ORIENTAMENTI

SIMONA TIGANO

L'omologazione delle coordinate planimetriche dei delitti sessuali di minore gravità per la concessione dei benefici penitenziari

Il contributo analizza l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul possibile superamento degli automatismi preclusivi all'accesso ai benefici penitenziari e alla sospensione dell'esecuzione della pena per il "reato ostativo" di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), per il quale sia riconosciuta la circostanza attenuante della minore gravità del fatto. Non occorre più, quindi, che il condannato sia sottoposto per un anno all'osservazione scientifica della personalità in ambito carcerario, uniformando in questo modo il regime previsto per questo reato a quello più favorevole disposto per il delitto di violenza sessuale attenuato sempre per la maggiore tenuità del fatto, secondo quanto sancito ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit.

The standardisation of the legal framework of sexual offences of minor gravity in the granting penitentiary benefits

The paper focuses on the evolution of costitutional case-law regarding the possible overcoming of statutory bars to penitentiary benefits and to the suspension of sentence execution for the 'blocking offence' of sexual acts with a minor (Article 609-quater of the Criminal Code), when the mitigating circumstance of minor gravity applies. Consequently, the convicted person no longer needs to undergo a one-year scientific observation of personality in prison, thus aligning the treatment of this offence with the more favourable legal regime governing sexual assault when mitigated for the minor severity of the offence, as provided under Article 4-bis, paragraph 1-quater of the Penitentiary Act.

SOMMARIO: 1. Verso una ridefinizione dello spettro applicativo del regime ostativo per i reati a sfondo sessuale. – 2. La natura "servente" della sospensione dell'ordine di esecuzione rispetto alle disposizioni di ordinamento penitenziario. – 3. Gli atti sessuali con minorenne di minore gravità. – 4. La "giustizia asimmetrica" della violenza sessuale circostanziata. – 5. Osservazione annuale e trattamento psicologico per i *sex offenders* con vittime minorenni. – 6. Per i reati ostativi scissione del cumulo e calcolo del presofferto. – 7. Conclusioni.

1. *Verso una ridefinizione dello spettro applicativo del regime ostativo per i reati a sfondo sessuale.* Con la sentenza n. 68 del 2026[1], la Corte costituziona-

[1] Corte cost., 5 maggio 2026, n. 68, su cui si veda il commento, riservato alla legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità, di RUOTOLO, *Per un sindacato "non tardivo" sulle norme che incidono sulla libertà personale (uno spunto a prima lettura di Corte cost., sent. n. 68 del 2026)*, in *Consulta online*, 2026, 2, 8 maggio 2026. Per un'analisi del caso oggetto del giudizio, da cui si evincono i reali rapporti tra i protagonisti della vicenda, si veda l'ordinanza di rimessione del Trib. di Catanzaro, Sez. I, 30 giugno 2025, n. 152, S. M., in *www.gazzettaufficiale.it*, in cui evidenzia come la condotta incriminata consistesse «in baci e abbracci tra persone legate da uno spontaneo sentimento e la differenza di età tra soggetto passivo e autore del reato non [fosse] particolarmente rilevante» (vent'anni lui e tredici lei).

le interviene nuovamente in tema di minore gravità per i reati a sfondo sessuale, questa volta, però, non con una pronuncia di tipo additivo rispetto a fattispecie che ne risultavano sguarnite, come avvenuto in tema di pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.)[2], di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.)[3], nonché di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.)[4], ma attraverso una sentenza ablativa, in merito a un delitto per il quale detta circostanza era già contemplata per originaria scelta legislativa[5]. Nonostante la possibilità di ridurre la pena per la lieve entità del fatto all'autore del reato di atti sessuali con minorenne, *ex* art. 609-*quater*, co. 6 c.p., questa disposizione incriminatrice è coinvolta nel regime di accesso ai benefici penitenziari disciplinato nell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., essendo inserita fra i delitti "sessualmente connotati"[6] per i quali è richiesto un periodo annuale di osservazione scientifica della persona-

---

Quest'ultimo è stato condannato a scontare per il reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. una pena pari ad anni uno, mesi uno e giorni dieci di reclusione, rispetto alla quale il pubblico ministero ha chiesto la sospensione dell'ordine di esecuzione.

[2] Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, con note di PECCIOLI, *La circostanza della minor gravità nel delitto di pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 10, 1297 ss.; e, volendo, di TIGANO, *La produzione di materiale pedopornografico tra logiche sistematiche e principi costituzionali*, in *Arch. pen. web*, 2025, 1.

[3] Corte cost., 29 dicembre 2025, n. 202, su cui sia consentito rinviare a TIGANO, *La violenza sessuale di gruppo fra disvalore astratto e concreta gravità: un ossimoro vincibile*, in *Ind. pen.*, 2026, 2, 147 ss. Si veda pure l'ordinanza di rimessione con il commento di DOVA, *Violenza sessuale di gruppo e fatti di lieve entità: una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Sist. pen.*, 29 luglio 2025. Con questa sentenza è stata estesa alla violenza sessuale di gruppo l'attenuante della minore gravità, con ricadute anche sul regime di ostatività alla messa alla prova minorile, su cui è intervenuta la coeva pronuncia della Corte cost., 29 dicembre 2025, n. 203, con nota di BIANCHI-PANEBIANCO, *L'attesa pronuncia della Corte costituzionale sul regime ostativo alla messa alla prova minorile: tanto rumore per nulla, o quasi*, in *Sist. pen.*, 5 febbraio 2026. L'apertura manifestata dalla Corte nel ritenere irragionevole precludere la sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni autori dei reati di violenza sessuale semplice o di gruppo commessi nella forma aggravata (art. 28, co. 5-*bis* d.P.R. n. 448 del 1998) è riservata ai soli fatti riconosciuti di minore gravità. Quest'orientamento è stato confermato ancor più di recente da Corte cost., 24 giugno 2026, n. 110, in cui tra l'altro si afferma che tale divieto non conosce eccezioni «in rapporto a specie, modalità o circostanze del reato».

[4] Corte cost., 20 giugno 2025, n. 83. Questa nuova fattispecie, inserita con l'art. 12 della L. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. legge sul codice rosso) finalizzata a contrastare la violenza domestica e di genere, si caratterizza per la severità del trattamento sanzionatorio, resa più incisiva – oltre che dalla sottrazione della stessa al giudizio di bilanciamento tra circostanze – dall'inserimento dell'art. 583-*quinquies* c.p. negli elenchi di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* e 1-*quinquies*, ord. penit.

[5] Su questi temi, v. RUGGERI, *Verso una giustizia costituzionale di "equità": quali i riflessi di ordine istituzionale?*, in *www.giurcost.org*, 2024, 2.

[6] Cfr. MAUGERI, *Reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021.

lità[7] del condannato in regime detentivo.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. per ciò che concerne il richiamo generalizzato all'art. 609-*quater* c.p., per la presunzione di pericolosità sociale che investe i condannati per questo titolo di reato, che si caratterizza per una particolare ampiezza del perimetro applicativo, volto a comprendere all'interno della previsione condotte tra loro eterogenee e di diversa offensività, talvolta anche lieve, in grado di rivelarsi estranee alla logica preclusiva imposta nell'art. 4-*bis* ord. penit. L'illegittimità della norma è limitata proprio alla parte in cui si riserva l'acceso ai benefici dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata) alla previa osservazione *intra moenia*, pure qualora venisse riconosciuta la diminuente a effetto speciale che comporta la significativa riduzione della pena in misura non eccedente i due terzi (art. 609-*quater*, co. 6 c.p.). Il parziale effetto ablativo derivante dall'accoglimento della questione di legittimità ha consentito di rimuovere questa specifica categoria di condannati dall'apposito regime di rigore, scaturendone – per il «rinvio formale» effettuato dall'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. ai delitti di cui art. 4-*bis* ord. penit.[8] – il venir meno del divieto di sospensione dell'esecuzione, pur se limitatamente agli atti sessuali con minorenne riconosciuti di lieve gravità. La norma del codice di rito recepisce, infatti, mediante un rinvio formale, tutte le modifiche incidenti nel tempo sulla disposizione di ordinamento penitenziario ed è subordinata alle limitazioni sanzionatorie e alle condizioni imposte da queste ultime[9].

Per le reazioni a catena derivanti dall'aver ridotto l'ambito di riferimento

---

[7] Secondo BRONZO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Torino, 2026, 80, tale osservazione «è "scientifica" quanto a metodo, ma non nel senso forte che il termine ha nel linguaggio comune: produce valutazioni interpretative inevitabilmente incerte, fondate su saperi (le 'scienze della persona') che non consentono previsioni affidabili».

[8] La giurisprudenza ha interpretato costantemente il rinvio operato dall'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. alla disciplina dell'art. 4-*bis* ord. pen., come un «rinvio formale», per cui l'ambito applicativo del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione coincide con il catalogo dei reati ostativi vigente nell'ordinamento penitenziario. In tal senso, v. Cass., Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 358, Scaglione, Rv. 282430-01; Cass., Sez. I, 17 maggio 2019, n. 27354; Cass., Sez. I, 22 aprile 2008, n. 16741, Russo, Rv. 240128.

[9] Cass., Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 43117, Rv. 253699. In proposito, BRONZO, *Lezioni di diritto penitenziario*, cit., 176, parla di «rinvio mobile all'art. 4-*bis* [...] per come aggiornato nel tempo dal legislatore».

dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., si è riespansa, in virtù di un automatico allineamento, la regola della sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive sancita nell'art. 656, co. 5 c.p.p., volta a consentire al condannato di chiedere una misura alternativa in stato di libertà. Il divieto di sospensione di cui all'art. 656, co. 9 c.p.p. – oggetto di apposita e ulteriore censura da parte del giudice *a quo* –, operando *per relationem* rispetto ai delitti indicati nel richiamato art. 4-*bis* ord. penit., subisce un inevitabile restringimento con riferimento a un'ipotesi delittuosa estromessa dal catalogo ostativo. Si afferma, a tal proposito, che «la *reductio ad legitimitatem* della disciplina censurata è possibile, pertanto, mediante la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del solo art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ordin. penit. nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'art. 609-*quater* cod. pen. cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui al sesto comma»[10].
Con l'accoglimento dell'eccezione di illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. e la conseguente ricatalogazione della fattispecie di atti sessuali con minorenne nel repertorio dei reati ostativi, non inciderà più, quindi, rispetto a questo reato, se commesso nella forma attenuata, la limitazione imposta nell'art. 656, co. 9 c.p.p. Di conseguenza, l'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione saranno notificati anche al condannato per il delitto di cui all'art. 609-*quater*, co. 6 c.p. e al suo difensore, con l'avviso che entro trenta giorni potrà essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione.

2. *La natura "servente" della sospensione dell'ordine di esecuzione rispetto alle disposizioni di ordinamento penitenziario.* L'art. 656 c.p.p., già in passato, è stato più volte investito da eccezioni di legittimità costituzionale, in particolare per quel che concerne il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al co. 9 lett. a), che rinvia ai delitti elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit.[11], oggetto nel suo complesso di ripetuti innesti di fattispecie prive di affini-

[10] Corte cost., 5 maggio 2026, n. 68, cit., punto 6.3 del *Considerato in diritto*.
[11] Sul divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, v. Corte cost., 1° giugno 2016, n. 125, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p., per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'ordine di esecuzione nei

tà che ne hanno snaturato la funzione originaria. Di fronte a un legislatore che persiste nell'impiantare all'interno di questa previsione disposizioni di specie diversa e di difficile attecchimento, si prospettano ormai inarrestabili gli interventi della Corte costituzionale, finalizzati a estirpare dal catalogo fattispecie ritenute di minore allarme sociale rispetto ad altre invece non incluse perché estranee alla logica emergenziale legittimante la nascita di un "doppio binario"[12], sulla base di comparazioni normative risultate in violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)[13].

Sempre con riferimento alle limitazioni imposte per i reati ostativi, degna di nota si rivela essere – anche per l'attualità dei temi riguardanti la giustizia minorile[14] – la sentenza n. 90 del 2017[15] con cui, al fine specifico di favorire

---

confronti dei condannati per il delitto di furto con strappo *ex* art. 624-*bis* c.p., inserito fra i reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. con il c.d. Pacchetto sicurezza del 2008 (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in L. 24 luglio 2008, n. 125). In proposito, v. APRILE, *Per la Consulta è irragionevole l'esclusione della sospensione dell'esecuzione della sentenza per i condannati per furto con strappo*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3182 ss.; CARACENI, *Ancora una bocciatura per l'art. 656, comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo delle pene detentive brevi*, in *Giur. cost.*, 2016, 3, 1009 ss. V. anche Corte cost., 20 gennaio 2023, n. 3, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della stessa previsione, per non potersi disporre la sospensione dell'esecuzione per i condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-*bis*, co. 2 c.p. Su questo tema, v. TASSI, *Illegittimo il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per il reato di incendio boschivo colposo*, in *Cass. pen.*, 2023, 7-8, 2353 ss.; VICOLI, *Illegittimo il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione nel caso di condanna per il reato d'incendio boschivo colposo: un (piccolo) passo in avanti nella prospettiva dell'art. 27 comma 3 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2023, 1, 26 ss. Già, in passato, la Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, aveva chiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p. e, in via consequenziale, dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. (per violazione degli art. 3, co. 1 e 25 Cost.), nella parte in cui tale circostanza aggravante comune rappresentava una condizione ostativa all'operatività della sospensione. Si rinvia, in proposito, alle riflessioni di LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri "inediti" al giudice dell'esecuzione*, in *Arch. pen. web*, 2012, 3, e di MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1373 ss.

[12] Cfr. CARNEVALE-SIRACUSANO-VICOLI, *Una proposta per il superamento delle preclusioni penitenziarie: una riscrittura costituzionalmente orientata della differenziazione trattamentale*, in *Sist. pen.*, 29 maggio 2026.

[13] Già dopo solo alcuni giorni e in merito alle stesse questioni di legittimità costituzionali oggetto della sentenza in commento, v. Cass., Sez. I, 22 maggio 2026, n. 18497, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2026, con nota di PRANDI, *Geometrie del 'fatto lieve'. Sollevata dalla Cassazione questione di costituzionalità della preclusione alla sospensione dell'esecuzione della pena per la rapina di lieve entità*. Con quest'ordinanza, la Suprema Corte ha sollevato l'eccezione di incostituzionalità degli artt. 656, co. 9 c.p.p. e 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui precludono la sospensione dell'esecuzione della pena per il delitto di rapina aggravata, *ex* art. 628, co. 3 c.p., anche nei casi in cui sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità (introdotta a seguito della sentenza della Corte cost., 13 maggio 2024, n. 86).

[14] Ci si riferisce oggi al d.l. 22 ottobre 2026, n. 190, recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla criminalità minorile», nel cui art. 1 è confluito quanto già previsto nel d.d.l. n.

un'esecuzione individualizzata e flessibile della pena *ex* art. 27, co. 3 Cost., pur se limitatamente a tutela della gioventù *ex* art. 31 Cost., veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p., nella parte in cui non consentiva la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati minorenni a causa dei rigidi automatismi fondati sul mero titolo esecutivo[16]. A completamento della singolare pronuncia, il Giudice delle leggi è nuovamente intervenuto sul tema e, con la sentenza n. 263 del 2019, ha dichiarato illegittime le norme che estendevano il meccanismo dei reati ostativi ai condannati minorenni sempre in spregio agli artt. 27, co. 3 e 31 Cost. Per via, infatti, del richiamo operato nell'art. 2, co. 3 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, recante «*Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti di condannati minorenni*», all'art. 4-*bis* ord. penit., si negavano le misure penali di comunità in assenza dei presupposti richiesti per i reati ostativi, ponendosi in antitesi (in violazione dell'art. 76 Cost.) con le indicazioni della legge delega n. 103/2017, con cui si imponeva l'«eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari».

I meccanismi sanzionatori che operano automaticamente compromettono, nei confronti dei minori d'età – ancor più che per gli adulti –, anche se autori di reati di criminalità organizzata e terrorismo ovvero dei più frequenti reati di natura sessuale, le esigenze di individualizzazione e flessibilità della risposta sanzionatoria, funzionali a garantirne il pieno sviluppo psico-fisico e favorire

182 del 2026 (proposto congiuntamente dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro della Giustizia lo scorso 23 luglio, su cui si rinvia a *Sist. pen.*, 24 luglio 2026), al fine di cambiare i criteri di accertamento dell'imputabilità minorile, modificando l'art. 98 c.p., attraverso l'introduzione di una presunzione relativa di capacità di intendere e di volere dei minori compresi fra i quattordici e i diciotto anni.

[15] Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 90, su cui si veda la nota di APRILE, *Per i minorenni non opera la preclusione alla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive per gravi delitti*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2743 ss.

[16] Sulla «necessità di differenziare il trattamento dei minorenni rispetto ai detenuti adulti e di eliminare automatismi applicativi nell'esecuzione della pena»: Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125; Corte cost., 22 aprile 1997, n. 109. Rispetto, invece, a reati commessi da minorenni che al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione abbiano raggiunto la maggiore età, ma non ancora compiuto il venticinquesimo anno, v. Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, n. 48307, Rv. 274332; Cass., Sez. I, 27 luglio 2018, n. 36039, in cui si è sostenuta l'illegittimità costituzionale del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei c.d. giovani adulti, anche in caso di cumulo di pene concorrenti con reati ostativi commessi da maggiorenni.

la socializzazione. Queste esigenze devono prevalere, infatti, sulle istanze di difesa sociale e di prevenzione generale[17], anche se le vittime dei reati dovessero essere a loro volta minorenni.

Al di fuori del peculiare campo d'indagine riservato ai minori d'età e indipendentemente dall'approccio emergenziale rivolto ai reati ostativi, da un'angolazione maggiormente orientata verso esigenze deflative della popolazione carceraria si muove l'ulteriore pronuncia della Consulta che, nel 2018, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656, co. 5 c.p.p., nella parte in cui sanciva che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni. In quest'occasione, si è ravvisato un formale «parallelismo» tra la norma di rito e le previsioni di ordinamento penitenziario che prevedono i presupposti applicativi delle misure alternative, uniformando così la soglia di accesso a queste misure dallo stato libero[18]. Di conseguenza, la possibilità concessa al condannato per pene (medio)brevi di godere di detti benefici, pur se a seguito di valutazione concreta della magistratura di sorveglianza, è strettamente correlata al dovere del pubblico ministero di disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione, così da favorire la presentazione dell'istanza in regime di libertà, che perdura fino alla relativa decisione. La modifica apportata

[17] Cfr. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011, 29 ss.

[18] Cfr. Corte cost., 6 febbraio 2018, n. 41, punto 5 del *Considerato in diritto*, secondo cui «Il tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative costituisce un punto di equilibrio ottimale, ma appartiene pur sempre alla discrezionalità legislativa selezionare ipotesi di cesura, quando ragioni ostative appaiano prevalenti. Naturalmente è proprio la dimensione normativa ancillare della sospensione rispetto alle finalità delle misure alternative che rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi». Su questa pronuncia si rinvia alle osservazioni di APRILE, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1937 ss.; nonché ai commenti di FIORENTIN, *L'esecuzione della pena e il difficile bilanciamento tra istanze di difesa sociale e rieducazione dei condannati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2221 ss.; GIANFILIPPI, *L'illegittimità costituzionale dell'articolo 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione delle pene non superiori a quattro anni di detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 936 ss.; TRAPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1924 ss.; TRONCONE, *Il faticoso cammino della funzione rieducativa della pena. La Corte costituzionale marchia a fuoco il* probation *processuale*, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 806 ss.; VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 89 ss.; ID., *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 500 ss.

all'art. 656 c.p.p. con la L. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone-Saraceni) è stata proprio funzionale a evitare la carcerazione temporanea – pur dando vita così all'altrettanto controversa figura del "liberi sospesi"[19] – per chi avrebbe poi potuto ottenere una misura volta a favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere[20].

L'individuato parallelismo non risulta intralciare, comunque, l'operatività di previsioni eccezionali frutto di scelte di rigore, volte a limitare la concessione delle misure alternative alla detenzione per gli autori di delitti indicizzati per una presunzione di pericolosità sociale, per cui l'individuata relazione richiede un'analisi sistematica[21], rappresentando l'art. 656 c.p.p. un anello di congiunzione rispetto al complesso delle norme di ordinamento penitenziario, che canalizza «l'immediata "metamorfosi" della pena detentiva in misura alternativa»[22]. Ciò comporta che, in presenza di disposizioni derogatorie riservate a reati di particolare gravità e condizionate da fattori emergenziali che prevalgono sui criteri di carattere generale, la procedura sospensiva subisca un riadattamento, traslando le sue regole sulle previsioni di natura eccezionale, verso le quali la stessa proietta la propria funzione ausiliaria, giacché riveste un «ruolo strategico di raccordo fra sistema esecutivo e regime penitenziario»[23].

Anche la Corte costituzionale ha individuato, di recente, una posizione ancillare dello strumento esecutivo in rapporto alle disposizioni penitenziarie globalmente considerate, utilizzando l'eloquente struttura sintattica del parallelismo per affermare che, «così come la sospensione dell'ordine di esecuzione,

---

[19] Fra i contributi più recenti, anche ai fini di una stima del fenomeno, v. SIRACUSANO, *Tra libertà sospesa e carcerocentrismo sanzionatorio. Verso un nuovo paradigma della pena?*, in *Arch. pen. web*, 2026, 2, 11 ss. In una prospettiva di riforma, v. DELLA BELLA, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 212.

[20] Sull'automatica dilazione della sanzione attraverso l'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione per le pene detentive brevi, aspre sono state nell'immediatezza della riforma del 1998 le critiche della dottrina: in tal senso, v. DELLA CASA, *Commento all'art. 1 della legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Leg. pen.*, 1998, 4, 764 ss.

[21] Sulle connessioni concettuali tra le disposizioni sia del sistema penale strettamente inteso che dell'intero ordinamento giuridico, si rinvia a DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1088 ss. (in part. 1091 s.).

[22] VIGONI, *Il pubblico ministero e l'esecuzione della pena detentiva*, in *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*[7], a cura di Corso, Milano, 2019, 520.

[23] *Ivi*, 518.

di cui all'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., è istituto di natura "servente" rispetto alla richiesta di misure alternative alla detenzione, allo stesso modo il divieto di sospensione, di cui al comma 9, lettera a, della medesima disposizione è condizionato dalla presunzione di pericolosità correlata all'inserimento di un determinato reato nel catalogo di cui all'art. 4-*bis* ordin. penit.»[24].

Il divieto di sospensione opera oggettivamente, nel senso che il pubblico ministero deve limitarsi a verificare se il delitto per cui sia intervenuta condanna irrevocabile rientri nell'alveo di piena del caotico art. 4-*bis* ord. penit., non rilevando ai suoi fini la *condicio sine qua non* a cui è subordinata la concessione del beneficio (concernente, a seconda della fattispecie coinvolta, la collaborazione con la giustizia, l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata ovvero la sottoposizione all'osservazione della personalità), oggetto di valutazione di esclusiva competenza del tribunale di sorveglianza[25]. Se il reato rientra fra quelli ostativi di cui all'art. 4-*bis*, non spetta al pubblico ministero competente all'emissione dell'ordine di carcerazione valutare, ai fini della sospensione dell'esecuzione, la sussistenza dei presupposti per l'ammissione ai benefici penitenziari, dovendosi limitare a constatare la presenza del titolo ostativo[26].

La sospensione dell'esecuzione (art. 656, co. 5 c.p.p.), pur rappresentando un dovere per l'organo dell'accusa che vi provvede *ex officio*, continua a configurare una deroga alla regola carcero-centrica dell'ordine di esecuzione/carcerazione di una sentenza di condanna irrevocabile a pena detentiva,

---

[24] Corte cost., 5 maggio 2026, n. 68, cit., punto 6.1.1 del *Considerato in diritto*.

[25] Unanime è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, tra cui, *ex multis*, v. Cass., Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 358, secondo cui in tema di divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva in caso di condanna per un reato ostativo, il rinvio operato dall'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. ai delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. è volto solo ad individuare i reati ostativi alla sospensione, senza recepirne anche i presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari.

[26] Cass., Sez. I, 30 dicembre 2022, n. 49716; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 358; Cass., Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 14331, Rammeh, Rv. 255925; Cass., Sez. I, 2 aprile 2008, n. 16741; Cass., Sez. II, 15 aprile 2000, n. 1443, Saponaro, Rv. 215904. Subito dopo l'entrata in vigore della L. n. 165/1998, è intervenuta la Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 20, Griffa, Rv. 211467, dettando dei principi di diritto: in particolare, oltre ad affermarsi che le norme sulla sospensione dell'ordine di esecuzione hanno natura processuale e non sostanziale, si è qualificato come formale o non recettizio il rinvio operato dal codice di rito all'art. 4-*bis* ord. penit., per cui le eventuali modifiche o integrazioni sulla norma richiamata si ripercuotono automaticamente su quella richimante.

essendo limitata a evitare l'ingresso *intra moenia* del soggetto condannato a scontare pene relativamente brevi, purché questi – ed ecco qui che l'operatività della norma si contrae bruscamente – non sia detenuto, non si trovi cioè in stato di custodia cautelare in carcere e non abbia commesso uno degli innumerevoli reati per cui la sospensione è interdetta ai sensi dell'art. 4-*bis*, che ne restringe la portata applicativa[27].

3. *Gli atti sessuali con minorenne di minore gravità.* Già nell'immediatezza dell'approvazione della legge 1° ottobre 2012, n. 172 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa firmata a Lanzarote del 2007, sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), intervenuta, in realtà, subito dopo l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, il Giudice delle leggi[28] si è pronunciato sull'illegittimità degli artt. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. e 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. nel caso di condanna per il delitto previsto dall'art. 609-*quater* c.p., attenuato per la minore gravità del fatto, per cui non è possibile disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione né la concessione di misure alternative alla detenzione prima del decorso di un anno di osservazione intramuraria[29], a differenza di quanto è stabilito per il delitto di violenza sessuale di minore gravità *ex* art. 609-*bis*, co. 3 c.p.[30]. Per quest'ultimo reato, infatti, tale divieto non opera, per effetto dall'espressa clausola contenuta nell'ultima parte dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., ai sensi del quale «le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-*bis* del codice penale salvo che ri-

[27] Cass., Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 43117, cit.; Cass., Sez. I, 12 aprile 2000, n. 2761, D'Avino, Rv. 216598.
[28] Corte cost., ord. 26 febbraio 2013, n. 29.
[29] In realtà, secondo la giurisprudenza di legittimità, dalla lettura dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. non si ricava l'obbligatorietà di un'osservazione "intramurale", potendo procedere all'osservazione della personalità gli Uffici locali di esecuzione penale esterna (art. 72 ord. penit.) in collegamento con i Centri di servizio sociale (art. 117, co. 7 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). Proprio in questi termini, v. Cass., Sez. I, 1° marzo 2021, n. 8092, V.E., Rv. 246331. Si veda anche Cass., Sez. I, 18 maggio 2010, n. 18746, Monosi, Rv. 247457, riconducendo alla nozione di osservazione scientifica, utile per la valutazione eventualmente favorevole al condannato, anche periodi di custodia cautelare antecedenti alla condanna, o periodi trascorsi in regime di detenzione domiciliare presso una comunità terapeutica.
[30] Sull'impossibilità di procedere a un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ult. periodo ord. penit., v. Cass., Sez. I, 20 gennaio 2023, n. 2533, Rv. 284049-01.

sulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata»[31].
In quell'occasione, la Corte ha restituito gli atti al rimettente affinché li rivalutasse alla luce dello *ius superveniens*, confermando comunque che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione investa il delitto di atti sessuali con minorenne anche nella forma attenuata per la minore gravità del fatto[32]. Peraltro, già a una prima lettura dell'intervenuta riforma, il Giudice delle leggi ha riconosciuto che il *tertium comparationis*, scorto nel reato di cui all'art. 609-*bis*, co. 3 c.p., debba essere riconsiderato alla luce del (nuovo per allora) co. 1-*quinquies* dell'art. 4-*bis* ord. penit., per cui, se il fatto è commesso in danno di minorenne, la magistratura di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione *ex* art. 13-*bis* ord. penit.
Ciò dimostrerebbe come nelle ipotesi aggravate di violenza sessuale (art. 609-*ter* c.p.) il riconoscimento dell'attenuante richiamata non rileverebbe ai fini di un esonero dall'osservazione annuale della personalità di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*quater*, in quanto l'elemento discriminante è rappresentato dalla condizione anagrafica della vittima[33]. Il veto opererebbe anche qualora l'aggravante contestata sia stata ritenuta equivalente o addirittura subvalente rispetto all'attenuante della minore gravità, poiché il giudizio di comparazione incide solo *quoad poenam*, ma non rileva ai fini della tipizzazione della condotta dell'agente, che rimane connotata da una specifica pericolosità sociale[34]. È anche vero che una simile interpretazione *in malam partem* potrebbe risultare contraria all'intenzione del legislatore, che, laddove ha immaginato di blindare delle aggravanti rispetto al criterio generale sul bilanciamento (art. 69, co. 4 c.p.)[35], non ha esitato a farlo[36]. La diminuente del fatto di lieve gravità ha

[31] Cass., Sez. I, 24 aprile 2014, n. 20373; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2013, n. 2283.
[32] Conforme in tal senso anche la giurisprudenza di legittimità, fra cui v. Cass., Sez. I, 13 settembre 2022, n. 2533.
[33] In senso contrario si è espressa, invece, la giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. I, 6 ottobre 2020, n. 27724, in cui, dopo aver spiegato la diversità dei contenuti applicativi dei commi 1-*quater* e 1-*quinquies*, ritenuti avvinti da un rapporto di complementarietà piuttosto che di specialità, si è affermato che, nel caso di riconoscimento dell'attenuante della minore gravità per il delitto di violenza sessuale, l'ordine di esecuzione della pena dovrà comunque essere sospeso anche se il reato sia commesso (nel caso di specie anteriormente alla L. 69/2019) in danno di minore di età e a prescindere dalla scelta del reo di partecipare al programma trattamentale volontario di cui all'articolo 13-*bis* ord. penit.
[34] Sul tema, v. FILIPPI-SPANGHER-CORTESI-CHELO, *Manuale di diritto penitenziario*[6], Milano, 2025, 201.
[35] Si veda Corte cost., 18 aprile 2014, n. 106, che si è pronunciata sulla legittimità dell'art. 69, co. 4 c.p., nell'ambito del bilanciamento tra circostanze eterogenee, in riferimento al divieto di prevalenza della

proprio lo scopo di riequilibrare il trattamento sanzionatorio che, per l'entità della pena edittale improntata a eccezionale asprezza, può rivelarsi sproporzionato rispetto a condotte che si caratterizzano per lesioni di minore intensità di quelle prese di mira dal legislatore e alle quali rimangono avvinte da un c.d. vincolo di rubrica[37]. Per questa ragione, ove le attenuanti speciali richiamate nella fattispecie incriminatrice (e solo quelle) siano riconosciute nel processo di cognizione e incidano di fatto sul calcolo della pena, prevalendo su eventuali aggravanti o anche solo azzerandole, dovrebbe ritenersi operante la previsione che estromette espressamente il reato di violenza sessuale dal regime ostativo.

Ma, forse, il quesito da porsi è un altro e non riguarda la possibilità o meno di bilanciare formalmente circostanze eterogenee, ma di analizzare la *ratio* di queste, in particolare lo spazio applicativo dell'attenuante della minore gravità del fatto, da interpretare non solo alla luce delle componenti materiali, ma di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato[38].

Secondo l'esegesi fornita dalla Suprema Corte, la sussistenza di un solo indice di conclamata gravità può essere sufficiente per negare la concessione dell'attenuante in esame[39]. In presenza di componenti circostanziali che si denotano per particolare e indiscussa gravità, l'attenuante in esame si neutralizza

---

circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis*, co. 3 c.p. sulla recidiva reiterata *ex* art. 99, co. 4 c.p. Sull'applicazione della diminuente del fatto di lieve entità *ex* art. 311 c.p., prevista in relazione ai delitti contro la personalità dello Stato, invece, v., innanzitutto, Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, su cui si rinvia ai commenti di SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2393 ss., e SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso - troppo? – sul serio»*", in *Giur. cost.*, 2012, 2, 907 ss. Su questo tema, v. pure Corte cost., 8 luglio 2021, n. 143; Corte cost., 12 maggio 2023, n. 94, e, ancor più di recente, Corte cost., 16 ottobre 2025, n. 151.

[36] Cfr. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

[37] SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1377.

[38] Per una valutazione globale del fatto, non ci si può limitare alle sole componenti oggettive del reato, ma occorre estendere il giudizio anche a quelle soggettive e a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 c.p.: cfr. Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 8532; Cass., Sez. III, 7 settembre 2000, n. 9528. In senso contrario, invece, Cass., Sez. III, 14 luglio 2010, n. 27272, secondo cui gli elementi soggettivi di cui all'art. 133, co. 2 c.p., non rilevano ai fini della configurabilità dell'ipotesi di minore gravità del reato di violenza sessuale, non rispondendo la mitigazione della pena all'esigenza di adeguamento alla colpevolezza del reo e alle circostanze attinenti alla sua persona, ma alla minore lesività del fatto, da rapportare al grado di violazione del bene giuridico della libertà sessuale della vittima.

[39] Cfr. Cass., Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 52380; Cass., Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 6784, Rv. 266272; Cass., Sez. III, 25 maggio 2015, n. 21623, Rv. 263821.

automaticamente, non solo ai fini del calcolo della pena, ma già ai fini della qualificazione del fatto come lieve; pertanto, in mancanza di questo riconoscimento, la sospensione dell'esecuzione della pena si esclude *ab origine*. Non si tratta, tuttavia, di valutazioni astratte, richiedendosi una disamina globale dell'intero fatto-reato lasciata all'ampia discrezionalità del giudice. Come afferma la giurisprudenza, l'attenuante in oggetto potrebbe essere riconosciuta indipendentemente dalla giovane età della vittima[40], ove, da una valutazione complessiva della vicenda concreta, il fatto risulti essere di contenuta gravità[41]. Occorre determinare, innanzitutto, quale sia il grado di compressione del bene giuridico, comparando tra di loro gli elementi negativi e positivi, con riferimento al grado di coartazione esercitato e alle condizioni psicofisiche della vittima, pure in relazione all'età e al danno da questa subìto[42].

Il deteriore trattamento riservato nella norma di ordinamento penitenziario al condannato per il reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) – rispetto al quale la giovanissima età della vittima incida non a fini circostanziali, ma sulla struttura ontologica del reato, quale elemento caratterizzante del fatto tipico, imprimendo rilevanza penale a una condotta altrimenti lecita – non deriva necessariamente da un disallineamento del sistema, ma risulta essere il prodotto di una precisa (pur se non necessariamente condivisibile) scelta di politica penitenziaria, funzionale a bilanciare i diversi interessi in conflitto, pure in considerazione degli orientamenti consolidati presso la coscienza sociale.

---

[40] Cass., Sez. III, 24 novembre 2022, n. 8735. Vedi anche Cass., Sez. III, 8 novembre 2013, n. 45179. L'età del minore, tuttavia, se di gran lunga inferiore al limite dei dieci anni, oltre ad essere elemento essenziale della circostanza aggravante di cui all'art. 609-*quater*, ult. co. c.p., si ritiene possa rappresentare un elemento concreto atto ad escludere la circostanza attenuante della minore gravità: così Cass., Sez. III, 6 settembre 2006, n. 29730. Al contrario, secondo Cass., Sez. III, 20 marzo 2001, n. 10936, il reato di cui all'art. 609-*quater* può essere circostanziato dalla diminuente del fatto di minore gravità, sia dall'aggravante degli atti sessuali su minore degli anni dieci, così che, ove concorrano entrambe le circostanze, il giudice di merito è chiamato a un giudizio di equivalenza o di prevalenza.

[41] Secondo Cass., Sez. III, 21 aprile 2015, n. 16616, il compimento di atti sessuali attraverso mezzi telematici (e quindi in via meramente virtuale) non può ritenersi di per sé sufficiente per il riconoscimento dell'attenuante della minore gravità, in quanto in questo caso a un'innegabile minore compromissione della sfera fisica del minore non si accompagna automaticamente una compromissione psichica di minore gravità.

[42] Proprio in questi termini, v. Cass., Sez. III, 24 ottobre 2018, n. 48377, secondo cui, inoltre, il riconoscimento dell'attenuante della minore gravità prevista dall'art. 609-*quater*, co. 4 c.p. compete al giudice di merito, la cui valutazione si sottrae al sindacato di legittimità.

Questa politica legislativa si rivela, tuttavia, per certi aspetti, in controtendenza in relazione all'esigenza di garantire la persona rispetto al potere punitivo dello Stato[43] e di fornire una risposta sanzionatoria individualizzata e proporzionata al disvalore del fatto, che trascende dall'ambito di competenza del giudice di cognizione e si ripercuote nella fase di esecuzione della pena.

Nella recente pronuncia oggetto di studio – in un momento storico in cui l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio ben si confà a un sistema penale personalista[44], assurgendo al rango di principio costituzionale, quale risultato sintetico del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), della responsabilità penale personale e della funzione rieducativa della pena (art. 27 commi primo o e terzo Cost.)[45] –, la Corte costituzionale ha formalmente manifestato un cambiamento di paradigma al passo con i tempi, fornendo una lettura "dinamica" delle previsioni normative[46]. Abbandonando ormai da tempo la rigorosa scelta del *self restraint*[47] e mostrando maggiore sensibilità al tema della proporzionalità della pena[48], ha ritenuto irragionevole escludere la sospensio-

[43] Su quest'aspetto, v. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *DisCrimen*, 31 ottobre 2018, 316.

[44] La personalizzazione della risposta punitiva si manifesta anche attraverso il pluralismo sanzionatorio in una dimensione *extra* detentiva, pure di tipo solidaristico-riparativa, funzionale ad assolvere a scopi prevalentemente deflativi.

[45] Sul tema, v. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020; ID., *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Sist. pen.*, 31 maggio 2023. Questi temi sono già stati anticipati in modo pionieristico da DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 35.

[46] In senso critico su quest'argomento, v. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021, 3, 97.

[47] L'opera di *self restraint* derivava dalla preminenza riconosciuta al principio di riserva di legge (art. 25, co. 2 Cost.) e dal timore che attraverso un intervento ablativo si potessero produrre vuoti di tutela. Sull'argomento, v. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 970; BRUNELLI, *La Corte costituzionale vorrebbe ma non può sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 1, 181 ss.; PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., p. 321; PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 785 ss.

[48] In merito all'evoluzione giurisprudenziale sul principio di proporzionalità della pena, si rinvia a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e* costituzionale, Torino, 2021; ID., La *proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025; nonché a PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena*, *ivi*, 9 settembre 2024.

ne dell'esecuzione della stessa sulla base del mero titolo del reato rispetto a fattispecie di cui si sia accertata la minore gravità. Tale disciplina fondata su automatismi catalogatori e presunzioni di pericolosità sociale è risultata, nello specifico, in contrasto proprio con il principio di eguaglianza e con la funzione rieducativa della pena[49].

La mera qualificazione giuridica del fatto, di per sé sintomatico di particolare allarme sociale, dà vita, infatti, a una presunzione assoluta non vincibile nemmeno qualora il condannato non dovesse rappresentare un rischio per la collettività, per essergli stata inflitta una pena breve, pure molto al di sotto della soglia edittale, che legittimerebbe l'accesso immediato a misure alternative senza dovere passare dal carcere.

A parere della Corte, l'irragionevolezza della preclusione è data anche, in una logica comparativa, dal diverso trattamento riservato al reato di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* c.p., contrassegnato da un'identica pena edittale riducibile per l'analoga diminuente della minore gravità, il cui riconoscimento integra un sufficiente titolo di esenzione dalle previsioni ostative (art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ult. per. ord. penit.).

Il reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. non soggiace semplicemente alla stessa cornice sanzionatoria prevista per la fattispecie che lo precede, ma rimanda formalmente alla pena di questa, con la quale condivide il nucleo centrale vertente sulla nozione di "atti sessuali", ma dalla quale si differenzia per la condotta tipica, caratterizzata dalla natura consensuale degli atti sessuali[50]. Il consenso della persona offesa, non espressamente menzionato, è ricavabile in

[49] In senso contrario si era mostrata, invece, fino a questo momento la giurisprudenza di legittimità, secondo cui il divieto di sospensione dell'esecuzione per riservato al condannato per atti sessuali con minorenne a cui sia riconosciuta la circostanza della minore gravità e non anche ai condannati per il delitto di violenza sessuale parimenti attenuato non determina un'irrazionale discriminazione, trattandosi di situazioni non comparabili, per via della condizione soggettiva della persona offesa. Di conseguenza, a fronte dell'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore, la differenziazione di disciplina non appare irragionevole *ex* art. 3, co. 1 Cost.: così Cass., Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 41958. Inoltre – sempre a parere della Suprema Corte – la fissazione di un tempo minimo di osservazione, maggiore rispetto a quello previsto per gli altri condannati, è volta ad assicurare una verifica completa della personalità del reo e l'adeguata valutazione del suo percorso riabilitativo e rieducativo, nel rispetto della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3 Cost.: cfr. Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23822, Rv. 279444-01; Cass., Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 41958, Rv. 245079-01.

[50] Sul tema, si rinvia a CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023.

negativo dalla clausola di riserva[51], ai sensi della quale l'art. 609-*quater* c.p. opera «al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo [609-*bis*]». Trovandoci, però, in presenza di un soggetto passivo non in grado di esprimere consenso al rapporto sessuale per via della giovanissima età, una manifestazione di volontà, ove venisse formalmente espressa, sarebbe ritenuta viziata e non in grado di eludere l'antigiuridicità del fatto, potendosi solo valutare al fine del riconoscimento della circostanza attenuante della "minore gravità"[52].

Non è quindi la *sussistenza* del consenso della vittima a contraddistinguere questa figura delittuosa, bensì l'*assenza* di violenza, minaccia e abuso di autorità, ovvero di abuso dell'inferiorità psico-fisica della persona offesa o di inganno da parte dell'autore della condotta incriminata. Ciò dimostra l'eterogeneità del bene giuridico tutelato, consistente nella libertà sessuale per il delitto di violenza sessuale e nell'integrità psico-fisica del minorenne nell'altro caso[53], bene quest'ultimo che rende la fattispecie speciale certamente diversa dalla generale, pur se non necessariamente più grave di questa, ma tutt'al più parimenti offensiva in considerazione dell'identità del trattamento sanzionatorio e dell'attenuante a effetto speciale della minore gravità.

Sui reati per cui vige il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, la Corte ha già in passato riconosciuto, attraverso un approccio analogico rispetto ad altri per cui questo divieto non opera, l'«illogicità di una disciplina più sfavorevole per chi sia condannato per un reato meno grave, pur se contiguo dal punto di vista criminologico»[54].

---

[51] Cfr. BERTOLINO, *La tutela dell'intangibilità e della libertà sessuale del minorenne*, in *La giustizia penale minorile*, a cura di Bertolino, Torino, 2026, 191.

[52] Cfr. Cass., Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 52380, cit.; Cass., Sez. III, 25 luglio 2011, M., Rv. 250626.

[53] In tal senso, v. Cass., Sez. III, 13 gennaio 2004, n. 29662. Secondo, invece, Cass., Sez. IV, 30 ottobre 2024, n. 46261, il bene giuridico tutelato nell'art. 609-*quater* c.p. è «il corretto sviluppo della personalità del minore». Di quest'opinione, già Cass., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 38084. Per una visione più ampia, si rinvia a BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2000, 25 ss.

[54] Corte cost., 20 gennaio 2023, n. 3, cit., punto 3.3, 4° cpv., del *Considerato in diritto*, in tema di incendio boschivo colposo *ex* art. 423-*bis* c.p., oggetto di preclusione, diversamente rispetto ad altri delitti colposi certamente più gravi. Negli stessi termini anche Corte cost., 1° giugno 2016, n. 125, cit., in materia di furto con strappo *ex* art. 624-*bis* c.p., posto a confronto con il reato di rapina non aggravata, in cui può sfociare proprio il reato censurato in caso di reazione della vittima. Diverse sorti ha avuto, invece, la fattispecie di furto in abitazione: la Corte cost., 27 settembre 2019, n. 216, ha ritenuto, infatti, immune da censure sotto il profilo costituzionale il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di cui all'art. 624-*bis*, co. 1 c.p., su cui si rinvia al saggio di FIORE,

Una valutazione comparativa limitata alle pene edittali può risultare, tuttavia, incongrua e riduttiva, giacché la gravità del reato non si traduce necessariamente in termini *quantitativi*, ma si esprime attraverso scelte politiche, che, pur potendo ripercuotersi almeno indirettamente sulla sanzione, trovano forma nei risultati espressi in termini *qualitativi* relativi alla natura del bene giuridico leso. L'errore sta quindi nella ricerca del termine di paragone, funzionale a cercare di misurare con lo stesso metro di giudizio grandezze che, pur apparentemente simili, potrebbero risultare disomogenee e ontologicamente lontane. Non a caso, lo stesso Giudice delle leggi, quando ancora si manteneva prudente nell'accogliere simili eccezioni di incostituzionalità, affermava non sussistessero «strutture ontologiche delle condotte criminose tali da vincolare il legislatore a valutarle allo stesso modo»[55], e che, qualora queste fossero ravvisabili, «rimarrebbe pur sempre salva la libertà del legislatore di valutare giuridicamente le medesime in maniera coerente alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici»[56].

Può risultare conforme, comunque, a questo ragionamento il ripensamento della Corte costituzionale in merito agli automatismi preclusivi gravanti sul delitto di atti sessuali con minorenni di minore gravità, riconducibile al cambio di paradigma del principio di proporzione che, utilizzato inizialmente quale parametro di misurazione della risposta penale a tutela delle vittime minorenni, diviene adesso uno strumento di garanzia a protezione dei diritti dell'autore del fatto[57].

"Color che son sospesi" e quelli che mai lo saranno. Un breve percorso ad ostacoli nella giurisprudenza costituzionale sul comma 9 dell'art. 656 c.p.p., in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2024, 1, 14 ss. La questione di legittimità costituzionale è stata poi ripetutamente respinta, sempre rispetto a questo reato, con le ordinanze della Corte cost., 10 aprile 2020, n. 67, e Corte cost., 24 gennaio 2024, n. 14, pur ribadendosi – al fine di evitare il rischio che la valutazione del tribunale di sorveglianza sull'istanza di concessione dei benefici intervenga dopo che il condannato abbia interamente o quasi scontato la propria pena – l'opportunità che il legislatore intervenga a «rimediare alla incongruenza cui può dar luogo il difetto di coordinamento attualmente esistente tra la disciplina processuale e quella sostanziale relativa ai presupposti per accedere alle misure alternative alla detenzione, in relazione alla situazione dei condannati nei cui confronti non è prevista la sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., ai quali – tuttavia – la vigente disciplina sostanziale riconosce la possibilità di accedere a talune misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena».

[55] Corte cost., 26 marzo 1986, n. 62, punto 2 del *Considerato in diritto*.

[56] *Ibid.*

[57] Come afferma MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1459, la proporzionalità «si presta infatti a

È proprio questo l'aspetto da valutare, piuttosto che la pena astratta in sé considerata. A dimostrazione di quanto affermato, nel 2018, la Corte costituzionale in relazione a un altro delitto di natura sessuale punito con una pena di gran lunga meno severa rispetto a quello posto a confronto ha respinto l'eccezione di illegittimità. Ha dichiarato, infatti, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non si equipara al delitto di violenza sessuale di minore gravità (art. 609-*bis*, co. 3 c.p.) quello di corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* c.p.), ove sia ritenuto in concreto di minore gravità al pari dell'altro[58]. L'assimilazione delle due fattispecie è stata ritenuta incongrua, riferendosi quest'ultima a un soggetto passivo «minore di anni quattordici». Per tale ragione, il reato di corruzione di minorenne avrebbe meritato un raffronto non tanto con la fattispecie base di violenza sessuale, ma con l'ipotesi aggravata disciplinata dall'art. 609-*ter*, co. 1 n. 1, c.p., che si applica quando la condotta delittuosa è perpetrata «nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici». Nell'ipotesi di violenza sessuale aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p. non è esclusa, infatti, la necessità dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno, indipendentemente che sia o meno riconosciuta l'attenuante prevista dall'art. 609-*bis*, co. 3 c.p.[59] (v. par. prec.).

In quell'occasione, peraltro, la Corte richiama proprio il reato di atti sessuali con minorenne di minore gravità di cui all'art. 609-*quater*, co. 6 c.p., che meglio si presterebbe ad un'analisi comparativa, essendo anche per questo imposta l'osservazione scientifica annuale della personalità.

Alla luce delle riflessioni espresse, tale disomogeneità del *tertium comparationis* sarebbe stata ravvisabile pure rispetto al caso che ci occupa e cioè ai fini di un'equiparazione tra il delitto di atti sessuali con minorenne e quello di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* c.p., non essendo l'attenuante della minore gravità del caso a rappresentare l'elemento dirimente, bensì la particolare vul-

---

fare da puntello a percorsi argomentativi antitetici a seconda della selezione delle premesse del ragionamento, della individuazione dei valori da difendere e degli obiettivi da perseguire».

[58] Corte cost., ord. 12 giugno 2018, n. 3.

[59] In questo senso, v. Cass., Sez. I, 11 novembre 2010, n. 42309; Cass., Sez. I, 3 giugno 2010, n. 30497; Cass., Sez. I, 13 maggio 2010, n. 20896.

nerabilità della persona offesa derivante dall'età.

Se i reati sessuali sono commessi nei confronti di un infraquattordicenne, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che, ai fini di una corretta interpretazione della diminuente della minore gravità, deve valutarsi la vicenda nella sua interezza, in relazione ai mezzi, alle modalità esecutive, al grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle condizioni fisiche e mentali di questa, pure in rapporto all'età, così da potersi ritenere che il danno arrecato alla stessa, anche in termini psichici, sia stato significativamente contenuto[60]. Questo ragionamento, espresso in relazione alla fattispecie di atti sessuali con minorenne, ben si adatta al delitto di violenza sessuale aggravata per la giovane età della vittima (art. 609-*ter*, co. 2 c.p.). Ogniqualvolta il reato di natura sessuale sia commesso in danno di un minore d'età, indipendentemente che lo specifico stato anagrafico si rifletta sul titolo del reato o sulla forma circostanziata, al fine di valutare l'effettivo disvalore del fatto, la distinzione fra rapporto sessuale completo e atti di libidine – che ha reso necessaria la "valvola di sicurezza" della minore gravità[61] – non si rivela risolutiva, giacché

[60] Cass., Sez. III, 7 novembre 2025, n. 36346; Cass., Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 46461; Cass., Sez. IV, 21 settembre 2017, n. 43458.

[61] Si veda già, Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit., con cui si introduce l'espressione, ormai celebre, "valvola di sicurezza" con riferimento all'attenuante della minore gravità rispetto al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, punito *ex* art. 630 c.p. con l'elevatissima pena di venticinque anni di reclusione, fattispecie in cui – per l'ampiezza del dettato normativo – sono riconducibili condotte marcatamente dissimili, che si caratterizzano per il diverso disvalore. Sempre con riferimento a delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, v. Corte cost., 18 luglio 2019, n. 188, con cui si è, invece, respinta l'eccezione di illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui non esclude dal catalogo dei reati ostativi il reato di cui all'art. 630 c.p., rispetto al quale sia riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità (introdotta nel 2012), ritenendo che questa incida solo sul calcolo della pena, ma non anche sulla considerazione del particolare allarme sociale imputabile alla fattispecie, che continua a richiedere un trattamento più rigoroso in fase esecutiva. Su questa sentenza si rinvia al commento di FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4*bis *ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1734 ss. L'attenuante della minore gravità, funzionale a mitigare la pena per le ipotesi di reato meno gravi, nel rispetto del principio di proporzionalità e della funzione rieducativa della pena, è stata poi utilizzata rispetto a fattispecie diverse, tutte caratterizzate da ampie formulazioni normative e, al contempo, da cornici edittali rigide ed elevate soprattutto nel minimo. Si veda, in proposito, in tempi più recenti, Corte cost., 2 dicembre 2022, n. 244, sul reato di sabotaggio (art. 167 c.p. militare di pace); Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, sul delitto di estorsione (art. 629 c.p.); Corte cost., 13 maggio 2024, n. 86, cit., sul delitto di rapina (art. 624 c.p.); Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., sul reato di produzione di materiale pornografico con l'utilizzo di minorenni (art. 600-*ter*, co. 1 c.p.); Corte cost., 20 giugno 2025, n. 83, cit., sulla deformazione o sfregio del volto (art. 598-*quinquies* c.p.); Corte cost., 29 dicembre 2025, n. 202, cit., sulla fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).

anche condotte comunemente meno offensive per la libertà sessuale non risultano necessariamente meritevoli di un trattamento sanzionatorio più contenuto, perdendo il fatto il connotato automatico di lieve entità[62].

Questo dimostrerebbe come la gravità del reato non possa essere desunta, secondo un asettico approccio comparativo, solo dall'entità della pena, respingendosi al contempo catalogazioni fondate sul *nomen iuris* non in grado di cristallizzare valori assoluti e vincolanti. Se già all'interno del fatto tipico siano riconducibili condotte atipiche dotate di disomogeneo disvalore, visto che «la tipicità [...] è anche il risultato dell'interpretazione»[63], figurarsi se si prova ad assimilare fattispecie diverse, tra le quali la similitudine è eventualmente operabile tra i "contenitori" (legali), ma non tra i "contenuti" (fattuali).

Come avviene anche in ambito cautelare, ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere, molti dei delitti richiamati nell'art. 275, co. 3 c.p.p., pur nel loro indubbio disvalore, come quelli sessuali di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p., sono comunque meno gravi, come si ricava già in termini edittali, di altri reati non inglobati nell'elenco, poiché rispondono a una precisa logica emergenziale, che ha avuto ripercussioni in ambito cautelare, sanzionatorio e penitenziario[64]. Se da un canto, quindi, anche qui la *ratio legis*

---

[62] Cfr. Cass., Sez. III, 2 luglio 2018, n. 29618. Anche secondo Cass., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 31927, la mera "tipologia" dell'atto sessuale compiuto con il minorenne non rappresenta un elemento sufficiente per concedere o negare l'attenuante.

[63] SOTIS, *Il cono d'ombra della proporzionalità, tra «episodi marcatamente dissimili» e «fattispecie tendenzialmente omogenee»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 3, 967.

[64] Trattasi del d.l. 29 febbraio 2009, n. 11, recante «*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*» (conv., con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38), derivante dall'incrementarsi di queste forme di criminalità. Sul tema, v. Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3 secondo e terzo periodo c.p.p. «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis*, co. 1, 609-*bis* e 609-*quater* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Su questa pronuncia, v. CASSELLA-MACRÌ, *Pericolosità sociale non presunta anche per le fattispecie di violenza sessuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 3, 559 ss. Sul tema, si rinvia, in particolare, a MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una "dottrina" sulla libertà personale nel segno del "minimo sacrificio necessario"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 4, 457 ss.; MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2013, n. 4; NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, 3 ss.

risponde a esigenze precise di politica criminale, in grado di legittimare l'inasprimento delle regole di trattamento cautelare personale in base al titolo del reato contestato, da cui scaturisce la presunzione astratta di reiterazione delittuosa[65], l'eventualità di una riduzione finale della pena in sede di merito rappresenta solo un argine momentaneo allo strabordare sanzionatorio, ma non una valvola sufficiente a sfiatare tutte le automatiche conseguenze a cascata operanti sulla base del mero titolo delittuoso, sia precedenti che successive alla sentenza di condanna.

4. *La "giustizia asimmetrica" della violenza sessuale circostanziata.* Il periodo di osservazione scientifica della personalità dei soggetti condannati per reati sessuali è stato inserito con la L. 38/2009 (di conversione, con modif., del d.l. 11/2009) e rimarcato con la l. 1° ottobre 2012 n. 172, di *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote del 2007*, che, modificando l'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., ha ampliato l'elenco dei delitti (ulteriormente esteso poi con la L. 69/2019) rispetto ai quali l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato ai risultati positivi di tale osservazione condotta per almeno un anno all'interno del carcere[66].
Il giudizio favorevole, spettante al magistrato o al tribunale di sorveglianza, deve essere espresso esclusivamente sulla base dell'osservazione annuale della personalità, che va condotta collegialmente e «*non ammette equipollenti*, in quanto solo tale valutazione consente il superamento della presunzione di pericolosità prevista per determinate categorie di delitti»[67]. L'é*quipe* incaricata di effettuare quest'osservazione è integrata dagli esperti *ex* art. 80, co. 4 ord. penit., specializzati in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, a cui si aggiungono mediatori culturali e interpreti.
Il tempo minimo di un anno, da cui sono esclusi periodi trascorsi in prece-

[65] Cfr. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011, 23.
[66] Sull'argomento, si rinvia a BERTOLINO, *Convenzioni, direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Torino, 2014, 49 ss.
[67] Cass., Sez. I, 7 novembre 2018, n. 12138; Cass., Sez. I, 14 maggio 2015, n. 13210, secondo cui non è stato considerato equipollente all'osservazione scientifica il percorso rieducativo intrapreso con successo dal condannato prima dell'esecuzione del titolo.

denza in sede extramuraria, è maggiore rispetto a quello previsto per gli altri condannati, essendo richiesta ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit. una verifica più completa della personalità, giacché «la valutazione del percorso riabilitativo trova giustificazione nella finalità rieducativa del vincolo»[68].

La preclusione non opera rispetto alla fattispecie base di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. se si riconosce l'attenuante della minore gravità del fatto, che integra una "valvola di sicurezza" non solo in sede di commisurazione della pena, in modo da favorire una graduazione proporzionata al fatto commesso, ma anche, in modo inedito, in prospettiva dei benefici penitenziari, indipendentemente dal risultato espresso in termini quantitativi nella fase di cognizione.

Come già accennato (v. par. prec.), tali benefici sembrano doversi escludere, tuttavia, se l'attenuante in esame concorre con circostanze di segno opposto di cui all'art. 609-*ter* c.p., che, pur potendo non incidere automaticamente sulla qualificazione del fatto come lieve, rileverebbero negativamente ai fini di una presunzione di pericolosità sociale dell'autore, inficiando così l'accesso alle misure alternative secondo le regole comuni. Siffatta soluzione esegetica è stata ribadita più volte dalla Cassazione, che ha chiarito i presupposti per poter beneficiare di misure alternative alla detenzione in caso di condanna per violenza sessuale aggravata *ex* art. 609-*ter* c.p., consistenti nell'osservazione annuale anche quando sia stata riconosciuta la circostanza attenuante della minore gravità di cui all'art. 609-*bis*, ult. co. c.p.[69].

Quest'interpretazione deriva da una rilettura logico-sistematica dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. pen. alla luce del co. 1-*quinquies*, frutto di successivo inserimento a opera della L. 172/2012, su cui la Corte costituzionale si è subito pronunciata[70]. L'esenzione dall'obbligo di preventiva osservazione annuale sarebbe riservata soltanto ai condannati per i reati di violenza sessuale cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis*, co. 3 c.p., ma non le aggravanti dell'art. 609-*ter* c.p. Nelle ipotesi aggravate si applica la regola generale rivolta ai reati sessuali nei commi 1-*quater* e 1-*quinquies* dell'art.

[68] Cass., Sez. I, 18 marzo 2022, n. 9228; Cass., Sez. I, 11 agosto 2020, n. 23822, Rv. 279444-01.
[69] Cass., Sez. I, 28 aprile 2023, n. 17899. Si tratta di un orientamento costante, in particolare, v. già Cass., Sez. I, 25 settembre 2019, n. 39985, Rv. 277487.
[70] Corte cost., ord. 26 febbraio 2013, n. 29, cit.

4-*bis* ord. penit., indipendentemente se sia stata o meno concessa un'attenuante, poiché in tal caso, prescindendosi dalla pena applicabile in concreto, il reato aggravato assume un diverso e maggiore disvalore che richiederebbe specifiche e non elusibili modalità di osservazione e trattamento.
Dopo quasi dieci anni, il Giudice delle leggi si è nuovamente espresso su questi temi, con la sentenza n. 33 del 2022[71], con cui ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui è previsto che i benefici penitenziari possono essere concessi al condannato per i delitti di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p. solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica annuale della personalità condotta collegialmente in regime detentivo. In quell'occasione, nonostante il riconoscimento della loro meritevolezza, le questioni sono state dichiarate inammissibili, «per una diversa ragione rilevabile *ex officio*, legata all'insufficiente descrizione della fattispecie concreta e al difetto di motivazione sulla rilevanza»[72].
Ad avviso del giudice *a quo*, la norma censurata avrebbe violato il principio di ragionevolezza-uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[73], poiché, attraverso un parametro temporale rigido e unitario, si preclude irrimediabilmente l'accesso ai benefici allorché la pena da espiare, anche se residua, sia inferiore a un anno, senza che si possa immaginare un'osservazione dalla durata più contenuta per valutare l'idoneità di una misura alternativa alla detenzione a favorire la rieducazione del reo e a prevenire il rischio della commissione di reati. Un anno di osservazione scientifica rappresenta, infatti, il tempo minimo, che non può essere ridotto, ma può essere prolungato ove lo si ritenesse necessario. Non risulta chiaro se detto termine decorra necessariamente dall'inizio dell'esecuzione della pena o se la durata minima di un anno possa raggiun-

[71] Corte cost. 15 febbraio 2022, n. 33.
[72] Corte cost., 15 febbraio 2022, n. 33, punto 3 del *Considerato in diritto*.
[73] Sulla ragionevolezza come criterio di controllo delle fattispecie penali, si rinvia a MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 218 ss.; ID., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 741 ss. Si veda anche BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1441 ss.; MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 1, 19 ss., sulla ragionevolezza come valvola di sicurezza del sistema.

gersi anche decurtando il periodo di osservazione disposto durante la custodia cautelare, qualora gli operatori specializzati abbiano effettivamente avuto in carico in detenuto prima del passaggio in giudicato della sentenza. A propendere per questa seconda eventualità, il richiamo operato nell'art. 4, co. 1-*quater* ord. penit. proprio al "detenuto" e non al "condannato"[74].

Al di fuori da specifiche ipotesi aggravate derivanti dalla minore età della persona offesa (art. 609-*ter* c.p.), che richiedono una disciplina apposita riconducibile sia all'elevato disvalore delle condotte realizzate che alla pericolosità sociale dell'autore, l'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. potrebbe determinare una disparità di trattamento tra gli autori dei reati di violenza sessuale e quelli di altre fattispecie contraddistinte anch'esse da particolare gravità, i quali possono accedere alle misure alternative sulla base di un'osservazione scientifica della personalità che non sottostà a simili restrizioni temporali.

Sempre ragionando in una logica di sistema, le limitazioni rivolte al delitto di violenza sessuale aggravato *ex* art. 609-*ter* c.p. vengono rimarcate in caso di processo penale a carico di imputati minorenni relativamente all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova ai sensi dell'art. 28, co. 5-*bis* c.p.p.[75], rispetto al quale le previsioni ostative rimangono scalfite unicamente se il fatto risulti essere di minore gravità. La Corte costituzionale, infatti, poco dopo avere respinto l'eccezione di illegittimità della norma e riconosciuto espressamente che con tale disposizione il legislatore detta «una presunzione *iuris et de iure* di gravità delle condotte associate a detti reati, tale da impedire qualsiasi possibilità che il minore – a di là delle circostanze concrete delle condotte poste in essere e prescindendo dalla valutazione sulle sue effettive possibilità di recupero e di reinserimento sociale – venga sottratto al circuito processuale, volto all'accertamento della responsabilità e, eventualmente, all'irrogazione della pena»[76], ha parzialmente accolto la questione. Ha ritenuto, infatti, irragionevole precludere in termini automatici la messa alla prova

[74] Cfr. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e* stalking, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8, 958. Rispetto alle opinioni contrarie, si rinvia a CARACENI-CESARI, sub *art. 4*-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*[8], a cura di Della Casa-Giostra, Padova, 2019, 78 s.

[75] Questo comma è stato inserito, in sede di conv., dall'art. 6 del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. in L. 13 novembre 2023, n. 159.

[76] Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 8.

ove questi reati siano di minore gravità, riconoscendo peraltro, senza lasciare all'interprete la soluzione del caso, come tale attenuante sia «astrattamente riferibile anche alle ipotesi circostanziate previste dall'art. 609-*ter* del medesimo codice in rapporto al grado di compromissione del bene giuridico tutelato, alle modalità esecutive e alla considerazione globale del fatto»[77].

Tornando alle questioni relative alle ripercussioni delle settorializzazioni in sede esecutiva – che ormai risultano estranee agli autori minorenni –, è proprio alla luce delle suindicate valutazioni concrete suggerite dalla Corte che vanno analizzate le ipotesi aggravate di violenza sessuale a danno di minorenni, per cui si dovrebbe distinguere in base all'età dell'offeso, non solo ai fini del calcolo della pena, ma pure in merito ai benefici penitenziari. Una considerazione autonoma meriterebbe, infatti, l'aggravante dell'art. 609-*ter*, co. 2 c.p., qualora il reato sia commesso a danno di un minore di anni quattordici. La tutela privilegiata riservata agli infraquattordicenni va analizzata parallelamente alle previsioni delle fattispecie delittuose di cui agli artt. 609-*quater* e 609-*quinquies* c.p., rispetto alle quali la specifica soglia d'età della vittima rappresenta un elemento costitutivo del fatto tipico, che fa sì che i condannati per questi reati, anche se di minore gravità, possano non essere esonerati dall'osservazione annuale della personalità.

Diverso regime richiederebbero, invece, le ipotesi aggravate di cui all'art. 609-*ter*, co. 1 n. 5 c.p., in cui sono menzionate le vittime di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni. In tal caso, ove si tratti di condotte sessuali qualificabili come atti di libidine, per le quali è riconoscibile la minore gravità del fatto pure in considerazione della moderata differenza d'età tra autore (che potrebbe essere anche un diciottenne) e vittima (prossima al raggiungimento della maggiore età), andrebbe applicata nella sua interezza, senza interpretazioni restrittive, la deroga sancita nell'ultimo periodo del co. 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit., ai sensi del quale le previsioni ostative si estendono al delitto previsto dall'articolo 609-*bis* c.p., «salvo che» si applichi la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.

[77] Corte cost., 29 dicembre 2025, n. 203, cit., punto 15 del *Considerato in diritto*. Su questi aspetti il Giudice delle leggi è tornato nuovamente, limitandosi però a ribadire quanto affermato: Corte cost., 24 giugno 2026, n. 110, cit.

In realtà, proprio con riferimento al rapporto sussistente in concreto tra autore e vittima, alla differenza di età fra i due e al loro livello di maturazione, andrebbe riconsiderata l'analogia tra il delitto di violenza e quello di atti sessuali con minorenne e riconosciuto che la condotta, riconducibile astrattamente alla fattispecie tipizzata nell'art. 609-*quater* c.p., potrebbe rivelarsi non solo realmente meno offensiva di quella in grado di integrare il delitto di violenza sessuale, a sua volta attenuata per la minore gravità[78], ma talvolta addirittura non meritevole di considerazione penale[79].

Rispetto poi alle restanti aggravanti disciplinate nell'art. 609-*ter* c.p., è la stessa qualificazione del fatto come di minore gravità a risultare di difficile riconoscimento, indipendentemente se le condotte incriminate consistano in un rapporto sessuale completo o in atti di libidine, per il particolare disvalore che connota la condotta. Si pensi, in particolare, alle ipotesi previste nei nn. 1 e 2, qualora il fatto sia commesso «nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore», ovvero «con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa», nonché nei nn. 5-*sexies* e 5-*septies*, «se il fatto è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave», pure di natura psicologica, o, addirittura, «se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore», situazioni rispetto alle quali – per la particolare gravità della condotta – si rivela del tutto irrilevante la specifica età di quest'ultimo.

Una limitazione automatica ai benefici penitenziari derivante dall'applicazione di una delle circostanze aggravanti disciplinate nell'art. 609-*ter* c.p. renderebbe vana la clausola di salvezza prevista nell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ult. per. ord. penit.

Ciò si è reso più evidente con l'inserimento dell'ulteriore aggravante di cui all'art. 609-*ter*, co. 1 n. 5-*ter*.1 c.p. a opera della L. 2 dicembre 2025, n. 181,

[78] Cfr. Cass., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48320, Rv. 268571.

[79] Ricorrenti si presentano gli episodi di rapporti sessuali fra neo maggiorenni e tredicenni, in grado di integrare la fattispecie di atti sessuali con minorenne, ma nei fatti privi di rilievo penale, anche in considerazione delle dichiarazioni rese dai familiari dei soggetti coinvolti e della stabilità del rapporto affettivo tra i due. Accade, in questi casi, che l'autorità giudiziaria venga informata a seguito della denuncia dei sanitari che ricevono al pronto soccorso la minorenne, che si reca lì con il fidanzato per accertamenti, temendo di essere incinta.

sul femminicidio, applicabile qualora il fatto sia commesso «come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali». Si tratta di un fatto criminoso la cui gravità è indicizzata dal movente o presunto tale, di difficile accertamento processuale, fondato su identikit personologici basati su dati precostituiti. Fatta eccezione per la specificità della motivazione delittuosa dettata dalla volontà di istaurare o ripristinare una relazione affettiva, più facilmente riscontrabile e meno soggetta a valutazioni meramente intuitive, ma parimenti opinabile in una graduazione valoriale, è difficile immaginare una violenza sessuale che non presenti un movente di odio, discriminazione o prevaricazione nei confronti della vittima[80], indipendentemente dal genere sessuale. In quest'ultimo caso, l'ampiezza di elementi valutativi rimessi a stereotipi fondati su logiche presuntive comporta il rischio di ritenere sempre integrata l'aggravante in esame[81], rispetto a un reato, la cui maggiore offensività non è riconducibile alle modalità della condotta concretamente realizzata né agli effetti prodotti sulla vittima, ma all'ipotetico procedimento motivazionale dell'autore[82]. La violenza sessuale (tanto più se di minore gravità) esercitata nei confronti di una donna non è necessariamente sintomatica di personalità deviante o di disturbi parafiliaci in grado di rendere automaticamente necessaria per l'autore del fatto un'osservazione scientifica della personalità più approfondita di quella rivolta a chi realizza analoga condotta in danno di un uomo o di un omosessuale.

Sempre con la novella del 2025, oltre a essere stato introdotto il delitto autonomo di femminicidio (art. 577-*bis* c.p.) e ricompreso fra i reati ostativi di terza fascia *ex* art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., sono state pure incluse nel

[80] Sui crimini che si caratterizzano per un movente d'odio o per un fine discriminatorio, si veda PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino, 2024.

[81] Si veda ROIATI, *Proliferazione dell'aggravante "di genere" strutturata sui requisiti relativi alla condotta di femminicidio e modifica in tema di attribuzione al tribunale monocratico*, in *Proc. pen. giust.*, 2026, Fascicolo straordinario – *Commento alla c.d. legge sul femminicidio* (legge 2 dicembre 2025, n. 181), 18 ss.

[82] Cfr. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?*, in *Sist. pen.*, 15 luglio 2025.

già vasto elenco altre fattispecie comunemente ritenute appartenere alla violenza di genere: trattasi di alcune ipotesi aggravate di maltrattamenti verso familiari o conviventi (art. 572, co. 2 e 3 c.p.), atti persecutori (art. 612-*bis*, co. 3 c.p.) e omicidio (art. 577, per le forme aggravate di cui agli articoli 576 co. 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, co. 1 n. 1 e co. 2 c.p.). In questo modo, per gli autori di reati appartenenti al corposo zibaldone normativo si rende necessaria l'osservazione annuale della personalità affinché questi possano accedere ai benefici penitenziari, sebbene alcuni di loro potrebbero non necessitare di una simile osservazione scientifica, avendo commesso delitti ancor meno sintomatici di quelli strettamente sessuali di uno stato patologico[83].
Questo ulteriore aggravio per il personale dell'amministrazione penitenziaria e per gli ulteriori professionisti che collaborano con questi nell'attività di osservazione e trattamento *ex* art. 80 ord. penit. induce a ritenere che le attività in esame si risolvano in un'ordinaria valutazione personologica che nulla aggiunga alla condizione detentiva, al di fuori dei tempi minimi di permanenza intramuraria.

5. *Osservazione annuale e trattamento psicologico per i* sex offenders *con vittime minorenni*. Come già accennato, la Corte costituzionale ha ritenuto «privo di giustificazione»[84] e quindi in violazione dell'art. 3 Cost. il diverso trattamento riservato al condannato per violenza sessuale di minore gravità (art. 609-*bis*, co. 3 c.p.), che può godere della sospensione della pena detentiva non superiore a quattro anni ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p., rispetto a quello rivolto all'autore di atti sessuali con minorenne sempre di minore gravità (art. 609-*quater*, co. 6 c.p.), che debba espiare invece subito una pena (anche residua) di un anno per sottoporsi all'osservazione scientifica della personalità (art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit.). Potendo essere, peraltro, il periodo di osservazione equivalente alla pena da scontare, al condannato in questione si precluderebbe del tutto l'accesso alle misure alternative, avendo questi già finito di scontare la pena all'esito del periodo di osservazione, con l'effetto

[83] Cfr. BRONZO, *Lezioni di diritto penitenziario*, cit., 79 s., che manifesta perplessità su questa parificazione di trattamento.
[84] Corte cost., 5 maggio 2026, n. 68, cit., punto 6.2.2, secondo cpv., del *Considerato in diritto*.

paradosso di rendere improcrastinabile il carcere proprio per le pene realmente brevi.

La differenza di trattamento riservata alle due fattispecie, pur se risulta ingiustificata da un punto di vista logico-valoriale, risponde per certi aspetti a una scelta di sistema. I beni giuridici tutelati negli artt. 609-*bis* e 609-*quater*, consistenti rispettivamente nella libertà sessuale e nel libero e armonico sviluppo della personalità del minore nella sfera sessuale, sono "analoghi" – come afferma la stessa Corte –, pur se non esattamente identici, nel senso che presentano delle affinità, avendo caratteristiche comuni attinenti alla sfera sessuali, ma si differenziano nella misura in cui il secondo possiede tratti caratterizzanti derivanti dalla tipologie specifiche di vittime coinvolte, in quanto appunto minorenni. Nei fatti è vero che il primo reato può rivelarsi molto più grave dell'altro per le modalità di realizzazione della condotta tipica, ma è anche vero che quest'ultimo risponde a un preciso schema assiologico finalizzato a garantire una maggiore tutela agli infraquattordicenni rispetto a chi agisca per soddisfare istinti pedofili, per cui, più dell'altro, può essere indice di perversione sessuale. Da un'analisi individualizzata dei protagonisti, tuttavia, il fatto concreto potrebbe fuoriuscire dal prototipo di reato e risultare, al contrario, oltre che di lieve offensività, addirittura l'inoffensivo, in ragione non solo della superficialità degli atti sessuali, ma soprattutto in virtù del rapporto sussistente fra i soggetti e del livello di maturità di ciascuno, nonché della loro differenza d'età[85]. Non può qualificarsi come pedofilo e ritenersi meritevole di valutazione della personalità un neo maggiorenne che intrattenga rapporti di sessuali con un adolescente prossimo al compimento del quattordicesimo anno.

Le previsioni ostative dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. vanno coordinate, peraltro, con le disposizioni dell'art. 13-*bis* della stessa L. 354/1975, per cui, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, all'osservazione annuale della personalità si aggiunge, ove il reato di natura sessuale sia commesso a danno di minorenni, un trattamento psicologico riabilitativo. Si è affermato, a tal riguardo, che osservazione annuale della personalità e trattamento psicologico *ex* art. 13-*bis* ord. penit. «dovrebbero rappresentare *un unicum*»[86], sussi-

[85] Come accaduto per il fatto da cui è scaturita la questione di legittimità, su cui v. *supra,* n. 1.
[86] CARACENI-CESARI, sub *art. 4*-bis, cit., 80.

stendo fra le due norme «un rapporto che non è di successione temporale, ma di reciproca e progressiva integrazione»[87]. Il trattamento specialistico, comunque, oltre a operare su base volontaria, rappresenta un requisito eventualmente integrativo che come tale opera non in alternativa, ma in misura supplementare all'osservazione annuale, rispetto alla quale rappresenta un addizionale supporto clinico individuale che non ha, diversamene dall'altra, un tempo di durata predefinito per legge. Le due attività si fondono solo nella misura in cui il risultato del trattamento psicologico (art. 13-*bis* ord. penit.) è valutato allo scadere dell'anno di osservazione e ne integra la valutazione finale (la relazione di sintesi) che l'équipe trasmetterà al tribunale di sorveglianza.
La modifica apportata all'art. 13-*bis* ord. penit. dall'art. 17, co. 1 della L. 69/2019, con cui si è ampliato il catalogo di reati previsti, ha creato un evidente disallineamento tra le ipotesi delittuose ivi enumerate, tra cui sono adesso incluse pure le fattispecie di maltrattamenti verso familiari o conviventi (art. 572 c.p.) e atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), e quelle, inizialmente coincidenti, richiamate nell'art. 4-*bis*, co. 1-*quinquies* ord. penit., riservato ai condannati per reati di violenza di genere commessi a danno di minorenni, per i quali il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza «valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-*bis* della presente legge».
Mentre l'osservazione scientifica della personalità è rivolta, secondo l'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit., agli autori di tutti i *sexual crimes*[88], ampiamente incrementati con la legge sul femminicidio e pressoché coincidenti con quelli elencati nell'art. 13-*bis* ord. penit., frutto dell'ultimo aggiornamento, il trattamento psicologico, invece, è un elemento aggiuntivo di valutazione, richiesto ai sensi del co. 1-*quinquies* dell'art. 4-*bis*, ai fini della concessione dei benefici

[87] Secondo CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 13, «nell'arco di tempo corrispondente all'anno, debbano svolgersi di pari passo e con continuità, sia l'osservazione che l'intervento trattamentale, senza necessariamente subordinare l'inizio di quest'ultimo al decorso del periodo di osservazione». Sul tema, v. anche MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di* stalking, cit., 958 ss.

[88] Il catalogo dei reati di cui al co. 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. è stato ampliato con la L. 69/2019 e poi con il d.lgs. 4 dicembre 2025, n. 185 (nota come "legge sul femminicidio").

penitenziari agli autori di reati sessuali perpetrati a danno di minorenni. Considerando, peraltro, che molti dei reati in esame sono proprio indirizzati a tutela di questi ultimi, quelli che sottostanno alla sola osservazione della personalità di cui al comma 1-*quater* rimangono una minoranza. I reati sessuali richiamati, tuttavia, quand'anche siano volti a tutelare i minori d'età, non scaturiscono sempre da un istinto sessuale pedofilo, bensì molto spesso da ragioni economiche, come accade per le fattispecie relative allo sfruttamento sessuale dei minorenni introdotte con la L. 3 agosto 1998, n. 269, rispetto alle quali il trattamento penitenziario andrebbe calibrato sulle diverse personalità coinvolte a vario titolo nella singola condotta delittuosa[89].

Per i condannati per i reati di violenza sessuale semplice (art. 609-*bis* c.p.) o di gruppo (art. 609-*octies* c.p.)[90], la sottoposizione al trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno *ex* art. 13-*bis* ord. penit. è soggetta alla valutazione positiva del magistrato o del tribunale di sorveglianza ai fini della concessione dei benefici penitenziari solo se le condotte delittuose sono realizzate a danno di minorenni (art. 4-*bis*, co. 1-*quinquies* ord. penit.). Se questi reati sono commessi a danno di adulti, l'accettazione di sottoporsi a un programma di tipo psicologico di cui all'art. 13-*bis* ord. penit., pur non vincolando formalmente ai fini dei benefici, costituisce comunque un indicatore fondamentale ai fini della valutazione della pericolosità sociale dell'autore del fatto[91]. Il previsto programma di valutazione scientifica, quindi, pur non avendo carattere cogente, ma applicandosi su base volontaria, integra in concreto un elemento di giudizio. Mentre, infatti, la sottoposizione a esso può indirizzare verso una presa di consapevolezza del disvalore delle proprie azioni, una mancata adesione senza giustificato motivo può risultare sintomatica di assen-

[89] Cfr. CARACENI-CESARI, sub *art. 4-bis*, cit., 79; SCOMPARIN, *Con la differenziazione trattamentale dei sexoffenders confermato il ruolo degli psicologi nel contesto penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2013, 1, 87.

[90] Il condannato per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), rientrando pure nella categoria ostativa dei reati più gravi, dovrà sottostare, oltre all'osservazione scientifica della personalità, alle regole sulla collaborazione con la giustizia ovvero al rispetto dei requisiti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*bis*.1 ord. penit.

[91] In proposito, CARACENI-BERNASCONI, sub *art. 13*-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 175, definiscono questa previsione una «superfetazione normativa», giacché «dalla "offerta" esplicitata dall'art. 13 ord. penit. si sarebbe già potuta enucleare quella prevista dal (preteso) "nuovo" modello trattamentale, stante il principio di individualizzazione, che deve tenere conto dei peculiari bisogni del reo».

za di rielaborazione critica. Una specifica funzione di limitare il rischio di recidiva assume, invece, rispetto ai reati sessuali commessi in danno di minorenni, veicolandone in termini vincolanti l'accesso ai benefici premiali. Rappresenta poi un elemento trattamentale rispetto agli autori di condotte delittuose di natura abituale (art. 572 e 612-*bis* c.p.), non corrispondenti tendenzialmente a specifiche categorie personologiche, ma connotate da una natura dinamica di tipo evolutivo. Trattasi, infatti, dei c.d. "reati spia", che si contraddistinguono per un'*escalation* di aggressività e possono (ma non è detto che ciò accada) degenerare in delitti più gravi, anche di tipo sessuale, rientranti nel catalogo dell'art. 13-*bis* ord. penit.

6. *Per i reati ostativi scissione del cumulo e calcolo del presofferto.* La richiamata sentenza della Corte costituzionale del 2022 offre spunti per altre riflessioni[92]. Nella dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit. ha inciso, piuttosto che una valutazione nel merito della questione, la lacunosità dell'ordinanza di remissione, giacché nella stessa si era omesso di specificare a quale dei tre reati oggetto di condanna, consistenti in violenza sessuale aggravata, sequestro di persona aggravato e lesioni personali aggravate – solo il primo dei quali compreso fra quelli ostativi – fosse imputabile la frazione di pena residua che l'interessato doveva ancora scontare. La Corte, pure per porre fine al contrasto giurisprudenziale sussistente in merito al cumulo di pene inflitte per una pluralità di reati, dei quali solo alcuni ostativi ai benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit., ha rimarcato – richiamando l'ormai prevalente giurisprudenza di legittimità[93] – che i limiti impressi per singoli titoli di reato non

[92] Corte cost., 15 dicembre 2022, n. 33.

[93] In particolare, v. Cass., Sez. I, 20 luglio 2021, n. 28141; Cass., Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 11362, Rv. 28097; Cass., Sez. I, 7 aprile 2021, n. 1304; Cass., Sez. I, 8 marzo 2019, n. 35794, Farina, Rv. 276723; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2016, n. 6013, Papalia; Cass., Sez. I, 26 luglio 2016, n. 32419; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2014, n. 3130, Moretti, Rv. 262061. Tale orientamento è risultato prevalente – pur non riuscendo, in realtà, a consolidarsi – a seguito della pronuncia delle Sezioni unite: Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga in *Giust. pen.*, 1999, 2, 164. Tra la giurisprudenza di legittimità che ha sostenuto, invece, anche dopo questa decisione la tesi dell'inscindibilità, v. Cass., Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 11362; Cass., Sez. I, 13 settembre 2016, n. 51882; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 25046, Rv. 253335. In tempi più risalenti, invece, Cass., Sez. I, 6 agosto 1996, La Pedula, in *Riv. pen.*, 1997, 97; Cass., Sez. I, 26 gennaio 1995, Perrone, in *Giust. pen.*, 1995, II, 786.

coinvolgano la pena nella sua totalità, non rappresentando questa un'entità unitaria e inscindibile.

Già nel lontano 1994, infatti, il Giudice delle leggi aveva dichiarato che con la disciplina dell'art. 4-*bis* non si fosse voluto creare uno *status* di detenuto pericoloso destinato a permeare di sé l'intero rapporto esecutivo, a prescindere dallo specifico titolo di condanna concretamente in esecuzione[94]. Per questo motivo, occorre procedere allo scioglimento del cumulo delle pene, scorporando la pena inflitta per il reato ostativo e imputando a esso quella già scontata. In questo modo, ritenendosi scontata per prima la pena riferibile ai reati inseriti nella "lista di proscrizione", potrebbe venir meno l'impedimento alla fruizione dei benefici penitenziari[95].

Alla luce di queste pronunce, che continuano tuttavia a non rivelarsi dirimerti, non mancando tuttora decisioni di segno opposto[96], le misure alternative alla detenzione sarebbero applicabili ai condannati per i reati indicati nell'art. 4-*bis*, che abbiano già espiato per intero la relativa pena e stiano eseguendo quelle irrogate per reati non ostativi[97]. Procedere allo scioglimento del cumulo diventa, in realtà, necessario ogniqualvolta sia richiesta la separata considerazione dei titoli di condanna e delle corrispondenti sanzioni per l'applicazione di benefici penitenziari o comunque di istituti che producano effetti favorevoli al condannato, come avviene ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, co. 5 c.p.p.).

Tale principio è stato recepito e nel tempo ribadito più volte dalle Sezioni unite[98], che hanno affermato come sia il cumulo materiale (art. 73 c.p.)[99], scaturente dall'unificazione di pene concorrenti (art. 663 c.p.p.), che quello giu-

---

[94] Corte cost., 27 luglio 1994, n. 361.

[95] Sullo scioglimento del cumulo delle pene, alcune delle quali riferite a cosiddetti reati ostativi (art. 4-*bis* ord. penit.), ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione, v. Cass., Sez. I, 12 agosto 2025, n. 29469, in *Sist. pen.*, 15 settembre 2025, con nota di ALEMANNA, *Scioglimento del cumulo delle pene e sospensione dell'ordine di esecuzione*.

[96] Cass., Sez. I, 4 maggio 2026, n. 15973; Cass., Sez. I, 27 gennaio 2026, n, 3283; Cass., Sez. I, 24 luglio 2025, n. 27290.

[97] Corte cost., 27 luglio 1994, n. 361, cit.

[98] Cass., Sez. un. 30 giugno 1999, Ronga, n. 14, cit., che hanno elevato lo scioglimento del cumulo a «principio generale del sistema della esecuzione della pena». Tale decisione è stata poi ribadita da Cass., Sez. un., 14 luglio 2023, n. 30753, Zavettieri, Rv. 284820.

[99] Sul tema, v. BORTOLATO, *Cumulo materiale temperato e reati ostativi: le Sezioni unite risolvono il conflitto tra i diversi criteri di imputazione delle pene*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2023.

ridico, derivante dal riconoscimento della continuazione o del concorso formale di reati (art. 81 c.p.), danno luogo a un rapporto esecutivo unitario *pro reo* derivante dall'unicità della sanzione così ridefinita, che può essere reciso quando il procedimento di scissione sia funzionale alla concessione di benefici penitenziari o di misure alternative alla detenzione. È al fine di accertare l'esistenza dei requisiti di ammissibilità a questi istituti favorevoli al condannato che si deve procedere preliminarmente allo scioglimento del cumulo di pene tra reati ostativi e non ostativi, a seguito del quale si riterrà scontata per prima la pena più gravosa, che non consentirebbe l'accesso a detti benefici ove non fosse stata ancora eseguita.

In mancanza di questa possibilità di scissione si realizzerebbe un'inaccettabile diversità di trattamento tra soggetti sottoposti a un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo, e altri sottoposti invece a esecuzioni frazionate e indipendenti scaturenti dalle singole condanne, in contrasto con i principi costituzionali di ragionevolezza e uguaglianza[100].

Lo scioglimento del cumulo dovrebbe operare, in realtà, anche in un caso di pene unificate per reati appartenenti a fasce ostative diverse, che richiedono differenti requisiti di ammissione ai benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit.[101]. In particolare, in caso di cumulo delle pene previste per reati sessuali, che richiedono l'osservazione annuale della personalità, e reati ostativi di natura diversa, che presuppongono un differente requisito di accesso ai benefici penitenziari, ove il condannato abbia già maturato il periodo di osservazione scientifica, isolare il tempo trascorso per la prima tipologia di reati potrebbe rivelarsi a lui più favorevole.

Un'ulteriore possibilità da considerare riguarda la scissione del cumulo della pena di reati ostativi appartenenti alla medesima fascia, ma diversi per gravità e per bene giuridico leso, che sottostanno a requisiti premiali distinti. Può accadere, peraltro, che pure tra fattispecie offensive dello stesso bene giuridico siano ravviabili percorsi esecutivi differenti. Alcune, infatti, possono essere

[100] Cass., Sez. I, 1° agosto 2019, n. 35390. Sulla violazione del principio di eguaglianza con riferimento al sistema dell'esecuzione penale, v. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 259 ss.

[101] Cfr. ADORNO, *L'osservazione e il trattamento*, in *Manuale di diritto penitenziario*[4], a cura di Della Casa-Giostra, Torino, 2025, 53.

inserite contemporaneamente all'interno di più circuiti speciali, come avviene, rispetto ai reati a sfondo sessuale, per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), che sottostà, oltre alle prescrizioni specifiche dei delitti di genere di cui al co. 1-*quater* c.p., pure a quelle predisposte per reati di maggiore allarme sociale[102]. A quest'ultimo proposito, l'utilità dello scioglimento del cumulo potrebbe sussistere addirittura in caso di unificazione di pene concorrenti relative a condanne per reati rientranti nella stessa cornice di ostatività, come accade per i reati sessuali commessi a danno di minorenni, sui quali sono diversamente cadenzati i tempi di osservazione scientifica (art. 4-*bis*, co. 1-*quater* ord. penit.) e per i quali è valutato il programma di riabilitazione specifica *ex* art. 13-*bis* ord. penit. ai fini della concessione dei benefici (art. 4-*bis*, 1-*quinquies* ord. penit.).

Una questione differente, pur se strettamente connessa a quella trattata, concerne l'impossibilità di calcolare per i condannati per i reati dell'art. 4-*bis* ord. penit., ai fini del raggiungimento della soglia di pena funzionale ad attivare il meccanismo sospensivo, i semestri trascorsi a titolo di custodia cautelare in carcere ai fini delle detrazioni per liberazione anticipata *ex* art. 54 c.p. ai sensi dell'art. 656, co. 4-*bis* c.p.p.[103]. In ogni caso, preme sottolineare preliminarmente come, se al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione il condannato si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, si deroga alla sospendibilità del titolo esecutivo di cui all'art. 656, co. 9 lett. b) c.p.p., giacché da questa condizione può ricavarsi una presunzione di *periculum libertatis* del soggetto.

L'inequivocabile divieto di scomputo del presofferto è rimarcato nell'espressa e ulteriore eccezione alla regola generale apportata con il d.l. 4 luglio 2024 (conv. in L. 8 agosto 2024, n. 112), c.d. "decreto carcere", con cui, in particolare, è stato inserito il co. 10-*bis* dell'art. 656 c.p.p., ai sensi del quale, sempre «fermo il disposto dell'art. 4-*bis* [ord. penit.]», la pena indicata nell'ordine di

[102] Sulla possibilità che i due requisiti di accesso ai benefici penitenziari siano richiesti per questo reato in via alternativa, si interroga anche DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, cit., 217.

[103] Questo comma è stato introdotto dall'art. 1 del d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (conv. in L. 9 agosto 2013, n. 94), nell'ambito delle misure volte a fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario. Sul tema, vedi Cass., Sez. I, 11 luglio 2025, n. 32882; Cass., Sez. IV, 25 ottobre 2017, n. 48993, Rv. 271157.

esecuzione è calcolata computando le detrazioni previste per la liberazione anticipata, non solo quelle riconosciute per i semestri trascorsi in custodia cautelare, ma pure quelle potenziali riconoscibili in futuro sulla pena ancora da espiare, pur se non calcolabili sulla pena espianda ai fini della sospensione, giacché occorre che il soggetto partecipi effettivamente all'opera di rieducazione[104].

Per i reati di cui all'art. 4-*bis*, per via del divieto di scomputo automatico per il presofferto, la pena riferibile al reato ostativo non può dirsi integralmente scontata nemmeno qualora il condannato abbia tenuto durante la custodia cautelare una condotta meritevole di detrazione di pena per liberazione anticipata. Questa preclusione sembra contrastare apertamente con l'impostazione generale della liberazione anticipata, che, diversamente dagli altri benefici penitenziari, non vede limitazioni per i sottoposti al regime speciale dell'art. 4-*bis*, non prevedendosi in tal caso un percorso diversificato sulla base del titolo del reato. È, infatti, applicabile – ed è qui che si evidenzia «il germe di una possibile irragionevolezza»[105] – in stato di detenzione anche per il presofferto, ma non conteggiabile dallo stato di libertà al fine di evitare un seppur temporaneo ingresso in carcere. Tale passaggio è necessario per i condannati per reati sessuali sottoposti all'apposito procedimento *extra ordinem* per consentire l'osservazione scientifica annuale della personalità, da cui non sono decurtabili le detrazioni per liberazione anticipata dei semestri trascorsi in custodia cautelare, anche se il detenuto fosse stato oggetto di specifica osservazione della personalità da parte del gruppo di osservazione e trattamento *ex* art. 80 ord. penit. (v. *supra*, par. 4). L'avere già avviato o addirtutura esaurito da parte dell'équipe penitenziaria l'analisi e l'osservazione durante il periodo di custodia cautelare favorisce un acceleramento del raggiungimento del requisito temporale di un anno, purché si accerti che l'attività di

[104] Sul tema, v. Cass., Sez. I, 2 dicembre 2024, n. 44020.

[105] GATTA, *Scioglimento del cumulo di pene detentive concorrenti per reati ex art. 4* bis *ord. penit. ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione e alla liberazione anticipata per il presofferto: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 9 ottobre 2025. Sul tema si veda pure l'ordinanza commentata dall'A., con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, co. 4-*bis* ult. per. c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., relativamente all'ipotesi in cui la sanzione da eseguire sia determinata dal cumulo di pene per reati ostativi e non ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione: Cass., Sez. I, 6 ottobre 2025, n. 2406, Vinchiaturo, *ivi*.

osservazione sia avvenuta in maniera continuativa nel rispetto del periodo minimo e in assenza di defalcazioni di merito.
Al momento di emissione dell'ordine di esecuzione, conteggiare per i condannati *ex* art. 4-*bis* ord. penit. i periodi complessivi da portare in detrazione si rivela essere prematuro, non essendo il calcolo del presofferto utile a superare il limite invalicabile del divieto di sospensione. Nei confronti di questi soggetti la deduzione di pena non è indirizzata a scongiurare l'accesso in carcere, che risulta essere inevitabile, ma solo funzionale ad uscirne prima, anticipando appunto il fine-pena, ovvero a ottenere lo scioglimento del cumulo e a chiedere una misura alternativa. Una volta che la condanna è passata in giudicato e il soggetto fa ingresso in carcere – e qui emerge un'ulteriore contraddizione – può scomputarsi ai fini delle detrazioni per liberazione anticipata anche il periodo trascorso agli arresti domiciliari (equiparati alla custodia cautelare in carcere *ex* art. 284, co. 5 c.p.p.), purché il soggetto abbia rispettato le prescrizioni e mantenuto una regolare condotta in fase pre-esecutiva, in assenza di una valutazione diretta, ma attraverso un giudizio comportamentale extra carcerario.
Il pregresso comportamento del soggetto, tenuto pure non *in vinculis*, grazie al quale può aver maturato un "diritto di libertà", deve essere valutato in costanza di detenzione, a poco conta che il passaggio in carcere si possa rivelare inutile se non addirittura controproducente, giacché *condicio sine qua non* per esprimere un giudizio di meritevolezza orientato sulla condotta passata è la condizione detentiva attuale, che produrrà i suoi effetti positivi in futuro, più o meno prossimo. Trattasi, quindi, di una valutazione "ora per allora", non realmente retrospettiva, ma meramente prospettica.

7. *Conclusioni.* Il paradigma della minore offensività del fatto sta rappresentando uno strumento demiurgico di adeguamento delle storture sanzionatorie alla luce della valorizzazione della ragionevolezza della pena, per gli effetti sperequativi e desocializzanti prodotti da draconiane previsioni edittali non solo in sede di commisurazione, ma pure in fase di esecuzione della pena, all'interno di un sistema penale che viene periodicamente e nel suo complesso «epurato di garanzie ritenute ingombranti per una efficace strategia di con-

trasto alle forme di criminalità reputate più insidiose»[106].

Le aspettative riposte su questo versatile grimaldello potrebbero andare, tuttavia, disattese, ogniqualvolta lo strumento circostanziale servisse, non tanto a risanare un disequilibrio sanzionatorio giunto ormai a fasi parossistiche, ma, come cura palliativa, prudente e confortante, per cercare di tamponare scompensi del sistema e bilanciare contingentemente valori contrapposti, senza disattendere le istanze allarmistiche di difesa sociale. Accade, quindi, che le attenuanti della minore gravità, tanto più se strutturate a efficacia speciale e applicate ad alto dosaggio, rappresentino uno strumento compensativo per calmierare le pene di fattispecie dall'ampia portata applicativa, che possono così mantenere formalmente le rassicuranti e strategiche vette edittali[107]. Questo strumento, tuttavia, limitato al conteggio sanzionatorio, si rivela inadeguato in assenza di coerenti ripensamenti logico-sistematici, volti ad arginare nel complesso gli effetti ad ampio raggio e a lunga scadenza di previsioni normative dotate di un peso specifico di pericolosità sulla base del mero *titulus delicti*, derivanti da una un'inarrestabile tendenza alla categorizzazione, che produce automatiche ripercussioni sequenziali, anche in fase esecutiva.

La presenza dell'attenuante in esame non risulta sufficiente ad affrancare la fattispecie di riferimento dall'etichetta di pericolosità sociale apposta dal legislatore, finalizzata a imprimere alla stessa un trattamento penitenziario più rigoroso, indipendentemente dall'entità della pena inflitta con la sentenza di condanna.

In alcuni casi, un più immediato ed efficace controllo sulle scelte di politica criminale dovrebbe essere affidato al criterio ermeneutico di offensività, «quale tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo»[108], riconducibili a tipi d'autore, standardizzati su stereotipi di criminali,

---

[106] SIRACUSANO, *Crisi delle garanzie ed egemonia dell'efficientismo securitario nel processo penale*, in *Indice penale online*, 2026, 1, 3.

[107] In merito alla dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie, v. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 641 ss.; ID., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 49 ss.

[108] MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 99. Sul canone dell'offensività in chiave ermeneutica, v. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1518. Sulla

che mantengono questo stigma anche oltre il giudicato. Tra questi un ruolo di primo piano rivestono coloro che rientrano nella tanto generica quale spettrale veste di pedofili o presunti tali, talvolta solo per avere sforato dalle soglie anagrafiche tassativamente previste dalla legge e per essersi lasciati andare a condotte qualificabili solo come "licenziose", avendo realizzato cioè fatti conformi al tipo, ma inoffensivi.

Può accadere, quindi, che il problema da risolvere riguardi non soltanto il *quantum* della risposta sanzionatoria, rispetto a un comportamento il cui disvalore si discosti nettamente dal suo archetipo, ma già l'*an*, cioè le scelte di valore che si riflettono sulla stessa opportunità della pena, anche minima, ove il fatto, in apparenza tipico, si riveli in concreto, piuttosto che poco offensivo, proprio penalmente inoffensivo[109].

Al fine di non delegare al giudice comune scelte contingenti e unitarie[110], volte a circoscrivere l'area della tipicità, ma indirizzandolo a filtrare i giudizi di costituzionalità[111], ci si può affidare alla prudente supplenza della Corte costituzionale[112], affinché verifichi che il legislatore ordinario faccia un uso corretto della sua discrezionalità e, ove ciò non avvenga ovvero vadano anche solo rimodulati gli indici valoriali nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, sposti un po' in avanti la linea dell'orizzonte.

---

razionalità intrinseca delle incriminazioni basate sulla pericolosità sociale, in cui cioè il disvalore del fatto è rappresentato dalla mera qualifica soggettiva, v. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, *ivi*, 1571 ss.

[109] Sul controllo affidato al giudice comune dell'offensività in concreto, v. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 236 ss.

[110] Sulle scelte di criminalizzazione e sul controllo della Corte costituzionale, v., ampliamente RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020.

[111] Sul tema, si rinvia a MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019.

[112] Di prudenza deve trattarsi, così come di coerenza rispetto all'intero sistema penale, giacché altrimenti «l'intervento della Corte può risolvere una asimmetria, ma può generarne un'altra»: così, BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, cit., 1453.