilito dalla Suprema Corte, l'occasionalità della pulsione alla commissione del fatto specifico da parte di un soggetto del quale, sulla base di fatti specifici e dotati di adeguata significanza, si è accertata l'indole violenta non solo non esclude, ma, anzi, conferma l'esistenza del concreto pericolo di commissione di fatti analoghi, posto che il violento, in quanto tale, trova, per ciò stesso, con estrema facilità e frequenza, nel quotidiano svolgersi della vita di relazione, infinite occasioni per dare sfogo ulteriormente ai propri istinti in danno di altri³⁸.

³⁵ Sez. II, sent. n. 9501 del 23/02/2016 Cc. (dep. 08/03/2016) Rv. 267785.

³⁶ Sez. II, sent. n. 51843 del 16/10/2013, Rv. 258070; Sez. III, n. 3661 del 17/12/2013, dep. 27/01/2014, Rv.258053; Sez. II, n. 9501 del 23/02/2016, Rv. 267785.

³⁷ Il considerando n. 25 della Direttiva 2012/29 espressamente statuisce "Fatte salve le norme relative ai termini di prescrizione, il ritardo nella denuncia di un reato per paura di ritorsioni, umiliazioni o stigmatizzazione non dovrebbe dar luogo al rifiuto di rilasciare l'avviso di ricevimento dell'avvenuta denuncia da parte della vittima)".

³⁸ Sez. V, sent. n. 18398 del 25/02/2022 Cc. (dep. 09/05/2022), Rv. 282995 – 01.

5. Le recenti prospettive in tema di misure cautelari nella violenza di genere.

Con la legge n. 168 del 24 novembre 2023 il legislatore ha introdotto ulteriori disposizioni per contrastare la violenza sulle donne e la violenza domestica, attraverso norme che incidono ancora una volta nel settore delle misure cautelari personali³⁹.

Alcune linee di intervento si inseriscono nel solco, ormai ben noto, di una maggiore repressività nei confronti del fenomeno, attraverso meccanismi già consolidati nell'ordinamento.

L'art. 9 della legge innalza la pena massima prevista dall'art. 387-*bis* c.p. a tre anni e sei mesi di reclusione, consentendo l'applicazione delle misure cautelari non detentive nel caso di violazioni delle misure cautelari del divieto di avvicinamento e dell'allontanamento dalla casa familiare; il secondo comma estende peraltro la disciplina ivi contemplata anche ai casi di violazione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari di cui all'art. 342-*ter*, primo comma, del codice civile ovvero alla violazione di un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, sottraendo tale casistica all'ambito applicativo del ben più blando disposto dell'art. 388 c.p.

Se, tuttavia, la prima innovazione appare ragionevole – ponendo fine ad un vero e proprio cortocircuito giuridico, in base al quale non potevano trovare applicazione immediata misure più severe nei confronti di un soggetto già mostratosi incline alla trasgressione di un pregresso divieto cautelare, demandando ogni decisione al giudice dell'eventuale e successiva fase dell'aggravamento della misura originaria – la seconda innovazione appare maggiormente problematica, consentendo l'applicazione di una misura cautelare ad un soggetto destinatario di un provvedimento violato tuttavia non corredato da uno standard probatorio-motivazionale, in termini di gravità indiziaria, paragonabile a quello emesso dal giudice della cautela.

Il punto è tanto più problematico se si considera che il legislatore ha voluto ulteriormente potenziare nettamente l'ambito applicativo della custodia cautelare in carcere per il reato in questione oltre che, più in generale, per i reati riconducibili alla violenza di genere.

L'art. 13 della legge, infatti, apporta un'apposita deroga all'art. 280 c.p.p., introducendo un comma 3-*bis* che consentirà l'applicazione della custodia in carcere anche per il reato di cui all'art. 387-*bis* c.p., oltre che per le lesioni aggravate endofamiliari. In modo speculare, viene ampliata la deroga al divieto di custodia in carcere per pene infratriennali previsto dall'art. 275 co. 2-*bis* c.p.p. anche nel caso dell'art. 387-*bis* c.p. e nel caso di lesioni aggravate endofamiliari.

L'art. 391 co. 5 c.p.p. viene modificato nella parte in cui consente, in caso di convalida dell'arresto (già obbligatorio per il reato di cui all'art. 387-*bis* c.p. a seguito

³⁹ Oltre ad un forte ricorso al meccanismo delle misure di prevenzione in specie, dell'ammonimento questorile e della sorveglianza speciale (art. 2), alle modifiche in tema di sospensione condizionale della pena (art. 15) ed al riconoscimento e accreditamento degli enti e delle associazioni abilitati ad effettuare corsi di recupero degli autori di reati di violenza sulle donne e di violenza domestica (art. 18).

all'art. 2, comma 15, della legge 27 settembre 2021, n. 134), l'applicazione di tutte le misure cautelari anche al di fuori dei limiti di pena: il combinato disposto normativo delle disposizioni novellate, dunque, consentirà, in via ordinaria, l'applicazione delle misure cautelari non detentive per il reato di cui all'art. 387-*bis* c.p. in ragione dell'innalzamento della cornice edittale e finanche della custodia cautelare in carcere, in caso di convalida dell'arresto per il suddetto titolo di reato, ovverosia anche in caso di non convalida, stante la generale modifica contenuta nel comma 3-*bis* dell'art. 280 c.p.p.

Analogamente viene ampliato e potenziato l'ambito applicativo delle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, rese applicabili per una serie di reati tipicamente connessi alla violenza domestica anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. (ovvero della reclusione superiore nel massimo a tre anni).

Il legislatore ha introdotto un obbligo di distanza minima non inferiore a cinquecento metri, prevedendo, altresì, la possibilità di esecuzione con le modalità di controllo di cui all'art. 275-*bis* c.p.p.

L'utilizzo delle modalità di controllo ex art. 275-*bis* c.p.p., peraltro, è stato ampliato e rafforzato, stabilendo che nel caso di infattibilità tecnica – onere di valutazione e verifica trasferito direttamente in capo alla polizia giudiziaria – o di mancato consenso all'utilizzo da parte dell'indagato il giudice possa applicare anche congiuntamente misure più gravi.

Altre disposizioni, invero, risultano molto più significative, in quanto direttamente influenzate dalla giurisprudenza europea prima citata che, come si è già avuto modo di evidenziare, individua nel "fattore tempo" un elemento imprescindibile nel presidio di tutela da assicurare alle vittime della violenza di genere.

In primo luogo, l'art. 4 della l. 168 stabilisce espressamente che il subprocedimento cautelare in tema di reati di violenza di genere – già inclusi ex art. 3 l. 168/2023 nel catalogo dei procedimenti con trattazione privilegiata di cui all'art. 132 bis disp. att. c.p.p. – deve assumere carattere prioritario nella gestione degli affari, con un vero e proprio onere a carico dei dirigenti degli uffici di adottare ogni provvedimento organizzativo necessario.

Sul punto, appare particolarmente dirompente l'introduzione tramite l'art. 7 della legge citata di un novellato art. 362-*bis* c.p.p., rubricato "Misure urgenti di protezione della persona offesa" secondo il quale, qualora si proceda per il delitto di cui all'articolo 575, nell'ipotesi di delitto tentato, o per i delitti di cui agli articoli 558-*bis*, 572, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583-*bis*, 583-*quinquies*, 593-*ter*, da 609-*bis* a 609-*octies*, 610, 612, secondo comma, 612-*bis*, 612-*ter* e 613, terzo comma, del codice penale, consumati o tentati, commessi in danno del coniuge, anche separato o divorziato, della parte dell'unione civile o del convivente o di persona che è legata o è stata legata da relazione affettiva ovvero di prossimi congiunti, il pubblico ministero, effettuate le indagini ritenute necessarie, valuta, senza ritardo e comunque entro trenta giorni dall'iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato, la sussistenza dei presupposti di applicazione delle misure cautelari. Il giudice provvede

in ordine alla richiesta di cui al comma 1 con ordinanza da adottare entro il termine di venti giorni dal deposito dell'istanza cautelare presso la cancelleria.

La previsione di un termine, sebbene da intendersi non certamente perentorio, per l'instaurazione del subprocedimento cautelare, non è scevro da potenziali conseguenze disciplinari, stante la stretta connessione alla disposizione contenuta nell'articolo 8 della legge che, modificando l'articolo 127 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale in materia di comunicazione delle notizie di reato, impone al Procuratore Generale presso la Corte di appello l'obbligo di acquisire, trimestralmente, dalle procure del distretto i dati sul rispetto dei termini relativi ai procedimenti di cui all'articolo 362-*bis* c.p.p. e di inviare al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale.

Una portata ulteriormente dirompente è assunta dalla previsione dell'art. 10 della legge citata che, introducendo un inedito art. 382-*bis* c.p.p., istituisce per i reati in tema di violenza di genere l'arresto in flagranza differita.

Nei casi di cui agli articoli 387-*bis*, 572 e 612-*bis* del codice penale, allorquando sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, emerga inequivocabilmente il fatto ed il suo autore, la polizia giudiziaria potrà (o dovrà, a seconda dei casi) procedere all'arresto sempre che lo stesso sia compiuto non oltre il tempo necessario all'identificazione del reo e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto.

L'istituto della flagranza «differita», introdotto per la prima volta nell'ordinamento dal d.l. n. 28 del 2003 nell'art. 8, comma 1-*ter*, della legge n. 401 del 1989, per contrastare il fenomeno della violenza in occasione di manifestazioni sportive e calcistiche, poi esteso dal decreto-legge n. 14 del 2017 (art. 10, comma 6-*quater*) e dal decreto-legge n. 130 del 2020 (art. 6) rispettivamente ai casi di reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, e ai reati commessi in occasione o a causa del trattenimento in uno dei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR o hotspot) o delle strutture di primo soccorso e accoglienza (CPA e CAS), ha sempre suscitato notevolissimi dubbi di legittimità costituzionale, tanto da essere stato introdotto dapprima soltanto in via temporanea⁴⁰.

Nonostante le migliori intenzioni – e qualche innovazione indubbiamente condivisibile – preme tuttavia osservare come l'ordito normativo del testo di legge tradisca una impostazione ancora legata a categorie di intervento astratte, riconducibili all'ampliamento al ricorso degli istituti cautelari e al generale inasprimento della loro disciplina.

Il legislatore – al netto della già richiamata introduzione di una scansione procedimentale e temporale nella richiesta e valutazione delle istanze cautelari in tema

⁴⁰ L'articolo 15 del decreto-legge n. 53 del 2019 ha “stabilizzato” nel nostro ordinamento l'istituto dell'arresto in flagranza differita per i reati violenti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto; per i reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è obbligatorio l'arresto.

di violenza di genere – non ha effettuato alcuna scelta di campo nella normativizzazione di metodologie standardizzate della valutazione del rischio (come il già citato SARA) o, comunque, nell’individuazione generale e astratta di alcuno degli indici diagnostici elaborati dalla letteratura scientifica più accreditata per la valutazione del rischio cautelare nel fenomeno della violenza di genere.

Non può non evidenziarsi, tuttavia, che tali indici e valutazioni difficilmente si prestano ad essere condensate nelle categorie, per definizione generali e astratte, del formante legislativo.

Deve, quindi, auspicarsi il consolidamento di un sapere proveniente “dal basso”, ovvero elaborato e condiviso dagli operatori del diritto i quali – attraverso i due pilastri della specializzazione⁴¹ e della formazione⁴² – sono chiamati ad incidere in modo sempre più effettivo nel reale sostrato problematico del subprocedimento cautelare in tema di violenza di genere, rappresentato dalla concreta ponderazione del rischio e dai metodi di analisi e valutazione dei fatti che si innestano nel fenomeno.

⁴¹ L’art. 5 della legge citata prevede l’obbligatorietà della formazione di sezioni specializzate nella violenza di genere presso gli Uffici di Procura in caso di delega degli affari da parte del Procuratore della Repubblica. Nessuna norma analoga è prevista per gli organi giurisdizionali.

⁴² L’art. 6 co. 1 della legge citata prevede che, entro dodici mesi dall’entrata in vigore, il Ministero per le pari opportunità elabori linee guida nazionali al fine di orientare una formazione adeguata e omogenea degli operatori che a diverso titolo entrano in contatto con le donne vittime di violenza. Il comma 2 del medesimo articolo stabilisce che nella definizione delle linee programmatiche sulla formazione dei magistrati proposte annualmente dal Ministro della giustizia alla Scuola superiore della magistratura, ai sensi dell’articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26, siano inserite iniziative formative specifiche in materia di contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica.

I PRIMI DATI UFFICIALI SULLE NUOVE PENE SOSTITUTIVE DELLE PENE DETENTIVE BREVI: GIÀ OLTRE 1.400 IN ESECUZIONE

di Angela Della Bella

1. Il Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità ha pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia il Rapporto sullo stato dell'esecuzione delle misure e sanzioni di comunità, aggiornato al 15 novembre 2023.

Il Rapporto, che viene periodicamente aggiornato, contiene dati statistici che riguardano l'intera area dell'esecuzione penale esterna e quindi un grande numero di informazioni, tutte assai interessanti, relative, tra l'altro, alla messa alla prova, alle misure di sicurezza ed alle misure alternative. A partire dal mese scorso il Rapporto contiene anche i dati relativi alle applicazioni delle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, introdotte con la riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022).

Nella sostanza, il dato che emerge è che le pene sostitutive hanno preso vita: dall'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 sino ad oggi, ossia più precisamente dal 22 dicembre 2022 al 15 novembre 2023, i provvedimenti applicativi delle nuove pene sostitutive sono stati 1.472.

Andando nel dettaglio delle singole misure, si rileva che sono state applicate: 246 detenzioni domiciliari sostitutive; 2 semilibertà sostitutive; 1.224 provvedimenti di lavoro di pubblica utilità.

Preliminarmente, deve osservarsi che i dati sulle pene sostitutive raccolti dal Dipartimento della giustizia minorile e di comunità non prendono in considerazione la pena pecuniaria sostitutiva: rilevazioni statistiche su questa pena sostitutiva non sono mai esistite, neanche in passato, essendo disponibile solo il dato complessivo, non disaggregato, sulla pena pecuniaria. Sul punto, c'è peraltro da osservare che la situazione dovrebbe essere destinata a cambiare, dal momento che il d.lgs. 150/2022 dispone espressamente, all'art. 79, il monitoraggio delle pene pecuniarie, anche sostitutive, in previsione di una relazione annuale del Ministro della giustizia in Parlamento in merito all'attuazione del decreto in tale materia.

Benché occorra certamente tener conto del fatto che si tratta di dati 'prematuri', che non consentono cioè di fare valutazioni definitive sull'impatto della riforma, tuttavia essi lasciano intravedere alcune linee di tendenza, che forniscono l'occasione per sviluppare qualche prima riflessione.

Innanzitutto, pare di poter dire che il numero complessivo delle applicazioni, che ammonta come si è detto a 1.472, è incoraggiante e ciò per una molteplicità di ragioni.

In primo luogo, il dato è incoraggiante se si considera il breve lasso di tempo che è decorso dall'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, ossia poco più di dieci mesi. Ce ne si può convincere laddove si confronti questo dato con quello relativo alle applicazioni della sospensione del procedimento con messa alla prova di cui all'art. 168 *bis* c.p., quindi con una misura di sicuro ed indiscusso successo. Sempre secondo dati

ministeriali, a dieci mesi dall'entrata in vigore della messa alla prova nel nostro ordinamento, ossia al 30 marzo 2015, le applicazioni di messa alla prova erano 1.946: un numero non di molto superiore rispetto a quello delle pene sostitutive, e che lascia quindi ben sperare. Del resto, che le riforme, specie quelle che si caratterizzano per una forte valenza innovativa, abbiano bisogno di tempo per essere 'digerite' da chi è chiamato ad applicarle è un fatto naturale, dettato da un lato dalla necessità di superare le difficoltà interpretative ed applicative che sempre si pongono davanti a nuovi testi normativi, dall'altro dalle resistenze culturali che inevitabilmente si incontrano quando si introducono cambiamenti significativi.

In secondo luogo, il dato che si ricava dalla rilevazione del 15 novembre scorso è assai incoraggiante se messo a confronto con la sostanziale mancanza di utilizzazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. 689/81 nel sistema pre-Cartabia: il numero di applicazioni annue complessivo tra semidetenzione e libertà controllata ha sempre oscillato tra le 100 e le 200 unità. Nel 2022, ad esempio, ultimo anno prima della riforma, le sanzioni sostitutive applicate sono state in tutto 109 (di cui 1 provvedimento di semidetenzione e 108 di libertà controllata). Dunque, i numeri ci dicono che le applicazioni delle pene sostitutive di cui alla l. 689/81 sono più che decuplicate: ciò significa che i giudici di cognizione – pur con la comprensibile cautela nei confronti del *novum* legislativo – hanno deciso di applicare una categoria di sanzioni in passato totalmente ignorate.

2. Considerando ora i dati relativi alle singole pene sostitutive, osserviamo che – come era del resto possibile aspettarsi – la semilibertà sostitutiva, pena che secondo quanto stabilito dall'art. 20 *bisc.p.* può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a quattro anni, è stata sostanzialmente trascurata. Come forse già ci si poteva aspettare, l'applicazione della semilibertà in fase cognitiva non rappresenta una prospettiva allettante: è presumibile, infatti, che il condannato piuttosto che accedere subito ad una pena sostitutiva che lo costringe a fare ingresso in un istituto penitenziario preferisca richiedere l'accesso alle misure alternative dallo stato di libertà, fruendo del meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna ai sensi dell'art. 656 co. 5 c.p.p., nella speranza di ottenere dal tribunale di sorveglianza l'applicazione di una misura più favorevole.

Quanto alla detenzione domiciliare sostitutiva, anch'essa applicabile, ai sensi dell'art. 20 *bis* c.p., per condanne alla reclusione o all'arresto fino a quattro anni, il numero di applicazioni (circa 240) sembra parlare nel senso di una sua tiepida accoglienza da parte del sistema. Anche in questo caso, la valutazione del condannato potrebbe essere quella di considerare più vantaggiosa la concessione di una misura alternativa, in particolare dell'affidamento in prova, *ab initio* in fase esecutiva. Come si è scritto ed evidenziato da più parti, l'assenza dell'affidamento in prova – ciò che ha rappresentato una scelta obbligata per il legislatore delegato, non essendo tale misura contemplata nel catalogo delle pene sostitutive dalla l. 134/2021 – rischia di rappresentare un freno all'utilizzo delle sanzioni sostitutive.

Se questo è senz'altro vero, occorre però anche considerare che la disciplina della detenzione domiciliare sostitutiva di cui all'art. 56 della l. 689/81 è dotata di un'elasticità

tale da poter, nella sostanza, avvicinarsi di molto alla fisionomia dell'affidamento in prova. Infatti, mentre la misura alternativa della detenzione domiciliare presuppone che il condannato stia di regola nel domicilio, salva la possibilità di uscire per fare fronte a specifiche esigenze di vita, la detenzione domiciliare sostitutiva consente al condannato di uscire dall'abitazione da un minimo di 4 ore ad un massimo di 12 ore, per fare fronte – così dice la norma – ad esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. L'estrema duttilità della disciplina consente quindi di 'costruire' la pena sostitutiva come una detenzione domiciliare classica, sul modello dell'art. 47 *ter* o.p., oppure come una misura che – per gli spazi di libertà previsti (fino a 12 ore) e per il significativo contenuto trattamentale di cui può essere dotata – assomiglia grandemente all'affidamento in prova di cui all'art. 47 o.p. Se questo aspetto della detenzione domiciliare sostitutiva saprà essere valorizzato, non è improbabile ritenere che le sue potenzialità applicative siano destinate ad aumentare. Ciò anche se si considera che, secondo quanto previsto dall'art. 47 co. 3 *ter* o.p., una volta espiata metà della pena in detenzione domiciliare sostitutiva, il residuo potrà essere 'convertito' in vero e proprio affidamento in prova.

Tra le pene sostitutive, quella che, per il numero di applicazioni (più di 1.200), sembra avere maggior successo è il lavoro di pubblica utilità: la scelta di valorizzare un'opzione sanzionatoria che già nel sistema pre-Cartabia godeva di buona salute (specie nella sua veste di sanzione sostitutiva applicata per i reati del codice della strada) è risultata vincente. Come noto questa misura, che era utilizzata nell'ordinamento come sanzione sostitutiva per specifiche fattispecie di reato, ha ora acquisito con la riforma uno spazio di operatività generalizzata come pena sostitutiva per condanne alla reclusione o all'arresto non superiori a tre anni.

La disciplina, contenuta nell'art. 56 *bis* l. 689/81, certamente contribuisce a rendere attraente questa opzione sanzionatoria laddove stabilisce che, in caso di decreto penale di condanna o di patteggiamento, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, comporta la revoca della confisca eventualmente disposta (su modello di quanto previsto dagli artt. 186, co. 9 *bis* e 187, co. 8 *bis* d.lgs. 285/1992, in relazione al lavoro sostitutivo per i reati del codice della strada). Allo stesso modo, può costituire un incentivo all'utilizzazione di questa sanzione la non applicabilità al condannato dell'art. 120 d.lgs. 285/1992, che prevede ipotesi di sospensione della patente: tale previsione, che riguarda tutte le pene sostitutive, è particolarmente interessante con riferimento al lavoro di pubblica utilità, posto che molto spesso il possesso della patente di guida rappresenta un requisito necessario per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Le prospettive paiono quindi essere quelle di una crescita importante del lavoro sostitutivo: tale misura è infatti certamente appetibile per condannati, la cui prospettiva, prima della Riforma, era quella di andare a ingrossare le fila della popolazione dei liberi sospesi e di rimanere per un lungo, se non lunghissimo tempo, in uno stato di incertezza, in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza sulla concessione dell'affidamento in prova o di altra misura alternativa.

**LA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ART. 69, C. 4 C.P.:
ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI PREVALENZA
DELLE ATTENUANTI SULLA RECIDIVA REITERATA
NEL CASO DI DELITTI PER I QUALI È PREVISTO L'ERGASTOLO**

Corte cost., 18 aprile 2023 (dep. 12 maggio 2023), n. 94, Pres. Sciarra, Red. Amoroso

di Cecilia Pagella

1. Con la [sentenza in commento](#), la Corte costituzionale ha sottoposto a un nuovo esame il meccanismo previsto dall'art. 69, c. 4 c.p.¹, in base al quale al giudice è preclusa una dichiarazione di soccombenza – nell'ambito del giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee – della recidiva reiterata rispetto a concorrenti attenuanti. Il procedimento dal quale ha avuto origine l'ordinanza di rimessione riguardava un fatto integrante il reato di devastazione, saccheggio e strage commessi allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, previsto all'art. 285 c.p. e punito con l'ergastolo, in relazione al quale il giudice *a quo* riteneva configurabili tanto l'attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 311 c.p. quanto la recidiva reiterata *ex* art. 99, c. 4 c.p. Il rimettente considerava l'attenuante del fatto di lieve entità prevalente sulla recidiva, con la conseguenza che, se avesse potuto esercitare la propria discrezionalità, avrebbe inflitto, in luogo dell'ergastolo previsto per la fattispecie-base di strage "politica", la detenzione compresa tra 20 e 24 anni (che sarebbe divenuta applicabile *ex* art. 65 c.p.); tale scelta gli era invece preclusa per effetto dell'operatività del meccanismo previsto dall'art. 69, c. 4 c.p., che gli imponeva di considerare la recidiva reiterata prevalente o equivalente sulla concorrente attenuante. Il rimettente investiva così la Consulta della questione della compatibilità del meccanismo previsto dall'art. 69, c. 4 c.p. con gli artt. 3, c. 1, 25, c. 2 e 27, c. 3 Cost., nella parte in cui non consentiva al giudice, relativamente al reato di devastazione, saccheggio e strage, di ritenere la circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 311 c.p. prevalente sulla recidiva di cui all'art. 99, c. 4 c.p., impedendogli, di conseguenza, di mitigare la risposta sanzionatoria tenendo conto della scarsa gravità della condotta concreta. La Corte, tuttavia, si è spinta oltre il perimetro della questione sottopostale, onde verificare la legittimità dell'operatività del meccanismo c.d. "di blindatura" della recidiva reiterata rispetto a tutti i reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo².

¹ Per due nuove pronunce in tema di art. 69, c. 4 c.p. e recidiva reiterata v. Corte cost. 21 giugno 2023 (dep. 11 luglio 2023), n. 141, Pres. Sciarra, rel. Viganò e Corte cost. sent. 27 settembre 2023 (dep. 12 ottobre 2023), n. 188, Pres. Sciarra, rel. Viganò.

² Oltre al reato di Devastazione, saccheggio e strage commessi allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, i delitti previsti dagli artt. 242 c.p. – Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano, 276 c.p. –

2. Prima di passare al caso concreto che ha dato origine all'ordinanza di rimessione e alla pronuncia della Corte costituzionale, non ci sembra superfluo ricordare brevemente il contenuto dell'art. 69 c. 4 c.p. e il concreto funzionamento del meccanismo ivi descritto.

La disciplina originaria del codice Rocco prevedeva, all'art. 69, l'esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze inerenti alla persona del colpevole nonché delle circostanze per le quali la legge stabiliva una pena di specie diversa o determinava la pena in misura indipendente da quella ordinaria del reato. Con l'art. 6 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, il legislatore ha sancito il principio opposto, consentendo al giudice di includere tutte le circostanze nel giudizio di bilanciamento (art. 69, c. 4 c.p.). L'ampliamento della discrezionalità giudiziale al momento della commisurazione della pena che è conseguito alla riforma è stato ritenuto eccessivo, tanto da indurre il legislatore a introdurre una serie di deroghe alla regola del bilanciamento delle circostanze: sono state così previste, nella legislazione speciale e nella parte speciale del codice, diverse ipotesi di aggravanti in relazioni alle quali l'esito del giudizio di bilanciamento appare predeterminato *ex lege* nel senso di escludere la prevalenza (esclusione dal giudizio di bilanciamento a base parziale) o, in alcuni casi, anche l'equivalenza (esclusione dal giudizio di bilanciamento a base totale), delle attenuanti sulle predette aggravanti³. In dottrina e in giurisprudenza sono sorti dubbi in ordine al concreto funzionamento del meccanismo c.d. "di blindatura" e, in particolare, in ordine all'applicabilità delle diminuzioni di pena previste per le attenuanti la cui configurabilità sia eventualmente ritenuta sussistente. Con due sentenze del 1985 (n. 38 del 7 febbraio 1985 e n. 94 del 18 aprile 1985), la Corte costituzionale si è occupata dell'aggravante della finalità di terrorismo e di eversione che, in base all'art. 1, c. 3, l. 15/1980, non poteva che essere dichiarata prevalente, in sede di giudizio di bilanciamento, rispetto alle concorrenti attenuanti. Poiché dalla citata disposizione era stato rimosso l'inciso «le diminuzioni di pena si operano sulla pena conseguente all'applicazione delle circostanze aggravanti», il giudice *a quo* riteneva che l'unica interpretazione possibile della disposizione fosse quella che sanciva l'applicazione *de iure* dell'aggravante, escludendo l'applicabilità delle attenuanti (di conseguenza, il rimettente censurava la disposizione per violazione del principio di uguaglianza). La Consulta respingeva la lettura proposta dal rimettente e affermava che, in caso di aggravanti privilegiate, il giudice ha a disposizione due opzioni: procedere al giudizio di bilanciamento, il cui esito sarà però vincolato, non potendo condurre a una dichiarazione di prevalenza [né, in molti casi, di equivalenza] delle attenuanti; non applicare l'art. 69 c.p. e ricorrere, invece, al meccanismo di cui all'art. 63 c.p., applicando la diminuzione di pena prevista per le attenuanti sulla misura della pena determinata a seguito dell'applicazione dell'aggravante privilegiata. Onde escludere l'illegittimità

Attentato contro il Presidente della Repubblica, 284, c. 1 – Insurrezione armata contro i poteri dello Stato, 286 c.p. – Guerra civile e 438 c.p. – Epidemia.

³ In tema di circostanze c.d. "privilegiate" cfr., per tutti, A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010.

costituzionale della previsione dell'aggravante privilegiata allora sottoposta al suo vaglio, la Corte costituzionale ha quindi sancito la natura facoltativa del giudizio di bilanciamento. Dopo il 1985, il legislatore, nel prevedere nuove ipotesi di circostanze privilegiate, ha spesso stabilito espressamente che le diminuzioni di pena per le attenuanti non privilegiate si applicano dopo l'aumento conseguente all'applicazione dell'aggravante sottratta al giudizio di bilanciamento, così recependo le indicazioni della Consulta; la lettura adeguatrice della Corte costituzionale deve peraltro essere adottata anche nei casi in cui tale affermazione manchi⁴.

Tra le aggravanti privilegiate per le quali è prevista l'esclusione dal giudizio di bilanciamento a base parziale rientrano quelle previste dall'u.c. dell'art. 69 c.p., le quali possono essere dichiarate solo prevalenti o equivalenti (mai subvalenti) rispetto alle concorrenti attenuanti: si tratta della recidiva reiterata (art. 99, c. 4 c.p.), della determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile (art. 111 c.p.) e dell'aver determinato al reato un minore degli anni diciotto, o una persona in stato di infermità o deficienza psichica ovvero dell'essersi avvalso di una di tali persone per commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza (art. 112, c. 1, n. 4 c.p.). La sentenza in commento ha ad oggetto l'art. 69, u.c., nella parte che riguarda la recidiva reiterata.

3. Veniamo, adesso, al caso oggetto del giudizio. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d'assise d'appello di Torino⁵ – investita in sede di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione della pronuncia precedentemente emessa da diversa sezione della medesima Corte d'assise d'appello – nel corso nel procedimento a carico di Alfredo Cospito, riconosciuto responsabile di strage allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato (art. 285 c.p.) per aver collocato due ordigni ad alto potenziale esplosivo nei pressi di uno degli ingressi della scuola Allievi Carabinieri di Fossano. Nel corso dei precedenti gradi di giudizio era stata affermata – e si trattava di affermazione ormai coperta da giudicato – la sussistenza dei presupposti per ritenere l'imputato recidivo reiterato ai sensi dell'art. 99, c. 4 c.p.; il rimettente riteneva altresì configurabile l'attenuante del fatto di lieve entità prevista dall'art. 311 c.p., considerato che (per un caso fortunato) l'attentato non aveva provocato danni alle persone e aveva causato limitati danni alle cose. Il giudice *a quo* affermava che, se egli avesse potuto porre in bilanciamento l'attenuante in parola con la recidiva reiterata, avrebbe ritenuto la prima prevalente, e avrebbe quindi inflitto – applicando l'art. 65 c.p. – una pena compresa tra un minimo di 20 e un massimo di 24 anni in luogo dell'ergastolo previsto dall'art. 285 c.p.: scelta che gli era invece preclusa

⁴ Cass. pen., SS.UU., 18 novembre 2021, n. 42414 e C. cost., 19 febbraio 2019, n. 88. In dottrina v., da ultimo, I. Merenda, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 34 ss., che sottolinea come, attraverso il meccanismo descritto, il giudice possa giungere a esiti molto simili a quelli cui sarebbe pervenuto qualora avesse potuto dichiarare l'equivalenza tra aggravanti e attenuanti.

⁵ Per un commento dell'ordinanza di rimessione cfr. F. ALMA, [Caso Cospito \(Scuola allievi Carabinieri di Fossano\): sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla quale dipende la condanna all'ergastolo](#), in *questa Rivista*, 8 febbraio 2023.

per effetto dell'operatività del meccanismo c.d. di "blindatura" delle aggravanti privilegiate descritto dall'art. 69, c. 4, che gli imponeva di considerare prevalente o equivalente la recidiva e dunque di infliggere la pena perpetua. Il rimettente censurava, quindi, quest'ultima disposizione per contrasto con gli artt. 3, c. 1, 25, c. 2 e 27, c. 3 Cost., in quanto essa non gli consentiva di mitigare la risposta sanzionatoria (peraltro connotata da notevole severità) prevista per la strage – delitto a consumazione anticipata integrato tanto da condotte che abbiano provocato la morte di una o più persone tanto da atti solo idonei a raggiungere tale risultato – in relazione alla concreta portata offensiva della condotta (che, lo ripetiamo, nel caso concreto non aveva provocato danni significativi). In particolare, la necessaria applicazione della più afflittiva tra le pene privative della libertà personale a prescindere da ogni considerazione in ordine alla gravità dell'offesa arrecata si sarebbe posta in contrasto col principio rieducativo espresso dall'art. 27, c. 3 Cost., mentre la previsione di una sanzione di eguale gravità per condotte connotate da differente lesività (che abbiano provocato la morte di più persone e che siano risultate in concreto inoffensive) avrebbe contrastato col principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. e con quello di offensività di cui all'art. 25 Cost. (che impone al legislatore e, poi, al giudice, di valorizzare, al momento della formulazione del giudizio sull'entità di pena da infliggere per un determinato reato, l'oggettiva gravità dei comportamenti serbati, escludendo che il "peso" di tale criterio possa essere neutralizzato da valutazioni che attengano esclusivamente alla pericolosità sociale del reo).

4. Superate agevolmente le obiezioni in punto di rilevanza della questione sollevate dall'Avvocatura di Stato, la Corte costituzionale passa al merito della questione e comincia col ripercorrere la propria giurisprudenza in materia di art. 69, c. 4 c.p. ricordando come molte delle questioni di legittimità sollevate in passato con riferimento a questa disposizione nella parte in cui non consentiva la prevalenza delle attenuanti sulla recidiva *ex* art. 99, c. 4 c.p. erano state dichiarate inammissibili in quanto fondate sul presupposto erroneo dell'obbligatorietà dell'applicazione della recidiva reiterata; riconoscendo, al contrario, che l'aumento di pena previsto dall'art. 99, c. 4 c.p. non si ricollega a uno status dell'autore del reato bensì a un giudizio di maggiore riprovevolezza formulato nei suoi confronti per essersi mostrato insensibile alle precedenti condanne, la Consulta aveva escluso l'automatica elisione delle circostanze attenuanti da parte della circostanza "blindata" della recidiva reiterata (le attenuanti, infatti, qualora la recidiva non fosse stata ritenuta idonea a determinare un aggravamento della pena, non sarebbero nemmeno entrate in bilanciamento con questa), così respingendo le prospettazioni di illegittimità formulate. La Corte puntualizza, però, che, nel caso concreto, la non obbligatorietà della recidiva non poteva rilevare, poiché l'affermazione in ordine alla sussistenza dell'aggravante – formulata nei precedenti gradi di giudizio – era ormai passata in giudicato, vincolando così il rimettente, il quale non poteva che riconoscere l'automatica prevalenza della recidiva rispetto alle attenuanti che avesse eventualmente ritenuto sussistenti. Ci sembra opportuno puntualizzare che la Consulta ripercorre la propria giurisprudenza in punto di facoltatività della recidiva per scopi ricognitivi; come la Corte stessa ricorda, il giudice

di merito deve applicare l'aggravante della recidiva qualora ne ricorrano i presupposti e non può, invece, esimersene allo scopo di evitare di innescare il meccanismo previsto dall'art. 69, c. 4, che gli imporrebbe di ritenere la recidiva prevalente o almeno equivalente rispetto alle attenuanti eventualmente sussistenti. In caso contrario, eluderebbe il disposto di cui all'u.c. dell'art. 69 c.p., come la Consulta ha puntualizzato in una sentenza di poco successiva a quella qui in commento⁶.

5. La Corte costituzionale ripercorre poi i casi nei quali, invece, aveva dichiarato parzialmente illegittimo l'u.c. dell'art. 69 c.p. nella parte in cui non consentiva la prevalenza di alcune specifiche circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata. Si era trattato, in particolare, di circostanze incentrate sulla tenuità dell'offesa (fatto di lieve entità in materia di stupefacenti *ex* art. 73, c. 5 t.u. stupefacenti⁷, particolare tenuità della ricettazione *ex* art. 648, c. 4 c.p.⁸ e della violenza sessuale *ex* 609 *bis*, c. 3⁹, danno patrimoniale di particolare tenuità in relazione alla bancarotta semplice e fraudolenta – art. 219, c. 3 l. fall. in relazione agli artt. 217 l. fall., ora art. 323 d.lgs. n. 14/2019 e art. 216 l. fall., ora art. 322 d.lgs. n. 14/2019¹⁰ – e al ricorso abusivo al credito – art. 218 l. fall., ora art. 325 d.lgs. n. 14/2019¹¹, particolare tenuità in relazione al sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 c.p.¹²), nonché delle attenuanti del ravvedimento postdelittuoso in materia di stupefacenti previsto dall'art. 73, c. 7 t.u. stup.¹³, del vizio parziale di mente *ex* art. 89 c.p.¹⁴ e della circostanza prevista, in caso di concorso anomalo, in favore di colui che volle il fatto meno grave (art. 116 c. 2 c.p.)¹⁵.

6. Il breve *excursus* tra le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il c. 4 dell'art. 69 in passato accolte serve alla Corte per osservare che tutte le sentenze – seppur riferite a reati e a circostanze attenuanti tra loro anche profondamente diverse – sottendono *rationes decidendi* riconducibili a principi comuni, declinabili lungo una triplice direttrice: 1) nel caso di disposizioni che si caratterizzino per un ampio divario tra la pena prevista per la fattispecie base e quella prevista al ricorrere di un'attenuante, l'operatività del divieto di prevalenza della circostanza attenuante rispetto alla recidiva reiterata conduce a esiti tendenzialmente in contrasto con i principi di eguaglianza, offensività e proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato: tale divario segnala, infatti, che il legislatore ha ritenuto che condotte pur integranti la medesima fattispecie di reato siano suscettibili, in concreto, di differenziarsi anche nettamente sotto il profilo del disvalore, e risponde, quindi, alla necessità che la pena

⁶ C. cost. 21 giugno 2023 (dep. 11 luglio 2023), n. 141, Pres. Sciarra, Red. Viganò.

⁷ Corte cost., 5 novembre 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 251.

⁸ C. cost., 14 aprile 2014 (dep. 18 aprile 2014), n. 105.

⁹ C. cost., 14 aprile 2014 (dep. 18 aprile 2014), n. 106.

¹⁰ C. cost., 21 giugno 2017 (dep. 17 luglio 2017), n. 205.

¹¹ Ancora C. cost., 21 giugno 2017 (dep. 17 luglio 2017), n. 205.

¹² C. cost., 26 maggio 2021 (dep. 8 luglio 2021), n. 143.

¹³ C. cost., 24 febbraio 2016 (dep. 7 aprile 2016), n. 74.

¹⁴ C. cost., 7 aprile 2020 (dep. 24 aprile 2020), n. 73.

¹⁵ C. cost., 25 febbraio 2021 (dep. 31 marzo 2021), n. 55.

inflitta sia proporzionata alla gravità delle condotte realizzate: esito cui sarebbe impossibile pervenire qualora l'operatività dell'attenuante fosse automaticamente paralizzata per effetto del riconoscimento della sussistenza della recidiva; 2) una *ratio* simile si rinviene nel caso di fattispecie di reato non circostanziate caratterizzate da particolare ampiezza, suscettibili, quindi, di essere integrate da condotte anche molto diverse quanto a gravità: la previsione di attenuanti applicabili in caso di "minore gravità" è dovuta alla necessità di valorizzare tali differenze al momento della commisurazione della pena; 3) una terza ragione che ha portato a ritenere il meccanismo di cui all'art. 69, c. 4 c.p. incostituzionale è stata che esso non consentiva di mitigare il trattamento sanzionatorio in ragione della ridotta rimproverabilità soggettiva dell'autore del reato.

7. Tutte queste ragioni – afferma la Corte – ricorrono nel caso in cui il divieto di prevalenza delle attenuanti comporta che l'unica pena irrogabile è l'ergastolo, quale che sia stata la condotta dell'imputato, rientrando in quella prevista dall'art. 285 c.p. In un caso come quello di specie, infatti: 1) il divario tra la pena prevista per l'ipotesi "base" (ergastolo) e quella che sarebbe applicabile qualora il giudice ritenesse prevalente l'attenuante (reclusione da 20 a 24 anni per effetto dell'applicazione dell'art. 65 c.p.) è senz'altro ampio; ricorre infatti una differenza sostanziale (con le parole della Corte "c'è un fossato"¹⁶) tra una pena temporanea e una che, quantomeno al momento della sua inflizione, è perpetua e quindi "senza speranza"; 2) la fattispecie prevista dall'art. 285 c.p. («fatto diretto a portare [...] la strage») è ad ampio spettro, in quanto include (prevedendo un reato a consumazione anticipata) tanto comportamenti che abbiano causato la morte di più persone quanto condotte che – come avvenuto nel caso che ha dato origine all'ordinanza di rimessione – non abbiano provocato che danni di scarsissima entità alle cose; per tutte queste condotte è anzi prevista la pena dell'ergastolo, la cui inflizione diventa inevitabile a causa dell'operatività del divieto di cui all'art. 69, c. 4. (con la conseguenza che l'ergastolo risulta, in concreto, una pena fissa e indefettibile). La previsione di pene fisse è ritenuta da giurisprudenza costituzionale unanime «non in linea con il volto costituzionale del sistema penale»¹⁷; la presunzione della loro illegittimità costituzionale è, tuttavia, solo relativa, in quanto può essere superata qualora si riesca a dimostrare che, per nessuna delle condotte concrete suscettibili di integrare la fattispecie, la pena fissa prevista dal legislatore appare sproporzionata per eccesso: ma ciò non può dirsi – continua la Corte – quando questa sia comminata in relazione ad atti che, pur integrando il delitto consumato, si differenzino sul piano oggettivo per condotte di più avanzato compimento dell'attività delittuosa; l'esigenza di modulazione della risposta sanzionatoria in relazione alla

¹⁶ § 11, ultimo periodo.

¹⁷ C. cost., 2 aprile 1980 (dep. 14 aprile 1980), n. 50, Pres. Amadei, Rel. Malagugini, con nota di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, p. 726 ss. e C. cost., 25 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 222, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, con nota di A. GALLUCCIO, [La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 10 dicembre 2018.

gravità della condotta concreta si rivela, poi, particolarmente impellente nei delitti di attentato (o “a consumazione anticipata”); 3) il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata comporta che il condannato per un reato per il quale è prevista la pena dell’ergastolo subisca un trattamento deteriore rispetto a quello riservato all’autore di reato sanzionato con una pena diversa da quella perpetua: nel caso di reato punito con la reclusione, le attenuanti – suscettibili, in base all’art. 69, c. 4 c.p. di essere dichiarate equivalenti rispetto alla recidiva – consentono almeno di schermare dall’aumento di pena; nel caso di delitto sanzionato con la pena perpetua, le attenuanti non producono nemmeno questo limitato effetto, in quanto la sanzione dell’ergastolo non potrebbe in ogni caso essere aumentata per il ricorrere di aggravanti.

8. La Corte condivide, in definitiva, le censure mosse dal rimettente. Rispetto all’art. 285 c.p., punito con la pena dell’ergastolo, il divieto di prevalenza dell’attenuante di cui all’art. 311 c.p. sulla recidiva reiterata che consegue all’applicazione dell’art. 69, c. 4 c.p. comporta l’impossibilità, per il giudice, di infliggere la reclusione da 20 a 24 anni in luogo dell’ergastolo, impedendogli, quindi, di modulare l’afflittività della risposta sanzionatoria in relazione alla gravità della condotta in concreto realizzata: il che viola – ad avviso della Consulta – gli artt. 3, c. 1, 25, c. 2, 27, c. 3 della Costituzione.

La medesima violazione sussiste – prosegue la Corte – in ogni caso in cui il reato sia sanzionato con la pena dell’ergastolo e l’operatività del meccanismo di cui all’art. 69, c. 4 c.p. non consenta al giudice di ritenere un’attenuante (qualsiasi attenuante: non solo quella prevista dall’art. 311 c.p.) prevalente sull’aggravante privilegiata della recidiva reiterata, e dunque gli precluda di “trasformare” l’ergastolo in reclusione ogniquale volta le circostanze del caso concreto lo richiedano. La Corte dichiara, in definitiva, l’illegittimità costituzionale dell’art. 69, c. 4 c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull’aggravante della recidiva reiterata di cui all’art. 99, c. 4 c.p. in relazione ai delitti puniti con la pena edittale dell’ergastolo.

9. La dottrina maggioritaria assegna al giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee previsto dall’art. 69 c.p. la funzione di consentire al giudice di esprimere un giudizio complessivo e sintetico sul reato e sul suo autore, che tenga conto di tutte le peculiarità del caso concreto, allo scopo di infliggere una pena “individualizzata”¹⁸. Si tratta di un giudizio caratterizzato da ampi margini di discrezionalità, in quanto i criteri che lo ispirano non sono e non possono essere totalmente predeterminati a livello legislativo, e questo proprio per consentire al giudice di infliggere una pena calibrata sulle peculiarità della condotta concreta e del suo autore¹⁹. L’ampia discrezionalità che

¹⁸ C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2012, p. 4057 ss. Esiste, però, un’altra opinione dottrinale, in base alla quale il giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee avrebbe la funzione di rideterminare la cornice edittale; per un *excursus* tra le diverse posizioni dottrinali cfr. F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.

¹⁹ I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33.

connota il giudizio di bilanciamento è ridotta dalla previsione di circostanze privilegiate, cui il legislatore assegna, già sul piano astratto, un particolare significato in termini di disvalore, e il cui un peso non consente venga neutralizzato in sede di giudizio di bilanciamento²⁰; tra queste rientra la recidiva reiterata che, in base all'u.c. dell'art. 69 c.p., non può – lo abbiamo ricordato più volte – essere dichiarata subvalente rispetto a concorrenti attenuanti.

10. La selezione della recidiva *ex art. 99 c. 4* quale circostanza privilegiata ha sollevato più di un dubbio presso la dottrina e la giurisprudenza costituzionale: si è sostenuto, infatti, che l'esclusione dal giudizio di bilanciamento dell'aggravante in parola comportasse «un'abnorme enfaticizzazione»²¹ di elementi attinenti alla storia criminale dell'agente, a scapito di considerazioni in ordine alla scarsa gravità della condotta e dei suoi effetti come anche alla personalità dell'imputato, e che tale enfaticizzazione – tipica del “diritto penale d'autore”²² – fosse suscettibile di condurre all'inflizione di una pena inadeguata al disvalore del fatto e alla personalità dell'autore²³, incomprensibilmente afflittiva ai suoi occhi e quindi incapace di rieducarlo²⁴.

11. Di per sé, però, la limitazione alla discrezionalità giudiziale insita nel meccanismo c.d. di “blindatura” è stata – fino a oggi – ritenuta legittima, purché non determinasse un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale: ciò si è verificato in una serie di casi portati all'esame della Consulta, la quale ha, nel tempo, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 u.c. (nella parte che si riferisce alla recidiva), in relazione a specifiche ipotesi di reato e a specifiche circostanze attenuanti, rispetto alle quali l'esclusione della recidiva dal giudizio di bilanciamento dava luogo a esiti arbitrari, in quanto imponeva al giudice di infliggere una pena inadeguata al caso concreto, eguale a fronte di condotte diverse quanto a disvalore, sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del comportamento serbato e quindi incapace di rieducare, il cui rigore era da attribuirsi all'eccessiva enfaticizzazione della storia criminale dell'autore del fatto rispetto alla consistenza oggettiva del suo comportamento (le pronunce si fondavano, oltre che sui principi di eguaglianza e funzione rieducativa della pena, sull'art. 25, c. 2 Cost.)²⁵. È quanto si verificava anche nel caso oggetto della pronuncia in commento, con la quale la Consulta riconosceva che il rispetto del divieto di prevalenza della recidiva previsto dall'u.c. dell'art. 69 c.p. sull'attenuante di cui all'art. 311 c.p. conduceva il giudice all'inflizione di una sanzione sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto

²⁰ I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 34 e A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 73.

²¹ C. cost., 5 novembre 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 251, Pres. Quaranta, Red. Lattanzi.

²² T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Giuda al diritto*, dossier 1, p. 32 ss.

²³ G. AMATO, *Il recidivo va a caccia di “generiche”*, in *Giuda al diritto*, dossier 1, p. 56 ss.

²⁴ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 515.

²⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 73 ss.

realizzato dall'imputato (la cui condotta, pur integrante il reato a consumazione anticipata di devastazione, saccheggio e strage allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, non aveva cagionato alcun danno alle persone e aveva provocato limitati danni alle cose), identica a quella che sarebbe stata applicata qualora dal fatto fossero derivate conseguenze gravissime (come la morte di una o più persone), inefficace allo scopo rieducativo in quanto sentita come ingiustificatamente afflittiva da parte del condannato e motivata esclusivamente dalla enfattizzazione di elementi attinenti alla storia criminale dell'autore del reato. A ognuno degli aspetti di irrazionalità elencati corrispondeva – nell'opinione del rimettente, poi condivisa dalla Consulta – il *vulnus* di un principio costituzionale: quello di eguaglianza *ex* art. 3, c. 1 (per l'inflizione dell'ergastolo sia per fatti risultati inoffensivi sia per fatti che avessero provocato la morte almeno di una persona), quello di offensività *ex* art. 25, c. 2 Cost. (per l'enfatizzazione delle componenti personologiche su quelle attinenti alla gravità delle condotte sul piano obiettivo) e quello di rieducazione *ex* art. 27, c. 3 (per la frustrazione delle esigenze rieducative sottese all'inflizione della pena).

12. Con la pronuncia qui in commento, la Consulta si spinge, però, oltre il perimetro del *petitum* sottoposto dal rimettente, per giungere a dichiarare che il meccanismo di "blindatura" della recidiva reiterata produce esiti irrazionali – e che, dunque, l'art. 69, c. 4, che lo prevede, è costituzionalmente illegittimo – ogniquale volta operi in relazione a delitti puniti con l'ergastolo.

In quel caso, infatti – a ben vedere – tutti i *vulnera* riscontrati nelle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 69, u.c., ricorrerebbero "a maggior ragione". In particolare: 1) la lesione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. sarebbe più intensa in quanto, mentre nel caso di reati puniti con la reclusione il giudice, pur costretto a dichiarare la prevalenza o l'equivalenza della recidiva rispetto alla o alle circostanza/e concorrente/i, sarebbe poi libero di muoversi all'interno della forbice edittale per modulare la risposta sanzionatoria in relazione alle esigenze concrete (potendosi, dunque, orientare verso l'inflizione di una pena prossima al minimo come "surrogato" della dichiarazione di prevalenza di un'attenuante), nel caso di delitto punito con l'ergastolo al divieto di dichiarare subvalente l'aggravante conseguirebbe automaticamente l'inflizione della pena perpetua, che si presenterebbe quale fissa e indefettibile, da applicarsi quindi in ogni caso, anche a fronte di condotte profondamente differenti tra loro sul piano del disvalore oggettivo; 2) tale conseguenza deriverebbe da un'abnorme considerazione delle componenti soggettive della condotta (lesione del principio di offensività *ex* art. 25 Cost.) 3) la lesione del principio di proporzionalità e di finalismo rieducativo della pena (art. 27 Cost.) dovuta all'enfatizzazione delle componenti personologiche risulterebbe più grave nel caso in cui in cui il meccanismo di "blindatura" operasse rispetto a reati puniti con l'ergastolo, proprio a causa della natura estremamente afflittiva di questo tipo di pena, che impone al condannato un sacrificio ben più grave di quello che consegue all'inflizione della reclusione.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**