

## **Divieto di avvicinamento nei reati di genere: un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale (173/2024)**

di **Marco Billi**

**Sommario:** **1.** La questione posta dal giudice *a quo*. – **2.** La decisione della Corte costituzionale: ricostruzione storica del divieto di avvicinamento. – **3.** La decisione della Corte costituzionale. – **4.** Profili problematici.

*In data 15.10.24, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 174/24, si è espressa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 282 ter commi 1 e 2 c.p.p., come modificato dall'art. 12 comma 1 lett. d), numeri 1 e 2 della legge 24 novembre 2023 n. 168 ("Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica").*

### **1. La questione posta dal giudice *a quo*.**

Il caso sottoposto all'attenzione del giudice *a quo* era relativo all'applicazione, nei confronti di una donna indagata per il reato di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p., della misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, con la prescrizione di mantenere da quest'ultima, e dai luoghi dalla stessa frequentati, una distanza di almeno m. 500 e con applicazione del braccialetto elettronico.

I Carabinieri delegati per l'esecuzione della misura avevano segnalato al G.I.P., in primo luogo, che non era concretamente possibile il rispetto da parte dell'indagata della distanza minima legale di m. 500 dalla persona offesa, attese le modeste dimensioni del centro abitato di riferimento, e, in secondo luogo, che nel luogo di residenza dell'indagata non era presente una copertura della rete mobile sufficiente a consentire il corretto funzionamento del dispositivo elettronico di controllo remoto.

Con ordinanza del 15.12.23, il G.I.P. del Tribunale di Modena sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 282 ter commi 1 e 2 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost, sotto un duplice profilo:

- nella parte in cui la norma indicata, disciplinando la misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, non consente al giudice, tenuto conto di tutte le specificità del caso concreto e motivando sulle stesse, di stabilire una distanza inferiore rispetto a quella di m. 500 prevista dalla legge;

- nella parte in cui la norma indicata prevede che, qualora venga accertata la non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, il giudice debba necessariamente imporre l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari, anche più gravi, senza una possibilità di valutazione circa la non necessità di applicazione, nel caso concreto, del braccialetto elettronico.

Con specifico riferimento alla rilevanza delle questioni sollevate, il giudice *a quo* evidenziava come le previsioni normative censurate, attesa l'impossibilità di esecuzione della misura cautelare disposta, avrebbero imposto l'applicazione di una misura più grave, eventualmente congiunta alla prima, della quale, tuttavia, non si ravvisava la necessità nel caso concreto.

In relazione, poi, alla non manifesta infondatezza delle questioni, il G.I.P. del Tribunale di Modena indicava i seguenti parametri costituzionali:

- l'art. 3 Cost., dal momento che le disposizioni censurate travalicano i limiti della ragionevolezza e della proporzione, intesi quali corollari del principio di uguaglianza, atteso che il carattere fisso e inderogabile della distanza minima di m. 500 dalla persona offesa e l'effetto di aggravamento della misura determinato dalla sussistenza di ostacoli tecnici al funzionamento del braccialetto elettronico, precludono al giudice la possibilità di tenere conto della gravità del fatto, della personalità dell'indagato e di tutte le particolarità del caso concreto (come, ad esempio, la peculiare conformazione del territorio, con specifico riferimento ai contesti urbani di più ridotte dimensioni);
- l'art. 13 Cost., sotto il profilo della riserva di giurisdizione sulle misure restrittive della libertà personale, in quanto sia l'estensione dell'area interdotta ("di rispetto"), sia le conseguenze, in termini di aggravamento, in presenza di ostacoli tecnici, sono stabilite dal legislatore "direttamente e indiscriminatamente".

## **2. La decisione della Corte costituzionale: ricostruzione storica del divieto di avvicinamento.**

La pronuncia in questione si segnala, oltre che per i profili di merito della decisione, per una puntuale ricostruzione "storica" degli interventi normativi che si sono succeduti nel corso del tempo con finalità di tutela dei soggetti deboli.

Nel ripercorrere, cronologicamente, gli interventi più significativi del legislatore per contrastare la violenza di genere ed i femminicidi e, più in generale, per la tutela dei soggetti vulnerabili, la sentenza in esame evidenzia come le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis c.p.p.) e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282 ter c.p.p.) costituiscono un punto di riferimento essenziale.

Le suddette misure cautelari, si osserva, costituiscono la trasposizione puntuale, nel nostro sistema normativo, dell'ordine di protezione europeo di cui al decreto legislativo 11 febbraio 2015 n. 9.

In particolare, l'art. 282 bis c.p.p., introdotto dall'art. 1 comma 2 L. 154/01 ("Misure contro la violenza nelle relazioni familiari"), che disciplina l'allontanamento dalla casa familiare, già introduceva, al secondo comma, la possibilità di un ordine aggiuntivo di non avvicinamento a luoghi determinati, abitualmente frequentati dalla persona offesa, nel caso in cui il giudice avesse ravvisato esigenze di tutela dell'incolumità della stessa o dei suoi prossimi congiunti.

In un secondo momento, il legislatore, avvertendo la necessità di estendere la sfera di protezione cautelare anche alle relazioni non fondate sulla condivisione tra le parti della casa familiare, ha introdotto il divieto di avvicinamento alla persona offesa (non più come ordine aggiuntivo all'allontanamento dalla casa familiare, ma) come misura cautelare autonoma, inserendo nel nostro ordinamento l'art. 282 ter c.p.p. (art. 9 comma 1 lett. a) del decreto-legge 23 febbraio 2009 n. 11, "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009 n. 38).

Lo stesso D.L. 11/09, come convertito, introduceva contestualmente la fattispecie di atti persecutori (art. 612 bis c.p.), in relazione alla quale trovava spiegazione la previsione, come misura cautelare autonoma, del divieto di avvicinamento alla persona offesa.

Con l'art. 15, comma 2, della legge 19 luglio 2019 n. 69 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere") venivano, poi, aggiunte, nella parte finale dell'art. 282 ter c.p.p, le parole: "***anche*** disponendo l'applicazione delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275 bis".

Per accentuare la funzione protettiva della misura, veniva, in tal modo, prevista la **possibilità** per il giudice di disporre, nell'emettere ordinanza applicativa della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, l'applicazione all'indagato di modalità elettroniche di controllo da remoto, come già previsto per gli arresti domiciliari.

Sul punto la sentenza in commento osserva che, in realtà, le modalità elettroniche di controllo previste per il divieto di avvicinamento alla persona offesa non sono totalmente sovrapponibili a quelle disciplinate dall'art. 275 bis c.p.p. per gli arresti domiciliari.

Il controllo da remoto negli arresti domiciliari, infatti, viene effettuato attraverso uno strumento elettronico che, da un lato, ha come riferimento un punto "fisso" (il luogo di esecuzione della misura cautelare) e, dall'altro lato, è un presidio unidirezionale (in quanto rivolge la segnalazione dell'evasione alle sole forze dell'ordine).

Il braccialetto quale modalità elettronica di controllo da remoto nel divieto di avvicinamento, invece, da un lato può avere come riferimento sia punti "fissi" (i luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa che devono essere specificamente indicati nell'ordinanza applicativa della misura cautelare) che

punti "mobili" (tutti i luoghi nei quali l'indagato può occasionalmente incontrare la persona offesa) e, dall'altro lato, è un presidio bidirezionale (in quanto rivolge la segnalazione dell'avvicinamento non solo alle forze dell'ordine, ma anche direttamente alla persona offesa).

Proprio in ragione della diversa operatività pratica, il sistema di controllo elettronico da remoto, mentre negli arresti domiciliari consta di un solo dispositivo che viene applicato all'indagato e che consente di monitorarne la distanza da un luogo specifico, nel caso del divieto di avvicinamento è integrato da due dispositivi (uno per l'indagato e uno per la persona offesa) e consente di monitorare non solo la distanza dell'indagato da uno o più luoghi specifici, ma anche la sua distanza dalla persona offesa ovunque la stessa si trovi in un determinato momento.

In un ulteriore passaggio della successione di interventi normativi in esame, sempre ispirato all'obiettivo di rendere più efficaci gli strumenti di protezione per la persona offesa, la legge 24 novembre 2023 n. 168 ha, poi, reso obbligatorio il controllo elettronico nel divieto di avvicinamento.

Nella parte finale dell'art. 282 ter c.p.p., infatti, è stata elisa la congiunzione "**anche**" che, come già visto, precedeva l'inciso "*disponendo l'applicazione delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275 bis*".

Nel momento dell'applicazione della misura cautelare del divieto di avvicinamento, pertanto, l'applicazione di dispositivi elettronici di controllo non è più discrezionale, ma obbligatoria.

E' stato previsto, inoltre, che il giudice, nel caso in cui l'organo delegato per l'esecuzione della misura cautelare accerti la non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, "*impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari, anche più gravi*".

L'ultima modifica legislativa, infine, è intervenuta sul primo comma dell'art. 282 ter c.p.p. anche in relazione alla distanza minima che l'indagato deve tenere dalla persona offesa, stabilendo un valore minimo garantito (m. 500) dell'area interdotta o "di rispetto".

Si osserva che le modifiche normative appena richiamate, in merito alla distanza minima legale di m. 500 dalla persona offesa ed all'applicazione obbligatoria del braccialetto elettronico, sono state introdotte dal legislatore per il divieto di avvicinamento alla persona offesa non soltanto come misura cautelare autonoma, ma anche come prescrizione accessoria dell'ordine di allontanamento dalla casa familiare (con modifica, in tal senso, dell'art. 282 bis comma 6 c.p.p.).

### **3. La decisione della Corte costituzionale.**

Nel risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata, la Consulta fornisce un'interpretazione delle previsioni normative censurate, adeguata e coerente con la giurisprudenza costituzionale precedente in tema di automatismi nelle misure cautelari.

Secondo il giudice a quo, come si è visto, l'obbligatorietà del braccialetto elettronico al momento dell'applicazione del divieto di avvicinamento e l'inderogabilità della previsione di legge della distanza minima di "rispetto" di m. 500 dalla persona offesa, blinderebbero la misura cautelare in esame in una serie di automatismi che precludono ogni possibilità di adeguamento alle esigenze cautelari del caso concreto.

Tale effetto sarebbe, peraltro, amplificato dall'imposizione di un aggravamento della misura nell'ipotesi in cui venga accertata la non fattibilità tecnica, anche per causa non imputabile all'indagato, delle modalità elettroniche di controllo a distanza.

La Corte costituzionale, sul punto, ricorda come, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010 (in tema di reati sessuali), non sono più tollerabili "automatismi" e "presunzioni assolute" in materia cautelare.

Il rispetto del principio di ragionevolezza e del *favor libertatis* di cui agli artt. 3 e 13 Cost., infatti, impone che la coercizione cautelare risponda ai criteri del minor sacrificio necessario e dell'individualizzazione.

In ossequio a tale orientamento costituzionale, osserva la Corte, è stata trasformata da assoluta in relativa la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere per tutti i reati di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., ad eccezione esclusivamente dei delitti associativi di cui agli artt. 270, 270 bis e 416 bis c.p.p..

Con specifico riferimento a tale ultima tipologia di reati e al mantenimento, per gli stessi dell'automatismo custodiale, la Corte ha dichiarato manifestamente infondate le questioni che nel corso del tempo sono state sollevate<sup>1</sup>, in ragione dell'eccezionale pericolosità connessa alla persistenza del vincolo associativo mafioso o terroristico che rende non censurabile il bilanciamento dei valori in gioco effettuato dal legislatore.

La Consulta, ponendo le norme in esame a confronto con tale consolidato indirizzo giurisprudenziale, evidenzia preliminarmente come l'art. 282 ter commi 1 e 2 c.p.p., a differenza dei casi di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., non ha ad oggetto la misura cautelare di massimo rigore (la custodia in carcere), ma una misura pacificamente meno afflittiva (il divieto di avvicinamento) e, peraltro, è riferito a particolari modalità applicative di tale divieto, ossia la distanza minima dalla persona offesa e il controllo elettronico da remoto.

La Corte passa poi ad esaminare il bilanciamento effettuato dal legislatore tra i valori in tensione: la libertà di movimento dell'indagato e la tutela della persona offesa sul piano fisico e psicologico.

A tal proposito osserva come, a fronte dell'impellente necessità di tutelare l'incolumità della persona offesa e di porla al riparo da possibili progressioni criminose, gli strumenti elettronici di controllo non impediscono all'indagato (proprio in quanto modalità applicative di una misura cautelare meno afflittiva

---

<sup>1</sup> Cfr. ordinanza n. 136 del 2017 per il reato di cui all'art. 416 bis c.p.; ordinanza n. 191 del 2020 per il reato di cui all'art. 270 bis c.p..

della custodia in carcere) di uscire dalla propria abitazione, di muoversi liberamente e di soddisfare tutte le proprie esigenze di vita, a condizione che non venga oltrepassato il limite dell'area interdetta ("di rispetto").

La distanza minima indicata dal legislatore (m. 500), in proposito, non appare *"in sé esorbitante"* e risulta funzionale alla duplice esigenza, in caso di violazione, di garantire alle forze dell'ordine un arco temporale sufficiente per intervenire e di consentire alla persona offesa una effettiva e concreta possibilità di autotutela<sup>2</sup>.

È evidente, prosegue la Corte, che, in particolar modo nei centri urbani di più ridotte dimensioni, la distanza legale minima di m. 500 può essere, in concreto, più stringente ed afflittiva per l'indagato, ma si tratta, in tali casi, di un aggravio (che può consistere nel recarsi in un centro vicino per i servizi di necessità, senza invadere la zona di rispetto) ragionevolmente sopportabile.

Sotto un diverso profilo, poi, l'art. 282 ter comma 4 c.p.p. già prevede che, quando l'avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa sia necessario per *"motivi di lavoro ovvero per esigenze abitative"*, il giudice può prescrivere specifiche modalità di accesso e imporre delle limitazioni.

Il bilanciamento di interessi operato dal legislatore, osserva la Corte, risulta non irragionevole e, soprattutto, è coerente con il criterio di priorità enunciato dall'art. 52 della Convenzione del Consiglio di Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

L'obbligatorietà del braccialetto elettronico al momento dell'applicazione del divieto di avvicinamento e l'inderogabilità della previsione di legge della distanza minima di "rispetto" di m. 500 dalla persona offesa, pertanto, costituiscono previsioni normative individuate dal legislatore in un bilanciamento degli interessi in gioco che non collide con il quadro dei principi fondamentali della Costituzione richiamati dal giudice a quo.

Passando ad esaminare l'ultimo periodo dell'art. 282 ter comma 1 c.p.p., poi, la Consulta osserva che il tenore della norma (*"Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi"*), ad una prima lettura sembra stabilire (con il verbo *"impone"*) una sorta di non consentito automatismo cautelare, attraverso l'imposizione automatica all'indagato (per il fatto, a lui non imputabile, della non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo) di un aggravamento della misura disposta nei suoi confronti.

La Corte costituzionale, tuttavia, osserva che *"la norma può essere tuttavia interpretata in senso costituzionalmente adeguato, valorizzando la particella <anche>, che vi figura a delimitare il comparativo <più gravi>".*

---

<sup>2</sup> In virtù della natura bidirezionale dello strumento elettronico di controllo da remoto.

Si tratta, a ben vedere, non tanto di una interpretazione conforme ai principi fondamentali della Costituzione, quanto piuttosto del suggerimento di una lettura più attenta e, soprattutto, completa del dettato normativo.

Non occorre una interpretazione costituzionalmente orientata, infatti, per riscontrare come la parte finale dell'art. 282 comma 1 c.p.p. se, da un lato, prevede espressamente che il giudice, in caso di non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, deve imporre l'applicazione di ulteriori misure cautelari, dispone, dall'altro lato, che tali ulteriori misure possono (e non devono necessariamente) essere applicate congiuntamente al divieto di avvicinamento e possono (ma non devono necessariamente) essere anche più gravi.

Il dettato normativo in questione, ad avviso della Corte Costituzionale, non introduce automatismi cautelari non consentiti, in quanto, laddove i dispositivi elettronici di controllo non possono funzionare per motivi tecnici, il giudice non è tenuto a imporre una misura più grave rispetto a quella del divieto di avvicinamento, ma deve operare (sulla base delle regole comuni di adeguatezza e proporzionalità) una rivalutazione complessiva delle esigenze cautelari nel caso concreto a lui sottoposto, potendo, all'esito, applicare (in sostituzione o in aggiunta al divieto di avvicinamento) non solo una misura più grave, ma anche una misura meno afflittiva.

#### **4. Profili problematici.**

Ad una prima lettura della sentenza in commento, emergono due spunti di riflessione problematica.

**4.1** In materia di misure cautelari personali, vige il principio della "domanda cautelare" che trova il suo fondamento normativo nell'art. 328 comma 1 c.p.p.. L'art. 291 c.p.p., peraltro, dispone che "*le misure cautelari sono disposte su richiesta del pubblico ministero*".

Da tali disposizioni deriva che, quando il P.M. chiede l'applicazione di una determinata misura cautelare, il giudice può accogliere *tout court* la richiesta, rigettarla o applicare una misura meno afflittiva, ma non può disporre autonomamente una misura cautelare più grave di quella richiesta, a pena di nullità assoluta dell'ordinanza ex art. 178 comma 1 lett. b) c.p.p..

Si tratta di una rigorosa applicazione del principio devolutivo che, secondo la giurisprudenza più recente, investe l'adozione di una misura cautelare e non anche l'individuazione delle prescrizioni e delle modalità esecutive della stessa<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr., sul punto, Cass. n. 7228/23, rv. 284221-01, proprio in tema di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, laddove (avendo come riferimento l'art. 282 ter c.p.p. nella sua formulazione antecedente a quella ora in vigore) ha ritenuto legittima l'ordinanza con la quale il giudice, investito della richiesta di

Del resto, proprio nell'applicazione del divieto di avvicinamento, accade di frequente che il giudice, anche in difetto di specifica richiesta sul punto da parte del P.M., disponga, come modalità esecutiva della misura applicata, il divieto di comunicazione con la persona offesa, ai sensi dell'art. 282 ter comma 3 c.p.p.. Alla luce di tali considerazioni, si osserva come l'attuale formulazione dell'art. 282 ter c.p. prevede che il giudice, tanto in caso di mancato consenso dell'indagato al braccialetto elettronico quanto per il caso di non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche controllo a distanza, prevede l'applicazione, anche congiunta, di una misura più grave (in caso di mancato consenso dell'indagato) o di ulteriori misure, anche più gravi (in caso di non fattibilità tecnica).

In questi casi il giudice deve provvedere, nel senso indicato dalla norma, anche in difetto di una specifica richiesta del P.M.

Si tratta, tuttavia, di decisioni prese autonomamente dal giudice in merito all'adozione di una misura cautelare e non limitate all'individuazione delle prescrizioni e delle modalità esecutive di una misura chiesta dal P.M., sollevando problemi di coerenza con il principio devolutivo sopra richiamato.

**4.2** La modifica legislativa dell'art. 282 ter c.p.p. (introdotta dall'art. 12 comma 1 lett. D n. 1 L. 168/23) ha previsto le seguenti novità rispetto alla previgente disposizione:

- il giudice, con il provvedimento che applica la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, "dispone" le particolari modalità di controllo di cui all'art. 275 bis c.p.p. (braccialetto elettronico);
- nel caso in cui l'indagato neghi il consenso a tali modalità elettroniche di controllo, il giudice, con il medesimo provvedimento impositivo della misura cautelare, "prevede l'applicazione, anche congiunta, di una misura più grave";
- nel caso in cui l'organo delegato per l'esecuzione della misura cautelare accerti la non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, il giudice "impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi".

Il nuovo dettato normativo appare chiaro, tanto laddove impone (e non consente) al giudice di disporre modalità elettroniche di controllo contestualmente all'adozione della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa (la norma, infatti, dice che il giudice "dispone", non che "può disporre"), quanto laddove impone al giudice di prevedere, sempre nell'ordinanza cautelare, l'applicazione, anche congiunta, di

---

applicazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, aveva imposto all'indagato "ex officio", come prescrizione aggiuntiva, di mantenere una determinata distanza dagli stessi (quando ancora non era in vigore la distanza legale minima di m. 500 prevista dall'attuale art. 282 ter comma c.p.p.).

una misura diversa (rispetto a quella del divieto di avvicinamento alla persona offesa) per il caso in cui l'indagato neghi il consenso al braccialetto elettronico o venga accertata la non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo (la norma, infatti, dice che il giudice, in tali casi, "prevede" o "impone", non "può prevedere" o "può imporre" tale ulteriore misura cautelare).

E' chiaro, poi, lo spirito della norma quando, per il caso in cui sia l'indagato a non prestare il consenso all'applicazione del braccialetto elettronico, prescrive al giudice "l'applicazione, anche congiunta, di una misura **più grave**", mentre, per il caso di accertata non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, impone al giudice "l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari **anche più gravi**".

In tale ultimo caso, infatti, proprio in ragione della non riconducibilità all'indagato della causa di non operatività tecnica del braccialetto elettronico, al giudice è consentita la possibilità di individuare, come ulteriore misura cautelare da applicare necessariamente, una misura cautelare meno grave.

Il nuovo dettato normativo, tuttavia, non disciplina una ulteriore ipotesi, che si verifica in diverse occasioni in concreto, consistente nel fatto che l'impossibilità di applicazione del braccialetto elettronico non dipenda dal diniego di consenso dell'indagato né dalla non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, quanto piuttosto dal diniego della persona offesa.

E' evidente, infatti, che presupposto indefettibile per l'applicazione del braccialetto elettronico è la disponibilità della persona offesa a munirsi (e a portare con sé) uno strumento che dialoghi con il braccialetto elettronico applicato all'indagato, consentendo di rilevare la riduzione della distanza tra i due dispositivi a meno di m. 500 (o a quella diversa consentita)<sup>4</sup>.

Il diniego di consenso della persona offesa preclude, al pari del diniego di consenso dell'indagato e della accertata non fattibilità tecnica, la possibilità di ricorrere a modalità elettroniche di controllo.

Tale ipotesi, tuttavia, non è prevista da una esplicita disposizione legislativa, nulla disponendo, al riguardo, il nuovo art. 282 ter c.p.p..

Si ritiene di non poter equiparare il diniego di consenso della persona offesa alla non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo.

Dal punto di vista fattuale, invero, il diniego di consenso della persona offesa preclude in radice la possibilità di funzionamento delle modalità elettroniche di controllo disposte dal giudice, rendendo inutile l'applicazione del braccialetto

---

<sup>4</sup> Si è visto, sopra, come il braccialetto, quale modalità elettronica di controllo da remoto, nel divieto di avvicinamento (a differenza di quello applicato negli arresti domiciliari) è un presidio bidirezionale e può avere come riferimento sia punti "fissi" che punti "mobili".

elettronico all'indagato (anche se questi abbia prestato il consenso e lo strumento sia tecnicamente in grado di operare).

Dal punto di vista giuridico, tuttavia, equiparare il diniego di consenso della persona offesa alla non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, determinerebbe una non consentita applicazione analogica *"in malam partem"*. E' evidente, infatti, che l'applicazione all'indagato di una ulteriore (anche se non necessariamente più grave) misura cautelare (congiunta con quella del divieto di avvicinamento alla persona offesa), possibilità espressamente prevista per il caso di accertata non fattibilità tecnica delle modalità elettroniche di controllo, costituisce una compressione maggiore (rispetto a quella disposta con l'ordinanza cautelare, ossia rispetto al solo divieto di avvicinamento alla persona offesa) della libertà individuale dell'indagato<sup>5</sup>.

L'art. 13 comma 2 Cost. prevede espressamente che non è ammessa alcuna forma di restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge.

Deriva da ciò, in applicazione del principio del divieto dell'analogia *"in malam partem"*, che trova fondamento nel principio di determinatezza e tassatività, l'impossibilità di colmare la mancata esplicita e specifica previsione normativa dell'ipotesi del diniego di consenso alle modalità elettroniche di controllo da parte della persona offesa, ricorrendo alla disciplina espressamente dettata (soltanto) per la diversa ipotesi della accertata non fattibilità tecnica.

Prevedere che, in caso di diniego da parte della persona offesa del consenso alle modalità elettroniche di controllo, il giudice (come previsto per i casi di non fattibilità tecnica) *"imponesse l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi"*, oltre a porsi in contrasto irrimediabile con il principio fondamentale di cui all'art. 13 comma 2 Cost. (per la mancata previsione legislativa espressa), esporrebbe l'indagato ad una ulteriore compressione della propria libertà personale (rispetto a quella determinata dall'applicazione nei suoi confronti della misura del divieto di avvicinamento) sulla base di una decisione discrezionale della persona offesa.

Al verificarsi di tale evenienza, se il giudice, effettuata la rivalutazione complessiva delle esigenze cautelari nel caso concreto, ritiene sufficiente applicare (non in aggiunta, ma in sostituzione del divieto di avvicinamento) una misura meno afflittiva, non si pone alcun problema.

Laddove, invece, il giudice non ritenga sufficiente una misura meno afflittiva rispetto a quella disposta originariamente (e non applicabile, in concreto, per il

---

<sup>5</sup> È evidente che tale maggiore compressione non ci sarebbe laddove il giudice, effettuata la rivalutazione complessiva delle esigenze cautelari nel caso concreto, ritenga sufficiente applicare (non in aggiunta, ma in sostituzione del divieto di avvicinamento) una misura meno afflittiva.



difetto di consenso della persona offesa), il divieto di analogia *in malam partem* non consente di fare ricorso a quanto previsto per la non fattibilità tecnica e di applicare, anche congiuntamente, una ulteriore misura cautelare, più grave. In tali casi, pertanto, appare opportuno riflettere sulla possibilità di applicare nei confronti dell'indagato la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa senza modalità elettroniche di controllo. La deroga all'opzione prevista dal legislatore, infatti, dipende in questo caso esclusivamente da una libera scelta della persona offesa.