

## QUESTIONI APERTE

---

### Divieto di avvicinamento

#### La decisione

Misure cautelari - Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa - Violazione delle prescrizioni (Art. 387-bis c.p.) - Consenso o iniziativa della vittima vulnerabile - Efficacia scriminante o esimente - Ius excludendi - Esigibilità del comportamento doveroso - (C.p., art. 387-bis; C.p.p. artt. 282-bis, 282-ter, 384-bis; L. 19 luglio 2019, n. 69; Convenzione di Istanbul).

*In tema di violazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-bis c.p.), l'iniziativa o il consenso della vittima vulnerabile che ricerchi spontaneamente il contatto con l'indagato non ha alcuna efficacia scriminante o liberatoria dagli obblighi imposti. Ne consegue che integra il reato la condotta dell'indagato che acconsenta all'incontro, omettendo di esercitare il proprio "ius excludendi" o di allertare le Forze dell'Ordine, trattandosi di comportamenti pienamente esigibili e necessari a garantire la prioritaria esigenza di tutela e sicurezza della persona offesa, la quale è priva di poteri dispositivi sulla misura.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 6 febbraio 2025 (ud. 15 gennaio 2025), DE AMICIS *Presidente* - IANNICIELLO, *Relatore* - P.G., (Conf.) - CALVANESE, *ricorrente*.

### Il divieto di avvicinamento tra tutela anticipata della vittima ed esigibilità della condotta

La nota commenta Cass., Sez. VI, n. 4936/2025, che riconfigura la struttura dell'art. 387-bis c.p. attribuendo all'imputato un obbligo di attivazione in presenza di avvicinamento spontaneo della persona offesa. L'analisi esamina le implicazioni della progressiva neutralizzazione della volontà della vittima, il ricorso alle fonti sovranazionali come criteri ermeneutici estensivi in *malam partem* e la trasformazione dello *ius excludendi* da diritto di libertà in dovere di scopo, con le conseguenti tensioni con i principi di legalità, determinatezza ed esigibilità della condotta.

*The Non-Approach Order between Anticipated Protection of the Victim and Exigibility of Conduct*

*This note comments on Cass., Sez. VI, no. 4936/2025, which reconfigures Art. 387-bis of the Criminal Code by imposing an activation duty on the accused in cases of spontaneous approach by the victim. The analysis examines the implications of the progressive neutralisation of the victim's will, the use of supranational sources as interpretive criteria extending criminal liability, and the transformation of ius excludendi from a freedom right into a purposive duty, with resulting tensions vis-à-vis the principles of legality, determinacy and exigibility of conduct.*

**SOMMARIO:** 1. I fatti in breve. - 2. I diritti «relazionali» tra vittima e offensore. - 3. Il rafforzamento argomentativo nella tutela della vittima attraverso i rinvii diretti all'interpretazione della Convenzione di Istanbul e degli interventi eurocomunitari. - 4. La disciplina cautelare e la *quaestio* della corretta viola-

zione del provvedimento. – 5. Il diritto allo *ius excludendi* letto come dovere di scopo. – 6. Conclusione: in tema di ragionevolezza interpretativa e volontà della vittima.

1. *I fatti in breve*. Avvicinarsi vuol dire anche non allontanarsi? Il tema, tipicamente relativo a riflessioni inerenti alla logica formale o all'argomentazione sofistica, diviene la principale *quaestio* della pronuncia della Suprema corte n. 4936 del 15 gennaio 2025.

Oggetto della sentenza la fattispecie incriminatrice relativa alla violazione del divieto di avvicinamento: l'art. 387-bis c.p. Tale delitto, rubricato *Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*, introdotto dall'art. 4, L. 19 luglio 2019, n. 69, c.d. «Codice Rosso»<sup>1</sup>, porta con sé le peculiarità emergenziali tipiche di una legislazione connotata da natura emergenziale e, insieme con ciò, tipizza – *rectius* criminalizza – l'inadempimento delle prescrizioni formali e procedurali (le «misure cautelari di cui agli articoli 282-bis e 282-ter del codice di procedura penale o dall'ordine di cui all'articolo 384-bis del medesimo codice») poste a tutela della vittima.

La pronuncia in commento prende le mosse da una vicenda fattuale che consente di evidenziare alcune delle principali tensioni che attraversano l'attuale diritto penale della protezione. L'indagato era destinatario della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, con obbligo di mantenere una distanza minima dai luoghi abitualmente frequentati dalla stessa e con espresso divieto di comunicazione, sia diretta sia indiretta.

La misura era stata applicata nell'ambito di un procedimento per fatti riconducibili all'area della violenza domestica e di genere, settore nel quale il legislatore ha progressivamente rafforzato l'arsenale preventivo, accentuando la funzione di tutela anticipata delle misure cautelari personali. In tale contesto, il divieto di avvicinamento è chiamato a svolgere un ruolo centrale quale strumento di separazione forzata dei soggetti coinvolti nella relazione conflittuale.

Nel corso dell'esecuzione della misura, la persona offesa si era recata volontariamente presso l'abitazione dell'indagato, trattenendosi al suo interno per un arco temporale non trascurabile. Dalla ricostruzione dei fatti accolta nei gradi di merito emergeva che tale presenza non fosse stata sollecitata né indotta dall'indagato, il quale non aveva posto in essere condotte attive di ricerca

---

<sup>1</sup>ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2022, 268.

dell'incontro, né aveva esercitato pressioni o forme di condizionamento nei confronti della persona offesa.

Ciò nondimeno, l'indagato non si era attivato per ristabilire la distanza protettiva imposta dal provvedimento cautelare, né aveva richiesto l'intervento delle forze dell'ordine o dell'autorità giudiziaria. Proprio tale inerzia veniva posta a fondamento della contestazione mossa dal pubblico ministero, che ravvisava nella tolleranza della prossimità fisica una violazione della misura cautelare.

I giudici di merito avevano escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 387-bis c.p., valorizzando l'assenza di una condotta positiva di avvicinamento imputabile all'indagato e ritenendo non esigibile, in concreto, l'allontanamento forzato della persona offesa o l'immediata attivazione dell'autorità pubblica. Avverso tale decisione il pubblico ministero proponeva ricorso per Cassazione.

La Corte, in questa sede, accoglie il ricorso proposto dal Pubblico ministero per violazione di legge e vizio di motivazione, avendo i giudici di merito ritenuto - come si legge nel § 2 del Ritenuto in fatto - «in modo contraddittorio e illogico» che la violazione della misura cautelare non fosse sussumibile nella fattispecie incriminatrice in quanto l'imputato non aveva cercato l'incontro con la persona offesa, ma era stata lei a ricercarlo, con lui ad accoglierla a casa e a consentirle di intrattenersi per qualche giorno.

Per il P.m., dunque, l'imputato avrebbe dovuto avvisare e richiedere l'intervento delle forze dell'ordine, trattandosi di comportamento «scarsamente oneroso e quindi esigibile» (r.i.f. § 2).

*2. I diritti «relazionali» tra vittima e offensore.* Nel contesto del «ragionevole bilanciamento» tra diritti della vittima e dell'offensore, la Corte apre la decisione partendo da una ricognizione degli interventi a tutela della vittima. La soluzione accolta dalla Suprema corte presuppone una precisa concezione dei diritti relazionali coinvolti nel rapporto tra vittima e autore del reato. La relazione intersoggettiva viene sottratta alla disponibilità delle parti e ricondotta all'interno di una cornice di tutela pubblicistica, nella quale la volontà individuale assume un ruolo recessivo rispetto alle esigenze di protezione.

La Corte afferma in modo esplicito l'irrelevanza del consenso della persona offesa, anche quando espresso in modo libero e consapevole. Tale consenso non è idoneo a scriminare la condotta dell'indagato né a escludere la violazione della misura cautelare. Questa opzione interpretativa si fonda sull'assun-

to secondo cui le relazioni segnate da precedenti episodi di violenza presentano una strutturale asimmetria, che rende problematica la stessa idea di una volontà pienamente autodeterminata.

Richiamando la propria giurisprudenza in materia di misure cautelari e ordini di protezione, la Corte afferma che la valutazione del pericolo non può prescindere dal contesto relazionale entro cui la condotta si è sviluppata, ma precisa al contempo che tale contesto non può essere rimesso alla disponibilità delle parti. La relazione viene così ricondotta entro una cornice di tutela pubblicistica, nella quale l'interesse alla protezione della vittima prevale sulla sua volontà contingente, anche quando questa sia espressa in forma libera e consapevole.

È in questo senso che la sentenza ribadisce l'irrilevanza del consenso della persona offesa, ritenuto inidoneo sia a scriminare la condotta dell'indagato, sia a escludere la violazione delle prescrizioni cautelari. La Corte fonda tale conclusione sull'assunto secondo cui le relazioni caratterizzate da dinamiche di violenza presentano una strutturale asimmetria, tale da rendere problematica la stessa configurabilità di una volontà pienamente autodeterminata. La scelta della vittima di mantenere o ripristinare il rapporto con l'autore del reato non viene dunque assunta come espressione di libertà relazionale, ma come possibile indice di persistenza del rischio.

La decisione si colloca, del resto, in una linea di continuità con l'impostazione legislativa propria della disciplina del c.d. Codice Rosso, che – anche in attuazione dell'art. 55 della Convenzione di Istanbul – privilegia un modello di tutela svincolato dalla volontà della persona offesa. Ne sono espressione, come implicitamente richiamato dalla Corte, sia l'impossibilità di remissione della querela in talune ipotesi (art. 609-septies c.p.)<sup>2</sup>, sia le deroghe procedurali orientate all'immediata attivazione e all'accelerazione dell'intervento penale (art. 347 c.p.p.)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>ROMANO, *Le modifiche agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-septies, 609-octies*, in ROMANO-MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso - Seconda edizione aggiornata e integrata*, Pisa, 2024, 123. Cfr. MARANDOLA, *Violenza di genere: accelerazione del rito e formazione per l'adeguamento della legislazione domestica agli standard europei*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 2, passim.

<sup>3</sup>MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da Codice Rosso*, in ROMANO-MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso*, cit., 147. Si rinvia, oltre che all'intera «PARTE II» del contributo citato (pp. 137-242), a ALGERI, *Tempi rapidi per l'adozione delle misure cautelari a protezione delle vittime*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 2, passim. e a MARANDOLA-RISICATO, *Pregi e limiti del «Codice Rosso»*, in *Giur. it.*, 2024, 4, passim.

In questa prospettiva, il diritto «relazionale» risulta sostanzialmente assorbito dalla funzione protettiva dell'ordinamento, che si sostituisce alla vittima nella gestione del rischio, assumendo come dato tipico la sua condizione di vulnerabilità. Non a caso, la Corte richiama criteri di valutazione coerenti con quelli indicati, sul piano sovranazionale, dalla direttiva UE 2024/1385, considerando 39<sup>4</sup>, la quale invita a non sottovalutare il legame di dipendenza o la relazione con l'autore del reato, finendo per trattare la volontà della vittima di proseguire il rapporto non come elemento di bilanciamento, ma come fattore ulteriormente giustificativo dell'intervento cautelare.

*3. Il rafforzamento argomentativo nella tutela della vittima attraverso i rinvii diretti all'interpretazione della Convenzione di Istanbul e degli interventi euromunitari.* Un passaggio centrale della motivazione è rappresentato dal richiamo insistito alle fonti sovranazionali in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, che la Corte utilizza come veri e propri criteri di orientamento ermeneutico dell'ordinamento interno. In particolare, la decisione valorizza la Convenzione di Istanbul e gli interventi euromunitari – oggi culminati nella direttiva UE 2024/1385 – quali parametri interpretativi idonei a definire il contenuto degli obblighi positivi di prevenzione e protezione gravanti sullo Stato. In tale quadro si colloca anche il riferimento all'introduzione dell'art. 387-bis c.p., quale strumento di attuazione degli artt. 18 e 21 della direttiva UE 2012/29 in tema di protezione delle vittime<sup>5</sup>.

Muovendo da tali premesse, la Corte insiste sulla specificità delle dinamiche proprie della violenza domestica e di genere, caratterizzate – secondo quanto affermato in motivazione – da una dimensione relazionale complessa e strutturalmente asimmetrica, nella quale il rischio non si esaurisce nel singolo episodio, ma tende a protrarsi e ad aggravarsi nel tempo. Su questa base viene giustificata una concezione anticipatoria della tutela penale, che non può at-

---

<sup>4</sup>Le conseguenze in punto di *bias* strutturali nella determinazione della decisione concreta in materia penale, a sfavore del denunciato sono studiate, e denunciate, da ALBERTA-MATTEUCCI, *L'irresistibile ascesa della vittima nel codice rosso*, in *Diritto di difesa*, 3 agosto 2024 e MICCOLI-GRASSINI, *Codice Rosso. Quando l'uomo è vittima*, Torino, 2023.

<sup>5</sup>DI NICOLA TRAVAGNINI-MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, Milano, 2024, 129. L'intervento rafforzato è in generale altresì ispirato dalla Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2017, ratificata dall'Italia con L. del 1° ottobre 2012, n. 171.

tendere la manifestazione di un pericolo attuale e concreto, ma deve intervenire in una fase anteriore, orientata alla neutralizzazione preventiva del rischio. È in tale prospettiva che la Corte afferma espressamente che «l'interpretazione delle misure cautelari personali deve essere orientata alla massima effettività della protezione della vittima, in conformità agli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale», utilizzando il richiamo alle fonti sovranazionali per legittimare un ampliamento degli obblighi gravanti sull'indagato<sup>6</sup>. L'istanza di protezione viene così assunta come criterio ordinante dell'interpretazione, con una tendenziale compressione degli spazi di rilevanza delle posizioni soggettive dell'imputato<sup>7</sup>.

Tale operazione ermeneutica solleva, tuttavia, interrogativi non marginali sul piano del principio di legalità. Nella misura in cui il rinvio alle fonti sovranazionali viene impiegato per incidere sul contenuto precettivo della fattispecie incriminatrice, il rischio è quello di una eterointegrazione sostanziale del precetto penale, suscettibile di tradursi in un'interpretazione *in malam partem*<sup>8</sup>. La Corte sembra scongiurare tale esito riconducendo l'operazione a una valorizzazione dello scopo di protezione della norma, ritenuta compatibile con il dato letterale e dunque riconducibile a un'interpretazione estensiva c.d. endotestuale<sup>9</sup>.

Resta tuttavia aperta la questione del limite invalicabile rappresentato dall'art. 7 C.E.D.U., sotto il profilo della prevedibilità e della riconoscibilità del precetto<sup>10</sup>. Anche laddove formalmente compatibile con il tenore letterale della norma, un'interpretazione che attribuisca rilievo decisivo a parametri sovranazionali di protezione rischia di spostare l'asse della responsabilità penale su valutazioni tipologiche del rischio, difficilmente governabili *ex ante* dal destinatario della norma. In questa prospettiva, la linea problematica si sposta

---

<sup>6</sup>Anche alla luce della supposta lacunosità di intervento (strutturale e di prevenzione) in materia di protezione della vittima nella legislazione nazionale in senso stretto, v. CHINNICI, *La legislazione in materia di reati di «violenza domestica» e sessuale. Un itinerario lento e, ancora oggi, lacunoso*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 14 ss.

<sup>7</sup>FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2021, 445.

<sup>8</sup>DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Milano, 2024, 932 ss.

<sup>9</sup>Cfr., oltre al richiamo dello stesso Massimo Donini, più in generale, CANALE-TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 2014, 1, 160 ss.

<sup>10</sup>DONINI, *Diritto penale*, cit., 936-937. Non sarebbe invece possibile l'applicazione manipolativa, sia pur ai fini di applicare un diritto «fondamentale», di fattispecie sostanziali punitive (*ibid.*, 933-934).

sull'esigibilità della condotta, non potendosi automaticamente ascrivere all'imputato un rischio di vittimizzazione – primaria o secondaria – che derivi da scelte autonome della persona offesa.

Non appare del tutto persuasivo, in tale contesto, il richiamo operato dalla Corte alla sentenza *Talpis c. Italia* della Corte EDU (Considerato in diritto § 2.2), nella quale si afferma che, nelle cause di violenza domestica, i diritti dell'aggressore non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica della vittima. Si tratta, infatti, di un principio elaborato in un contesto caratterizzato da gravi omissioni statali e da una vittima effettivamente soggiogata, difficilmente sovrapponibile a situazioni, come quella in esame, nelle quali la permanenza della vittima nel rapporto o nel luogo di convivenza risulti frutto di una scelta volontaria e non indotta da condotte manipolative dell'indagato.

In tali ipotesi, più che una violazione sostanziale del provvedimento cautelare, verrebbero in rilievo profili di adeguatezza della misura e di tutela endoprocedimentale<sup>11</sup>, evitando di trasformare criteri di protezione sovranazionale – funzionali all'intervento preventivo dello Stato – in parametri applicativi automatici della fattispecie incriminatrice. Una simile sovrapposizione finirebbe infatti per forzare la logica dell'imputazione penale, compromettendo l'equilibrio tra tutela anticipata e garanzie fondamentali del *fair trial*<sup>12</sup>.

*4. La disciplina cautelare e la questione della corretta violazione del provvedimento.* Ulteriore questione sottoposta alla Suprema corte attiene alla corretta interpretazione della nozione di «violazione» del divieto di avvicinamento e, più in generale, alla struttura degli obblighi che derivano dall'applicazione di una misura cautelare personale a contenuto protettivo. L'art. 387-bis c.p., introdotto dalla L. n. 69 del 2019, configura un reato di pericolo volto a presidiare l'effettività dell'ordine giudiziario e, soprattutto, a prevenire il rischio di reiterazione di condotte lesive nei confronti della persona offesa.

---

<sup>11</sup>Cfr. Trib. Trieste, 5 ottobre 2022, n. 1463, dove si sottolinea come la non consapevolezza e volontarietà di incontrare la vittima non consenta di ritenere sussistente il reato ex art. 387-bis c.p.; v. anche Trib. Genova, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 239, dove si ricorre opportunamente al parametro della violazione solo laddove sia l'indagato a frequentare l'abitazione della persona offesa.

<sup>12</sup>V. GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Padova, 2015, 24-25.

La Corte di cassazione adotta una lettura funzionale della misura cautelare, affermando che il divieto di avvicinamento non può essere ridotto a un mero obbligo di *non facere*, limitato all'astensione da iniziative attive di contatto. Al contrario, esso implica un dovere più ampio di preservare in concreto la distanza protettiva, dovere che grava sul destinatario della misura anche in presenza di iniziative provenienti dalla persona offesa.

Il rischio implicito nell'estensione dei margini fisico-sostanziali dell'applicazione della misura comporta la necessità di un congruo appiglio normativo e giurisprudenziale in ordine alla predeterminazione dei luoghi relativi al divieto di avvicinamento.

Il ricorso in esame è stato ritenuto fondato e accolto dal Tribunale di Firenze, che ha disposto l'annullamento dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari, evidenziando come, alla luce della ricostruzione fattuale, non ricorressero gravi indizi di reità a carico dell'indagato, atteso che non era stato egli a determinare l'avvicinamento alla persona offesa, ma la stessa a dirigersi verso di lui; decisione questa che si colloca coerentemente nel solco interpretativo tracciato da Cass., Sez. un., 28 ottobre 2021, n. 39005<sup>13</sup>, secondo cui il giudice, nell'adottare misure cautelari anche cumulative, è tenuto a indicare specificamente i luoghi solo quando ciò risulti necessario per garantire l'effettività della protezione.

In tale prospettiva, e in relazione alla concreta applicazione del divieto di avvicinamento nel caso di specie, emerge la necessità di interrogarsi sulla nozione di «corretta violazione del provvedimento», quesito che, come evidenziato dalla Suprema corte, non può esaurirsi in una lettura formale e astratta, ma deve svilupparsi alla luce della funzione effettiva della misura cautelare, in particolare quando essa assume contenuto protettivo e si inserisce nell'alveo dei reati di violenza di genere e domestica, ambito del quale i valori in tensione - da un lato la libertà personale dell'indagato e, dall'altro, l'incolumità fisica e psicologica della vittima<sup>14</sup> - richiedono un bilanciamento ragionevole e pro-

---

<sup>13</sup>Cass., Sez. un., 28 ottobre 2021, n. 39005. Il giudice, nell'adottare misure cautelari anche cumulative, è tenuto a indicare specificamente i luoghi solo quando ciò risulti necessario per garantire l'effettività della protezione; laddove ritenga sufficiente il solo obbligo di mantenersi a distanza dalla persona offesa, non sussiste l'obbligo di predeterminazione dei luoghi.

<sup>14</sup>I criteri di scelta della misura cautelare seguono i parametri di adeguatezza e proporzionalità. Il primo (ex art. 275, co. 1 c.p.p.) ispira il giudice nella scelta della misura alla luce della «specifica idoneità di ciascuna misura a soddisfare le esigenze evidenziate nel caso concreto», il secondo (ex art. 275, co. 2 c.p.p.) aggancia la misura «all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene in concreto possa

porzionato<sup>15</sup>, in ossequio agli obiettivi delineati dalla legislazione nazionale e sovranazionale.

L'interpretazione giurisprudenziale consolidata dalla Corte<sup>16</sup> conferma la natura plurioffensiva della violazione del divieto di avvicinamento, nella misura in cui essa non tutela esclusivamente la libertà formale della persona offesa dall'iniziativa commissiva dell'indagato, ma anche la concreta esecuzione del provvedimento cautelare e, quindi, la realizzazione del suo scopo protettivo<sup>17</sup>; in tale ottica, la violazione si configura non soltanto attraverso comportamenti attivi di avvicinamento, ma anche mediante l'omissione di comportamenti volti a ristabilire la distanza protettiva imposta dalla misura, nonché attraverso la tolleranza consapevole della prossimità fisica della persona offesa, anche quando quest'ultima abbia determinato l'incontro.

È in questo quadro che la Corte sottolinea la necessità di un'autolimitazione interpretativa, la quale, pur riconoscendo l'esistenza di un vantaggio indiretto per l'indagato - consistente nella minore compressione dei propri diritti e della libertà personale rispetto all'alternativa costituita da misure più gravose ex artt. 284 ss. c.p.p. - non può venir meno alla funzione preventiva della misura, che impone di considerare ogni condotta idonea a frustrarne l'efficacia come rilevante ai fini della configurabilità della violazione.

Ne discende, quindi, una nozione estesa di avvicinamento, funzionale a valorizzare la tutela anticipata della vittima, non riducibile alla sola dimensione formale del comportamento, e la cui applicazione richiede un rigoroso anco-

---

essere applicata». V. SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2023, a cura di Di Chiara-Patané-Siracusano, 361-362. Per i presupposti "costituzionali" v. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, 389-406 in *Diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006. Cfr. GARUTI, *Misure coercitive (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., agg., VI*, Milano, 2002, passim. e CERQUA, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in Spangher-Santoriello, *Le misure cautelari*, Torino, 2009, passim. Vedasi anche DI CHIARA, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1150 ss. e ZACCHE', *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, 43 ss.

<sup>15</sup>MANIACI, *Il principio metodologico assente. Perché i giudici non sembrano argomentare in modo sufficientemente razionale e perché, invece, dovrebbero farlo*, in *Ragion Pratica*, 2011, 2, 478 ss.

<sup>16</sup>Cfr. Trib. Vicenza, 16 gennaio 2025, n. 46; Cass., Sez. VI, 4 maggio 2023, n. 19442.

<sup>17</sup>V. DI NICOLA TRAVAGNINI-MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., 127 ss.; cfr. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 264 ss., 279 ss. Per analoghe valutazioni cfr. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari «a tutela dell'offeso»*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3475 ss.; BELLANTONI, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa ex art. 282-ter: predeterminazione di luoghi e distanze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, passim.

raggio alla motivazione del provvedimento e ai principi di adeguatezza e proporzionalità, in modo da garantire che l'equilibrio tra la protezione della fragilità della vittima e il rispetto delle libertà fondamentali dell'indagato non venga compromesso.

Proprio in quest'ottica, sotto il profilo della tipicità penale, l'interpretazione offerta dalla Suprema corte rischia di operare un'indebita analogia in *malam partem*, ponendosi in frizione con il principio di legalità formale (art. 25, co. 2, Cost.). Configurare il delitto di cui all'art. 387-bis c.p. in capo al soggetto che rimanga fermo nel proprio domicilio a fronte dell'avvicinamento spontaneo della vittima significa convertire una fattispecie strutturalmente commissiva (il divieto di *non facere*, ovvero "non avvicinarsi") in un reato omissivo proprio non tipizzato (l'obbligo di "allontanarsi" o di respingere).

Un simile slittamento concettuale, talmente forte da trasformare l'inerzia in omissione, difetta tuttavia del – quindi necessario – ancoraggio all'art. 40, cpv., c.p.: affinché l'inerzia assuma rilievo penale, è indispensabile l'esistenza di una preesistente posizione di garanzia normativamente istituita. Tuttavia, l'ordinanza cautelare che dispone il divieto di avvicinamento non può legalmente assurgere a fonte di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento-incontro, laddove questo dipenda in via esclusiva dall'iniziativa autonoma della persona offesa. Elevare il provvedimento del giudice a fonte autonoma di un dovere omissivo di mero risultato preventivo significa rinunciare alla tipicità formale del precetto, scivolando verso una forma di responsabilità oggettiva di fatto, ancorata alla sola presenza fisica del soggetto nello spazio privato, a prescindere da ogni reale *suitas* della condotta.

*5. Il diritto allo ius excludendi letto come dovere di scopo.* Il profilo maggiormente problematico della decisione si manifesta nella qualificazione della condotta ritenuta esigibile in capo all'indagato, con specifico riferimento allo *ius excludendi*, diritto fondamentale tutelato dall'art. 14 Cost., che entra tradizionalmente nel novero della libertà di esercizio del domicilio<sup>18</sup>.

L'indagato è destinatario della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, con obbligo di mantenere una distanza minima dai luoghi abitualmente frequentati dalla stessa e con espresso divieto di comunicazione,

---

<sup>18</sup>Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova, 2019, 596-598. V. anche Cass., Sez. V, 24 maggio 2024, n. 20742.

sia diretta sia indiretta; tuttavia, nel c.i.d. § 3.2 della motivazione, a conclusione di un percorso argomentativo volto ad agganciare le linee di tutela internazionale - in particolare il richiamo all'art. 16 della Direttiva UE 2024/1385, che raccomanda agli Stati di operare valutazioni individuali delle esigenze di protezione della vittima - alla corretta interpretazione della fattispecie di reato contestata, la Corte afferma che «se non era esigibile la condotta di lasciare la propria abitazione, era, nondimeno, esigibile lo *ius excludendi*», con ciò trasformando un diritto di libertà in un dovere di scopo e rifunzionalizzando il domicilio da spazio di autodeterminazione individuale a parametro operativo della misura cautelare e della responsabilità penale.

Una simile operazione concettuale svela un'insanabile illegittimità sistematica, poiché scardina il delicato equilibrio tra poteri limitativi dell'autorità e garanzie costituzionali. Sebbene il provvedimento cautelare sia pienamente legittimato a comprimere lo *spatium movendi* del destinatario secondo i moduli normativamente guidati e tassativi degli artt. 291 ss. c.p.p. (proibendo l'accesso o imponendo il distanziamento), da esso non può farsi surrettiziamente derivare l'obbligo di imporre un uso specifico della proprietà privata, quale l'espulsione forzata della persona offesa. Una simile pretesa difetta, in primo luogo, di qualsiasi tassativa previsione codicistica.

Sia pur apparentemente motivata dalla necessità di dare piena efficacia alle misure cautelari e di armonizzare l'interpretazione della fattispecie con i principi sovranazionali, appare non pienamente giustificata sul piano del diritto penale sostanziale, dal momento che l'esigibilità di una condotta in un sistema di legalità formale può operare solo rispetto a obblighi predeterminati e non rispetto a facoltà discrezionali dell'agente<sup>19</sup>, con la conseguenza che lo *ius excludendi*, elevato a dovere di tutela, perde la propria natura di libertà ed entra in tensione con i principi di determinazione e tassatività della fattispecie penale.

La giurisprudenza recente evidenzia tale tendenza<sup>20</sup>. La trasformazione dello *ius excludendi* in dovere di protezione comporta quindi un ampliamento dell'area della colpevolezza basata su standard comportamentali difficilmente

---

<sup>19</sup>V. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 245 ss.

<sup>20</sup>Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2025, n. 10389; Cass., Sez. VI, 12 marzo 2025, n. 18329; Trib. Potenza, 6 dicembre 2024, n. 1536: «anche in assenza di circostanze aggravanti, la semplice violazione dei provvedimenti cautelari di allontanamento e divieto di avvicinamento, quando questi sono stati validamente emessi, è sufficiente per integrare il reato previsto dall'art. 387-bis c.p.».

prevedibili *ex ante* e valutabili solo *ex post*, con conseguente compressione della libertà individuale dell'indagato e tensione con i principi costituzionali di libertà e autodeterminazione, in particolare con l'art. 13 Cost., qui richiamato in ottica giustificativa della compressione della libertà, e con l'art. 14 Cost., la cui tutela richiede espliciti riferimenti motivazionali per costituire parametro legittimante della limitazione della libertà. La Corte, introducendo il concetto di «cooperazione» nella violazione *ab initio* riferibile alla persona offesa, evidenza come la prioritaria sicurezza della vittima (Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2023, n. 46797) in situazioni squilibrate possa annullare qualsivoglia portata scriminante o esimente derivante dalla volontà della stessa, confermando una progressiva sostituzione della libertà individuale con la logica di tutela anticipata.

Al contempo, viene evocata una paradossale torsione dell'art. 42 Cost.: la "funzione sociale", che la Costituzione assegna alla proprietà privata per conformarla all'interesse generale, viene qui strumentalizzata e piegata a logiche di polizia giudiziaria, imponendo al proprietario di farsi custode e vindice del provvedimento del magistrato. Lo *ius excludendi*, da massima espressione del diritto di escludere terzi per tutelare la propria riservatezza e libertà relazionale, viene ribaltato nel dovere di cacciare un ospite, annullando la libertà di autodeterminazione del titolare proprio all'interno del proprio domicilio.

Questo stravolgimento strutturale finisce per svilire il principio cardine di offensività. La criminalizzazione dell'omesso raggiungimento dello scopo protettivo – ossia la mancata espulsione della vittima – fa retrocedere il sistema verso la deriva di un pericoloso diritto penale della funzione. L'oggetto del rimprovero penale si sposta dal fatto tipico offensivo alla mera "mancata cooperazione" del cittadino verso i fini preventivi dello Stato. Non si punisce una condotta aggressiva dell'agente, ma il mancato asservimento della sua volontà e del suo spazio privato a un imperativo di risultato.

In chiave garantista, il recupero del limite di inesigibilità consente di operare un bilanciamento tra gli artt. 13 e 14 Cost., preservando la residuale *suitas* dell'agente e la prevedibilità della limitazione della libertà, come già delineato in Cass., Sez. VI, 7 aprile 2011, n. 2681<sup>21</sup>, in cui la predeterminazione dei

---

<sup>21</sup> Cfr. PERONI, *I luoghi oggetto del divieto di avvicinamento devono essere indicati in maniera specifica e dettagliata*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4, passim.; COLLINI, *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2012; GABRIELLI, *Divieto di avvicinamento*, in *Giur. it.*, 2012, 2, passim.

luoghi del divieto di avvicinamento impedisce restrizioni arbitrarie anche in caso di incontri fortuiti; in tale prospettiva, il bene giuridico della corretta esecuzione dei provvedimenti non può essere elevato a fine assoluta della tutela, pena la trasformazione della protezione della vittima in strumento esclusivo di politica criminale, con compressione del diritto fondamentale all'autodeterminazione e sostanziale conflitto con la logica del diritto penale sostanziale, che esige limiti chiari di esigibilità per i fatti *contra se*, preservando la libertà e la prevedibilità delle condotte<sup>22</sup>.

La protezione della vittima non può realizzarsi attraverso l'eterointegrazione della norma penale e la rifunzionalizzazione coatta dello spazio privato, operazioni che devono essere fermamente dichiarate incompatibili con il nostro statuto costituzionale della legalità.

*6. Conclusione: in tema di ragionevolezza interpretativa e volontà della vittima.* La sentenza in commento si iscrive in un paradigma di diritto penale della protezione sempre più orientato alla prevenzione anticipata del rischio, nel quale la volontà della vittima viene progressivamente neutralizzata e le categorie giuridiche tradizionali assumono funzioni rifunzionalizzate, volte a garantire livelli di tutela ritenuti necessari in contesti di pericolosità strutturale. In tale quadro, l'art. 55 della Convenzione di Istanbul – richiamato dalla Corte di Cassazione anche con riferimento a procedimenti d'ufficio o *ex parte* – valorizza le modalità insidiose e manipolatorie attraverso le quali la violenza di genere e domestica si manifesta, estendendo la nozione di vulnerabilità fino a ricomprendere anche la situazione di amministrazione di sostegno. Tale estensione, sebbene operativa nella prospettiva della protezione, appare concettualmente forzata: la fragilità civilistica, legata alla gestione patrimoniale o personale della persona offesa, non coincide con la vulnerabilità penale presupposta dalla Convenzione, con il risultato che l'uso generalizzato di tale nozione rischia di annullare ogni margine di autodeterminazione della vittima e di sostituire la tutela della legge alla sua volontà.

---

<sup>22</sup>V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 268 ss. Cfr. MAMBRIANI, *Arresti domiciliari e reato di evasione: un problema di compatibilità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, passim.; FORNASARI, *Evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *Giur. it.*, 2016, 1, passim.

La pronuncia n. 4936/2025 della Corte di cassazione inserisce tale principio in un contesto più ampio di reati di violenza domestica e di genere, sottolineando la centralità della tutela della vittima vulnerabile e la necessità di bilanciare tale tutela con i diritti di libertà dell'indagato, richiamando al contempo strumenti normativi e sovranazionali volti a garantire la protezione delle persone offese. Tuttavia, la prospettiva sistematica evidenziata dalla Corte lascia intravedere il rischio di un ritorno tacito a un paternalismo applicativo<sup>23</sup>: la volontà soggettiva della vittima viene progressivamente sostituita da una logica univoca di protezione anticipata, con il rischio che la tutela si traduca in surroga della libertà relazionale e la vittima sia preservata «da sé stessa», generando un modello in cui la criminalizzazione si fonda più sull'autore che sul fatto e la punizione legittima non più l'offesa subita, ma il sospetto di pericolosità<sup>24</sup>.

Sotto il prisma del principio di offensività, la soluzione sistematica richiede un rigoroso scrutinio dello scopo protettivo della norma (*Schutzzweck*)<sup>25</sup>. La *ratio* incriminatrice dell'art. 387-*bis* c.p. risiede nel sanzionare l'aggressione o l'esposizione a pericolo del bene protetto da parte del destinatario del comando, non nel penalizzare le scelte di mobilità o di ospitalità della persona offesa. Quando la vittima neutralizza volontariamente la situazione di isolamento e di pericolo, ricercando e mantenendo il contatto con l'indagato all'interno del domicilio di quest'ultimo, lo scopo protettivo della norma non risulta frustrato da una condotta *contra se* dell'agente. In assenza di atti di ricerca, induzione o manipolazione imputabili all'indagato, la mera tolleranza passiva della prosimità fisica risulta priva di reale carica offensiva, configurando una situazione strutturalmente affine al reato impossibile per inesistenza dell'oggetto di tutela

---

<sup>23</sup>Sul punto cfr. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion Pratica*, 2022, 1, 212 ss.

<sup>24</sup>Si rinvia a MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, passim.

<sup>25</sup>MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 110-111 dove si evidenzia la già connotata tensione in relazione al rispetto del canone di legalità formale nella casistica di fattispecie che adottano il modello c.d. ingiunzionale: in questi casi la tutela del bene fine non può essere ulteriormente forzata secondo una teleologia che possa vertere sulla tutela sottesa all'applicazione del provvedimento dell'autorità; sui presupposti costituzionali delle presenti riflessioni cfr. ivi, 267. V. anche NADDEO, *Principio di offensività e chiavi di lettura*, Torino, 2022, 15 ss.

*ex art. 49, co. 2, c.p.*, dal momento che il pericolo che la norma intende prevenire è stato escluso a monte dalla condotta della stessa persona protetta<sup>26</sup>.

La vera e propria chiave di volta dogmatica per una compiuta ricomposizione del sistema risiede, infine, nel recupero del principio di inesigibilità<sup>27</sup>, qualificato non già come mero argomento equitativo, bensì come causa di esclusione della colpevolezza in senso ampio (scusante)<sup>28</sup>. Nel diritto penale della legalità e della colpevolezza, l'esigibilità costituisce il presupposto indefettibile del rimprovero soggettivo: l'ordinamento non può esigere dal consociato un comportamento che imponga l'integrale e intollerabile compressione dei propri diritti fondamentali o l'adempimento di obblighi di fatto irrealizzabili. Non può considerarsi esigibile *ex ante*, in capo al soggetto che si trovi stabilmente nella propria dimora, l'obbligo di fuggire dinanzi all'avvicinamento altrui, né quello di azionare coattivamente uno *ius excludendi* contro la volontà dell'ospite, né, infine, il dovere di attivare incessantemente le forze dell'ordine per denunciare interazioni non indotte, pena la trasformazione della misura preventiva in un controllo della potestà punitiva statale generalizzata<sup>29</sup>.

In questa prospettiva, l'inesigibilità opera come baluardo garantista e criterio di chiusura del sistema.

In chiave sistematica, infine, il richiamo dell'art. 16 della Direttiva UE 2024/1385 a una valutazione individuale della vittima fornisce un parametro imprescindibile per orientare la scelta cautelare verso un bilanciamento effettivo, capace di salvaguardare tanto le esigenze della persona offesa quanto quelle dell'indagato, evitando che una protezione assoluta si traduca nella ne-

---

<sup>26</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 506.

<sup>27</sup> *Ivi*, 426.

<sup>28</sup> MANTOVANI-FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2023, 371-371, intesa come impossibilità per il fatto di determinarsi secondo il divieto e dunque (*Unzumutbarkeit*) di esigere un comportamento conforme al dovere.

<sup>29</sup> V. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 277. Trovandosi qui non solo una frizione con il già citato art. 42 Cost., ma anche con la norma cardine dell'interpretazione costituzionale dei diritti fondamentali, l'art. 2 Cost. Infatti, strutturare il soggetto come garante dell'applicazione di un provvedimento *contra se* lo metterebbe in posizione tale da dover bilanciare tra l'esercizio della proprietà privata e la corretta applicazione della volontà statuale cfr. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 317.

gazione del principio di autoprotezione dei beni giuridici personali<sup>30</sup> e, conseguentemente, nella compromissione della legittimazione della sanzione e della coerenza costituzionale del sistema penale. Gli scopi di tutela, quindi, rischiano di creare una vera e propria eterogenesi dei fini<sup>31</sup>. Cercando a tutti i costi di preservare la vittima da sé stessa si rischia di erodere il fondamento stesso della disponibilità ora relazionale, ora personale. Il paradigma vittimario, oramai oggetto di continue critiche da parte degli interpreti<sup>32</sup>, diventa qui un ostacolo alla realizzazione personale della vittima.

In questa prospettiva, l'interpretazione giurisprudenziale deve mirare a preservare il primato della funzione preventiva della misura, senza trasformarla in strumento di controllo generalizzato<sup>33</sup>, e a garantire che la tutela anticipata non travalichi i limiti della ragionevolezza interpretativa e del rispetto dei diritti fondamentali dell'indagato<sup>34</sup>, in modo da conciliare efficacemente tutela e proporzionalità, libertà e sicurezza, prevenzione e autodeterminazione.

CLAUDIO D. AMORELLI

---

<sup>30</sup>RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 92. Cfr. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2014, 2, 550 ss.; DIDI, *Chiaroscuri della nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2014, 2, passim.; VITARELLI, *Violenza contro le donne e bullimia repressiva*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, passim.

<sup>31</sup>V. PIERDONATI, *Il rafforzamento della tutela delle persone vulnerabili e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. it.*, 2024, 4, passim.

<sup>32</sup>V. AMATI, *La vittima in Costituzione. Una riforma che può alterare gli equilibri del sistema penale*, in *disCrimen*, 11 ottobre 2024. Cfr. GALLI, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino, 2024, 20 ss.

<sup>33</sup>Sul c.d. argomento del precedente ispiratore v. ZORZETTO, *Precedenti giudiziari e argomentazione*, Modena, 2025, 25-27.

<sup>34</sup>VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 153, 251.