

<b>Novità legislative: L. 15 luglio 2009, n. 94, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”.</b>
---

**OGGETTO:** Novità legislative – Legge 15 luglio 2009, n. 94 – Disposizioni in materia di sicurezza pubblica.

**RIF. NORM.:** Cod. pen., artt. 24, 26, 61, 112, 135, 235, 312, 341-*bis*, 376, 388, 391-*bis*, 393-*bis*, 416, 527, 574-*bis*, 585, 600-*sexies*, 600-*octies*, 602-*bis*, 605, 609-*ter*, 614, 625, 628, 635, 639, 640, 671; Cod. proc. pen., artt. 371-*bis*, 380, 381; Disp.att.cod.proc.pen., artt. 104, 104-*bis*, 183-*bis*, 183-*ter*; D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, artt. 4, 20-*bis*, 20-*ter*, 32-*bis*; L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-*bis*; D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 4, 6, 10-*bis*, 12, 14; D. l. 8 giugno 1992, n. 306, art. 12-*sexies*; l. 2 ottobre 1967, n.895, art. 4; L. 18 aprile 1975, n. 110, art. 4; D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 24-*ter*; Cod. Strada, art. 186, 187, 219-*bis*; L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 36; D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 38; L. 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 4; L. 31 maggio 1965, n. 575, art. 1, 2, 2-*bis*, 2-*quater*, 2-*sexies*, 2-*octies*, 2-*decies*, 2-*undecies*; L. 19 marzo 1990, n. 55, art. 34; D.l. 6 giugno 1982, n. 629, art. 1.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – **A) Modifiche al codice penale.** - 2. La circostanza aggravante della “minorata difesa”: la sostanziale inutilità della specificazione introdotta nell’art. 61, n. 5, cod. pen. - 3. Delitto di atti osceni, delitti contro la persona ed il patrimonio, reati concernenti la prostituzione: la circostanza aggravante del fatto commesso in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale (art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104). - 4. Le circostanze aggravanti del concorso di persone nel reato (art. 112 cod. pen.): la mera partecipazione con minori e incapaci. – 5. L’impiego di minori nell’accattonaggio: da contravvenzione (art. 671 cod. pen.) a delitto (art. 600-*octies*, cod. pen.). - 6. Pene accessorie a genitori, tutori, curatori e amministratori di sostegno responsabili di taluni delitti contro la persona, la personalità individuale e la libertà personale (art. 602-*bis* cod. pen.). - 7. Delitti contro la persona: la circostanza aggravante del fatto commesso ai danni di un minore all’interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione e di formazione (art. 61, primo comma, n. 11-*ter*, cod. pen.). - 8. Le nuove circostanze aggravanti dei delitti contro la libertà sessuale (art. 609-*ter* cod. pen.) e del delitto di atti osceni (art. 527 cod. pen.). - 9. Le nuove circostanze del sequestro di persona (art. 605 cod. pen.). - 10. Le analoghe circostanze attenuanti introdotte nell’art. 600-*sexies* cod. pen. - 11. Il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all’estero (art. 574-*bis* cod. pen.) . - 12. Le nuove circostanze aggravanti del furto (art. 625, primo comma, n. 8-*bis* e 8-*ter*, cod. pen.). - 13. Le nuove circostanze aggravanti della rapina (art. 628, terzo comma, n. 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*, e quarto comma, cod. pen.). - 14. L’aumento della pena minima della violazione di domicilio (art. 614 cod. pen.). - 15. L’inasprimento della fattispecie di danneggiamento (art. 635 cod. pen.). - 16. Le modifiche all’art. 639 cod. pen. (Deturpamento e imbrattamento di cose altrui). - 17. La reintroduzione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis* cod. pen.). - 18. La scriminante della “legittima reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale” entra nel codice penale (art. 393-*bis* cod. pen.). - 19. La ritrattazione in relazione al favoreggiamento personale (art. 376 cod. pen.). - 20. Il reato di agevolazione ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario (art. 391-*bis* cod. pen.). - 21. Le modifiche alla fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 cod. pen.). - 22. L’estensione delle circostanze aggravanti di cui al primo comma dell’art. 585 cod. pen. al delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. - 23. L’interpretazione “autentica” della circostanza aggravante del reato commesso da chi si trovi illegalmente in territorio italiano (art. 61, primo comma, n. 11-*bis*, cod. pen.). - 24. La rivalutazione delle sanzioni pecuniarie. – **B) Le modifiche alla legislazione penale speciale.** – 25. Le nuove aggravanti del porto illegale d’armi e di oggetti atti ad offendere (artt. 4 l.n. 685 del 1967 e 4 l.n. 110 del 1975). – 26. Le modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione. La contravvenzione di immigrazione clandestina (art. 10-*bis* del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). - 27. (segue): la competenza del Giudice di pace e lo speciale rito della “presentazione immediata (articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274). - 28. (segue):

Alcune considerazioni sulla nuova disciplina. - 29. L'utilizzazione di visti e documenti di soggiorno contraffatti (art. 5, comma 8-*bis*, del T.U. immigrazione). - 30. La contravvenzione di mancata esibizione dei documenti d'identità e di soggiorno (art. 6, comma 3, T.U. immigrazione). - 31. Le modifiche al reato di cui all'art. 12, comma 5-*bis* del T.U. immigrazione. - 32. I reati collegati all'espulsione: le fattispecie di trattenimento illegale di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, T.U. immigrazione. - 33. (segue): il delitto di reingresso dello straniero espulso (art. 14, comma 5-*quater*, T.U. immigrazione). - 34. (segue): l'obbligatorietà dell'arresto e del rito direttissimo (art. 14, comma 5-*quinquies*). - 35. I delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del T.U. immigrazione. - 36. Impedimento dell'ingresso quale effetto di alcune condanne. - 37. Le modifiche al Codice della Strada. - 38. Le modifiche in tema di responsabilità da reato degli enti. - 39. le modifiche alla disciplina della confisca "estesa" (art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992). - **C La modifiche al codice di procedura penale.** - 40. La nuova disciplina dell'esecuzione del sequestro preventivo (articoli 104 e 104-*bis* disp.att.cod.proc.pen.). - 41. L'estensione ad altre ipotesi di furto aggravato dell'arresto in flagranza obbligatoria (art. 380, comma 2, lettera e), cod. proc.pen.) e la previsione dell'arresto facoltativo per la violazione di domicilio (art. 381, comma 2, lett. f-*bis* cod. proc. pen.). - 42. Il trasferimento nel codice di rito della disciplina dell'espulsione come misura di sicurezza. - **D Le modifiche alla normativa antiriciclaggio, all'ordinamento penitenziario e in materia di misure di prevenzione.** - 43. Le modifiche alla normativa antiriciclaggio. - 44. Le modifiche in materia di misure di prevenzione ed antimafia. - 45. Le modifiche alla normativa in materia di appalti. - 46. Le modifiche all'ordinamento penitenziario.

## **1. Premessa**

Con l'approvazione della legge 15 luglio 2009, n. 94 (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, Supplemento Ordinario, n. 128/L, del 24 luglio 2009*), si completa l'intervento in materia di "sicurezza" promosso dal Governo nella primavera del 2008.

Come si ricorderà, infatti, l'Esecutivo aveva emanato il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (poi convertito con modifiche nella legge 24 luglio 2008, n. 125) contenente numerose disposizioni ritenute urgenti per la pubblica sicurezza e aveva contestualmente presentato al Parlamento un disegno di legge nel quale avevano trovato collocazione ulteriori proposte in materia.

Nel suo percorso parlamentare l'iniziativa dell'Esecutivo si è significativamente arricchita di ulteriori contenuti.

La legge n. 94 del 2009 agisce su diversi fronti, con disposizioni che, nel dichiarato intento del legislatore, dovrebbero trovare nel contrasto alla «diffusione di un sentimento di insicurezza collettiva» il loro minimo comune denominatore.

L'ampiezza ed eterogeneità degli interventi modificativi non sempre consente però di riconoscere la fonte unitaria di ispirazione della novella, che nel complesso sembra voler soprattutto colmare, sia sul versante processuale che su quello sostanziale, precise lacune normative evidenziate dalla prassi applicativa ovvero corrispondere al sentimento di insofferenza dell'opinione pubblica nei confronti della presuntivamente troppo debole risposta punitiva riservata dall'ordinamento a specifiche categorie di fatti criminali.

Ne risulta un'operazione che incide in maniera "chirurgica" su profili particolari delle materie prese in considerazione, smarrendo però – come spesso accade al legislatore negli ultimi tempi – la percezione dell'effettivo impatto delle misure adottate sulla sistematica dei testi normativi interessati.

### **A) Modifiche al codice penale.**

**2. La circostanza aggravante della "minorata difesa": la sostanziale inutilità della specificazione introdotta nell'art. 61, n. 5, cod. pen. .-** La linea guida cui si ispira una rilevante porzione degli interventi realizzati sul codice penale è quella di rafforzare la tutela

offerta a determinate categorie di cd. “soggetti deboli”, vittime di reati. Le categorie prese in considerazione sono soprattutto quelle delle persone anziane e dei minori.

In tal senso l'**art. 1, comma 7**, della novella interviene ad esempio sul profilo dell'aggravante comune della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 cod. pen., precisando che la sussistenza della circostanza debba essere dedotta «anche in riferimento all'età» del soggetto passivo del reato.

**1.7. All'art. 61 del codice penale, il numero 5) è sostituito dal seguente:**

**«5) l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa.**

E nella medesima direzione si muove anche l'**art. 3, comma 28**, della legge, che proprio la minorata difesa così rimodellata, richiama per configurare una nuova aggravante speciale del delitto di truffa, introdotta nel secondo comma dell'art. 640 cod. pen. all'inedito numero *2-bis*.

**3.28.** All'art. 640, secondo comma, del codice penale, dopo il numero 2) è aggiunto il seguente: «*2-bis*) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'art. 61, numero 5)».

Come si evince dai lavori preparatori, l'intenzione originaria del legislatore era quella di ampliare la tutela delle persone anziane.

Infatti, nella versione licenziata in prima lettura dal Senato la disposizione faceva riferimento «all'età avanzata» quale elemento di tipizzazione delle “circostanze di persona” che integrano l'ipotesi di minorata difesa.

In altri termini la novella sembrava introdurre una sorta di presunzione di minorata difesa in tutte le occasioni in cui la vittima del reato fosse in “età avanzata”.

In tal modo il legislatore finiva altresì per prendere posizione in merito al dibattito dottrinale relativo all'attribuzione delle circostanze di persona al solo soggetto passivo del reato, piuttosto che anche a quello attivo (in dottrina vi è, infatti, chi ritiene che le “circostanze di persona” ineriscano soltanto alla vittima e consistano nel suo stato di inferiorità psichica o fisica e chi, per contro, sostiene che possano riguardare anche l'autore del reato e consistere, ad esempio, in alcune sue particolari doti, come l'eccezionale prestanza fisica o l'abilità da illusionista).

La formulazione era, in ogni caso, idonea a sollevare perplessità, atteso che, a differenza della minore età (valorizzata ad esempio nell'art. 112, primo comma, n. 4 cod. pen.), quella “avanzata” era concetto relativo ed indefinito, con la conseguenza che la norma avrebbe affidato al giudice il compito di stabilire in concreto se la vittima del reato rientrasse o meno nella categoria assunta dal legislatore.

Perplessità registrate anche nel corso dell'ulteriore *iter* parlamentare della legge, atteso che l'aggettivazione “avanzata” è stata eliminata. Scelta che amplia lo spettro applicativo dell'aggravante, dato che la stessa può essere riconosciuta anche nel caso, ad esempio, in cui nella giovane – e non solo nell'avanzata - età del soggetto passivo del reato venga identificato un ostacolo alla difesa (e in tal senso la norma comunque ripropone, seppur implicitamente, il favore del legislatore verso un'interpretazione delle circostanze di persona

come riferite alla sola vittima del reato) e che ciò nondimeno evidenzia la sostanziale inutilità della specificazione introdotta nell'art. 61, n. 5) cod. pen.

Infatti, va osservato che sulla base della formula normativa oggetto dell'aggravante rimane la minorata difesa e non tanto l'età del soggetto passivo del reato, come invece succede, ad esempio, nell'art. 609-ter cod. pen. in riferimento all'aggravante degli abusi sessuali commessi su minore infraquattordicenne.

Pertanto è necessario che l'età della vittima comunque determini in concreto una situazione di ostacolo alla difesa perché possa ritenersi integrata la circostanza.

Ma è a questo punto evidente che l'effettivo carattere di novità dell'intervento legislativo risulterebbe più apparente che reale, giacché non si è mai dubitato della potenziale rilevanza dell'età della vittima del reato nel giudizio sulla configurabilità dell'aggravante in questione, tanto più se la stessa deve poi essere oggetto di concreta valutazione con riferimento all'effettiva sua interferenza nella dinamica della difesa (in tal senso, v. ad es. Sez. II 30 marzo 1994, Grillo, RV 199699, la quale per l'appunto ha precisato come l'età - nel caso di specie avanzata - del soggetto passivo in sé considerata non costituisca un sintomo certo di minorata difesa, essendo necessario accertare che la stessa abbia effettivamente rappresentato un ostacolo alla difesa).

Quanto alla nuova circostanza aggravante della truffa, va evidenziato che il rinvio al citato art. 61 n. 5 non riguarda soltanto l'ipotesi in cui la vittima della frode sia stata ostacolata nella difesa dalla sua età, ma tutte le fattispecie di minorata difesa che qualificano l'aggravante comune.

La configurazione di una circostanza speciale si spiega dunque esclusivamente con la volontà di accedere al più severo trattamento sanzionatorio previsto per la truffa qualora le aggravanti di cui all'art. 640, comma secondo, cod. pen. e, soprattutto, di rendere perseguibili d'ufficio le truffe perpetrate in una situazione di minorata difesa, giacché la stessa disposizione ciò prevede nell'ipotesi ricorrano le stesse aggravanti.

**3. Delitto di atti osceni, delitti contro la persona ed il patrimonio, reati concernenti la prostituzione: la circostanza aggravante del fatto commesso in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale (art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104).**- Ispirate alla tutela dei "soggetti deboli" sono altresì le modifiche contenute nell'art. 3, comma 1, della novella, che peraltro si limita all'aggiornamento dell'art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (norma già modificata in passato dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante norme contro la violenza sessuale).

**3.1. All'art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il comma 1 è sostituito dal seguente:**  
**«1. Quando i reati di cui all'art. 527 del codice penale, i delitti non colposi di cui ai titoli XII e XIII del libro II del codice penale, nonché i reati di cui alla legge 20 febbraio 1958, n. 75, sono commessi in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, la pena è aumentata da un terzo alla metà».**

L'articolo menzionato, nella sua formulazione originaria, configurava una circostanza aggravante ad effetto speciale dei reati di atti osceni (art. 527 cod. pen.) e di rapina (art. 628 cod. pen.), nonché dei delitti non colposi contro la persona (e cioè quelli di cui al titolo XII del libro II del codice penale: articoli 575 – 623-bis), per il caso che l'offeso fosse "persona handicappata".

La novella ha ora esteso l'operatività della circostanza a tutti i reati contro il patrimonio contemplati nel titolo XIII del libro II del codice penale (articoli 624 – 649) ed ha provveduto a sostituire la qualificazione del soggetto passivo del reato con quella di “persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale”, senza mutare in altro modo il profilo dell'aggravante.

Va osservato che tale qualificazione era già contenuta nell'art. 3 della legge citata, il quale peraltro precisava (e tuttora precisa) che la minorazione può essere tanto stabilizzata che progressiva e deve essere causa di difficoltà di apprendimento di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

Ne scaturisce, pertanto, un serio problema interpretativo in quanto la definizione contenuta nell'aggravante, come riformata dalla novella, non rispecchia più quella generale di cui all'art. 3, ma amplia le categorie dei potenziali soggetti passivi dei reati sopra menzionati.

**4. Le circostanze aggravanti del concorso di persone nel reato (art. 112 cod. pen.): la mera partecipazione con minori e incapaci.**- Ben più significative, invece, le modifiche apportate dall'**art. 3, comma 15**, della novella in tema di concorso nel reato con soggetti minorenni ovvero in stato di infermità o deficienza psichica.

**3.15. All'art. 112 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) al primo comma, numero 4), dopo le parole: «avvalso degli stessi» sono inserite le seguenti: «o con gli stessi ha partecipato»;**

**b) al secondo comma, dopo le parole: «si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale,» sono inserite le seguenti: «o con la stessa ha partecipato»;**

**c) al terzo comma, dopo le parole: «Se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri» sono inserite le seguenti: «o con questi ha partecipato».**

L'intervento riguarda il primo comma n. 4, il secondo comma ed il terzo comma dell'art. 112 cod. pen., disposizioni che configurano autonome aggravanti per le diverse ipotesi in cui l'autore del reato, rispettivamente, abbia determinato a concorrervi o si sia comunque avvalso nella sua consumazione di uno dei soggetti sopra indicati, ovvero si sia servito di un non imputabile per la consumazione dello stesso reato, o, ancora, risulti il genitore esercente la potestà sul minore o infermo determinato a concorrere nel reato o comunque utilizzato nella sua consumazione.

La novella, mantenendo inalterato per il resto il profilo delle tre aggravanti, ne ha esteso i confini, aggiungendo ai comportamenti rilevanti (l'aver determinato e l'essersi avvalso) quello di mera partecipazione nel reato con i soggetti in precedenza indicati.

In sostanza il legislatore ha inteso rafforzare l'argine posto a prevenzione del coinvolgimento nel crimine di minori e incapaci spingendo lo strumento dissuasivo fino a ricomprendere anche la condotta concorsuale di mera partecipazione non ulteriormente qualificata.

**5. L'impiego di minori nell'accattonaggio: da contravvenzione (art. 671 cod. pen.) a delitto (art. 600-octies, cod. pen.).**- In sintonia con l'intervento testé illustrato appare altresì il disposto dell'**art. 3, comma 19, lettera a)**, che configura nel codice penale, all'art. 600-octies, il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio. Si tratta di un delitto a fattispecie plurime e dolo generico punito con la reclusione fino a tre anni.

**3.19 a) dopo l'art. 600-septies è inserito il seguente:**

**«Art. 600-octies. - (Impiego di minori nell'accattonaggio). – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni»**

La prima fattispecie riguarda la condotta di chi si avvale per mendicare di persona minore degli anni quattordici o comunque non imputabile e prescinde dalla natura del rapporto che intercorre tra l'autore del reato e il soggetto avviato all'accattonaggio.

Diversamente, l'altra fattispecie, configura, in termini di agevolazione dolosa, una ipotesi di reato proprio del soggetto alla cui autorità, custodia o vigilanza il minore o l'incapace sia sottoposto e che permette che questi ultimi praticino l'accattonaggio ovvero che altri si avvalgano degli stessi per mendicare.

In proposito va osservato che la novella si è sostanzialmente limitata, in una logica di continuità, a trasformare in delitto la contravvenzione già prevista dall'art. 671 cod. pen., che lo stesso **art. 3, comma 19, lettera d)**, ha contestualmente provveduto a sopprimere.

**3.19 d) l'art. 671 è abrogato.**

Ed infatti l'art. 600-octies ripropone il testo della disposizione abrogata, ma con un'unica significativa differenza: mentre nella contravvenzione, anche nell'ipotesi dell'induzione diretta del non imputabile a mendicare, era comunque richiesta l'esistenza di un rapporto qualificato tra l'autore del reato ed il soggetto passivo, nella nuova figura delittuosa, invece, tale rapporto è presupposto necessario nelle sole ipotesi di mancato impedimento che il non imputabile mendichi ovvero di tolleranza del suo utilizzo nell'accattonaggio da parte di terzi.

In definitiva la novella ha dunque ampliato l'area dell'incriminazione, trasformando l'ipotesi di impiego diretto del minore da reato proprio a reato comune, sanando quella che nella sensibilità comune era divenuta una evidente lacuna dell'assetto normativo previgente. Va peraltro evidenziato che nel configurare il delitto di utilizzo di minori nell'accattonaggio il legislatore ha dato maggiore risalto al profilo di tutela dell'incriminazione dedicato alla protezione dei soggetti deboli.

Infatti, l'art. 600-octies è stato inserito tra i delitti contro la libertà individuale e, in particolare, tra quelli contro la personalità individuale. La scelta legislativa sembrerebbe rappresentare una frattura con il passato, atteso che l'abrogato art. 671 configurava una contravvenzione formalmente posta a presidio della moralità pubblica e del pubblico decoro.

Già da tempo dottrina e giurisprudenza hanno, però, esaltato soprattutto la vocazione dell'incriminazione alla tutela dell'integrità morale del minore avviato a chiedere l'elemosina, piuttosto che le venature "pubblicistiche" dell'oggetto giuridico (v. in proposito Sez. I 13 novembre 1997, p.m. in proc. Di Rosa, RV 209950).

In tal senso, sembra dunque potersi riconoscere piena continuità tra la norma incriminatrice abrogata e quella di nuovo conio (salvo, ovviamente, per la parte in cui la novella ha, come si è detto, ampliato gli orizzonti della fattispecie tipica o per converso ristretto l'ambito di

applicazione dell'incriminazione trasformandola da contravvenzione, punibile anche a titolo di mera colpa, in delitto, per la cui perfezione è invece necessario il dolo), sia applicando il criterio dell'analisi strutturale delle fattispecie astratte, sia invocando quello della continuità del tipo di illecito. Conseguentemente il fenomeno successorio dovrebbe trovare la sua disciplina nel quarto comma dell'art. 2 cod. pen..

In tal senso, pertanto, per i fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, ancora *sub iudice* e che trovano identità di disciplina nel passaggio dalla vecchia alla nuova incriminazione, devono tuttora essere applicate le meno gravi sanzioni previste dall'abrogato art. 671 cod. pen., certamente da classificarsi come norma più favorevole rispetto all'art. 600-*octies* introdotto dalla novella, quantomeno nei casi in cui la condotta sia stata commessa con dolo.

L'art. 3, comma 19, lettera c), ha, poi, esteso l'obbligo di comunicazione al tribunale per i minorenni previsto dall'art. 609-*decies* per i reati sessuali anche al reato di impiego di minori nell'accattonaggio.

**3.19 c) all'art. 609-*decies*, primo comma, dopo la parola: «600-*quinqüies*,» è inserita la seguente: «600-*octies*»**

Va, infine, evidenziato che l'art. 600-*octies* non riproduce il secondo comma dell'abrogato art. 671, che prevedeva la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale o dall'ufficio di tutore qualora il reato fosse commesso dal genitore o dal tutore.

La scelta sembra doversi imputare al fatto che la riqualificazione della fattispecie come delitto dovrebbe comportare comunque la sospensione della potestà parentale in forza della disposizione generale di cui all'art. 34, comma secondo, cod. pen., che la prevede come pena accessoria obbligatoria per tutti i delitti commessi con abuso della stessa, come certamente è quello in commento.

Rimane, peraltro, escluso dalla pena accessoria, contrariamente a quanto avveniva in precedenza, il tutore che si sia reso responsabile dello stesso reato, atteso che il citato art. 34, comma secondo, non lo riguarda.

**6. Pene accessorie a genitori, tutori, curatori e amministratori di sostegno responsabili di taluni delitti contro la persona, la personalità individuale e la libertà personale (art. 602-*bis* cod. pen.).**- L'art. 3, comma 19, lettera b), della legge ha provveduto ad introdurre proprio nella sezione del codice penale dedicata ai reati contro la personalità individuale l'art. 602-*bis*, che invece configura le pene accessorie della decadenza dalla potestà genitoriale e dell'interdizione perpetua dall'ufficio di amministratore di sostegno (ed in tal caso è in assoluto la prima volta che il legislatore penale menziona l'istituto), di tutore e di curatore, per il caso che l'autore dei delitti di pratiche di mutilazione genitale (art. 583-*bis* cod. pen.) di riduzione in schiavitù (art. 600 cod. pen.), di tratta di persone (art. 601 cod. pen.), di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 cod. pen.), di violenza sessuale (art. 609-*bis* cod. pen.), di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* cod. pen.), di corruzione di minorenni (art. 609-*quinqüies* cod. pen.) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* cod. pen.) risulti essere il genitore o il tutore della vittima degli stessi.

**3.19 b) dopo l'art. 602 è inserito il seguente:**

**«Art. 602-bis. - (Pene accessorie). – La condanna per i reati di cui agli articoli 583-bis, 600, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies comporta, qualora i fatti previsti dai citati articoli siano commessi dal genitore o dal tutore, rispettivamente:**

- 1) la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore;**
- 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente all'amministrazione di sostegno, alla tutela e alla cura»**

Con riguardo a detta disposizione va sottolineato che il riferimento ai reati sessuali, introdotto per la prima volta nel passaggio alla Camera della legge, rischia di creare una parziale sovrapposizione tra la previsione dell'art. 602-bis e quella dell'art. 609-novies cod. pen., che a sua volta, con riguardo ai medesimi reati, già prevede l'applicazione di alcune delle stesse pene accessorie. Così avviene, ad esempio, per la previsione dell'interdizione perpetua dagli uffici di tutore e curatore.

Ma anche la sanzione della decadenza dalla potestà genitoriale, introdotta dalla novella per il caso che autore dei reati in questione sia il genitore della vittima, finisce per duplicare quella, comminata dal n. 1) del citato art. 609-novies, della perdita della medesima potestà nel caso la qualifica di genitore sia elemento costitutivo o circostanza aggravante di uno degli stessi reati.

**7. Delitti contro la persona: la circostanza aggravante del fatto commesso ai danni di un minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione e di formazione (art. 61, primo comma, n. 11-ter, cod. pen.).-** Ulteriori interventi tesi a rafforzare la tutela dei minori sono previsti dall'**art. 3, comma 20**, della novella.

La disposizione introduce al n. 11-ter) dell'art. 61 cod. pen. una nuova circostanza aggravante comune per il caso che un delitto contro la persona venga commesso ai danni di un minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione e di formazione.

**3.20. All'art. 61 del codice penale, dopo il numero 11-bis) è aggiunto il seguente:**

**«11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione».**

Come detto si tratta di aggravante comune, che comporta dunque un aumento fino ad un terzo della pena prevista per il reato cui accede. Le ragioni dell'intervento normativo sono state solo fugacemente evocate nel corso dei lavori parlamentari, dove si è evidenziato l'allarme sociale destato dalla consumazione di crimini in ambiente scolastico.

La valutazione compiuta dal legislatore sembra dunque quella di una riconosciuta maggiore vulnerabilità del minore mentre si trova in ambiente scolastico *lato sensu* inteso.

Pertanto l'ampia formulazione della fattispecie aggravante sembra voler contrastare dinamiche criminali assai eterogenee tra loro, tanto più che nella sua primigenia formulazione, nel corso della prima lettura al Senato, essa riguardava tutti i reati configurati dalla legge penale e non solo i delitti contro la persona, ai quali è stata successivamente circoscritta.

Così, ad esempio, con riguardo ai fatti consumati all'interno degli edifici scolastici, il legislatore sembrerebbe essersi ispirato soprattutto al fenomeno del "bullismo" recentemente amplificato dai media.

L'attenzione riservata a quelli commessi nelle vicinanze degli stessi era invece, almeno in origine, soprattutto mirata a colpire le pratiche di spaccio di stupefacenti non infrequenti nei pressi delle scuole, ma, dopo le modifiche subite dalla disposizione nel corso dell'*iter* parlamentare della legge, appare più difficile individuare quale tipologia di illeciti abbia effettivamente ispirato il legislatore.

La norma sembra, comunque, presupporre una maggiore vulnerabilità del minore in determinati luoghi (e, di riflesso, una maggiore cifra criminale in chi commette il reato).

In realtà il riferimento compiuto nel corso dei lavori parlamentari all'allarme sociale destato dai reati commessi ai danni di minori all'interno della scuola sembra rivelare come la vera *ratio* dell'aggravante vada ricercata più che nell'esigenza di tutelare il minore, in quella di rassicurarne i genitori e cioè in quella di stendere un ideale rete di protezione attorno ai luoghi deputati all'educazione affinché questi non appaiano come luoghi a tal punto insicuri da sconsigliarne la frequentazione. Insomma, più che i minori, la vera destinataria della tutela sembra essere l'istituzione scolastica.

E del resto mal si comprenderebbe altrimenti perché, ad esempio, l'omicidio di un minore dovrebbe essere considerato più grave se commesso nel perimetro di un istituto d'istruzione anziché per strada o all'interno della sua abitazione.

Le eterogenee ragioni che hanno spinto il legislatore alla formulazione della disposizione in commento ne hanno indubbiamente condizionato la formulazione, determinandone in tal modo anche alcuni limiti.

Innanzitutto la scelta di correlare l'aggravante indistintamente a tutti i delitti contro la persona (e cioè quelli previsti dal Titolo XII del libro II del codice penale, ma anche quelli previsti altrove ed altresì configurati in modo tale per cui la lesione della persona è solo uno degli eventi giuridici contemplati dall'incriminazione, com'è ad esempio, nella fattispecie della cessione di sostanze stupefacenti) lascia comunque perplessi.

Non tanto perché alcune fattispecie incriminate iscrivibili nella categoria *de qua* potrebbero risultare strutturalmente incompatibili con la stessa (giacché in tali casi semplicemente la circostanza non potrà configurarsi), quanto, piuttosto, perché meno evidenti appaiono le ragioni che giustificano l'aggravamento della pena qualora molte delle stesse vengano consumate ai danni di un minore in ambiente scolastico.

Certo è che, in forza della formulazione normativa, l'aggravante si applica, ad esempio, anche ai delitti colposi contro la persona, circostanza che ancor più convince di come il minore sia solo il destinatario "mediato" del rafforzamento di tutela voluto dal legislatore.

Ben più problematica la prospettiva se si passa ad esaminare la seconda ipotesi configurata dall'art. 61 n. 11-*ter*) cod. pen. e cioè quella del reato commesso nelle adiacenze degli istituti scolastici.

La terminologia adottata dal legislatore difetta infatti di determinatezza, atteso che la nozione di "adiacenze" risulta non poco indefinita. Né risulta di particolare aiuto per l'interprete il fatto che la formula originariamente prevista fosse quella di "immediate vicinanze". Infatti la sostituzione presenta una valenza più formale che sostanziale, atteso che "vicinanza" ed "adiacenza" esprimono allo stesso modo un concetto di prossimità che comunque evidenzia un'intrinseca inidoneità a segnare in maniera certa i limiti di applicazione dell'aggravante.

Ma anche volendo temporaneamente soprassedere sul punto, comunque la lettera della norma sembra attribuire all'aggravante un'ampiezza che lascia perplesso l'interprete. Infatti, essendo gli unici elementi costitutivi della circostanza costituiti dal fatto che il reato è commesso ai danni di un minore e, per l'appunto, in prossimità di un istituto di istruzione e

formazione, dovrebbe concludersi per la sua configurabilità anche, ad esempio, nell'ipotesi in cui un bambino (anche non in età scolare), mentre attraversa la strada su cui si affaccia un complesso scolastico (magari chiuso per le vacanze estive), viene investito e ucciso da un automobilista distratto.

L'inquietudine che suscitano queste conclusioni potrebbe consigliare di trascendere il dato letterale della norma, al fine di ridefinire in modo meno generico la formula utilizzata dal legislatore. Potrebbe dunque rivelarsi opportuno rileggere la previsione normativa alla luce della *ratio* che la informa, ancorché, come si è visto, la stessa non risulti univocamente individuabile.

Ad ogni buon conto è chiaro che l'obiettivo di tutela che il legislatore si è prefisso è comunque quello di tutelare il minore nel momento in cui frequenta l'istituto scolastico.

Non è dunque fondamentale nella ricostruzione dell'aggravante la collocazione fisica dell'edificio scolastico, quanto la sua vocazione a favorire la concentrazione dei minori, ivi affluiti per fruire del servizio istruzione.

E' allora possibile sostenere che l'aggravante sussista quando il reato viene commesso in un luogo adiacente all'istituto scolastico nel quale il minore si è venuto a trovare esclusivamente in ragione della frequentazione dello stesso.

**8. Le nuove circostanze aggravanti dei delitti contro la libertà sessuale (art. 609-ter cod. pen.) e del delitto di atti osceni (art. 527 cod. pen.).-** Problemi analoghi presentano anche le altre due circostanze introdotte, rispettivamente, dall'**art. 3, commi 22 e 23**.

Si tratta di due aggravanti speciali (e ad effetto speciale) riferite, la prima, al delitto di atti osceni in luogo pubblico (art. 527 cod. pen.) e, la seconda, a quelli di violenza sessuale e di violenza sessuale di gruppo (articoli 609-*bis* e 609-*octies* cod. pen.).

**3.22. All'art. 527 del codice penale, dopo il primo comma è inserito il seguente:**

**«La pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano».**

**3.23. All'art. 609-ter, primo comma, del codice penale, dopo il numero 5) è aggiunto il seguente:**

**«5-bis) all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa».**

La seconda, introdotta al n. 5-*bis* dell'art. 609-*ter* cod. pen., replica pressoché integralmente il contenuto dell'aggravante comune illustrata in precedenza, salvo ripresentare la locuzione "immediate vicinanze" che, come si è detto, è stata sostituita nella formulazione definitiva dell'art. 61 n. 11-*ter*), con il termine "adiacenze" (il che conferma, peraltro, come per il legislatore le due espressioni siano in realtà equivalenti).

Dunque si ripropongono anche in questo caso i dubbi interpretativi illustrati trattando dell'aggravante comune.

Peraltro va evidenziato che nello specifico la novella non precisa – diversamente da quanto si è visto per il n. 11-*ter*) dell'art. 61 cod. pen. – che la persona offesa del reato debba essere un minore, talché l'aggravante sembra doversi ritenere sussistente anche nell'ipotesi in cui

vittima della violenza sessuale compiuta nelle immediate vicinanze di un edificio scolastico sia un maggiorenne.

Circostanza che amplifica i dubbi suscitati dall'approssimativa definizione del luogo di consumazione del reato qualificante l'aggravante e, perverso, desta perplessità su quale sia la sua effettiva *ratio*.

La prima aggravante è invece configurata nel secondo comma dell'art. 527 cod. pen. per il caso che il reato venga commesso all'interno o (ancora una volta) nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e per l'ipotesi che ciò faccia insorgere «il pericolo che essi vi assistano».

Oltre ai consueti problemi legati all'evanescente delimitazione del luogo in cui devono consumarsi i fatti da cui scaturisce la circostanza aggravante, ulteriori perplessità in questo caso suscita il secondo requisito che definisce la fattispecie tipica e cioè la determinazione del pericolo che i minori assistano agli atti osceni.

Quello configurato dal legislatore è un evento di pericolo che deve conseguire alla consumazione della condotta tipica negli ambienti specificamente descritti dal secondo comma dell'art. 527 cod. pen. (la formulazione della norma soffre in realtà una certa approssimazione nella sintassi, atteso che il legislatore si è dimenticato di specificare che ciò a cui i minori devono rischiare di assistere sono gli atti osceni, ma il significato della disposizione è comunque ricostruibile in tal senso).

Posto che il delitto di atti osceni è già di per sé un reato di pericolo, non essendo necessario per la sua consumazione che qualcuno effettivamente assista al comportamento tenuto dal suo autore (v. da ult. Sez. III 6 febbraio 2008, p.m. in proc. Zinoni, RV 239838), l'aggravante si qualifica per la specificazione che tale pericolo non riguardi l'indistinta collettività, ma un suo sottoinsieme determinato dai soggetti minori, sulla base del presupposto che il luogo in cui la condotta viene consumata è abitualmente frequentato dagli stessi.

Sul versante soggettivo, ai sensi dell'art. 59 cod. pen., è dunque necessario che l'agente si renda conto di creare il pericolo di esposizione dei minori agli atti osceni essendo consapevole (o dovendolo essere) che tali atti vengono compiuti in un luogo dagli stessi frequentato.

Così ricostruita, l'aggravante evidenzia dei precisi limiti di tipicità e, probabilmente, una certa lacunosità nella sua configurazione.

E' infatti ovvio che gli atti osceni compiuti in luoghi non «abitualmente frequentati» da minorenni non ricadono nell'ambito di operatività dell'aggravante.

Ma è veramente difficile identificare tali luoghi attraverso la formulazione letterale del dettato normativo.

E' infatti arduo sostenere, ad esempio, che la pubblica via o il cortile di un condominio non siano luoghi abitualmente frequentati «anche» da minori.

Se però questa fosse la portata della locuzione legislativa la stessa risulterebbe in definitiva inutile e l'aggravante avrebbe potuto altrettanto efficacemente essere configurata senza la precisazione in esame, che risulterebbe priva di alcuna attitudine di selezione.

Posto che l'evidente *ratio* che qualifica la novella si identifica con l'esigenza di tutelare, oltre che il comune senso del pudore, l'integrità morale dei minori, sembra allora potersi sostenere che i luoghi interessati dalla previsione normativa sono solo quelli specificamente destinati alla frequentazione dei minori (come, ad esempio, i recinti ricreativi all'interno dei parchi, i campi sportivi, gli oratori ecc.) e cioè quelli riconoscibili come tali.

In altri termini, l'aggravante sussiste non perché accidentalmente agli atti osceni abbia assistito un minore, ma perché nel luogo prescelto per realizzarli dal suo autore è prevedibile (e non solo possibile) siano presenti dei minori in quanto "abituati" a frequentarlo.

Non è poi sufficiente, perché la circostanza rimanga integrata, che gli atti siano consumati in uno di questi luoghi, ma è necessario che sussista il concreto pericolo che i minori vi assistano.

Ovviamente l'aggravante in esame deve considerarsi speciale rispetto a quella di cui all'art. 61 n. 11-ter cod. pen., che rimane dunque assorbita nell'ipotesi in cui gli atti osceni vengano commessi all'interno o in prossimità di edifici scolastici.

**9. Le nuove circostanze del sequestro di persona (art. 605 cod. pen.).** - Si ispira all'esigenza di rafforzare la tutela penale dei minori anche l'**art. 3, comma 29**, della legge in esame.

In proposito, come si evince dai lavori parlamentari, l'ispirazione dell'intervento legislativo va ricercata nell'esigenza – più volte rimarcata nel recente passato dal Parlamento Europeo – di contrastare più efficacemente il fenomeno dei rapimenti di minori contesi tra genitori separati o divorziati, sempre più diffuso soprattutto nei casi in cui questi ultimi siano di nazionalità differenti.

La norma si articola in due autonome disposizioni con le quali vengono, rispettivamente, introdotti alcune nuove circostanze del reato di sequestro di persona ed il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero.

Quanto alle prime (**comma 29, lettera a**), la novella ha all'uopo aggiunto all'art. 605 cod. pen. i commi terzo, quarto e quinto.

**3.29 a) all'art. 605, dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti:**

**«Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso in presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni.**

**Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.**

**Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente:**

- 1) affinché il minore riacquisti la propria libertà;**
- 2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati;**
- 3) per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore»**

Nel terzo comma è stata innanzi tutto configurata un'aggravante ad effetto speciale (punita con la reclusione da tre a dodici anni), per il caso che il sequestro sia commesso ai danni di un minore.

Lo stesso comma prevede poi un'altra aggravante (punita con la reclusione da tre a quindici anni) nell'ipotesi in cui ricorra una delle circostanze previste dal secondo comma dello stesso art. 605 ovvero se si tratta di minore infraquattordicenne o, ancora, se il minore è condotto o trattenuto all'estero.

Nel quarto comma è stata introdotta un'ulteriore circostanza aggravante (che comporta l'applicazione della pena dell'ergastolo) per l'ipotesi che al sequestro del minore consegua la sua morte.

Nel quinto comma ha trovato collocazione, infine, un'attenuante ad effetto speciale che comporta l'abbattimento fino alla metà delle «pene previste dal terzo comma» (ma non interviene su quella prevista dal quarto), qualora l'imputato si adoperi alternativamente: 1) affinché il minore riacquisti la libertà; 2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, ovvero per l'esito proficuo delle indagini; 3) per evitare la commissione di ulteriori sequestri di minori.

Le circostanze aggravanti. - Le aggravanti non presentano particolari difficoltà interpretative, una volta chiarito che tra le stesse sussiste un rapporto di evidente specialità, atteso che anche quella contenuta nella seconda parte del nuovo terzo comma dell'art. 605 riguarda esclusivamente, come si evince dal tenore letterale della norma, il fatto di sequestro di un minore (il che ovviamente suggerisce come il rinvio alle fattispecie di cui al secondo comma difficilmente potrà riguardare l'ipotesi in cui la vittima del reato sia l'ascendente del suo autore).

Le circostanze attenuanti del ravvedimento. - Più problematico appare, invece, l'inquadramento delle fattispecie di "ravvedimento operoso" descritte nel quinto comma.

Le diverse ipotesi elencate dalla norma sub 1 e 2 sostanzialmente riproducono quelle previste dal terzo e quarto comma dell'art. 630 cod. pen. per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione o quella di cui al quarto comma dell'art. 289-bis cod. pen. in tema di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. Attenuanti queste accomunate da una filosofia premiale tesa a favorire comportamenti *post delictum* che soddisfino, oltre la peculiare esigenza della liberazione dell'ostaggio, anche quella di disarticolare le organizzazioni criminali (comuni o terroristiche) autrici del reato.

In tal senso le disposizioni contenute nell'art. 630 e 289-bis cod. pen. (come quelle previste dagli articoli 4 e 5 legge 6 febbraio 1980, n. 15 in materia di terrorismo) hanno rappresentato il paradigma al quale il legislatore si è ispirato nella progressiva introduzione di misure analoghe come quelle, ad esempio, previste dall'art. 8 della legge n. 12 luglio 1991, n. 203 (in materia di criminalità mafiosa) o dall'art. 74, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (in materia di stupefacenti).

Le fattispecie attenuanti menzionate riguardano tutte reati associativi (dunque necessariamente plurisoggettivi) o la cui consumazione comunque il legislatore presuppone avvenga in un contesto di criminalità organizzata.

In tal senso, infatti, tanto l'art. 630, che l'art. 289-bis cod. pen., fanno esplicito ed esclusivo riferimento al «concorrente che, dissociandosi dagli altri» tiene le condotte che fondano l'attenuazione della pena.

Particolare questo che le distingue dalle nuove attenuanti introdotte dalla legge n.94. del 2009, che non contengono alcuna precisazione di egual tenore.

Ciò peraltro non significa che vi sia incompatibilità strutturale tra le attenuanti in questione e l'ipotesi del reato commesso da agente unico, compatibile invece con il tenore letterale del quarto comma dell'art. 605 cod. pen..

Infatti, la norma non replica il riferimento alla “cattura dei concorrenti”, quale possibile esito del comportamento collaborativo, contenuto invece nell’art. 630 cod. pen., ma descrive solo condotte (la liberazione del minore sequestrato, l’aver contribuito alla ricostruzione dei fatti, ecc.) che per l’appunto non presuppongono la necessaria struttura concorsuale del delitto.

Non di meno va ricordato come la giurisprudenza formatasi con riguardo all’art. 630 cod. pen., abbia sostanzialmente ridimensionato la portata vincolante del dato letterale della norma, nel tentativo di garantire la massima applicazione delle circostanze premiali. Così, secondo i giudici di legittimità, le attenuanti previste dalla disposizione menzionata devono essere comunque riconosciute anche nel caso il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione sia consumato da agente unico (v. Sez. II 15 gennaio 1988, Sità, RV 177774, Sez. II 24 marzo 1981, Princi, RV 149449).

Del resto l’ordinamento conosce già ipotesi di ravvedimento operoso che non presuppongono la fattispecie concorsuale o il contesto di criminalità organizzata.

Sorvolando sull’attenuante comune dell’art. 62, primo comma, n. 6 cod. pen. – che pure valorizza condotte *post delictum* tese a ridimensionare l’impatto negativo del reato - è appena il caso di menzionare, ad esempio, quella prevista per i reati in materia di stupefacenti dal comma settimo dell’art. 73 del d.P.R. n. 309/1990.

Questione più delicata è quella attinente all’esatta definizione di alcuni dei comportamenti rilevanti ai fini del riconoscimento dell’attenuante.

Se infatti quelli di procurata liberazione del minore o di prevenzione delle ulteriori conseguenze dell’attività criminosa (rispettivamente previste ai nn. 1 e 2 del quarto comma dell’art. 605) o, ancora, di prevenzione della «commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore» (prevista invece dal successivo n. 3 del medesimo comma) non presentano particolari asperità, trattandosi, come già accennato, di comportamenti già presi in considerazione da numerose altre disposizioni introdotte in passato (sulle quali l’interpretazione può considerarsi oramai consolidata) ovvero di condotte la cui descrizione non lascia adito a dubbi, altrettanto non può dirsi per le altre e cioè quelle di ausilio all’autorità inquirente «nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l’individuazione o la cattura di uno o più autori di reati» (configurate sempre al n. 2) del citato quarto comma).

La prima, infatti, sostanzialmente sembra risolversi – quantomeno nell’ipotesi del reato ad agente unico – nella mera confessione dell’imputato.

Spetterà dunque alla giurisprudenza il delicato compito di stabilire l’effettivo parametro con cui misurare la decisività delle sue rivelazioni, vero discrimine nel riconoscimento dell’attenuante.

La formulazione della seconda risulta invece quanto mai discutibile.

Il tenore della norma suggerisce che l’attenuante sussista qualora la collaborazione offerta dall’imputato porti all’individuazione o alla cattura degli autori di un *qualsiasi* reato, purché conseguente a quello di sequestro del minore, giacché questo è il significato letterale della locuzione cui è ricorso il legislatore.

Ciò amplia di non poco la portata dell’attenuante in esame rispetto a quanto previsto per quelle analoghe introdotte in passato - e di cui si è detto - per l’integrazione delle quali l’agente deve consentire l’individuazione dei suoi complici nel reato che gli viene addebitato e solo in questo.

Ulteriori perplessità suscita infine il raccordo tra l’attenuante in commento e le aggravanti del terzo comma.

Infatti, come accennato, il quinto comma dell'art. 605 esordisce prevedendo che le pene previste nel suddetto terzo comma sono «altresì» diminuite in presenza delle condotte di ravvedimento operoso.

L'intenzione del legislatore sembra essere stata quella di voler precisare che tali condotte assumono rilevanza esclusivamente nell'ipotesi del sequestro di minore e non anche nell'ipotesi base di sequestro di persona o in quella aggravata ai sensi del secondo comma dell'art. 605 cod. pen. e, probabilmente (atteso che anche su questo punto i lavori parlamentari non sono di aiuto), anche quella di sottrarre le aggravanti del terzo comma al giudizio di comparazione con l'attenuante in commento, imponendo che la diminuzione conseguente al riconoscimento della stessa venga applicata sulla pena determinata tenendo conto degli aumenti dovuti per le menzionate aggravanti.

La norma non prende però in considerazione l'ipotesi in cui, oltre alla circostanza di cui all'art. 605, quinto comma, all'imputato venga riconosciuta anche un'altra attenuante, la quale, in assenza di espressa previsione normativa di segno contrario, non sembrerebbe potersi ritenersi ugualmente sottratta al giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen. con le aggravanti dipendenti dalla minore età della vittima del sequestro.

Appare a questo punto inestricabile la situazione che si verrebbe a creare nell'eventualità in cui tale attenuante non venga giudicata minusvalente alle menzionate aggravanti.

In particolare, non applicandosi più i relativi aumenti di pena, non si potrebbe, sempre stando al tenore letterale della norma, nemmeno praticare le diminuzioni promesse dal quarto comma dell'art. 605.

E qualora invece queste dovessero ritenersi comunque dovute, allora dovrebbero essere applicate sulla pena base prevista per il reato di sequestro di persona, il che non sembra riflettere l'effettiva volontà del legislatore.

Una possibile via d'uscita da questa apparente *impasse* potrebbe essere quella di ritenere che quelle configurate nel terzo comma dell'art. 605 cod. pen. non sono circostanze aggravanti del delitto previsto dal primo comma dello stesso articolo, bensì autonome fattispecie di reato.

Ciò consentirebbe di recuperare coerenza sistematica alla previsione del successivo quarto comma, ma è bene sottolineare in proposito che tutte le relazioni parlamentari che hanno accompagnato l'*iter* della legge n....del 2009 rivelano l'espressa volontà del legislatore di configurare invece proprio delle circostanze aggravanti del reato di sequestro di persona e non degli autonomi delitti.

#### **10. Le analoghe circostanze attenuanti introdotte nell'art. 600-sexies cod. pen.-**

Analoghi problemi a quelli testé illustrati pone l'**art. 3, comma 56**, che ha parimenti introdotto al quinto comma dell'art. 600-sexies cod. pen. un attenuante ad effetto speciale in caso di collaborazione dell'imputato dei reati in materia di riduzione in schiavitù e tratta delle persone (articoli 416 sesto comma, 600, 601 e 602 cod. pen.) prostituzione minorile (articoli 600-bis e 600-quinquies cod. pen.), pedopornografia (articoli 600-ter, 600-quater, 600-sexies e 600-septies cod. pen.) ed accattonaggio minorile (art. 600-octies cod. pen.).

**3.56. All'art. 600-sexies del codice penale, dopo il quarto comma è inserito il seguente:**  
«Nei casi previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 600-sexies, 600-septies, 600-octies, 601, 602 e 416, sesto comma, le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori aiutando concretamente l'autorità di polizia o

**l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura di uno o più autori dei reati ovvero per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti».**

Le fattispecie premianti sono sostanzialmente identiche a quelle configurate dalla novella nell'art. 605 cod. pen., eccezion fatta, ovviamente, per i comportamenti correlati alla liberazione della vittima del sequestro di persona.

In questo caso però il legislatore, con riguardo alla collaborazione finalizzata a favorire la cattura di terzi, risulta più precisa, giacché identifica questi ultimi non genericamente come gli «autori di reati», bensì come gli autori «dei reati», operando implicito ed evidente riferimento alle fattispecie incriminatrici elencate nell'*incipit* della disposizione. Valgono peraltro gli stessi dubbi già illustrati sull'applicazione dell'attenuante premiale anche in caso di reato ad agente unico.

### **11. Il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-bis cod. pen.)**

.- Sembra invece inequivocabilmente costituire una autonoma fattispecie di reato quella di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, introdotta dall'**art. 3, comma 29, lettera b)**, della novella all'art. 574-bis cod. pen.

**3.29 b) nel libro II, titolo XI, capo IV, dopo l'art. 574 è inserito il seguente:**

**«Art. 574-bis.- (Sottrazione e trattenimento di minore all'estero). – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la potestà dei genitori o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della potestà genitoriale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.**

**Se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni.**

**Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori».**

Quello configurato dal legislatore è un delitto doloso comune, procedibile d'ufficio e punito con la reclusione da uno a quattro anni, la cui fattispecie oggettiva è integrata dalla condotta di chi sottrae un minore al genitore esercente la potestà genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà dello stesso genitore o tutore ed impedendo a questi ultimi l'esercizio della potestà.

La nuova figura di reato si caratterizza, dunque, come ipotesi speciale dei delitti di sottrazione consensuale di minorenni di cui all'art. 573 e di sottrazione di persone incapaci di cui all'art. 574 cod. pen., dai quali mutua in larga parte l'elemento oggettivo.

In realtà l'art. 574-bis non configura la condotta di trattenimento come alternativa a quella di sottrazione – come avviene nei citati artt. 573 e 574 - bensì come specificazione di una delle modalità di consumazione di quest'ultima. Dettaglio formale che non muta la sostanziale omogeneità delle diverse fattispecie, atteso che anche in quella di nuovo conio l'oggetto dell'incriminazione si riduce all'alternativa tra la condotta di chi conduce

illegittimamente il minore dal luogo in cui si trova ad un altro e quella di chi trattiene illegittimamente il minore nel luogo in cui questi già si trovava legittimamente.

Richiamando dunque la più recente elaborazione giurisprudenziale dell'elemento oggettivo delle diverse fattispecie di sottrazione di minori, può ritenersi che anche il reato introdotto dalla novella richieda per la sua consumazione che la condotta tipica venga protratta per un periodo di tempo apprezzabile, non assumendo rilevanza penale la sottrazione momentanea, inidonea a determinare la lesione del bene giuridico tutelato (v. in questo senso, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 574 cod. pen., Sez. V 8 luglio 2008, Sailis, RV 241637).

E proprio guardando all'oggetto giuridico della nuova fattispecie incriminatrice è possibile rinvenire un ulteriore elemento di omogeneità tra la stessa e quelle previste dagli artt. 573 e 574 cod. pen.

Infatti, può ritenersi oramai consolidata l'interpretazione secondo cui i reati in materia di sottrazione di minori sono pluri offensivi, combinando la tutela del minore a quella del complesso dei diritti e dei doveri che comporta l'esercizio della potestà genitoriale (v. in questo senso *ex pluribus* Sez. VI, 8 gennaio 2003, Attolino, RV 225930).

La giurisprudenza ha tradizionalmente fondato l'identificazione della potestà genitoriale quale oggetto della tutela ponendo l'accento su di un altro elemento costitutivo delle fattispecie previste dagli artt. 573 e 574 cod. pen. e, cioè, il dissenso del titolare della potestà medesima. Ciò ha portato la stessa giurisprudenza a ritenere, di conseguenza, connotazione necessaria – ancorché formalmente inespressa – della sottrazione l'impedimento all'esercizio di tale potestà (v. in questo senso, *ex pluribus*, Sez. VI 4 marzo 2002, Staller, RV 221931 e più di recente Sez. VI 18 febbraio 2008, Cipullo, RV 239880).

L'art. 574-*bis* cod. pen. ripropone il dissenso del genitore o del tutore quale presupposto della sottrazione penalmente rilevante, ma, rispetto al passato, recepisce l'impostazione seguita dalla giurisprudenza ed espressamente richiede, per la tipicità della condotta, che la stessa impedisca, in tutto o in parte, l'esercizio della potestà parentale ai titolari della medesima.

La norma incriminatrice pone dunque in evidenza come, nell'economia della fattispecie, la tutela della potestà genitoriale assuma un carattere prevalente, ancorché non necessariamente esclusivo.

E, in tal modo, la novella traduce in maniera coerente la dichiarata volontà del legislatore di arginare il fenomeno della sottrazione "internazionale" di minori quale strumento di risoluzione dei conflitti nelle coppie "miste" di genitori. Fattispecie che ovviamente non esaurisce l'orizzonte di operatività della nuova incriminazione, ma che altrettanto indubbiamente costituisce statisticamente quella che più facilmente risulta iscrivibile nella stessa.

In proposito il legislatore non ha peraltro ritenuto necessario precisare che il reato possa essere commesso anche da uno dei genitori in danno dell'altro, ritenendo l'ipotesi comunque tipizzata dalla formula normativa adottata, come si evince dalla previsione al terzo comma dell'art. 574-*bis* cod. pen. della pena accessoria della sospensione della potestà parentale per l'ipotesi, per l'appunto, che il reato sia commesso dal genitore. In proposito è ancora una volta utile ricordare l'interpretazione maturata con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 573 e 574 cod. pen.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza formatasi successivamente alla riforma del diritto di famiglia del 1975 è univocamente orientata nell'affermare la rilevanza penale della sottrazione perpetrata da uno dei genitori, se non titolare esclusivo della potestà genitoriale

(v. in tal senso *ex pluribus* Sez. VI 4 luglio 2002, Zanta, RV 222024 e più di recente Sez. V 8 luglio 2008, Sailis, cit.).

L'elemento effettivamente specializzante che distingue la nuova fattispecie da quelle precedenti è, invece, rappresentato dalla ulteriore particolare connotazione che assume la condotta di sottrazione, la quale deve necessariamente esitare nel procurato espatrio o nel trattenimento in territorio estero del minore.

La sottrazione del minore, già penalmente rilevante ai sensi dell'art. 573 o dell'art. 574 cod. pen., integra dunque il più grave reato introdotto dalla novella solo nel momento in cui lo stesso varchi i confini del territorio nazionale, circostanza che consente di ritenere comunque commesso in Italia il reato, giacché nel territorio dello Stato viene consumata - se si preferisce, anche solo in parte - l'azione tipica.

Più complessa appare la situazione se si guarda all'altra modalità di consumazione della condotta di sottrazione e cioè quella di trattenimento all'estero del minore.

Infatti, per il caso in cui il reato non possa considerarsi commesso, nemmeno in parte, nel territorio dello Stato (ipotesi tutt'altro che improbabile in concreto, presupponendo la norma incriminatrice che il minore si trovi già all'estero nel momento in cui viene consumata la condotta), non prevedendo l'art. 574-*bis* cod. pen. alcuna disciplina speciale in merito, dovrà inevitabilmente applicarsi quella generale di cui agli articoli 7 e ss. cod. pen.

Dunque la sottrazione risulterà punibile soltanto se l'autore si trovi nel territorio dello Stato e venga avanzata richiesta del Ministro della giustizia ovvero istanza del genitore o del tutore impediti nell'esercizio della potestà parentale. Nel caso di reato commesso dal cittadino italiano, infatti, viene in conto la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 9 cod. pen., atteso che per il reato in questione è previsto un minimo edittale di pena inferiore a tre anni di detenzione, mentre, qualora l'agente sia uno straniero, trova applicazione il disposto di cui al primo comma dell'art. 10 cod. pen., sempre che la persona offesa sia un cittadino, difettando altrimenti la possibilità di affermare la giurisdizione italiana, atteso che comunque non ricorre la condizione prevista dal n. 2) del secondo comma dello stesso art.

Peraltro la nuova fattispecie si distingue dalle altre ipotesi di sottrazione di minore anche per un altro profilo.

Infatti, per l'art. 574-*bis*, il consenso alla sottrazione, manifestato dal minore che abbia compiuto gli anni quattordici, è del tutto irrilevante, se non ai fini dell'integrazione della circostanza attenuante configurata dal legislatore al secondo comma dell'art. medesimo (la quale comporta l'applicazione della pena da sei mesi a tre anni di reclusione).

Nella fattispecie di cui all'art. 573 cod. pen., invece, il consenso del minore ultraquattordicenne è vero e proprio presupposto della condotta, la cui mancanza comporta la riqualificazione della sottrazione del minore nel più grave reato previsto dal secondo comma dell'art. 574 cod. pen. (nella cui struttura, dunque, l'assenza del consenso assume la connotazione di elemento negativo del fatto).

Come già accennato, l'introduzione del reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero è, nel disegno del legislatore, misura complementare al già illustrato inasprimento delle pene del delitto di sequestro di persona per il caso venga consumato ai danni di un minore. Si pone dunque il problema del possibile concorso tra i due reati.

In proposito è necessario premettere che la sottrazione solo eventualmente può tradursi nella limitazione della libertà personale del minore, requisito essenziale, invece, per l'integrazione del delitto previsto dall'art. 605 cod. pen.

Ciò non toglie che quando ciò avviene possa registrarsi una sovrapposizione dell'ambito di operatività delle due norme incriminatrici.

Con riguardo al delitto di cui all'art. 574 cod. pen., la giurisprudenza più recente si è orientata nel senso di ammetterne il concorso con quello di sequestro di persona, esaltando l'eterogeneità dell'oggetto giuridico delle due fattispecie (v. in questo senso Sez. V 20 settembre 2001, Welsch, RV 219976 e Sez. I 2 dicembre 2008, Pasculli, RV 242078), ma ha altresì avuto modo di precisare che il riconoscimento del concorso formale tra i due reati deve ritenersi possibile solo nell'ipotesi in cui il minore sia stato effettivamente sottoposto ad una limitazione della libertà personale rispetto alla quale egli, avendo acquistato una sufficiente capacità di esprimersi, abbia verbalmente o in altro modo manifestato il proprio dissenso, dovendosi altrimenti ritenere integrato il solo reato di sottrazione di minore (così Sez. V 20 febbraio 2008, Cogorno, RV 240490).

Nella sostanza l'elaborazione giurisprudenziale si è in realtà concentrata nel passato sulla possibilità o meno di riconoscere la sussistenza (solo od anche) del reato di sequestro di persona nel caso di sottrazione dell'infante o del neonato (di soggetti, cioè, incapaci di manifestare un qualche consenso alla sottrazione), risentendo in proposito delle incertezze interpretative sull'esatta delimitazione dell'oggetto del delitto di cui all'art. 605 cod. pen. e dell'illustrata rilevanza del consenso del minore nella struttura dei delitti previsti dagli artt. 573 e 574 dello stesso codice. In questa prospettiva non è stata realmente messa a fuoco la natura del rapporto intercorrente tra le diverse fattispecie menzionate, essendosi la giurisprudenza più che altro impegnata a contestare la configurabilità del reato di sequestro di persona in relazione ad alcune categorie di fatti. Ed infatti la sbrigativa catalogazione di tale rapporto nell'ambito del concorso tra reati è conseguenza dell'esclusione di qualsiasi ipotesi di assorbimento tra le diverse norme incriminatrici in ragione della loro rubricazione sotto oggettività giuridiche eterogenee, che, come noto, è principio non universalmente condiviso.

Con riguardo alla nuova figura di reato introdotta dalla legge n. 94 del 2009, il legislatore sembra, ad ogni buon conto, aver voluto prevenire ogni possibile dubbio interpretativo.

Infatti, l'art. 574-*bis* cod. pen. esordisce con una clausola di riserva relativamente indeterminata («salvo che il fatto costituisca più grave reato») che dovrebbe escludere in radice l'ipotesi del concorso del reato di sottrazione e trattenimento all'estero di minori con quelli più gravemente puniti, come, per l'appunto, il sequestro di minori. In forza di tale clausola il nuovo reato dovrebbe, dunque, rimanere assorbito in quello più grave per espressa volontà del legislatore, perdendo a questo punto di significato qualsiasi indagine sulla natura dei rispettivi beni giuridici.

Altra fattispecie con cui la nuova figura criminosa vanta una possibile relazione di interferenza (quantomeno nei casi che ne hanno ispirato l'introduzione e cioè quelli di sottrazione avvenuta nell'ambito di un conflitto tra genitori) è quella di elusione dei provvedimenti giudiziari dettati in materia di affidamento dei minori di cui al secondo comma dell'art. 388 cod. pen. Si tratta di reato punito meno gravemente di quello previsto dall'art. 574-*bis* e, dunque, la clausola di riserva di cui si è detto non è in questo caso in grado di disciplinare il rapporto tra le due norme incriminatrici.

La questione si è già posta in passato con riguardo alle pregresse ipotesi di sottrazione previste dagli articoli 573 e 574 cod. pen. ed in proposito la giurisprudenza ha oscillato tra la tesi dell'assorbimento della sottrazione nell'incriminazione di cui all'art. 388 (in questo senso v. Sez. VI 9 dicembre 2003, Mancuso, RV 229509) e quella del concorso formale tra i due reati in ragione, ancora una volta, dell'eterogeneità dell'oggetto giuridico che li caratterizza (in questo senso v. Sez. V 19 marzo 2003, Panozzo, RV 225738 e Sez. VI 7 febbraio 2006, P.G. in proc. Cristofani, RV 233500).

**12. Le nuove circostanze aggravanti del furto (art. 625, primo comma, n. 8-bis e 8-ter, cod. pen.).-** Un'altra direttrice seguita dall'intervento normativo è quella del rafforzamento della tutela penale del patrimonio e della proprietà privata.

In tal senso, oltre alla già ricordata aggravante della truffa, la novella, all'art. 3, commi 26 e 27, ha introdotto anche nuove circostanze per il reato di furto e per quello di rapina.

Ai nn. 8-bis e 8-ter dell'art. 625 cod. pen. sono state configurate, rispettivamente, le aggravanti del furto all'interno dei mezzi pubblici di trasporto e del furto ai danni di persona che abbia «appena» fruito o stia fruendo dei servizi di istituti di credito, di uffici postali o di sportelli «adibiti al prelievo di denaro».

**3.26. All'art. 625, primo comma, del codice penale, dopo il numero 8) sono aggiunti i seguenti:**

**«8-bis) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto;**

**8-ter) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro».**

La prima disposizione non sembra presentare particolari questioni all'interprete.

Quanto alla nozione di «mezzi di pubblico trasporto», la stessa sembra dover essere riferita ad ogni tipo di veicolo, natante od aeromobile impegnato nella somministrazione di un servizio di trasporto che corrisponda ad un interesse della collettività, indipendentemente dal fatto che il medesimo venga gestito da un soggetto privato o pubblico.

La nuova aggravante sembra poter concorrere con quella del furto con destrezza di cui al n. 4 dell'art. 625 cod. pen., che concerne le modalità di esecuzione del furto e non il luogo in cui questo viene perpetrato, ma a questo punto il problema è costituito dalle conseguenze che, ai sensi del secondo comma del citato articolo 625, derivano sul piano sanzionatorio dalla miscela delle due circostanze.

Posto, infatti, che il “borseggio” è la modalità più usuale di consumazione dei furti a bordo dei mezzi di pubblico trasporto, la cornice edittale per questo genere di fatti è destinata ad attestarsi, nella maggior parte dei casi, nella forbice compresa tra i tre e i dieci anni di reclusione.

Meno agevole è invece l'interpretazione dei rapporti che intercorrono tra la nuova aggravante e quella di cui al n. 6 dell'articolo 625 cod. pen. con riguardo all'ipotesi del furto sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli. Potrebbe infatti ravvisarsi l'interferenza tra le due fattispecie materiali, atteso che i mezzi di trasporto pubblico sono dei «veicoli». In tale prospettiva sembra allora doversi affermare la specialità dell'aggravante preesistente rispetto a quella di nuovo conio, posta l'ulteriore di specificazione dell'oggetto materiale della condotta («il bagaglio»).

L'aggravante configurata al n. 8-ter dell'art. 625 cod. pen., invece, sembra integrare una ipotesi speciale di minorata difesa, caratterizzata dalla peculiarità dei luoghi e delle circostanze di tempo in cui il furto viene consumato.

Per la sua integrazione è infatti innanzi tutto necessario che la persona offesa si trovi in una banca, in un ufficio postale o presso uno sportello “bancomat” e che stia fruendo dei servizi erogati in tali luoghi. Il legislatore sembra dunque voler evidenziare la particolare vulnerabilità della vittima del furto sulla base dell'implicito presupposto che la stessa, attesa

la natura dei luoghi evocati, stia maneggiando denaro od altri valori senza poter dispiegare le normali precauzioni per occultarne la vista ad estranei e per impedirne la sottrazione.

Non è peraltro chiaro nella formulazione della norma se l'oggetto materiale del furto debba necessariamente essere collegato ai servizi fruiti dalla vittima.

In altri termini, il legislatore non ha precisato se l'aggravante sussista solo se la sottrazione riguardi i medesimi beni oggetto dell'attività svolta nei luoghi identificati dalla norma (ad esempio, la somma di denaro prelevata dallo sportello bancomat) ovvero se la stessa rimanga integrata anche quando venga rubato un altro bene nella disponibilità della persona che sta fruendo dei servizi bancari o postali (proseguendo nell'esempio formulato in precedenza, la borsa appoggiata a terra dalla vittima mentre opera al medesimo sportello).

L'aggravante sembra affondare le sue radici nella prima ipotesi, che è indubbiamente quella che ha ispirato il legislatore, ma ciononostante la soluzione che espande la portata della disposizione normativa appare preferibile.

Infatti, come accennato, quella del n. 8-ter dell'art. 625 è un'ipotesi di minorata difesa in rapporto di evidente specialità con quella prevista dal n. 5 dell'art. 61 cod. pen. laddove la portata della nuova previsione venisse oltremodo ristretta si potrebbe ipotizzare addirittura il concorso tra le due aggravanti nel caso vengano sottratti beni di entrambe le tipologie.

Il che appare francamente irragionevole.

L'aggravante in questione sussiste anche nell'ipotesi (più frequente) in cui il furto venga perpetrato dopo che la vittima abbia fruito dei servizi bancari o postali.

Nella difficoltà di delimitare l'arco temporale di operatività dell'aggravante il legislatore è ricorso alla locuzione «abbia appena fruito», che indubbiamente rivela la necessità di un rapporto di immediatezza tra l'azione criminosa e quella compiuta in precedenza dalla persona offesa.

Formule di questo genere presentano comunque un inevitabile coefficiente di indeterminatezza, che nell'applicazione della norma potrebbe essere strumentalizzato al fine di espanderne arbitrariamente la portata. Per converso è praticamente impossibile individuare in termini rigidi e predefiniti il lasso di tempo massimo che debba intercorrere tra i due fatti. Sembra allora più corretto attribuire alla formula legislativa un senso che non sia riferito esclusivamente ad una misura temporale, ma anche alla necessaria esistenza di una relazione non solo occasionale tra gli stessi fatti.

In altri termini il legislatore sembra aver voluto circoscrivere l'operatività dell'aggravante alla fattispecie in cui l'azione criminosa abbia tratto ispirazione proprio dall'attività svolta dalla vittima. L'aggravante in questione dovrebbe essere riconosciuta, ad esempio, anche nel caso in cui il ladro, avendo osservato la persona offesa prelevare del danaro allo sportello bancomat, l'abbia seguita attendendo il momento più opportuno per perpetrare il furto.

**13. Le nuove circostanze aggravanti della rapina (art. 628, terzo comma, n. 3-bis, 3-ter e 3-quater, e quarto comma, cod. pen.).-** Quanto alle circostanze del reato di rapina, le stesse sono state introdotte ai nn. 3-bis, 3-ter e 3-quater del terzo comma dell'art. 628 cod. pen., condividendo dunque con le altre tradizionali aggravanti di questo delitto la forbice edittale di pena da quattro anni e sei mesi a venti anni di reclusione e da 1.032 a 3.098 euro di multa.

**3.27. All'art. 628 del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) al terzo comma, dopo il numero 3) sono aggiunti i seguenti:**

**«3-bis) se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'art. 624-bis;  
3-ter) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto;  
3-quater) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire  
ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli  
automatici adibiti al prelievo di denaro»**

La prima riguarda l'ipotesi della rapina commessa «nei luoghi di cui all'art. 624-bis» cod. pen. e cioè all'interno di un edificio o di un altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o delle sue pertinenze.

Mentre la legge 26 marzo 2001, n. 128 aveva eletto il furto in abitazione di cui al citato art. 624-bis a fattispecie autonoma di reato (in questo senso v. da ult. Sez. IV 19 settembre 2006, p.m. in proc. Sidari, RV 235022), il legislatore ha in questo caso inequivocabilmente configurato la rapina in abitazione come mera aggravante del delitto previsto dall'art. 628 cod. pen.

La rapina aggravata in tal senso risulta comunque un reato complesso, assorbendo il delitto di violazione di domicilio inevitabilmente strumentale alla sua consumazione.

Quanto ai luoghi che qualificano l'aggravante in esame può farsi riferimento alla consolidata elaborazione giurisprudenziale delle nozioni contenute nel richiamato art. 624-bis e, ancor prima, nell'abrogato n. 1 dell'art. 625 cod. pen..

In tal senso la Suprema Corte ha ritenuto, ad esempio, che quella di "luogo destinato a privata dimora" è nozione più ampia di quella di "abitazione", riferendosi a qualsiasi luogo, non pubblico, in cui una persona si trattenga, in modo permanente oppure transitorio e contingente, per compiere atti di vita privata o attività lavorative (così da ultimo Sez. IV 16 aprile 2008, Castri, RV 239980).

Sempre i giudici di legittimità hanno poi considerato ricompresi nella nozione in oggetto luoghi come la portineria di un condominio (v. Sez. sez. V 25 marzo 2008, Tagliatela, RV 240442), la sagrestia di una parrocchia (v. Sez. IV 30 settembre 2008, p.m. in proc. Aljmi, RV 241331), gli studi professionali, gli stabilimenti industriali e gli esercizi commerciali (v. Sez. IV 17 settembre 2003, Sgaramella, RV 226415) o lo spogliatoio di un ristorante (v. Sez. IV 26 febbraio 2003, p.m. in proc. Solimano, RV 224568).

Pertinenza è stata invece ritenuta il cortile di un'abitazione in relazione al furto dell'autovettura ivi parcheggiata dal proprietario (v. Sez. IV 19 settembre 2006, cit.).

Le altre due nuove circostanze del delitto (quelle introdotte ai nn. 3-ter e 3-quater del terzo comma dell'art. 628 cod. pen.) costituiscono la replica delle aggravanti del furto relative alla consumazione del reato a bordo di mezzi di trasporto e nei confronti di chi stai fruendo o abbia appena fruito di servizi bancari e postali, di cui ci siamo già occupati.

Come detto, il tenore delle disposizioni è in tutto e per tutto identico e dunque rinviamo alle osservazioni già svolte in proposito.

La novella (**art. 3, comma 27, lettera b**) ha infine aggiunto nell'art. 628 cod. pen. un quarto comma, che sottrae le nuove aggravanti, nonché quella dell'identità mafiosa dell'autore del reato (di cui al n. 3 del terzo comma dell'art. citato), al giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti, eccezion fatta per quella di cui all'art. 98 cod. pen., disponendo che queste ultime non possono essere ritenute prevalenti od equivalenti e che le relative diminuzioni di pena devono essere operate sulla quantità della stessa risultante all'esito degli aumenti conseguenti alle menzionate aggravanti.

**3.27 b) dopo il terzo comma è aggiunto il seguente:**

**«Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo comma, numeri 3, 3-bis, 3-ter e 3-quater, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti»**

La clausola di esclusione del bilanciamento tra aggravanti ed attenuanti configurata dal legislatore risulta tutt'altro che inedita. La stessa sta anzi caratterizzando in maniera sempre più frequente, rivelandone l'intento fortemente repressivo, gli interventi legislativi in materia penale degli ultimi anni.

Si pensi, ad esempio, all'art. 590-bis cod. pen. introdotto con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125), in materia di omicidio colposo o lesioni colpose cagionate da chi guida in stato di ebbrezza, ovvero, risalendo nel tempo, all'art. 12, comma 3-quater, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ovvero all'art. 7, comma 2, della legge 12 luglio 1991, n. 203 in materia di criminalità organizzata o, ancora, all'art. 1, comma 3, della legge 6 febbraio 1980, n. 15 in materia di terrorismo o, infine, all'art. 7, comma 4, della legge 18 febbraio 1992, n. 172, riguardante speciali ipotesi di concorso nei reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera a) cod. proc. pen., all'art. 291-ter del d.P.R. 23 gennaio 1973 in tema di contrabbando di tabacchi lavorati esteri ed all'art. 3, comma 2, del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 in relazione ai reati commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.

L'inserimento di queste clausole denuncia la preoccupazione del legislatore per la crisi di effettività delle sanzioni penali e rivela la sua intenzione di ridurre conseguentemente lo spazio di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena in concreto.

Linea di politica criminale che pervade la novella e che costituisce la cifra comune di tutti gli interventi succedutisi in materia penale a partire dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251.

Con riguardo allo specifico caso dell'art. 628 cod. pen. è peraltro doveroso sottolineare come allo stesso siano riconducibili fatti assai eterogenei tra loro per gravità e come dunque la rigidità introdotta dalla clausola menzionata nell'individuazione della forbice edittale lascia alquanto perplessi.

Né l'aver circoscritto l'operatività della stessa alle sole fattispecie aggravate elencate nel quarto comma è, sotto questo profilo, tranquillizzante.

Innanzitutto le stesse a loro volta possono riguardare fatti scarsamente omogenei tra loro, mentre in secondo luogo risulta incomprensibile la stessa *ratio* che ha presieduto alla loro selezione tra tutte le circostanze contemplate nel terzo comma dell'art. 628 cod. pen. Infatti sfugge la ragione per cui, ad esempio, per uno scippo degenerato in rapina impropria a causa dello spintonamento della vittima intenta nel prelevare del danaro al bancomat, sia inibito il bilanciamento con le eventuali attenuanti configurabili, mentre lo stesso trattamento non venga riservato in caso di rapina a mano armata commessa in una tabaccheria da più persone riunite, che obiettivamente appare fatto ben più grave.

**14. L'aumento della pena minima della violazione di domicilio (art. 614 cod. pen.) -** Completa il quadro di rafforzamento della tutela della privata dimora il disposto dell'art. 3,

**comma 24**, che ha provveduto ad innalzare il limite minimo edittale della pena prevista per il delitto di violazione di domicilio, portandolo a sei mesi di reclusione.

**3.24. All'art. 614, primo comma, del codice penale, le parole: «fino a tre anni» sono sostituite dalle seguenti: «da sei mesi a tre anni».**

**15. L'inasprimento della fattispecie di danneggiamento (art. 635 cod. pen.)**.- Ulteriore obiettivo che persegue la novella, come si evince dalla relazione che accompagnava l'originario disegno di legge presentato dal Governo, è quello dell'inasprimento della risposta repressiva nei confronti dei fenomeni di cd. "illegalità diffusa".

In proposito l'intervento normativo è stato peraltro focalizzato sugli atti di vandalismo che determinano il degrado dei centri urbani, presupponendo dichiaratamente una fattispecie ben precisa e cioè quella dell'imbrattamento di edifici o mezzi pubblici con "graffiti", "murales" o più semplicemente, come di regola si verifica, scritte e disegni di ogni genere.

In tale prospettiva il legislatore ha da subito abbandonato l'ipotesi di introdurre una nuova fattispecie incriminatrice disegnata sul profilo specifico di queste condotte ed ha invece preferito apportare alcune modifiche a quelle già esistenti alle quali tradizionalmente questi comportamenti vengono ricondotti, cioè quelle di cui agli articoli 635 e 639 cod. pen..

Così l'**art. 3, comma 2, lettera a)**, estende l'aggravante del delitto di danneggiamento, prevista al n. 3) del secondo comma del citato art. 635, all'ipotesi in cui oggetto dello stesso siano immobili i cui lavori di costruzione, ristrutturazione o risanamento siano in corso o risultino ultimati, mentre la successiva **lettera b)** dello stesso art. aggiunge un terzo comma all'art. 635, nel quale viene previsto l'obbligo di subordinare, nelle sole ipotesi di danneggiamento aggravato di cui al precedente comma secondo (che, si ricorda, sono di competenza del Tribunale monocratico, al contrario dell'ipotesi base attribuita alla competenza del Giudice di Pace), la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero, se l'imputato non vi si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo non superiore a quello della pena sospesa e con modalità fissate nella sentenza di condanna.

**3.2. All'art. 635 del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) al secondo comma, numero 3), dopo le parole: «centri storici» sono inserite le seguenti: «ovvero su immobili i cui lavori di costruzione, di ristrutturazione, di recupero o di risanamento sono in corso o risultano ultimati»;**

**b) dopo il secondo comma è aggiunto il seguente:**

**«Per i reati di cui al secondo comma, la sospensione condizionale della pena è subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna».**

In proposito sono necessarie alcune puntualizzazioni.

Nella sua primigenia versione il comma 2, lettera a), aveva configurato, in maniera assai sbrigativa, una autonoma aggravante [collocata nel nuovo n. 3-bis) del secondo comma dell'art. 635] per il caso che il danneggiamento fosse commesso su «immobili sottoposti a

risanamento edilizio o ambientale», formula non priva di una certa ambiguità, atteso che con il termine “risanamento ambientale”, molto ricorrente nella normativa vigente, si fa riferimento, infatti, ad interventi di bonifica che possono interessare il territorio o anche l'ambito urbano rispetto a determinati fattori inquinanti di varia natura (dai rifiuti, al materiale radioattivo, al rumore), mentre il “risanamento edilizio” attiene invece a quegli interventi volti a contrastare il fenomeno dell'abusivismo.

Il legislatore è stato così costretto ancora una volta a correggere la rotta *in itinere*, abbandonando innanzi tutto la configurazione di una autonoma aggravante e riconducendo la speciale ipotesi presa in considerazione in quella, per l'appunto, del n. 3) dell'art. 635. Sono state altresì abbandonate le ambigue formule di cui si è detto e si è finalmente spiegato in maniera più chiara che la fattispecie aggravante concerne l'ipotesi in cui oggetto del danneggiamento sia sostanzialmente un immobile in corso di costruzione ovvero nel quale vengono eseguiti lavori di ristrutturazione o risanamento.

Qualche dubbio suscita ancora, in realtà, la seconda ipotesi assunta dal legislatore e cioè quella in cui il danneggiamento riguardi un immobile nel quale i lavori sopra descritti risultino ultimati. Espressione infelice (giacché tutti gli immobili sono stati almeno costruiti!) che sembra potersi interpretare nel senso che il reato viene commesso a breve distanza di tempo dall'ultimazione dei lavori che hanno interessato l'immobile.

Interpretazione che, per un verso, restituisce un significato credibile alla formulazione normativa, ma che, per l'altro, evidenzia un preoccupante deficit di determinatezza, in quanto la fissazione dell'intervallo temporale entro il quale può ritenersi integrata la fattispecie aggravata viene sostanzialmente rimessa all'arbitrio del giudice.

La disposizione introdotta al terzo comma dell'art. 635, invece, non è inedita, riproducendo in larga parte quella dell'art. 165, primo comma, cod. pen., così come modificato da ultimo dalla legge n. 11 giugno 2004, n. 145; peraltro la novella non ripropone il riferimento alla possibilità di subordinare la sospensione condizionale al risarcimento del danno, che dunque rimane come mera ulteriore facoltà del giudice in forza del dettato della norma generale.

La subordinazione della sospensione condizionale alle condotte ripristinatorie è, come accennato, obbligatoria.

Conclusione imposta dalla perentorietà della formula utilizzata dal legislatore, per cui il beneficio «è» (e non, come nel citato art. 165, «può essere») subordinato alle stesse. In tal senso l'eliminazione dell'avverbio «sempre», contenuto nella versione della norma approvata in prima lettura dal Senato, non può dunque essere interpretata come espressione della volontà del legislatore di rendere discrezionale il meccanismo di subordinazione, bensì come mera ricognizione della ridondanza della sua previsione.

**16. Le modifiche all'art. 639 cod. pen. (Deturpamento e imbrattamento di cose altrui).-** L'art. 3, comma 3, della novella apporta invece, come accennato, sostanziali modifiche all'art. 639 cod. pen.

In forza delle stesse, l'oggetto del delitto di deturpamento e imbrattamento di cose altrui, previsto al primo comma dell'art. da ultimo menzionato (che rimane procedibile a querela), viene circoscritto alle sole cose mobili, giacché la novella provvede a sopprimere il riferimento a quelle immobili contenuto nel testo originario.

**3.3. All'art. 639 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:**

- a) al primo comma, le parole: «o immobili» sono soppresse;**
- b) il secondo comma è sostituito dal seguente:**

**«Se il fatto è commesso su beni immobili o su mezzi di trasporto pubblici o privati, si applica la pena della reclusione da uno a sei mesi o della multa da 300 a 1.000 euro. Se il fatto è commesso su cose di interesse storico o artistico, si applica la pena della reclusione da tre mesi a un anno e della multa da 1.000 a 3.000 euro»;**

**c) dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti:**

**«Nei casi di recidiva per le ipotesi di cui al secondo comma si applica la pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa fino a 10.000 euro.**

**Nei casi previsti dal secondo comma si procede d'ufficio».**

L'aggravante del secondo comma viene invece completamente riformulata e suddivisa in due distinte fattispecie.

La prima concerne l'ipotesi in cui il deturpamento o l'imbrattamento riguardi beni immobili ovvero mezzi di trasporto pubblici o privati (e per la stessa è prevista la pena alternativa della reclusione da uno a sei mesi o della multa da 300 a 1.000 euro); la seconda riguarda invece il caso che l'oggetto materiale delle condotte illecite siano cose di interesse storico o artistico (e in questo caso è prevista la pena congiunta della reclusione da tre mesi ad un anno e della multa da 1.000 a 3.000 euro).

Viene invece conservata la previsione della procedibilità d'ufficio per le ipotesi contenute nel secondo comma, disposizione che viene però collocata nel quarto comma dell'art. 639, introdotto all'uopo.

Viene poi inserito nello stesso art. anche un terzo comma, che prevede una speciale disciplina della recidiva per le ipotesi del secondo comma, disponendo che in tal caso – in evidente deroga alla disciplina di cui all'art. 99 cod. pen. (la metodologia usata non è nuova: si veda, ad esempio, con riguardo alla recidiva nel contrabbando, l'art. 296 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) debba essere applicata la pena congiunta della reclusione da tre mesi a due anni e della multa da 1.000 a 3.000 euro.

Infine il **comma 5 dell'art. 3** della legge in commento, modificando in tal senso l'art. 4 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, sottrae la competenza sulle ipotesi aggravate del secondo comma dell'art. 639 cod. pen. al Giudice di pace, attribuendola invece al Tribunale monocratico.

**3.5. All'art. 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, dopo la parola: «639» sono inserite le seguenti: «, primo comma,».**

L'intervento normativo è in questo caso maggiormente coerente con la dichiarata intenzione del legislatore di porre un freno ai "graffitari" (o "writers" che dir si voglia), atteso che proprio la fattispecie di cui all'art. 639 cod. pen. (e non quella di danneggiamento) la prevalente giurisprudenza ritiene integrata dall'azione di chi scrive o disegna sui muri degli edifici, salvo che tale condotta non determini effetti tali da non consentire il ripristino senza particolari difficoltà (in questo senso v. Sez. IV 3 novembre 2000, Albano, RV 217386 e Sez. II 11 dicembre 2002, Miseo, RV 224318).

Del resto che la *ratio* della novella sia questa è ulteriormente dimostrato dal **comma 4 dell'art. 3** in commento, con il quale viene introdotta la sanzione amministrativa fino a 1.000 euro per chi venda bombolette *spray* contenenti vernici non biodegradabili ai minorenni.

**3.4. Chiunque vende bombolette *spray* contenenti vernici non biodegradabili ai minori di diciotto anni è punito con la sanzione amministrativa fino a 1.000 euro.**

Alla luce delle modifiche apportate dal legislatore, dunque, l'imbrattamento di beni immobili è sempre procedibile d'ufficio, mentre all'inasprimento quantitativo del trattamento sanzionatorio è seguito anche quello qualitativo, essendo ora previsto per l'ipotesi aggravata, in cui tale fattispecie è stata iscritta, il concorso di pena detentiva e pecuniaria.

Scompare anche ogni distinzione fondata sulla ubicazione dell'immobile nei centri storici, su cui prima si fondava l'aggravante del secondo comma dell'art. 639 cod. pen. e che ora riguarda, invece, qualsiasi immobile ovunque esso si trovi.

Infine si segnala come la novella abbia rotto la simmetria esistente nell'assetto previgente tra l'aggravante in esame e quella del delitto di danneggiamento prevista dall'art. 635, comma secondo, n. 3) cod. pen., che continua invece a riguardare esclusivamente gli immobili ubicati nei centri storici.

**17. La reintroduzione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-bis cod. pen.).-** La legge n. 94 del 2009 apporta una serie di ulteriori modifiche al codice penale, apparentemente accomunate dall'esigenza di garantire la sicurezza dei cittadini e il rispetto della legalità.

La più "sensazionale" riguarda la reintroduzione, all'art. 341-bis cod. pen., del reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 1, comma 8, della legge).

**1.8. All'art. 342 del codice penale è premesso il seguente:**

**«Art. 341-bis. - (*Oltraggio a pubblico ufficiale*). – Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, offende l'onore ed il prestigio di un pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni è punito con la reclusione fino a tre anni.**

**La pena è aumentata se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Se la verità del fatto è provata o se per esso l'ufficiale a cui il fatto è attribuito è condannato dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'offesa non è punibile.**

**Ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto».**

Come si ricorderà, il reato in questione era previsto originariamente dall'art. 341 cod. pen., poi abrogato dall'art. 18 della legge 25 giugno 1999, n. 205.

Abrogazione che la Suprema Corte ha interpretato come vera e propria *abolitio criminis*, ma che, in ogni caso, non ha di fatto depenalizzato le offese rivolte al pubblico ufficiale, potendo le stesse eventualmente integrare la fattispecie generale di ingiuria di cui all'art. 594 cod. pen. (v. sul punto Sez. Un. 27 giugno 2001, Avitabile, RV 219223 e 219224).

La nuova incriminazione è stata introdotta nel corso della prima lettura al Senato della legge, ma dai lavori parlamentari non emergono le specifiche ragioni che hanno convinto il legislatore a rivedere, a distanza di dieci anni, la precedente decisione di rinunciare ad una tutela speciale rafforzata dell'onore e del prestigio dei pubblici ufficiali.

La “nuova” fattispecie incriminatrice si differenzia peraltro in maniera sensibile da quella configurata nell’abrogato art. 341 cod. pen.

Non tanto nell’essenza della condotta tipica, che rimane quella di chi offende l’onore e il prestigio del pubblico ufficiale, quanto nella definizione dei suoi presupposti. Infatti la punibilità dell’oltraggio è, nella nuova configurazione, condizionata alla consumazione della condotta in luogo pubblico o aperto al pubblico e alla presenza di più persone (circostanza che l’art. 341 cod. pen., invece, configurava come mera aggravante). Non solo, per la sussistenza del reato è altresì necessario che il pubblico ufficiale venga offeso «mentre compie un atto d’ufficio» ed a causa o nell’esercizio delle sue funzioni.

Rispetto alla fattispecie abrogata nel 1999, quella di nuovo conio, invece, non richiede espressamente che il reato venga commesso in «presenza» del pubblico ufficiale offeso, requisito che in passato ulteriormente evidenziava l’affinità dell’oltraggio con l’ingiuria. Peraltro, la necessità che l’offesa sia rivolta al pubblico ufficiale «mentre» egli compie un atto del suo ufficio sembra riproporre il medesimo requisito in diversa forma.

Il legislatore, pur conservando la natura plurioffensiva dell’incriminazione, sembra in realtà voler mettere in evidenza come la sua *ratio* poggi soprattutto sull’esigenza squisitamente pubblicistica di garantire il regolare svolgimento dei compiti assegnati al pubblico ufficiale.

In tal senso, infatti, è certamente vero che, come in passato, l’offesa deve ledere tanto l’onore che il prestigio del pubblico ufficiale (oggetto dell’offesa deve dunque essere tanto la persona, quanto la posizione che ricopre), ma la necessità che ciò avvenga in pubblico ed esclusivamente mentre il pubblico ufficiale compie l’atto del suo ufficio è indicativa della volontà legislativa di sottolineare come la previsione di una autonoma e più grave incriminazione dell’ingiuria rivolta al pubblico ufficiale si giustifichi proprio in ragione della sua idoneità ad interferire con lo svolgimento della pubblica funzione.

La previsione di più stringenti requisiti di tipicità consente inoltre di ridimensionare il rischio di un utilizzo strumentale ed autoritario dell’incriminazione e, in sostanza, della costituzione di una posizione di assoluto e ingiustificabile privilegio in capo a chi svolge pubbliche funzioni.

In tal senso la necessità che l’offesa, non solo presenti un nesso funzionale con l’attività del pubblico ufficiale (requisito previsto anche dall’abrogato art. 341 cod. pen.), ma altresì sia rivolta a quest’ultimo nell’atto dell’adempimento del suo dovere, appare estremamente indicativa.

Va notato altresì che il legislatore non si è limitato a richiedere che il pubblico ufficiale si trovi «nell’esercizio delle sue funzioni», ma ha in più richiesto che l’oltraggio venga commesso mentre egli sta effettivamente compiendo un atto dell’ufficio, il che ulteriormente sembra restringere l’ambito di applicazione della norma incriminatrice.

Non solo, la nuova norma incriminatrice, contrariamente a quanto era previsto invece dal secondo comma dell’art. 341 cod. pen. (e continua ad essere previsto dal secondo comma dell’art. 594 cod. pen. per l’ingiuria), non prende in considerazione l’ipotesi dell’oltraggio mediante comunicazione telegrafica o telefonica o con scritti o disegni diretti al pubblico ufficiale.

La scelta sembra essere condizionata dalla necessità che l’offesa sia rivolta alla presenza di più persone (requisito ovviamente incompatibile con le comunicazioni offensive a distanza), ma ancor più evidenzia l’intenzione del legislatore di restringere la rilevanza penale dell’oltraggio a quei fatti che pubblicamente offendono il decoro della funzione.

Non può poi sfuggire che la necessaria presenza di più persone alla consumazione del reato non solo incide sulla coloritura dell’oggetto giuridico, ma, sul piano processuale, sembra

eliminare in radice il rischio che lo stesso pubblico ufficiale venga a costituire l'unica fonte della prova del fatto. Infatti, il requisito della presenza di più persone si traduce nella richiesta che l'offesa venga percepita anche da altri oltre che dal pubblico ufficiale.

Sul versante del trattamento sanzionatorio va osservato che l'art. 341-*bis* prevede la pena della reclusione fino a tre anni e cioè una pena più severa di quella (fino a due anni di reclusione) stabilita per il "vecchio" oltraggio.

La scelta legislativa indubbiamente desta qualche perplessità, anche alla luce del mutato profilo oggettivo della fattispecie.

Infatti, la sproporzione tra le pene edittali introdotte per l'oltraggio e quelle tuttora previste per il reato di ingiuria risulta stridente ed in proposito è sufficiente richiamare le riserve a suo tempo avanzate sul punto dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza 17 marzo 1988, n. 323, per di più in riferimento al più tenue trattamento sanzionatorio contemplato dall'art. 341 cod. pen..

Il secondo comma dell'art. 341-*bis* cod. pen. ripropone anche l'aggravante dell'attribuzione di un fatto determinato, già contemplata dalla norma in vigore fino al 1999, ma contestualmente rimedia ad una delle lacune che più evidenziavano il profilo autoritario della vecchia incriminazione. Infatti, mentre l'art. 596 cod. pen. espressamente ammette, in caso di ingiuria o diffamazione, l'*exceptio veritatis*, qualora l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato, altrettanto non era previsto per il reato configurato dall'art. 341 cod. pen.

Anzi, sebbene il terzo comma, n. 1), del citato art. 596 (introdotto dall'art. 5 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288) preveda espressamente l'accesso incondizionato alla prova liberatoria nell'ipotesi in cui ingiuria e diffamazione siano commesse ai danni del pubblico ufficiale e il fatto ad esso attribuito si riferisca all'esercizio delle sue funzioni, dottrina e giurisprudenza, fino al 1999, ritenevano inapplicabile tale disposizione proprio all'ingiuria, in quanto la fattispecie descritta dalla norma comunque integrava il delitto di oltraggio di cui all'art. 341, cui, in assenza di una espressa disposizione normativa, la prova liberatoria non poteva ritenersi applicabile (v. in questo senso Sez. VI 9 aprile 1980, Cucitore, RV 146479).

Il legislatore ha dunque ora provveduto a risolvere questa discrasia, prevedendo espressamente che l'autore dell'oltraggio non è punibile qualora, a fronte della contestazione dell'aggravante, la verità del fatto attribuito venga provata ovvero per esso il pubblico ufficiale venga condannato dopo la consumazione dell'oltraggio.

L'art. 341-*bis* cod. pen. non ripropone, invece, un'altra aggravante del "vecchio" oltraggio e cioè quella del fatto commesso con violenza o minaccia.

E' stato infine configurato anche un terzo comma che contiene una speciale causa di estinzione del reato per l'ipotesi in cui l'imputato provveda, prima del giudizio, al risarcimento del danno arrecato al pubblico ufficiale offeso e all'ente di appartenenza del medesimo.

Come noto il risarcimento del danno è tradizionalmente oggetto dell'attenuante comune di cui all'art. 62, primo comma, n. 6 cod. pen. (del quale il terzo comma dell'art. 341-*bis* riproduce la prima parte), ma non è la prima volta che viene valorizzato dal legislatore come causa estintiva del reato.

A parte l'ipotesi in cui, più in generale, condotte riparatorie sono state utilizzate a tal fine (si pensi, ad esempio, all'adempimento dell'obbligazione come causa di estinzione del delitto di insolvenza fraudolenta ai sensi dell'art. 641, comma secondo, cod. pen.), la riparazione del danno quale causa estintiva è apparsa, per la prima volta, sulla scena del sistema penale

italiano (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) con riguardo ai reati (tra i quali, ad esempio, proprio l'ingiuria) attribuiti alla competenza del giudice di pace (successivamente il D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, seguendo, alla lettera, le direttive contenute nell'art. 11, comma 1, numeri. 8, 9, 10 e 11, della l. 3 ottobre 2001, n. 366, ha riproposto, in linea con una tendenza in atto negli ordinamenti europei, la riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, quale causa estintiva di taluni reati societari, segnatamente quelli previsti dagli articoli 2627, 2628, 2629 e 2633 c.c.).

Diversamente da quanto imposto al giudice di pace dalla disposizione citata, però, il giudice ordinario (alla cui competenza appartiene invece il reato di oltraggio) non è tenuto a sentire le parti per dichiarare l'estinzione del reato.

Quanto al momento in cui deve intervenire il risarcimento perché l'imputato possa avvalersi della causa di estinzione del reato, il limite fissato dal legislatore è, come accennato, quello del "giudizio" e cioè lo stesso fissato dal menzionato art. 62, primo comma, n. 6, cod. pen. e che la giurisprudenza ha ritenuto identificarsi con il compimento delle formalità di apertura del dibattimento (v. in questo senso Sez. III 21 marzo 1994, Giglione, RV 199196).

Ancora in perfetta simmetria con quanto previsto per l'attenuante comune, anche l'art. 341-bis, terzo comma, cod. pen. richiede che l'imputato abbia risarcito "interamente" il danno provocato dall'oltraggio, tanto nei suoi risvolti patrimoniali, che in quelli non patrimoniali, ma comunque suscettibili di valutazione economica.

La norma in commento specifica invece, come si è detto, che oltre al pubblico ufficiale destinatario diretto dell'offesa, il risarcimento riguardi anche l'ente di appartenenza del medesimo. Precisazione che conferma il giudizio sulla natura plurioffensiva del reato in questione e che ancora una volta rivela l'intenzione del legislatore di esaltare le venature pubblicistiche dell'oggetto della tutela offerta dalla nuova incriminazione.

La precisazione in questione non è per altro verso superflua, poiché, se è vero che la riparazione integrale del danno presuppone il risarcimento di tutti i soggetti danneggiati dal reato, non può nascondersi che nella vigenza dell'abrogato art. 341 cod. pen. la giurisprudenza si era dimostrata spesso restia a riconoscere il diritto della pubblica amministrazione al risarcimento per l'offesa ricevuta da un suo rappresentante (v. ad esempio Sez. VI 30 ottobre 1998, Di Vincenzo, RV 213334).

**18. La scriminante della "legittima reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale" entra nel codice penale (art. 393-bis cod. pen.).-** In qualche modo collegata alla reintroduzione del reato di oltraggio è poi la disposizione di cui all'**art. 1, comma 9**, che provvede alla ricollocazione nell'inedito art. 393-bis cod. pen. della scriminante della legittima reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, già contenuta nell'art. 4 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, che il **comma 10** dello stesso art. 1 ha provveduto ad abrogare).

**1.9. Nel libro II, titolo III, capo III, del codice penale, dopo l'art. 393 è aggiunto il seguente:**

**«Art. 393-bis. - (Causa di non punibilità). – Non si applicano le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 341-bis, 342 e 343 quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni».**

**1.10. L'art. 4 del decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 288, è abrogato.**

La cooptazione della causa di giustificazione nel codice è intervento opportuno, più volte sollecitato dalla dottrina e già contemplato da tutti i progetti di riforma della legge penale fondamentale succedutisi negli ultimi anni.

Si tratta di una scelta che non comporta particolari problemi sul piano applicativo, atteso che la disposizione di nuovo conio riproduce interamente quella abrogata (salvo per la necessaria sostituzione del riferimento all'art. 341 con quello all'art. 341-*bis*), ma che assume un indubbio significato simbolico, ribadendo con enfasi, attraverso l'introduzione nel codice penale, i limiti della tutela rafforzata offerta al pubblico ufficiale attraverso le incriminazioni di cui agli articoli 336, 337, 338, 339, 342, 343 e, per l'appunto, 341-*bis* cod. pen.

La riproposizione del medesimo testo originariamente contenuto nell'art. 4 del d.lgs. lgt. n. 288 del 1944 consente poi di valorizzare gli arresti interpretativi che avevano segnato l'applicazione di quest'ultima disposizione.

In particolare è qui utile ricordare come sia oramai consolidata in giurisprudenza l'opinione per cui l'esimente in questione sia una vera e propria causa di giustificazione, con conseguente applicabilità della disciplina di cui all'ultimo comma dell'art. 59 cod. pen. (v. in questo senso da ultimo Sez. V 27 ottobre 2006, Izzi, RV 235285), ovvero che per la sua configurabilità sia necessario il consapevole travalicamento da parte del pubblico ufficiale delle proprie attribuzioni (v. in questo senso da ultimo Sez. VI 15 aprile 2008, Dall'Ara, RV 240881).

**19. La ritrattazione in relazione al favoreggiamento personale (art. 376 cod. pen.).-**  
L'art. 1, comma 6, della novella ha altresì modificato il profilo della causa di non punibilità della ritrattazione nei reati contro l'amministrazione della giustizia (art. 376 cod. pen.).

**1.6. All'art. 376, primo comma, del codice penale, dopo le parole: «e 373» sono inserite le seguenti: «, nonché dall'art. 378».**

All'elenco dei reati per cui è esclusa la punibilità in caso di ritrattazione (false dichiarazioni al pubblico ministero o al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione) è stato infatti aggiunto quello di favoreggiamento personale (art. 378 cod. pen.).

In realtà la disposizione, introdotta nel corso della prima lettura della legge al Senato, era originariamente limitata al solo caso in cui il favoreggiamento personale veniva commesso in riferimento «al delitto di cui all'art. 629».

Formulazione questa non poco oscura, ancorché dai lavori preparatori emergesse l'intenzione di offrire una maggior tutela alle vittime di estorsione che con la propria reticenza avessero intralciato le indagini per tale delitto. In realtà il legislatore aveva voluto riferirsi a quei fenomeni estorsivi che avvelenano soprattutto l'attività delle imprese commerciali attraverso la richiesta del c.d. "pizzo" e che costituiscono strumento di arricchimento e di controllo del territorio da parte della criminalità organizzata.

Pertanto, la generica formulazione normativa spingeva i confini della causa di non punibilità ben oltre i confini della fattispecie che l'aveva ispirata, tant'è che l'esimente, così come strutturata, risultava applicabile non solo alla vittima dell'estorsione, ma a chiunque avesse favorito il suo autore.

Ad ogni buon conto, fermo restando che la vittima non aveva alcun obbligo di denunciare l'estorsione subita, non è dubbio che quest'ultima potesse commettere i reati previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter* e 372 cod. pen., rendendo, nelle diverse fasi del procedimento presupposte dalle norme menzionate, dichiarazioni tese a negare di aver subito o ceduto a richieste estorsive o ad occultare l'identità dell'estorsore.

Al pari di chiunque altro, dunque, l'estorto in tali casi già poteva sottrarsi alla punizione per i suddetti reati ritrattando le false dichiarazioni in precedenza rilasciate. Non solo, egli poteva già ritrattare anche qualora le stesse dichiarazioni fossero state rese alla polizia giudiziaria, operante in forza di una delega ricevuta dal pubblico ministero, e si trovasse incriminato per il reato di favoreggiamento personale. Infatti, come si ricorderà, la Corte Costituzionale, con la sentenza 30 marzo 1999, n. 101, aveva provveduto a dichiarare l'illegittimità costituzionale proprio dell'art. 376 cod. pen. nella parte in cui non estendeva l'operatività dell'esimente in tale ipotesi. Il dispositivo della citata sentenza non menzionava l'art. 378 cod. pen., ma dalla motivazione si evinceva chiaramente che il giudice delle leggi intendeva, per l'appunto, riferire la causa di non punibilità proprio al reato di favoreggiamento personale, nel quale, per consolidata giurisprudenza, deve essere eventualmente inquadrato il comportamento di chi menta alla polizia giudiziaria, non potendo essere la fattispecie ricondotta a quella dell'art. 371-*bis* cod. pen., espressamente dedicata alla false dichiarazioni rese al pubblico ministero (v. *ex pluribus* Sez. VI 6 maggio 1994, Accavone, RV 198757).

Anche dopo l'intervento della Consulta, però, la vittima dell'estorsione, al pari di chiunque altro, continuava a rispondere del reato di cui all'art. 378 cod. pen. nell'ipotesi in cui avesse reso le false dichiarazioni alla polizia giudiziaria non operante su delega del pubblico ministero, fattispecie che era rimasta estranea al *dictum* del giudice delle leggi, ancorché tale discriminazione fosse subito apparsa difficilmente giustificabile. Ed infatti venne in proposito sollevata immediatamente una nuova questione di legittimità costituzionale, che però la Corte, con la sentenza 16 ottobre 2000, n. 424, rigettò, ritenendo non manifestamente irrazionale la disciplina della ritrattazione sul punto, in ragione del fatto che le dichiarazioni raccolte d'iniziativa dalla polizia giudiziaria riguarderebbero, «di solito», il momento iniziale delle indagini e dunque la tutela penale avrebbe ad oggetto una diversa specificazione dell'interesse sotteso a tutte le fattispecie incriminatrici del titolo III del libro II del codice penale.

Il legislatore sembrava dunque aver voluto colmare questa lacuna nella disciplina della ritrattazione, offrendo alla vittima dell'estorsione una possibilità di evitare una condanna per favoreggiamento anche nel caso avesse mentito alla polizia giudiziaria quando operante d'iniziativa.

Le perplessità che questa configurazione della norma però suscitava riguardavano tutte il limitato orizzonte dell'intervento normativo. Infatti, era lecito dubitare della compatibilità con il principio di uguaglianza della scelta legislativa di estendere la causa di non punibilità al favoreggiamento personale esclusivamente quando correlato ad una pregressa estorsione, risultando agevole dimostrare come l'inquinamento delle indagini potesse essere compiuto anche in relazione a reati diversi dall'estorsione, ma per i medesimi timori che il legislatore aveva presupposto agitassero la vittima di quest'ultimo crimine.

Appariva dunque veramente irrazionale (e profondamente iniquo) consentire solo alla vittima di questo reato l'accesso alla ritrattazione per evitare una condanna per favoreggiamento.

Nel prosieguo dell'*iter* parlamentare della legge il Parlamento si è fatto carico di questi dubbi – puntualmente sollevati nel corso del dibattito, sia alla Camera che al Senato – ed ha dunque eliminato l'inopportuna limitazione dell'estensione della ritrattazione al reato di favoreggiamento personale.

Nella formulazione alla fine approvata, la nuova disposizione ha dunque esteso, senza ulteriori condizioni, al reato di cui all'art. 378 cod. pen. l'ambito di operatività della ritrattazione, restituendo all'art. 376 cod. pen. piena compatibilità con i principi costituzionali e spingendosi più in là di dove era giunto il giudice delle leggi nel 1999, tanto da ricondurre sotto l'ombrello della ritrattazione anche la fattispecie delle dichiarazioni mendaci rilasciate alla polizia giudiziaria operante d'iniziativa.

Ovviamente l'operatività dell'esimente è legata alla compatibilità in concreto della condotta qualificata come favoreggiamento personale con la struttura della stessa. In altri termini è necessario che il favoreggiamento sia stato commesso mediante comportamenti i cui effetti possano effettivamente essere depurati attraverso la "ritrattazione" e cioè rendendo delle dichiarazioni all'interno del procedimento penale.

E tali comportamenti non possono, all'evidenza, consistere a loro volta che in dichiarazioni.

**20. Il reato di agevolazione ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario (art. 391-bis cod. pen.).**- Sempre in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia, l'art. 2, comma 26, della novella ha introdotto, all'art. 391-bis, il nuovo reato di «Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario».

**2.26. Nel libro II, titolo III, capo II, del codice penale, dopo l'art. 391 è inserito il seguente:**

**«Art. 391-bis. - (Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario). – Chiunque consente a un detenuto, sottoposto alle restrizioni di cui all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte è punito con la reclusione da uno a quattro anni.**

**Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense si applica la pena della reclusione da due a cinque anni».**

Si tratta di un delitto doloso punito con la reclusione da uno a quattro anni, la cui condotta tipica consiste nel consentire a un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, di comunicare con altri eludendo le prescrizioni imposte in proposito a quest'ultimo.

L'intervento legislativo – che deve essere letto congiuntamente alle modifiche apportate alla disciplina del citato art. 41-bis dall'art. 2 comma 25 della legge (v. *sub* 46) - viene a colmare una lacuna nel complesso ed articolato sistema normativo intessuto per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata.

Infatti, l'esperienza maturata negli ultimi vent'anni dimostra come il regime carcerario restrittivo previsto per "isolare" coloro che militano in organizzazioni criminali o terroristiche dai propri sodali durante la detenzione, può essere aggirato (e di fatto viene

aggirato) attraverso le complicità più varie (agenti corrotti o compiacenti, difensori “organici” ai sodalizi medesimi o, più spesso, i familiari ammessi ai colloqui).

Aggiramento che per l'appunto consente ai detenuti sottoposti a tale regime di comunicare con i propri accoliti, fino al punto di garantire ai “capi” delle organizzazioni criminali di continuare a impartire ordini ed istruzioni, come ripetutamente è stato registrato dalle cronache.

Tali complicità non sempre sono di agevole sussunzione nel sistema delle incriminazioni penali e comunque mancava una fattispecie in grado di cogliere lo specifico disvalore legato all'elusione dell'art. 41-*bis*, il quale, è inutile nascondere, assume anche un elevato significato simbolico nell'ambito dello strumentario repressivo legato all'attività di contrasto della criminalità organizzata e terroristica.

La condotta tipica è descritta dal legislatore in maniera volutamente ampia, atteso che le modalità di elusione del regime carcerario (e soprattutto di agevolazione dell'elusione) possono essere le più varie.

Non viene peraltro punita la generica agevolazione della violazione della disciplina dettata dall'art. 41-*bis* o delle prescrizioni imposte con il provvedimento applicativo di tale regime, bensì solo quella che comporta l'elusione di quelle restrizioni finalizzate a limitare la comunicazione non autorizzata del detenuto con altri soggetti. In particolare, oggetto dell'attività di agevolazione, è la comunicazione del detenuto con altre persone, la quale può essere instaurata con qualsiasi mezzo. Pertanto risponderà del reato sia colui che assuma l'incarico di trasmettere verbalmente delle informazioni per conto del detenuto ad altri, tanto chi consegna alle stesse persone degli scritti provenienti dal medesimo detenuto o, ad esempio, gli recapiti clandestinamente un telefono cellulare con cui mettersi in contatto con terzi. Non è invece necessario che la comunicazione sia diretta verso l'esterno dell'istituto di detenzione, atteso che la restrizione cui il detenuto è sottoposto può riguardare (e abitualmente riguarda) anche i contatti con gli altri detenuti, né che l'oggetto della comunicazione sia intrinsecamente illecito (ad esempio l'ordine impartito ad un sodale di commettere un reato) se per l'appunto la prescrizione imposta al detenuto è una generica restrizione dell'attività comunicativa con persone diverse da quelle autorizzate. Non di meno nel concetto stesso di comunicazione è insito che l'iniziativa del contatto può non provenire dal detenuto, che può essere anche solo il “destinatario” di messaggi provenienti da altri attraverso l'intermediazione dell'autore del reato.

Il contenuto precettivo della norma incriminatrice è dunque fortemente legato non solo alla disciplina dettata dall'art. 41-*bis*, ma altresì e soprattutto allo specifico tenore del provvedimento del Ministro della giustizia con cui viene disposta la sottoposizione del detenuto alle restrizioni di trattamento e dal quale, dunque deve essere ricavato l'effettivo profilo del vincolo la cui violazione assume penale rilevanza.

Quello previsto dall'art. 391-*bis* cod. pen. è, come accennato, un delitto doloso.

Il dolo è quello generico e richiede la volontà da parte dell'autore del reato di agevolare con la propria condotta l'elusione dei divieti comunicativi imposti al detenuto.

E' dunque necessario che l'agente non solo sia consapevole della generica sottoposizione di quest'ultimo al regime di cui all'art. 41-*bis*, ma altresì che sia a conoscenza dello specifico vincolo del quale intende agevolare l'elusione.

Non è invece necessario che l'agente sia effettivamente a conoscenza dell'oggetto della comunicazione, atteso che la norma incriminatrice punisce l'agevolazione dell'illecita comunicazione in quanto tale e non in ragione del suo contenuto.

In tal senso, ad esempio, risponderà del reato anche colui che si incarica di recapitare all'esterno o all'interno del carcere dei "pizzini" provenienti dal detenuto senza essere messo a parte del loro contenuto e senza che ne abbia preso visione.

Il delitto in questione è un reato comune, ma per l'ipotesi che a commetterlo sia un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o chi esercita la professione forense il secondo comma ha configurato una aggravante speciale per la quale è prevista la pena della reclusione da due a cinque anni.

L'unico soggetto che non può rendersi autore del reato previsto dall'art. 391-bis cod. pen., è naturalmente il detenuto la cui attività comunicativa viene agevolata.

Insomma, sotto il profilo normativo quella configurata dal legislatore è una fattispecie giuridicamente monosoggettiva, che, peraltro, risulta sul piano naturalistico plurisoggettiva, prevedendo necessariamente due protagonisti: l'autore del fatto incriminato ed il detenuto favorito.

Peraltro, quest'ultimo, pur non potendo porre in essere la condotta tipizzata dalla norma incriminatrice, ben potrà rispondere dell'illecito consumato da altri, secondo le consuete regole in materia di concorso di persone nel reato, qualora risulti abbia istigato l'autore a commetterlo.

Dal tenore letterale dell'art. 391-bis cod. pen. sembra potersi infine dedurre che il reato in commento si consumi nel momento in cui il contatto comunicativo venga effettivamente instaurato (anche a distanza o in maniera mediata, come accade, ad esempio, nel caso del "portaordini") e cioè quando il destinatario della comunicazione proveniente dal detenuto la riceve o, viceversa, quando è lo stesso detenuto a ricevere la comunicazione proveniente da altri. Infatti la norma incriminatrice punisce colui che consente al detenuto «di comunicare con altri», con ciò lasciando intendere, per l'appunto, che, per la consumazione del reato, l'agevolazione deve aver sortito il suo risultato, mettendo effettivamente in contatto il detenuto e la terza persona. Se tale interpretazione risultasse corretta, allora non vi sarebbe dubbio sulla configurabilità del tentativo, quantomeno in tutte quelle ipotesi in cui la condotta si espliciti in un'attività di materiale intermediazione nella comunicazione.

**21. Le modifiche alla fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 cod. pen.).-** Un'ulteriore modifica al codice penale è quella introdotta dal **comma 21 dell'art. 3**, il quale ha provveduto a modificare i primi due commi dell'art. 388 cod. pen. ("Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice").

**3.21. L'art. 388 del codice penale è sostituito dal seguente:**

**«Art. 388. - (Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice). – Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.**

**La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.**

**Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa di sua proprietà sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a euro 309.**

**Si applicano la reclusione da due mesi a due anni e la multa da euro 30 a euro 309 se il fatto è commesso dal proprietario su una cosa affidata alla sua custodia, e la reclusione da quattro mesi a tre anni e la multa da euro 51 a euro 516 se il fatto è commesso dal custode al solo scopo di favorire il proprietario della cosa.**

**Il custode di una cosa sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 516.**

**La pena di cui al quinto comma si applica al debitore o all'amministratore, direttore generale o liquidatore della società debitrice che, invitato dall'ufficiale giudiziario a indicare le cose o i crediti pignorabili, omette di rispondere nel termine di quindici giorni o effettua una falsa dichiarazione.**

**Il colpevole è punito a querela della persona offesa».**

Nel primo comma, il presupposto del reato ivi previsto cessa di essere la sentenza di condanna da cui derivino obblighi civili (ai quali, per la sussistenza del reato, l'agente deve volersi sottrarre mediante il compimento di atti simulati o fraudolenti sul proprio o altrui patrimonio), per diventare un qualsiasi «provvedimento dell'autorità giudiziaria» da cui insorgano degli «obblighi» da adempiere.

Da tempo i limiti esegetici di questa fattispecie incriminatrice erano apparsi troppo angusti per soddisfare le concrete esigenze di tutela dell'effettività delle decisioni giudiziarie. Non è un mistero che la realtà con cui si erano confrontati i codificatori del 1930 nel tracciare il profilo dell'incriminazione è profondamente mutata. Circostanza che ha determinato negli ultimi due decenni il moltiplicarsi dei tentativi di espanderne i confini. Ma se si pensa che a lungo si è dibattuto in dottrina se nella nozione di “sentenza di condanna” potesse o meno farsi rientrare anche il decreto ingiuntivo, si coglie immediatamente la misura della sostanziale inadeguatezza del primo comma dell'art. 388 cod. pen., ancorché la stessa dottrina e la giurisprudenza abbiano dimostrato oramai di privilegiare interpretazioni sostanzialistiche del dato normativo, tese per l'appunto ad ampliarne l'operatività (v. ad es. Sez. VI 19 marzo 1997, Olivieri, RV 208885 e Sez. VI 23 novembre 2004, Gioda, RV 230272).

Il legislatore sembrerebbe, dunque, aver voluto recepire nel dato normativo le interpretazioni estensive dell'incriminazione affermatesi negli ultimi anni. Ed in tale ottica ha stabilito che qualunque provvedimento giudiziario fonte di obblighi è idoneo a costituire il presupposto del reato, recidendo in radice ogni residua discussione sulla natura di quelli idonei ad integrarlo.

Ma la novella ha altresì eliminato la connotazione civilistica dei citati obblighi, il che sembrerebbe significare che il reato sussiste anche in caso di inadempimento di obblighi di natura diversa.

Ancora una volta il condizionale è d'obbligo, perché, in realtà, la formulazione della norma incriminatrice appare contraddittoria sul punto, atteso che anche nel nuovo testo è stata conservata la condizione (sia essa intesa come condizione obiettiva di punibilità o come vero e proprio elemento costitutivo del reato) per cui il fatto è punito solo qualora l'autore del reato non ottemperi all'ingiunzione ad eseguire il provvedimento. Requisito questo da cui dipende la perfezione della fattispecie tipica, ma che appare difficilmente conciliabile

con i provvedimenti, ad esempio, emessi dal giudice penale, ma non con riguardo ad obblighi di natura civilistica, anche a prescindere dalle dispute registratesi in passato sulla necessità che tale ingiunzione assuma la veste del precetto ovvero sulla sufficienza anche solo di una intimazione ad adempiere agli obblighi di carattere meno formale (sul punto si v. ad es. Sez. VI 24 settembre 1993, Masi, RV 196022 e Sez. VI 3 ottobre 2005, p.g. e p.c. in proc. Scuteri, RV 233502).

Il silenzio dei lavori parlamentari sul punto non aiuta a comprendere quale sia stata l'effettiva volontà del legislatore (in proposito va ricordato che la norma è frutto di un emendamento presentato in commissione giustizia alla Camera, sul quale non si è registrato alcun dibattito). E a complicare l'opera dell'interprete interviene l'unica modifica introdotta nel secondo comma dell'art. 388 cod. pen., dove continua ad essere configurata la fattispecie di elusione dei provvedimenti cautelari pronunciati a difesa della proprietà, del possesso o del credito o di quelli riguardanti l'affidamento dei minori. Qui il legislatore ha espressamente precisato che i provvedimenti rilevanti non sono solo quelli del giudice civile, come previsto dal testo previgente, ma anche quelli del giudice amministrativo o contabile.

Modifica che potrebbe assumere un significato anche per l'interpretazione del nuovo testo del primo comma. Ma tale significato appare tutt'altro che univoco.

Infatti per un verso potrebbe sostenersi che il legislatore *ubi voluit dixit* e che, dunque, la mancata menzione del giudice amministrativo e di quello contabile nel primo comma impone una interpretazione restrittiva della disposizione ivi contenuta. Soluzione interpretativa che ha il merito di conciliarsi con la conservazione della necessità dell'ingiunzione per la perfezione del reato, ma che non spiega il senso da attribuire all'eliminazione della qualificazione di "civili" degli obblighi cui l'agente intende sottrarsi.

Per altro verso potrebbe, invece, doversi indurre dalla modifica introdotta nel secondo comma la volontà del legislatore di identificare i provvedimenti giudiziari menzionati nel primo comma con quelli emessi da qualsiasi giudice. In tal senso il riferimento al giudice amministrativo e a quello contabile contenuto nel citato secondo comma si spiegherebbe con la necessità di escludere dal fuoco dell'incriminazione *de qua* i provvedimenti del giudice penale, intrinsecamente incompatibili con quelli descritti dalla norma incriminatrice. Interpretazione questa che spiegherebbe ciò che quella in precedenza proposta non riesce, invece, a spiegare, ma che indubbiamente comporta qualche forzatura sistematica e che comunque, come già detto, mal si concilia con il requisito che segna la perfezione della fattispecie prevista nel primo comma.

In definitiva rimane in dubbio, per quanto qui di maggiore interesse, soprattutto se il compimento di atti fraudolenti o simulati sia punibile ai sensi del primo comma dell'art. 388 cod. pen. anche qualora l'autore della condotta abbia agito al fine di sottrarsi all'esecuzione di un sequestro preventivo o di un provvedimento di confisca disposti dall'autorità giudiziaria penale.

**22. L'estensione delle circostanze aggravanti di cui al primo comma dell'art. 585 al delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.- L'art. 3, comma 59, della novella ha invece esteso le aggravanti previste dall'art. 585, primo comma, cod. pen. per i reati di lesioni personali, semplici ed aggravate e di omicidio preterintenzionale anche al delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili di cui all' art. 583-bis cod. pen.. Non di meno ha configurato nella stessa disposizione ulteriori due ipotesi aggravanti dei reati menzionati, per il caso che gli stessi vengano commessi da persona**

travisata o da più persone riunite (ampia casistica si è formata nel tempo con riguardo al delitto di rapina che contempla dette circostanze aggravanti nel terzo comma, numero 1, dell'art. 628 cod. pen.).

**3.59. Il primo comma dell'art. 585 del codice penale è sostituito dal seguente:**

**«Nei casi previsti dagli articoli 582, 583, 583-bis e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 576, ed è aumentata fino a un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite».**

Sul punto è opportuno evidenziare che il primo comma dell'art. 585 menzionato, richiama, tra l'altro, le aggravanti configurate per l'omicidio dall'art. 576 cod. pen.

Norma, quest'ultima, che è stata oggetto, recentemente e ripetutamente, dell'intervento del legislatore, che ha provveduto a configurare nuove ipotesi aggravanti, le quali riguardano, dunque, anche ai reati menzionati dalla disposizione modificata dalla novella.

In particolare va ricordato che il d.l. n. 23 febbraio 2009, n. 11, poi convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38, ha riformulato la fattispecie prevista al n. 5), relativa alla connessione con i reati sessuali, provvedendo ad aggiornare i riferimenti normativi di questi ultimi e riconfigurando, in termini di mera occasionalità, il vincolo di connessione con gli stessi del reato cui l'aggravante accede.

Non di meno, con il medesimo decreto è stata altresì introdotta (al n. 5.1 dell'art. 576) una nuova aggravante per l'ipotesi in cui l'autore del reato abbia commesso ai danni della vittima anche quello di atti persecutori di cui all'art. 612-bis cod. pen.

Infine non va dimenticato che anche il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella l. 24 luglio 2008, n. 125, aveva pochi mesi prima già provveduto ad allungare la lista delle ipotesi aggravanti contemplate dall'articolo in questione, inserendovi, nel nuovo n. 5-bis), una ulteriore fattispecie legata alla qualifica di ufficiale od agente di polizia giudiziaria ovvero di pubblica sicurezza della vittima del reato.

**23. L'interpretazione "autentica" della circostanza aggravante del reato commesso da chi si trovi illegalmente in territorio italiano (art. 61, primo comma, n. 11-bis, cod. pen.).-** Le ultime due modifiche introdotte dalla legge n. 94 del 2009 al codice penale sono quelle contenute nell'art. 1, comma 1, e nell'art. 3, commi da 60 a 64.

In realtà quella prevista dalla prima delle due disposizioni menzionate non è, almeno formalmente, nemmeno una modifica.

**1.1. La disposizione di cui all'art. 61, numero 11-bis), del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi.**

Infatti, il comma secondo dell'art. 1 apparentemente procede alla mera interpretazione autentica della norma inserita al n. 11-bis) dell'art. 61 cod. pen. dal già citato d.l. n. 92 del 2008, nella quale è configurata un'aggravante per colui che commetta un reato mentre si trova illegalmente in territorio italiano. In proposito la novella chiarisce che tale aggravante si applica esclusivamente ai cittadini extracomunitari e agli apolidi, con esclusione, quindi, dei cittadini appartenenti ad uno dei paesi dell'Unione Europea.

Per la terminologia utilizzata, la disposizione effettivamente richiama i tratti tradizionali della norma interpretativa, ma è lecito dubitare che la qualificazione formale attribuita dal legislatore possa essere recepita.

La generica formulazione adottata originariamente nell'art. 61 n. 11-bis) non era incompatibile con l'applicazione dell'aggravante anche ai cittadini comunitari, giacché la disciplina delle modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione, ingresso e soggiorno dei medesimi, introdotta con il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, consente di configurare delle ipotesi in cui gli stessi si vengano a trovare illegalmente nel territorio dello Stato.

Non è dunque chiara la ragione che ha portato il legislatore a ridimensionare la portata dell'aggravante.

Ma qualunque essa sia, l'intervento sembra assumere un carattere prettamente innovativo della norma in questione, difficilmente contrabbandabile come un'operazione di mera interpretazione autentica.

Semmai, la scelta legislativa acuisce i dubbi sulla compatibilità dell'impianto normativo con i principi costituzionali: una volta ammesso, infatti, che anche il cittadino comunitario può trovarsi illegalmente nel territorio dello Stato, diventa veramente difficile comprendere le ragioni della discriminazione cui sono sottoposti quelli extracomunitari e gli apolidi.

**24. La rivalutazione delle sanzioni pecuniarie.- L'art. 3, nei commi da 60 a 64, invece, procede alla rivalutazione dell'entità delle sanzioni pecuniarie penali. Intervento che periodicamente si rende necessario per garantirne la funzione a fronte dell'usura cui il tempo le sottopone per la progressiva svalutazione dei valori monetari che le caratterizzano e che il legislatore non provvedeva ad effettuare da esattamente vent'anni, atteso che l'ultimo intervento organico in proposito risale alla legge 24 novembre 1981, n. 689 (l'importo, per il ragguaglio con le pene detentive, di lire 75.000 è stato, poi, introdotto, nell'art. 135 cod. pen., in sostituzione di quello in precedenza previsto di lire 25.000, dalla legge 5 ottobre 1993, n. 402).**

L'intervento in questione è, dunque, in qualche modo fisiologico ed indubbiamente opportuno, atteso com'è sin dall'avvento della moneta unica europea.

**3.60. All'art. 24 del codice penale: al primo comma, le parole: «non inferiore a euro 5» sono sostituite dalle seguenti: «non inferiore a euro 50» e le parole: «né superiore a euro 5.164» sono sostituite dalle seguenti: «né superiore a euro 50.000»; al secondo comma, le parole: «da euro 5 a euro 2.065» sono sostituite dalle seguenti: «da euro 50 a euro 25.000».**

**3.61. All'art. 26 del codice penale, le parole: «non inferiore a euro 2» sono sostituite dalle seguenti: «non inferiore a euro 20» e le parole: «né superiore a euro 1.032» sono sostituite dalle seguenti: «né superiore a euro 10.000».**

**3.62. All'art. 135 del codice penale, le parole: «calcolando euro 38, o frazione di euro 38» sono sostituite dalle seguenti: «calcolando euro 250, o frazione di euro 250».**

**3.63. All'art. 10, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, le parole: «non inferiore a lire dodicimila» sono sostituite dalle seguenti: «non inferiore a euro 10» e le**

**parole: «non superiore a lire venti milioni» sono sostituite dalle seguenti: «non superiore a euro 15.000».**

**3.64. All'art. 114, secondo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, le parole: «a lire quattromila» e «a lire diecimila» sono sostituite dalle seguenti: «a euro 20» e «a euro 50».**

In tal senso la novella ha modificato innanzi tutto i limiti edittali generali della multa e dell'ammenda previsti, rispettivamente, dagli articoli 24 e 26 cod. pen., sostanzialmente decuplicandoli.

Analogo operazione la novella ha effettuato anche sui limiti delle sanzioni amministrative, intervenendo sugli articoli 10 e 114 della citata legge n. 689 del 1981.

Il legislatore non ha provveduto, invece, a rivalutare i limiti di aumento delle pene pecuniarie nel caso di concorso di più circostanze aggravanti (art. 66 n. 3 cod. pen.) e in quello di concorso di reati (art. 78, comma primo, n. 3, cod. pen.), ma non è chiaro se si sia trattato di una mera dimenticanza ovvero di una scelta consapevole, peraltro di difficile decodificazione.

Infine la novella ha provveduto altresì a rivalutare anche il coefficiente di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie di cui all'art. 135 cod. pen., portando il "tasso" di conversione, attualmente fissato in euro 38,72, fino alla soglia dei 250 euro.

Sul piano pratico, quest'aumento di oltre sei volte del valore di cambio comporta innanzi tutto un significativo aumento dei costi della conversione delle pene detentive brevi ai sensi dell'art. 53 legge n. 689 del 1981, istituto dalla cui applicazione rischiano dunque di essere definitivamente espulsi i cittadini meno abbienti, nonostante nel 2003 il legislatore ne avesse promosso una più massiccia applicazione aumentando il limite massimo di pena detentiva sostituibile da tre a sei mesi. Infatti, se fino ad oggi tre mesi di reclusione, ad esempio, venivano convertiti in 3.420 euro di multa, dopo la novella la medesima operazione di conversione verrà a costare all'imputato ben 22.500 euro.

Ed in tal senso la rivalutazione del coefficiente di ragguaglio rischia di incidere sull'efficienza del procedimento per decreto in tutti quei casi in cui lo stesso viene adottato previa conversione della pena detentiva in pena pecuniaria: infatti è ragionevole attendersi che il sensibile aumento di quest'ultima faccia registrare un maggior numero di opposizioni.

Per converso, la rivalutazione del "tasso di cambio" si traduce in un vantaggio per il condannato nelle ipotesi previste dagli artt. 163 (ai fini della sospensione condizionale della pena) e 175, comma secondo (ai fini del beneficio della non menzione), cod. pen., nonché dall'art. 735, comma secondo, cod. proc. pen. (per il caso di riconoscimento di sentenze straniere), anche perché, trattandosi di norma più favorevole, in tali casi trova applicazione retroattiva.

Alla luce della rivalutazione, peraltro, perde di coerenza l'intero sistema delle pene pecuniarie, circostanza di cui deve essersi accorto anche il legislatore, tanto che l'**articolo 3, comma 65**, conferisce delega al Governo ad adottare, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge in commento, uno o più decreti legislativi diretti a rivalutare l'ammontare delle multe, delle ammende e delle sanzioni amministrative (ma soltanto di quelle originariamente previste come sanzioni penali), attualmente vigenti

**3.65. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a rivalutare l'ammontare delle multe, delle ammende e delle sanzioni amministrative originariamente previste come sanzioni penali, attualmente vigenti.**

**Fermi restando i limiti minimi e massimi delle multe e delle ammende previsti dal codice penale, nonché quelli previsti per le sanzioni amministrative dall'articolo 10 della legge 24 novembre 1981, n. 689, la rivalutazione delle sanzioni pecuniarie è stabilita nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:**

**a) le pene pecuniarie, il cui attuale ammontare sia stato stabilito con una disposizione entrata in vigore anteriormente al 24 novembre 1981, sono moltiplicate, tenuto conto della serie storica degli indici di aumento dei prezzi al consumo, per un coefficiente non inferiore a 6 e non superiore a 10;**

**b) le pene pecuniarie, il cui attuale ammontare sia stato stabilito con una disposizione entrata in vigore successivamente al 24 novembre 1981 e prima del 31 dicembre 1986, ad eccezione delle leggi in materia di imposte dirette e di tasse ed imposte indirette sugli affari, sono moltiplicate, tenuto conto della serie storica degli indici di aumento dei prezzi al consumo, per un coefficiente non inferiore a 3 e non superiore a 6;**

**c) le pene pecuniarie, il cui attuale ammontare sia stato stabilito con una disposizione entrata in vigore successivamente al 31 dicembre 1986 e prima del 31 dicembre 1991, ad eccezione delle leggi in materia di imposte dirette e di tasse ed imposte indirette sugli affari, sono moltiplicate, tenuto conto della serie storica degli indici di aumento dei prezzi al consumo, per un coefficiente non inferiore a 2 e non superiore a 3;**

**d) le pene pecuniarie, il cui attuale ammontare sia stato stabilito con una disposizione entrata in vigore successivamente al 31 dicembre 1991 e prima del 31 dicembre 1996, ad eccezione delle leggi in materia di imposte dirette e di tasse ed imposte indirette sugli affari, sono moltiplicate, tenuto conto della serie storica degli indici di aumento dei prezzi al consumo, per un coefficiente non inferiore a 1,50 e non superiore a 2;**

**e) le pene pecuniarie, il cui attuale ammontare sia stato stabilito con una disposizione entrata in vigore successivamente al 31 dicembre 1996 e prima del 31 dicembre 2001, ad eccezione delle leggi in materia di imposte dirette e di tasse ed imposte indirette sugli affari, sono moltiplicate, tenuto conto della serie storica degli indici di aumento dei prezzi al consumo, per un coefficiente non inferiore a 1,30 e non superiore a 1,50.**

## **B) Le modifiche alla legislazione penale speciale.**

**25. Le nuove aggravanti del porto illegale d'armi e di oggetti atti ad offendere (artt. 4 l.n. 685 del 1967 e 4 l.n. 110 del 1975).** - In qualche modo collegate alla configurazione delle nuove aggravanti del furto e della rapina di cui si è detto sono le modifiche apportate dall'art. 3, commi 30 e 31, alla normativa in materia di armi.

La prima delle due disposizioni ha rimodellato l'aggravante speciale del delitto di porto illegale di armi in luogo pubblico di cui al secondo comma dell'art. 4 della l. 2 ottobre 1967, n. 895.

**3.30. All'articolo 4 della legge 2 ottobre 1967, n. 895, il secondo comma è sostituito dal seguente:**

**«Salvo che il porto d'arma costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso, la pena prevista dal primo comma è aumentata da un terzo alla metà:**

- a) quando il fatto è commesso da persone travisate o da più persone riunite;**
- b) quando il fatto è commesso nei luoghi di cui all'articolo 61, numero 11-ter), del codice penale;**
- c) quando il fatto è commesso nelle immediate vicinanze di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro, parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico, stazioni ferroviarie, anche metropolitane, e luoghi destinati alla sosta o alla fermata di mezzi di pubblico trasporto».**

In tal senso la novella trasforma innanzi tutto la suddetta in aggravante ad effetto speciale, prevedendo l'innalzamento da un terzo alla metà delle pene previste per il reato base. Inoltre aggiunge alle circostanze già prese in considerazione come fattispecie aggravanti nella formulazione previgente della norma (reato commesso da più persone riunite ovvero di notte in luogo abitato) le ipotesi in cui il reato di porto d'armi venga commesso da persone travisate, nei luoghi descritti nell'art. 61 n.1-ter cod. pen. (e cioè all'interno o nelle immediate vicinanze di edifici di istruzione e formazione), nelle immediate vicinanze di istituti di credito, uffici postali e sportelli "bancomat" ovvero di parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico, stazioni ferroviarie, «anche metropolitane», nonché di luoghi destinati alla sosta o alla fermata dei mezzi di pubblico trasporto. E' stata infine soppressa l'ulteriore ipotesi aggravata del porto delle armi in luogo in cui vi sia concorso o adunanza di persone, già prevista dall'art. 4, comma secondo, l. n.685/1967 nella sua formulazione originaria e che invece il legislatore non ha inteso riproporre nella nuova edizione della disposizione.

Ulteriore novità è poi costituita dall'introduzione di una clausola di riserva che esclude l'applicazione dell'aggravante in commento nel caso in cui il porto d'arma sia elemento costitutivo od oggetto di una specifica aggravante del «reato commesso». Previsione un po' criptica nella sua formulazione, la quale riecheggia quella a suo tempo utilizzata – e per l'appunto criticata per la sua scarsa chiarezza – per affermare la punibilità dei reati commessi avvalendosi di armi giocattolo (art. 5, comma settimo, l. n. 110/1975). Infatti, il primo reato di cui il porto d'armi è elemento costitutivo è proprio quello di cui all'art. 4 l. n. 695/1967.

Ma anche superando questo primo intralcio, l'effettivo ambito della clausola di sussidiarietà introdotta dal legislatore non appare di facile individuazione. Infatti, qualora il reato di porto d'armi rimanesse assorbito in una fattispecie di reato complesso comunque l'aggravante speciale non troverebbe applicazione, senza necessità di una specifica previsione in tal senso.

Appare allora opportuno concentrarsi sulla *ratio* della riconfigurazione dell'aggravante. In tal senso sembrerebbe che il legislatore abbia voluto inasprire il trattamento sanzionatorio del reato in presenza delle descritte circostanze presumendo che in tali casi il porto dell'arma risulti funzionale alla consumazione di un più grave reato.

Le stesse circostanze (o quantomeno alcune di esse) non esprimono, infatti, una oggettiva maggiore gravità della condotta incriminata se non nel momento in cui vengono proiettate sullo schermo del potenziale sviluppo dell'azione. In altri termini, si è voluto punire, attraverso l'escamotage dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio previsto per il porto d'armi illegale, presunti atti preparatori inidonei ad integrare il tentativo di quei delitti (come ad esempio la rapina) che possono essere commessi con l'utilizzo di armi.

A questo punto ben si comprende perché il legislatore abbia poi configurato la descritta clausola di sussidiarietà. Infatti, una volta effettivamente “commesso” (anche solo nella forma tentata) il reato più grave viene a cessare la ragione stessa della più severa punizione del porto d’arma ad esso prodromico.

Non è peraltro dubbio che la disposizione in commento susciti apprensione per la disinvoltura con cui il legislatore, per sopperire a supposte lacune di tutela di marginale entità, abbia deciso di scardinare alcuni dei pilastri fondamentali dell’ordinamento penale.

La disposizione in commento si fonda infatti su una valutazione di maggiore offensività del reato in armi consumato nelle illustrate circostanze, la quale non trova riscontro nella loro oggettività, ma si fonda invece sulla presunzione assoluta secondo cui colui che porta un’arma nei pressi di una banca o della fermata dell’autobus ovvero di notte piuttosto che in un parco, sol per questo è certamente intenzionato a commettere una rapina od altro grave reato utilizzando la stessa arma. Presunzione della quale l’autore della condotta non è ammesso a fornire prova contraria, atteso che la proiezione della stessa condotta verso quello che è presunto essere il suo obiettivo non viene formalmente menzionato nella configurazione delle circostanze assunte ad aggravanti del reato in armi.

Una impostazione di tal genere è ben oltre la soglia anche della colpa d’autore, finendo per aggredire uno dei principi fondamentali del sistema: quello per cui *cogitationis poenam nemo patitur*.

E’ sì vero che la fattispecie che sembra aver ispirato il legislatore (quella, ad esempio, dei malviventi sorpresi a bordo di un’autovettura parcheggiata di fronte ad una banca e risultati in possesso di armi e passamontagna) è stata, talvolta, ritenuta dalla giurisprudenza come idonea ad integrare gli estremi del tentativo di rapina. Ma, tralasciando ogni considerazione sulla condivisibilità o meno di tale giudizio, deve evidenziarsi che lo stesso è sempre stato il frutto di una valutazione delle concrete circostanze in cui il fatto si è svolto.

Ed in realtà lo stesso legislatore pare rendersi conto di ciò, nel momento in cui non ha osato allargare l’area del tentativo punibile, ma ha preferito affidarsi ad un’aggravante che in qualche modo di tale operazione è il surrogato.

Non solo, se si guarda alle specifiche circostanze incriminate, emergono ulteriori profili di perplessità. Così se il fatto che un soggetto circoli contestualmente armato e travisato può ancora procurare un maggiore allarme, risulta invece incomprensibile perché dovrebbe essere ritenuto di per sé più grave girare armati nei pressi di una stazione ferroviaria o di una fermata dell’autobus, laddove non viene richiesto quantomeno che il possesso dell’arma sia palese.

Sotto altro profilo va poi evidenziato che l’aggravante in esame si alimenta della relazione con una serie di luoghi, che ancora una volta il legislatore identifica attraverso l’evanescente formula «nelle immediate vicinanze». Circostanza che di per sé costituisce un limite della nuova disposizione, ma che rischia inoltre di favorirne una indiscriminata applicazione. Le città infatti sono disseminate di sportelli bancomat ed ancor di più di fermate dei mezzi pubblici, cosicché la disinvoltura indeterminatezza della relazione che deve collegare la condotta a questi luoghi in definitiva finirà per determinare che il reato di porto d’armi si manifesti sempre nella forma aggravata.

Riserve analoghe suscita anche la nuova aggravante della contravvenzione di porto ingiustificato di oggetti atti ad offendere (prevista dal sesto comma dell’art. 4 l. n. 110 del 1975) introdotta dall’art. 3, comma 31.

**31. All'articolo 4 della legge 18 aprile 1975, n. 110, il sesto comma è sostituito dal seguente:**

**La pena prevista dal terzo comma è raddoppiata quando ricorre una delle circostanze previste dall'articolo 4, secondo comma, della legge 2 ottobre 1967, n. 895, salvo che l'uso costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso».**

Nella formulazione originaria la norma oggetto dell'intervento legislativo prevedeva il raddoppio delle pene previste per la summenzionata contravvenzione per l'ipotesi in cui armi improprie ed oggetti atti ad offendere venissero utilizzati al fine di commettere un reato, salvo che tale utilizzazione già costituisse l'oggetto di una specifica aggravante del reato commesso.

La novella ha completamente riconfigurato l'aggravante, clonando, attraverso la tecnica del rinvio, quella del delitto di porto d'armi illegale (compresa la clausola di sussidiarietà di cui si è detto), ma conservando gli aumenti di pena previsti nella formulazione previgente dell'art. 4, comma sesto, l. n. 110 del 1975.

**26. Le modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione. La contravvenzione di immigrazione clandestina (art. 10-bis del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).**- Indubbiamente uno degli emblemi della legge n. 94 del 2009 è quello delle incriminazioni dedicate al contrasto dell'immigrazione clandestina.

L'effettuata revisione appare funzionale alla più generale ridefinizione operata dal legislatore di molte disposizioni del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Ancorché durante il suo percorso parlamentare si sia progressivamente arricchita di inediti contenuti, non è dubbio che la novella rimane caratterizzata soprattutto dalla volontà di potenziare gli strumenti normativi dedicati alla regolamentazione dei flussi migratori. Ed in tal senso la disposizione che di tale volontà costituisce il simbolo è certamente quella che introduce per la prima volta nell'ordinamento il reato di immigrazione clandestina.

Mai in passato si era spinto a tal punto il legislatore, il quale si era limitato fino ad oggi a sanzionare penalmente solo il trattenimento o il reingresso nel territorio dello Stato dello straniero raggiunto da un provvedimento di espulsione o già espulso.

Contro la scelta di configurare il reato di immigrazione clandestina vengono da sempre sollevate numerose obiezioni.

Tralasciando quelle di natura più squisitamente "politica", la cui discussione non ci compete, val la pena invece evidenziare come, per un verso, si contesti l'improprio uso dello strumento penale per finalità che poco avrebbero a che fare con quelle della repressione penale e, per l'altro, si additi il concreto rischio di paralisi dell'attività giudiziaria conseguente all'esorbitante numero di procedimenti che è prevedibile attendersi dall'introduzione di un reato i cui autori sono potenzialmente almeno un milione, anche volendo dar credito alle stime più prudenti sul numero di immigrati clandestini presenti sul territorio nazionale.

Lamentele queste – come altre – puntualmente emerse nel corso del dibattito parlamentare e che in qualche modo hanno influito sulla configurazione non tanto della fattispecie materiale della nuova incriminazione, quanto sulla messa a punto del suo "singolare" profilo sanzionatorio.

Il nuovo reato è stato introdotto all'art. 10-bis del d. lgs. n. 286 del 1998 dall'**art. 1, comma 16, lettera a)**, della novella.

**1.16. Al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) dopo l'art. 10 è inserito il seguente:**

**«Art. 10-bis. - (*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*). – 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale.**

**2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1.**

**3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.**

**4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'art. 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato.**

**5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'art. 13, comma 14, si applica l'art. 345 del codice di procedura penale.**

**6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».**

Quella configurata dal legislatore è una contravvenzione punita con la sola ammenda da cinquemila a diecimila euro, la cui condotta tipica consiste nell'ingresso o nel trattenimento nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni contenute nello stesso d.lgs. n. 286 del 1998 ovvero nell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 (“Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio”).

Si tratta di un reato proprio dello straniero, come precisa la norma incriminatrice, che non distingue tra cittadini comunitari ed extracomunitari.

Peraltro, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 286 del 1998, le norme dello stesso decreto non si applicano ai primi, ma solo ai secondi e agli apolidi.

Ciò non impedisce che ai medesimi (così come ai cittadini italiani) possano essere contestati i reati “comuni” configurati dal citato testo normativo (come ad esempio quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), ma tutt'altre conclusioni sembrano imporsi con riguardo alla fattispecie in commento, laddove la nozione di straniero richiamata dalla norma incriminatrice (come dalle altre disposizioni del decreto) rimane definita proprio dal citato art. 1.

Interpretazione che trova ulteriore conforto nel mancato rinvio da parte dell'art. 10-*bis* anche alle disposizioni del già citato d.lgs. n. 30 del 2007, le quali disciplinano le condizioni per l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini comunitari e configurano le ipotesi di illegale trattenimento degli stessi nel territorio dello Stato.

Quello di "clandestinità" è indubbiamente un reato istantaneo, se si guarda alla condotta di ingresso illegale, che si consuma nel momento e nel luogo in cui lo straniero entra varcando i confini dello Stato senza averne titolo.

Tale condotta, tenuto conto della disciplina normativa che definisce le condizioni per cui l'ingresso deve ritenersi "legale", rimane integrata sostanzialmente quando lo straniero entri in territorio italiano senza essere in possesso del passaporto o di altro documento equipollente ovvero senza avere il visto d'ingresso, qualora necessario, o, ancora, quando, pur in possesso dei titoli summenzionati, entri nel nostro paese senza passare dai valichi di frontiera, salva l'ipotesi dello stato di necessità.

In realtà dalla disciplina positiva che regola l'ingresso sembrerebbe emergere anche una possibile quarta ipotesi in grado di integrare il fatto tipico configurato dall'art. 10-*bis*.

Si tratta del caso in cui lo straniero riesca a fare ingresso nel territorio italiano pur non essendo in possesso di uno dei titoli di cui si è detto oppure trovandosi in una delle situazioni ostative all'ammissione nel nostro paese elencate nel terzo comma dell'art. 4 del d.lgs. n. 286 del 1998 (elenco che la stessa legge n. 94 del 2009 ha provveduto ad allungare).

In tali casi la fisiologia del sistema prevederebbe che lo straniero venisse respinto e comunque non ammesso nel territorio italiano, ma almeno in teoria è possibile che un difetto nelle procedure di controllo gli consenta comunque l'ingresso (si pensi ad esempio al cittadino extracomunitario immigrato illegalmente in un paese dell'area Schengen e da qui successivamente giunto in Italia entrando da un valico aeroportuale, dove sui voli provenienti da quell'area non viene effettuato alcun controllo sui passeggeri). Ebbene tale ingresso avviene formalmente in violazione delle disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998 e, pertanto, dovrebbe ritenersi integrata la fattispecie oggettiva dell'ingresso illegale.

Ciò significa che eventualmente la mancata conoscenza del presupposto ostativo all'immigrazione potrà al più rilevare sul piano dell'elemento soggettivo.

Lo stesso art. 10-*bis* (al comma secondo) prevede peraltro un'eccezione per il caso in cui si proceda al respingimento ai valichi di frontiera del clandestino ai sensi del primo comma dell'art. 10 dello stesso d. lgs. n. 286 del 1998.

In tale ipotesi, per volontà espressa del legislatore, la fattispecie non si perfeziona, seppure formalmente lo straniero abbia effettivamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato.

Al di là dell'ambigua formulazione normativa («le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento»), quello configurato nel comma secondo della norma in commento sembra un vero e proprio elemento negativo del fatto, che concorre a definire la tipicità della fattispecie.

Qualora la condotta tipica posta in essere dallo straniero sia quella di trattenimento, invece, il reato assume natura permanente, protraendosi la sua consumazione per tutto il tempo in cui l'autore permane illegalmente sul territorio italiano.

Le due condotte descritte sono ovviamente alternative, come suggerisce la stessa formulazione della norma incriminatrice e, dunque, allo straniero che, dopo aver fatto illegalmente ingresso in Italia, vi si trattiene deve essere contestato un unico reato.

In buona sostanza l'adozione di diversificate modalità di consumazione dell'illecito deve essere imputata all'esigenza di ricondurre nell'alveo della fattispecie tipica anche le ipotesi in cui l'autore del reato, pur avendo varcato legalmente i confini nazionali, sia rimasto sul territorio dello Stato in violazione delle disposizioni dettate in materia di soggiorno.

Il trattenimento illegale si configura, pertanto, non solo come inevitabile conseguenza dell'ingresso illegale, ma altresì in tutti quei casi in cui lo straniero non abbia abbandonato il territorio italiano nei termini imposti dalla legislazione vigente, ad esempio, dopo la scadenza del visto di ingresso o del permesso di soggiorno ovvero dopo la scadenza del termine, decorrente dal momento del legale ingresso nel territorio italiano, per presentare la richiesta del permesso di soggiorno.

Contrariamente a quanto previsto per il delitto previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 (della cui modifica si dirà in seguito), non è peraltro necessario che la sopravvenuta clandestinità dello straniero sia stata "certificata" dall'autorità attraverso l'ordine di lasciare il territorio dello Stato impartito dal Questore.

E' lo stesso straniero che, essendo – o dovendo essere – consapevole della situazione di illegalità in cui si è venuto a trovare, deve provvedere ad allontanarsi immediatamente dal Paese, commettendo altrimenti l'illecito di cui si tratta.

Peraltro, laddove l'agente abbia effettivamente ricevuto l'intimazione ad allontanarsi non è configurabile il concorso tra i due reati, atteso che l'art. 10-bis prevede una clausola espressa di sussidiarietà che riconduce il rapporto tra le due fattispecie incriminatrici nell'ambito del concorso apparente di norme e ciò anche quando in contestazione non sia l'ipotesi prevista dalla prima parte del citato comma 5-ter dell'art. 14, ma quella configurata nella seconda parte della norma per il caso che la violazione riguardi l'ordine di espulsione conseguente alla scadenza del permesso di soggiorno di cui non è stato richiesto nei termini di legge il rinnovo, soprattutto ora che la stessa l. n. 94 del 2009 ha trasformato la fattispecie contravvenzionale originariamente prevista in tal caso in un delitto (anche di questa modifica si tratterà più diffusamente in seguito).

La clausola di sussidiarietà non opera invece nell'ipotesi (che invero si rivelerà la più frequente) in cui il clandestino abbia già consumato il reato di cui all'art. 10-bis prima dell'adozione dell'ordine di espulsione successivamente non ottemperato.

In questo caso vengono infatti consumati in tempi diversi due fatti autonomi e dunque non può invocarsi la disciplina del concorso apparente di norme. Circostanza che, come si vedrà in seguito, è in grado di determinare alcuni problemi sul versante processuale.

Per altro verso va evidenziato che l'art. 10-bis non replica dal citato art. 14, comma 5-ter, nemmeno l'esimente del giustificato motivo, contemplata da quest'ultima, anche nell'ultima versione introdotta con la novella di cui si tratta.

Il che potrebbe legittimare un'interpretazione secondo cui l'applicazione della nuova contravvenzione risulterebbe possibile in tutte le ipotesi in cui i reati previsti dalla seconda delle norme da ultime citate siano in concreto non punibili perché il loro autore vanta un giustificato motivo per non adempiere all'ordine di espulsione.

Non di meno la scelta del legislatore di non attribuire rilevanza nella nuova fattispecie ad eventuali motivi che potrebbero giustificare quantomeno il trattenimento illegale lascia perplessi.

Infatti non si comprende per quale ragione colui che viola l'ordine di espulsione per l'impossibilità materiale di lasciare il territorio italiano debba essere esentato dalla più gravi pene previste dall'art. 14 comma 5-ter del decreto e chi invece, versando nelle stesse condizioni, venga sorpreso nel medesimo territorio anche senza essere stato destinatario di

analogo provvedimento non possa sfuggire alla responsabilità per la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*.

L'evidente irragionevolezza della disparità di trattamento determinata sul punto dal legislatore potrebbe suggerire una interpretazione correttiva in senso costituzionalmente orientato o laddove ciò sia ritenuto incompatibile con il dato normativo, quantomeno potrebbe provocare l'intervento del Giudice delle leggi.

E' invece sicuramente inapplicabile al reato in questione l'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11-*bis*) cod. pen., atteso che la circostanza è già elemento costitutivo della fattispecie di ingresso e soggiorno illegale.

Come detto quella dell'art. 10-*bis* è una contravvenzione, che dunque può essere contestata anche solo a titolo di colpa (non emergendo dalla lettera della norma elementi che rendano evidente la volontà del legislatore di derogare all'art. 42, comma quarto, cod. pen.), risultando pertanto irrilevante l'errore dell'autore della violazione in ordine all'eventuale possesso dei requisiti che lo legittimano a soggiornare sul territorio italiano e ciò a prescindere dalla effettiva qualificazione dello stesso come errore su norma extrapenale integratrice del precetto penale. Ed è parimenti irrilevante, ai fini della configurabilità dell'elemento psicologico del reato, che lo straniero non sia stato consapevole di aver fatto ingresso nel territorio italiano, quando ciò avviene in seguito ad una condotta comunque a lui rimproverabile (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'agente si imbarchi clandestinamente all'estero su di un mezzo di trasporto senza conoscerne l'effettiva destinazione ovvero pensando che la stessa non sia proprio l'Italia).

L'estensione della norma incriminatrice appare a questo punto realmente notevole e se si pensa alla platea dei potenziali autori del reato già presenti sul territorio italiano, la previsione secondo cui gli uffici giudiziari verranno inondati da un numero esorbitante di denunce per immigrazione clandestina potrebbe effettivamente essere destinata a realizzarsi.

Per arginare in qualche modo l'impatto della nuova incriminazione e per stemperare le polemiche che inevitabilmente l'accompagnano, il legislatore ha progressivamente ridimensionato il trattamento sanzionatorio che caratterizza la nuova incriminazione ed ha istituito una corsia in un certo senso "dedicata" per il suo accertamento processuale.

In tal senso il progetto originario dell'Esecutivo di configurare un delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni (e per il quale doveva procedersi all'arresto obbligatorio in flagranza) è stato accantonato e si è scelta la sola sanzione pecuniaria, peraltro non obblabile ai sensi dell'art. 162 cod. pen., atteso che così stabilisce il primo comma della norma in commento.

In deroga a quanto stabilito dall'art. 13, comma terzo, del d. lgs. n. 286 del 1998, è stata prevista, dal comma 4 del nuovo art. 10-*bis*, la possibilità di procedere all'espulsione dell'autore dell'illecito senza l'acquisizione del nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente.

Infine è stato altresì previsto che, una volta acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o dell'avvenuto respingimento ai sensi del secondo comma dell'art. 10 d. lgs. n. 286 del 1998 dell'autore dell'illecito, il giudice pronunzi sentenza di non luogo a procedere, peraltro non ostativa alla riproposizione dell'azione penale in caso di reingresso illegale dello straniero, atteso l'espesso rinvio all'art. 345 cod. proc. pen. operato nel quinto comma dell'art. 10-*bis*.

**27. (segue): la competenza del Giudice di pace e lo speciale rito della “presentazione immediata (articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274).-** Il reato è stato affidato alla competenza del giudice di pace ed il suo accertamento allo speciale rito introdotto dall’art. 1, comma 17, della novella nel d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Più esattamente il comma 3 del nuovo art. 10-bis del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 stabilisce che al procedimento penale per il reato in esame si applichino le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del d. lgs. sopra indicato.

**1.17. Al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) all’art. 4, comma 2, dopo la lettera s) è aggiunta la seguente:**

**«s-bis) art. 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»;**

**b) dopo l’art. 20 sono inseriti i seguenti:**

**«Art. 20-bis. - (Presentazione immediata a giudizio dell’imputato in casi particolari) – 1. Per i reati procedibili d’ufficio, in caso di flagranza di reato ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l’autorizzazione a presentare immediatamente l’imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace.**

**2. La richiesta di cui al comma 1, depositata presso la segreteria del pubblico ministero, contiene:**

**a) le generalità dell’imputato e del suo difensore, ove nominato;**

**b) l’indicazione delle persone offese dal reato;**

**c) la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all’imputato, con l’indicazione degli articoli di legge che si assumono violati;**

**d) l’indicazione delle fonti di prova a sostegno della richiesta, nonché le generalità dei testimoni e dei consulenti tecnici, con espressa indicazione delle circostanze su cui deve verte l’esame;**

**e) la richiesta di fissazione dell’udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio.**

**3. Salvo che ritenga di richiedere l’archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l’ora del giudizio dinanzi al giudice di pace e nominando un difensore d’ufficio all’imputato che ne è privo. Se non ritiene sussistere i presupposti per la presentazione immediata o se ritiene la richiesta manifestamente infondata ovvero presentata dinanzi ad un giudice di pace incompetente per territorio, il pubblico ministero provvede ai sensi dell’art. 25, comma 2.**

**4. L’ufficiale giudiziario notifica senza ritardo all’imputato e al suo difensore copia della richiesta di cui al comma 2 e dell’autorizzazione del pubblico ministero contenente:**

**a) l’avviso all’imputato che se non compare sarà giudicato in contumacia;**

**b) l’avviso all’imputato che ha diritto di nominare un difensore di fiducia e che in mancanza sarà assistito da difensore di ufficio;**

**c) l’avviso che il fascicolo relativo alle indagini è depositato presso la segreteria del pubblico ministero e che le parti e i loro difensori hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia.**

**5. Si applica l'art. 20, comma 5.**

**Art. 20-ter. - (Citazione contestuale dell'imputato in udienza in casi particolari). – 1. Nei casi previsti dall'art. 20-bis, comma 1, quando ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ai sensi del comma 3 del medesimo art., ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula altresì richiesta di citazione contestuale per l'udienza.**

**2. Se ritiene sussistere i presupposti di cui al comma 1, il pubblico ministero rinvia l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace con citazione per l'udienza contestuale all'autorizzazione di cui all'art. 20-bis, comma 3, primo periodo; altrimenti provvede ai sensi del comma 3, secondo periodo, del medesimo art..**

**3. Quando il pubblico ministero dispone la citazione ai sensi del comma 2, la polizia giudiziaria conduce l'imputato che si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale direttamente dinanzi al giudice di pace per la trattazione del procedimento, salvo che egli espressamente rinunci a partecipare all'udienza. Se l'imputato non si trova sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria notifica immediatamente allo stesso la richiesta di cui al comma 1 e il provvedimento del pubblico ministero. Copia della richiesta e del provvedimento del pubblico ministero sono altresì comunicati immediatamente al difensore»;**

Dette disposizioni delineano in sostanza un nuovo rito, il giudizio a presentazione immediata (art. 20-bis), prevedendone una variante per i casi di urgenza o per gli imputati sottoposti a misure restrittive della libertà, il giudizio a citazione contestuale (art. 20-ter).

Il nuovo giudizio è imperniato su due presupposti:

- che il reato sia procedibile d'ufficio e non a querela;
- che l'autore del reato sia sorpreso in flagranza del medesimo (la nozione di stato di flagranza è contenuta nell'art. 282 cod. pen.p.) oppure che la prova sia "evidente" (non già la prova evidente della responsabilità dell'imputato ma, sulla falsariga dell'insegnamento giurisprudenziale formatosi in relazione all'art. 453 cod. pen.p. che disciplina i casi e modi di giudizio immediato (cfr., *ex pluribus*, Sez. III 7 dicembre 2007, Vita, RV 238582), la prova evidente di fondatezza dell'accusa per la presenza di una base di discussione non controversa, pur se astrattamente controvertibile).

Ebbene, in tal caso, la polizia giudiziaria può richiedere (il comma 2 precisa quale debba essere il contenuto di detta richiesta) al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare "immediatamente" (per l'esattezza, come subito si ribadirà, nei quindici giorni successivi) l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace.

Al pubblico ministero sono naturalmente dati ampi spazi di valutazione della richiesta presentatagli dalla polizia giudiziaria.

In particolare, egli negherà l'autorizzazione qualora reputi di dover domandare l'archiviazione del procedimento; non la concederà, inoltre, con provvedimento analogo a quello previsto dall'art. 25, comma 2, del d. lgs. n. 274 del 2000, qualora ritenga insussistenti i presupposti anzidetti o, comunque, reputi la richiesta manifestamente infondata (formula che sembra invero sovrapporsi alle precedenti) o rivolta a giudice di pace incompetente per territorio (la richiesta contiene, invero, anche la domanda di "fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio").

Non sussistendo le situazioni anzidette il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata dell'imputato dinanzi al giudice di pace nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio (comma 3).

L'art. 20-*bis* prevede, poi, al comma 4, che richiesta ed autorizzazione siano notificati all'imputato ed al suo difensore, unitamente ai rituali avvisi in tema di contumacia, di diritto di nominare un difensore di fiducia e di prendere visione ed estrarre copia degli atti (con applicazione dell'art. 20, comma 5, che stabilisce che la citazione a giudizio sia depositata nella segreteria del pubblico ministero unitamente al fascicolo contenente la documentazione relativa alle indagini espletate, il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove).

L'art. 20-*ter* ipotizza – come si è detto - una variante del nuovo rito, destinata ai casi in cui sussistano “gravi e comprovate ragioni di urgenza” che non consentano di attendere i più lunghi tempi di cui sopra si è detto oppure nell'ipotesi in cui l'imputato si trovi a qualsiasi titolo sottoposto a misure privative o limitative della libertà.

Ferma restando la necessità che sussistano i presupposti di cui si è detto in precedenza (flagranza ed evidenza), la polizia giudiziaria può in tali casi formulare “richiesta di citazione contestuale per l'udienza”.

Fermi restando i menzionati poteri – doveri di diniego, il pubblico ministero, qualora ritenga di autorizzare la richiesta, rinvierà l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace.

Se l'imputato è sottoposto ad una delle misure menzionate la polizia giudiziaria lo dovrà condurre direttamente dinanzi al giudice di pace, a meno che egli non interponga espressa rinuncia a partecipare all'udienza.

L'imputato non sottoposto a misure si vedrà invece notificare richiesta della polizia giudiziaria e provvedimento del pubblico ministero (che saranno immediatamente comunicati anche al difensore).

**1.17 c) dopo l'art. 32 è inserito il seguente:**

**«Art. 32-*bis*. - (Svolgimento del giudizio a presentazione immediata). – 1. Nel corso del giudizio a presentazione immediata di cui agli articoli 20-*bis* e 20-*ter* si osservano le disposizioni dell'art. 32.**

**2. La persona offesa e i testimoni possono essere citati anche oralmente dall'ufficiale giudiziario nel corso del giudizio a presentazione immediata di cui all'art. 20-*bis*. Nel corso del giudizio a citazione contestuale di cui all'art. 20-*ter* la persona offesa e i testimoni possono essere citati anche oralmente dall'ufficiale giudiziario ovvero dalla polizia giudiziaria.**

**3. Il pubblico ministero, l'imputato e la parte civile presentano direttamente a dibattimento i propri testimoni e consulenti tecnici.**

**4. Il pubblico ministero dà lettura dell'imputazione.**

**5. L'imputato è avvisato della facoltà di chiedere un termine a difesa non superiore a sette giorni. Quando l'imputato si avvale di tale facoltà, il dibattimento è sospeso fino all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine. Nel caso previsto dall'art. 20-*ter*, il termine non può essere superiore a quarantotto ore»**

Le regole di svolgimento del nuovo giudizio sono quelle ordinarie del dibattimento dinanzi al giudice di pace (art. 32 richiamato dal comma 1 del nuovo art. 32-*bis*).

Persona offesa e testimoni possono essere citati anche oralmente dall'ufficiale giudiziario nonché, ma ciò vale solo per il giudizio a citazione contestuale (e non anche per il giudizio a presentazione immediata) dalla polizia giudiziaria.

Pubblico ministero, imputato e parte civile presentano direttamente a dibattimento i propri testimoni e consulenti tecnici.

E' il pubblico ministero a dare lettura dell'imputazione e l'imputato può chiedere un termine a difesa non superiore a sette giorni nel giudizio a presentazione immediata e non superiore a 48 ore nel giudizio a citazione contestuale.

Se lo chiede il dibattimento è sospeso ed è fissata udienza immediatamente successiva allo scadere del termine.

**28. (segue): Alcune considerazioni sulla nuova disciplina.-** Questa articolata disciplina presta peraltro il fianco ad obiezioni.

Innanzitutto, appare contraddittoria la scelta di affidare l'accertamento del reato ad un rito "accelerato", come quello configurato agli articoli 20-*bis* e ss. del d. lgs. n. 274 del 2000, e contestualmente prevedere una procedura speciale per pervenire anticipatamente all'espulsione dell'autore dello stesso al fine di sollevare il giudice dal suo accertamento.

In altri termini la legge finisce per istituire una sorta di competizione tra procedura giudiziaria e procedura amministrativa che risulta francamente incomprensibile se non nell'ottica di ottenere nel più breve tempo possibile e ad ogni costo il risultato a cui l'intervento legislativo mira e cioè l'espulsione del clandestino.

Ed in tal senso convergono anche:

- la modifica apportata dall'**art. 3, comma 16, lettera b)**, al primo comma dell'art. 16 del d. lgs. n. 286 del 1998, che autorizza il giudice, in caso di condanna per il reato di cui all'art. 10-*bis*, ad irrogare l'espulsione come sanzione sostitutiva, senza incontrare il tradizionale limite della possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena;

**3.16 b) all'art. 16, comma 1, le parole: «né le cause ostative» sono sostituite dalle seguenti: «ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10-*bis*, qualora non ricorrano le cause ostative».**

- l'introduzione, ad opera dell'**art. 1, comma 17, lettera d)**, dell'art. 62-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000 che abilita, nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace ad applicare la misura sostitutiva anzidetta.

**1.17 d) nel titolo II, dopo l'art. 62 è inserito il seguente:**

**«Art. 62-*bis*. - (Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva). - 1. Nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».**

Per altro verso la minaccia di una pena pecuniaria per l'ingresso e trattenimento illegale non può certo essere considerata una misura dissuasiva nei confronti dei clandestini, che, nella maggior parte dei casi, anche quando condannati, risulteranno incapienti. La nuova incriminazione rischia pertanto di assumere un valore più che altro simbolico.

In realtà il mancato accesso all'oblazione, la semplificazione del rito e il pronunciato antagonismo con la procedura amministrativa di espulsione sembrano evidenziare come

l'incriminazione penale più che "simbolica" sia addirittura "strumentale" proprio all'allontanamento dello straniero dal territorio italiano, ancorchè l'annacquamento del trattamento sanzionatorio progettato nell'originario disegno di legge abbia sfumato tale carattere.

Con riguardo all'esito del procedimento penale intentato per l'accertamento del reato nel caso dell'avvenuta esecuzione nelle more dell'espulsione dell'imputato, va sottolineato che la disciplina contenuta nel quarto comma dell'art. 10-*bis* rappresenta una mera specificazione di quella introdotta nel comma 3-*quater* dell'art. 13 ad opera della legge 30 luglio 2002, n. 189.

La nuova disciplina si differenzia da quella precedente per un verso, come già accennato, perché non è richiesto il nulla osta dell'autorità giudiziaria per procedere all'espulsione e per l'altro in quanto non è di ostacolo alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere l'emissione del provvedimento che dispone il rinvio a giudizio dell'imputato.

In altri termini, mentre fino ad ora l'atipica causa di proscioglimento dello straniero espulso sottraeva lo stesso alla giurisdizione penale solo quando ciò non comportava lo "spreco" dell'attività processuale già svolta (circostanza che manteneva un minimo di equilibrio nel sistema, tanto più che la giurisprudenza ha interpretato estensivamente l'art. 13, comma 3-*quater*, ritenendo che la sentenza di proscioglimento possa essere adottata anche prima dell'esercizio dell'azione penale: v. da ult. Sez. I 19 settembre 2007, p.m. in proc. Gamberi, RV 237314), con esclusivo riguardo ai procedimenti per immigrazione clandestina la declaratoria di non luogo a procedere potrà ora essere pronunciata anche all'esito del dibattimento, evenienza tutt'altro che improbabile visto che tali procedimenti verranno celebrati dal giudice di pace con rito direttissimo.

Ed anche se l'istruttoria necessaria all'accertamento del reato di cui si discute, nella maggior parte dei casi, risulterà poco impegnativa, l'elevato numero di procedimenti che appare ragionevole attendersi è in grado di compensare il dato.

In definitiva la novella si appresta ad intasare i ruoli del giudice di pace, costringendo per di più quest'ultimo a compiere attività processuale che assai spesso risulterà del tutto inutile e ciò a tacere delle più generali perplessità che suscita la configurazione di un rito "dedicato" per una singola fattispecie penale.

Va inoltre ricordato che il sesto comma dell'art. 10-*bis* prevede altresì l'obbligatoria sospensione del procedimento penale nel caso l'imputato abbia presentato domanda di protezione internazionale ai sensi della legge 19 novembre 2007, n. 251 e, qualora la stessa venga accolta, l'obbligo di pronunciare ugualmente sentenza di non luogo a procedere.

In proposito va segnalato che analogo meccanismo di sospensione del procedimento penale non è previsto per le richieste di ingresso o permanenza nel territorio italiano in deroga alle disposizioni vigenti che possono essere presentate, ai sensi dell'art. 31, comma terzo, d. lgs. n. 286 del 1998, al Tribunale per i minorenni dallo straniero «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico» di un minore.

In tale ipotesi la presentazione della domanda da parte dello straniero che già si trova clandestinamente in Italia "certifica" la pregressa consumazione della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, per la quale verrà inevitabilmente pronunciata sentenza di condanna, atteso che la novella, non solo non prevede la sospensione del procedimento in attesa dell'esito della richiesta, ma nemmeno il proscioglimento dell'imputato nel caso la stessa venga poi effettivamente accolta.

Infine vanno analizzate le possibili ricadute della nuova fattispecie. Infatti lo stato di clandestinità dello straniero impone ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico

servizio, che rilevino l'illegalità della sua presenza sul territorio nazionale venendo in contatto con il medesimo a causa o nell'esercizio delle proprie funzioni, l'obbligo di denunciarlo all'autorità giudiziaria per la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* del d. lgs. n. 286 del 1998, commettendo altrimenti gli stessi i reati rispettivamente previsti dagli articoli 361 e 362 cod. pen.

Nel corso dell'*iter* parlamentare della legge la questione è stata oggetto di accese discussioni, che hanno trovato puntuale eco sugli organi di stampa, soprattutto con riguardo ad una disposizione presente nel testo della legge approvato in prima lettura al Senato e poi soppressa alla Camera.

Si tratta della disposizione che abrogava il quinto comma dell'art. 35 del d. lgs. n. 286 del 1998, il quale stabilisce che l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano.

L'abrogazione del citato comma avrebbe certamente ostacolato l'accesso ai servizi sanitari essenziali degli immigrati clandestini, come da più parti paventato, e va quindi salutato con favore il ravvedimento del legislatore sul punto.

La sopravvivenza dell'art. 35, comma quinto, dovrebbe quindi mettere in ogni caso al riparo il personale sanitario da qualsiasi obbligo di denuncia o di referto all'autorità giudiziaria, qualora lo stesso personale dovesse rilevare che il "paziente" è immigrato o soggiornante illegale nel territorio dello Stato, tanto più che l'art. 1, comma 22, lettera f), della novella ha provveduto a modificare anche il secondo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998, precisando che per l'accesso alle prestazioni sanitarie erogate dalla pubblica amministrazione non è necessario che lo straniero esibisca i documenti che certificano la legittimità del suo soggiorno in Italia.

E ciò senza nemmeno dover ricorrere alla clausola di limitazione dell'obbligo di referto contenuta nel secondo comma dell'art. 365 cod. pen. (per cui tale obbligo non sussiste quando il referto esporrebbe l'assistito a procedimento penale), atteso che per il primo comma dell'art. da ultimo citato, l'obbligo di referto per gli esercenti una professione medica consegue all'ipotesi in cui l'assistenza venga prestata in un caso che può «presentare i caratteri di un delitto per cui si debba procedere d'ufficio», mentre quella configurata dall'art. 10-*bis* del d. lgs. n. 286 del 1998 è una contravvenzione, quindi estranea alla fattispecie tipica dell'omissione di referto.

Val la pena sottolineare, poi, che destinatario dell'art. 35, comma secondo non è solo il personale medico o ausiliario, ma anche quello amministrativo che svolge la propria opera in connessione con l'erogazione del servizio sanitario, giacché la norma è chiara nello stabilire che l'accesso alla struttura sanitaria non può costituire l'occasione per chiunque vi operi per segnalare l'immigrato clandestino (e la norma è altrettanto chiara nel precisare come sia vietato qualsiasi «tipo di segnalazione», formula nella quale ben può essere ricondotta anche la denuncia oggetto dell'obbligo che grava su pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio).

Se dunque sul versante dell'accesso all'assistenza sanitaria il problema sembra essere stato risolto, non altrettanto può dirsi con riguardo a quello agli altri servizi erogati dalla pubblica amministrazione. Infatti, alcuna espressa esenzione dall'obbligo di denuncia – comunque configurato - è stato previsto dalla novella. Insomma il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che nell'espletamento del suo mandato prenda notizia della clandestinità dello straniero abbia il dovere di denunciare il fatto.

Anzi, a riprova di quanto detto, va evidenziato che il legislatore, nel modificare il già citato secondo comma dell'art. 6 del d. lgs. n. 286 del 1998, ha altresì eliminato l'espressa esenzione dall'esibizione del permesso di soggiorno per l'accesso agli atti dello stato civile e ai pubblici servizi, sottolineando così che alcun provvedimento della pubblica amministrazione può essere rilasciato allo straniero che non dimostri di trovarsi regolarmente in Italia.

Un discorso a parte riguarda le prestazioni scolastiche obbligatorie. Sempre nel modificare il citato secondo comma dell'art. 6, la novella ha effettivamente espressamente previsto l'esenzione dall'esibizione dei documenti di soggiorno per accedere a tali prestazioni, così, come illustrato, a quelle sanitarie.

Ma il d. lgs. n. 286 del 1998 non contempla alcuna norma analoga a quella del citato art. 35, comma secondo, che espressamente esenta, come si è visto, gli operatori sanitari dall'obbligo di denuncia. In altri termini, se il personale scolastico può ricevere l'iscrizione dei figli degli immigrati clandestini senza necessità di richiedere che questi certifichino la legittimità della loro presenza sul territorio nazionale, non è per nulla pacifico, sulla base del solo secondo comma dell'art. 6, che lo stesso personale sia esentato dall'obbligo di denuncia qualora per qualunque motivo acquisisca la consapevolezza che i genitori dello studente siano dei clandestini.

Ma v'è di più. Tutti i minori stranieri comunque presenti sul territorio italiano sono soggetti, ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 286 del 1998 (che non è stato modificato dal legislatore), all'obbligo scolastico, al pari dei loro coetanei italiani, come di riflesso ha confermato lo stesso nuovo testo del citato secondo comma dell'art. 6 del decreto. Dell'osservanza di tale obbligo sono responsabili innanzi tutto i genitori del minore o coloro che ne fanno le veci, come previsto dagli articoli 8 legge 31 dicembre 1962, n. 1859 e 5 d. lgs. 15 aprile 2005, n. 76.

Inoltre l'inosservanza di tale obbligo da parte dei soggetti che ne sono titolari, quantomeno con riguardo alla frequentazione della scuola primaria e di quella secondaria inferiore, è sanzionata penalmente ai sensi dell'art. 731 cod. pen. (v. da ultima in questo senso Sez. III 21 maggio 2008, p.g. in proc. Passalacqua, RV 240789).

Orbene, lo straniero che si trova irregolarmente in Italia e che voglia adempiere all'obbligo scolastico dei propri figli minori deve necessariamente esporsi al rischio di dover rivelare, direttamente o indirettamente, all'istituzione scolastica la propria condizione di clandestino e di essere quindi denunciato dai rappresentanti di tale istituzione che prendano conoscenza della sua situazione, qualora rivestano le qualifiche di cui agli articoli 361 e 362 cod. pen.

Insomma il clandestino che voglia rispettare la legge penale posta a presidio del diritto-dovere all'istruzione deve di fatto autodenunciarsi di aver commesso la contravvenzione di immigrazione o trattenimento illegale.

A ciò si aggiunga che il secondo comma dell'art. 6 non esenta dall'esibizione dei documenti di soggiorno lo straniero che voglia accedere all'istruzione primaria di alfabetizzazione riservata agli adulti (pure contemplata dal citato art. 38 del testo unico immigrazione), che non è prestazione scolastica obbligatoria.

In definitiva la nuova incriminazione, oltre ad essere funzionale ad una più rapida espulsione dello straniero clandestino, rischia di determinare indirettamente (quale sanzione occulta) il suo progressivo isolamento sociale, ben oltre la soglia cui la sua condizione già lo condanna.

**29. L'utilizzazione di visti e documenti di soggiorno contraffatti (art. 5, comma 8-bis, del T.U. immigrazione).**- Sempre in tema di modifiche alle disposizioni penali del testo unico immigrazione, l'art. 1, comma 22, lettera f), della novella ha provveduto ad estendere la fattispecie del delitto di contraffazione o alterazione di visti e documenti di soggiorno di cui all'art. 5, comma 8-bis, del d. lgs. n. 286 del 1998, alla condotta di utilizzazione dei medesimi.

**1.22 f) all'art. 5, comma 8-bis, dopo le parole: «ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno» sono inserite le seguenti: «oppure utilizza uno di tali documenti contraffatti o alterati»**

**30. La contravvenzione di mancata esibizione dei documenti d'identità e di soggiorno (art. 6, comma 3, T.U. immigrazione).**- Mentre la lettera h) dello stesso comma ha provveduto a riformulare la contravvenzione di mancata esibizione da parte dello straniero dei documenti d'identità e di soggiorno di cui al terzo comma dell'art. 6 del d. lgs. n. 286 del 1998.

**1.22 h) all'art. 6, il comma 3 è sostituito dal seguente:**

**«3. Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000»;**

Apparentemente la novella sembra essersi limitata ad innalzare i limiti edittali massimi della pena portando l'arresto fino ad un anno e l'ammenda fino a 2.000 euro. In realtà, rispetto al testo originario della norma, la condotta che integra l'illecito non risulta più essere quella di chi non soddisfa la richiesta di esibizione di un documento d'identità "ovvero" di un documento che attesti la regolare presenza sul territorio italiano del suo possessore, bensì quella di chi non ottempera all'ordine di esibire il documento d'identità "e" quello di soggiorno.

In altri termini sembrerebbe a prima lettura che la fattispecie tipica presupponga, per la sussistenza del reato, la richiesta congiunta di esibizione dei documenti di entrambi i tipi.

Se questo fosse effettivamente il senso della norma sulla base del dato letterale sarebbe peraltro lecito dubitare che lo stesso corrisponda ad una qualsiasi logica, apparendo davvero incomprensibili le ragioni di una scelta di questo genere.

Potrebbe dunque trattarsi di un mero refuso legislativo che non riflette l'effettiva volontà di mutare l'assetto previgente dell'incriminazione, tanto più che nei lavori parlamentari non si rinviene traccia di una volontà di questo genere.

Ad ogni buon conto va evidenziato che anche qualora dovesse leggersi la norma secondo il suo significato letterale, nulla cambierebbe rispetto agli approdi interpretativi cui sono pervenute le Sezioni Uni della Corte di cassazione nel 2003 (Cass. S.U. 29 ottobre 2003, Mesky, RV 226102), che in proposito hanno chiarito che la "esibizione" di un documento presuppone che lo stesso esista nel mondo fenomenico. Appare dunque evidente che della

contravvenzione non poteva e non potrà nemmeno in futuro essere chiamato a rispondere l'immigrato clandestino per il solo fatto di non essere stato in grado di esibire il permesso di soggiorno o altro documento equipollente, atteso che per definizione esso non può esistere.

**31. Le modifiche al reato di cui all'art. 12, comma 5-bis del T.U. immigrazione.- L'art. 1, comma 14,** della legge ha invece modificato la fattispecie di cessione o locazione di immobili a stranieri clandestini, introdotto solo un anno fa, all'art. 12, comma 5-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

**1.14. All'art. 12 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, il primo periodo del comma 5-bis è sostituito dal seguente: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».**

La novella, mantenendo la disposizione immutata per il resto, si è limitata a precisare che il reato sussiste solo se lo straniero alloggiato nell'immobile ovvero cessionario o locatario dello stesso, risulti privo del titolo di soggiorno «al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione».

Il senso dell'intervento sembrerebbe quello di voler chiarire che la sopravvenuta condizione di illegalità dello straniero non può in alcun modo comportare la responsabilità del suo dante causa, almeno fino al momento in cui il titolo in forza del quale viene trasferita la disponibilità dell'immobile non debba essere rinnovato.

Il timore intercettato dal legislatore è infatti quello che l'incriminazione sostanzialmente imponga ai proprietari una costante (ed impraticabile) attività di monitoraggio della legittima presenza dello straniero sul suolo italiano.

Di fatto invece la precisazione introdotta limita tale verifica al momento in cui sorge o, nel caso della locazione, viene rinnovato il rapporto con lo straniero.

In tal senso si è dunque ritenuto opportuno chiarire, già nella descrizione dell'elemento oggettivo del reato, il momento in cui lo stato di clandestinità assume rilievo ai fini della sussistenza del medesimo.

La formula adottata dalla novella può apparire probabilmente approssimativa e non perfettamente coordinata con le alternative modalità di consumazione dell'illecito. Soprattutto con la condotta di colui che fornisce alloggio allo straniero, la quale instaura un rapporto che pure può essere destinato a periodiche novazioni, ma che la tassatività del riferimento al rinnovo del solo contratto di locazione non sembra in tal senso prendere in considerazione.

La modifica apportata all'articolo 12 comma 5-bis non incide peraltro sull'assetto generale dell'incriminazione, che continua a reggersi sul necessario riscontro del dolo specifico di ingiusto profitto che deve caratterizzare la condotta dell'agente. Peraltro la novella, al fine di superare le incertezze interpretative generate dall'originaria formulazione della norma incriminatrice, ha provveduto a "spostare" la locuzione che definisce tale dolo specifico in modo da rendere chiaro che lo stesso si riferisce a tutte le condotte tipizzate (conclusione cui

era giunta la Suprema Corte nell'unico precedente conosciuto, con il quale si era altresì precisato che il dolo specifico si realizza allorché l'equilibrio delle prestazioni sia fortemente alterato in favore del dante causa: v. Sez. I 7 aprile 2009, p.m. in proc. Gattuso, RV 243378).

Dunque, anche dopo la novellazione della norma incriminatrice, non sembra possibile sostenere la sussistenza del reato nel caso in cui il dante causa non sia stato effettivamente a conoscenza della condizione di illegalità in cui versava lo straniero, ma si sia limitato ad accettare il rischio di cedere l'immobile ad un clandestino.

Tanto più che nemmeno la l. n. 94 del 2009 ha provveduto a gravare lo stesso dante causa di un espresso obbligo di verificare il possesso da parte del suo interlocutore di un valido titolo di soggiorno.

**32. I reati collegati all'espulsione: le fattispecie di trattenimento illegale di cui all'art. 14, comma 5-ter, T.U. immigrazione.-** Sempre in materia di immigrazione, l'art. 1, comma 22, lettera m), della legge è poi intervenuta sulle ipotesi di reato previste dall'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, del d. lgs. n. 286 del 1998.

Quanto alle due fattispecie di trattenimento illegale previste dalla prima delle due disposizioni citate, la novella ha provveduto a riformulare la condotta tipica conformandola a quella oggetto della nuova contravvenzione di cui all'art. 10-bis.

**1.22 m) «5-bis. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza.**

**5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del**

**comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente art. nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'art. 13, comma 3.**

Il reato è dunque ora commesso dallo straniero che, senza giustificato motivo, «permane illegalmente» - e non più «si trattiene» - nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal Questore. Operazione di omogeneizzazione terminologica indubbiamente opportuna per prevenire possibili strumentalizzazioni interpretative, ma che non spiega se per il legislatore i due termini erano comunque sinonimi ovvero se la scelta del verbo “permanere” comporti delle conseguenze sul piano della definizione del perimetro di tipicità della norma incriminatrice.

La novella ha poi precisato che il reato sussiste anche quando lo straniero cui il Questore ha ordinato di lasciare il territorio dello Stato ai sensi del comma 5-bis dell'art. 14, sia stato destinatario di un provvedimento di respingimento e non solo di quello di espulsione, nonché quando tali misure sono state adottate, oltre che nei casi già configurati dal testo previgente della norma incriminatrice (quelli previsti dall'art. 13, comma secondo, lettera a) e c), nonché quelli di mancata richiesta del permesso di soggiorno ovvero di revoca o annullamento dello stesso), anche qualora lo straniero non abbia dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto.

Disposizione quest'ultima che vanta qualche profilo di indeterminatezza. Infatti non è chiaro quale sia la dichiarazione di presenza cui il legislatore abbia voluto riferirsi, atteso che il d.lgs. n. 286 del 1998 ne contempla due: quella dovuta al Questore entro sessanta giorni dall'ingresso in Italia dallo straniero cui è stato rilasciato un permesso di soggiorno in un altro paese dell'Unione Europea (art. 5, comma settimo del Testo Unico) e quella dovuta in sostituzione del nulla osta al lavoro da parte degli stranieri extracomunitari che lavorano alle dipendenze di un datore di lavoro che ha sede nell'Unione Europea (art. 27, comma 1-bis dello stesso Testo Unico). Non solo, la formulazione della norma non ne limita formalmente l'ambito di applicazione all'omissione delle dichiarazioni previste dallo stesso Testo Unico, ben potendo essere interpretata anche come disposizione sanzionatoria dell'omissione di analoghe dichiarazioni previste da altre fonti normative, come quella cui è tenuto, entro otto giorni dall'ingresso, ai sensi dell'art. 1, comma secondo, legge n. 68 del 2007, lo straniero che giunga in Italia per motivi di studio, affari o turismo e vi si trattienga per periodi inferiori ai tre mesi.

Insomma non è agevole stabilire se il legislatore abbia voluto configurare una figura di reato generale per la violazione del dovere di comunicare la presenza sul suolo italiano dello straniero ovvero se abbia voluto riferirsi ad una sola tra le fattispecie descritte.

Quanto alla fattispecie contemplata dalla seconda parte del comma 5-ter dell'art. 14, la novella l'ha trasformata da contravvenzione in delitto (punito con la reclusione da sei mesi ad un anno) e l'ha estesa anche all'ipotesi di inottemperanza all'ordine di espulsione conseguente al rifiuto del permesso di soggiorno e a quello conseguente al trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma terzo, legge 28 maggio 2007, n. 68 (riferimento che deve intendersi non all'ipotesi di mancata dichiarazione della presenza nel territorio dello Stato - pure contemplata dalla norma richiamata, ma già sanzionata, come si è visto, nella prima parte del comma 5-ter - bensì a quella di trattenimento oltre il periodo consentito dei tre mesi).

La trasformazione subita dall'illecito pone peraltro delicati problemi di disciplina del fenomeno successorio.

*Nulla quaestio*, ovviamente, per le condotte aggiunte dal legislatore con la novella, atteso che in questo caso il fatto era in precedenza penalmente irrilevante e dunque opera le regola dell'irretroattività della legge penale sfavorevole. Con riguardo invece a quelle condotte che precedentemente già integravano la fattispecie contravvenzionale si pone il problema dei comportamenti la cui consumazione, pur iniziata prima dell'intervento riformatore, si è protratta anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009.

Non è dubbio che il reato in questione abbia natura permanente. In tal senso, dunque, aderendo alla (peraltro non incontrastata) tesi per cui il momento consumativo nei reati di questo tipo debba essere identificato con quello in cui cessa la permanenza (e non con quello di iniziale compressione del bene giuridico tutelato), dovrebbe ritenersi che il fatto unitariamente considerato integri in ogni caso la nuova fattispecie delittuosa, atteso che lo stesso formalmente si sarebbe consumato in un momento in cui già vigeva la nuova norma incriminatrice.

Peraltro va ricordato che presupposto dell'incriminazione è il ricevimento da parte dello straniero di un ordine di allontanamento dal territorio dello Stato, il quale, per espressa volontà del comma 5-bis dell'art. 14, deve recare «l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione». E' dunque evidente come l'ordine consegnato all'autore della condotta commessa a cavallo della modifica della norma incriminatrice faccia riferimento alla natura contravvenzionale dell'inadempimento, giacchè al momento della sua emanazione questa era la qualificazione giuridica del fatto ad opera del testo allora vigente del comma 5-ter seconda parte dello stesso art. 14. E la sopravvenuta inadeguatezza del provvedimento amministrativo, la cui legittimità il giudice penale è sempre tenuto a verificare, potrebbe dunque minare in radice le conclusioni in precedenza rassegnate, imponendo l'ultrattività della qualificazione del fatto come contravvenzione, quantomeno in relazione alla parte di condotta consumata prima della modifica di tale qualificazione.

Problematica questa invero già proposta nel recente passato dall'analogia trasformazione, ad opera del d.l. n. 241 del 2004 (convertito con modificazioni nella l. n. 271 del 2004), della fattispecie prevista dalla prima parte dell'art. 14 comma 5-ter, che parimenti integra una ipotesi di reato permanente.

Ed in proposito la giurisprudenza che si è occupata di questa ipotesi non ha saputo esprimere un orientamento unitario, rivelandosi divisa tra la necessità di attribuire rilevanza decisiva al momento consumativo del reato, piuttosto che al presupposto di legittimità dell'ordine di allontanamento (v. da ultimo nel primo senso Sez. III 12 febbraio 2008, Mbay, RV 240344, nell'altro Sez. VI 19 marzo 2008, Niang, RV 241015).

La novella ha altresì provveduto a precisare che a seguito dell'accertamento dei due illeciti non solo venga emesso un nuovo ordine di espulsione con accompagnamento alla frontiera (sempre che lo straniero non si trovi in stato di detenzione), come previsto nel testo previgente della norma, ma altresì che tale provvedimento debba essere espressamente motivato in riferimento alla violazione di quello precedente e che, nel caso l'accompagnamento non sia possibile, si proceda al trattenimento dell'immigrato nei centri di permanenza temporanea più vicino.

**33. (segue): il delitto di reingresso dello straniero espulso (art. 14, comma 5-quater, T.U. immigrazione).**- Lo stesso art. 1, comma 22, lettera m), ha poi profondamente

riformato il delitto di reingresso dello straniero espulso previsto nel comma *5-quater* dell'art. 14 citato.

**1.22 m) all'art. 14, i commi *5-bis*, *5-ter*, *5-quater* e *5-quinquies* sono sostituiti dai seguenti:**

***5-quater*. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma *5-ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma *5-bis*, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma *5-ter*, terzo e ultimo periodo.**

La nuova fattispecie incriminatrice determina sostanzialmente una decisa anticipazione della soglia di applicazione, giacché non presuppone più che l'autore del reato sia stato effettivamente espulso e successivamente sia rientrato nel territorio italiano, ma più semplicemente che egli sia stato destinatario dell'ordine di espulsione emesso ai sensi del precedente comma *5-ter* e di un nuovo ordine di allontanamento adottato nei casi previsti dal comma *5-bis* dello stesso art. 14.

Al di là dell'ipertrofia raggiunta dell'intera procedura (foriera di infiniti incidenti sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto del reato), il dato saliente della modifica legislativa è per l'appunto costituito dal fatto che, per la consumazione del delitto in questione, lo straniero non deve più aver prima fisicamente lasciato il territorio italiano, com'era in precedenza.

A questo punto il tratto differenziale con la fattispecie in commento e quelle previste dal comma *5-ter* (inequivocabilmente costituito in precedenza dall'eclatanza del nuovo ingresso clandestino) tende a sfumare ed in definitiva la nuova incriminazione viene a trovare la sua *ratio* nella volontà di punire più severamente la recidivanza nel non ottemperare ai provvedimenti di espulsione.

**34. (segue): l'obbligatorietà dell'arresto e del rito direttissimo (art. 14, comma *5-quinquies*).**- Infine, oggetto di modifica è stato anche il comma *5-quinquies* dell'art. 14, la cui formulazione è stata semplificata confermando però l'obbligo di arresto e di procedere per direttissima nei confronti dell'autore dei reati previsti dal comma *5-ter*, primo periodo, e *5-quater*.

**1.22 m) *5-quinquies*. Per i reati previsti ai commi *5-ter*, primo periodo, e *5-quater* si procede con rito direttissimo ed è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto»**

**35. I delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del T.U. immigrazione.**- Le ultime modifiche alle disposizioni penali in materia di immigrazione operate dalla legge n. 94 del 2009 riguardano i reati previsti dall'art. 12 del d. lgs. n. 286 del 1998.

**1.26. All'art. 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) il comma 1 è sostituito dal seguente:**

**«1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona»;**

**b) il comma 3 è sostituito dal seguente:**

**«3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:**

**a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;**

**b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;**

**c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;**

**d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;**

**e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive»**

In proposito l'art. 1, comma 26, lettera a) e b), della novella ha maggiormente articolato la fattispecie oggettiva dei delitti previsti dal primo e terzo comma della norma da ultima menzionata, aggiungendo agli «atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato» anche un elenco di ulteriori condotte alternative tra loro e ugualmente idonee ad integrare i due reati, che dunque sono ora commessi anche da chi procura, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri in Italia in violazione delle norme sull'immigrazione.

Nel complesso l'estensione delle due incriminazioni non viene modificata, atteso che le condotte oggetto di specificazione erano pacificamente sussumibili nella fattispecie tipica tracciata dalla precedente formulazione della norma, la cui conservazione non risolve i problemi di indeterminatezza che da sempre la affliggono.

Peraltro nel riformulare la seconda il legislatore ha provveduto ad incorporarvi quelle che nell'assetto normativo previgente costituivano le circostanze aggravanti dei due delitti ai sensi del comma 3-bis dello stesso art. 12, aggiungendo altresì l'ipotesi in cui gli autori del reato hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.

In definitiva il delitto di cui al terzo comma dello stesso art. non si differenzia più da quello previsto dal primo comma per il fine di profitto, ma perché il favoreggiamento dell'immigrazione illegale riguarda cinque o più persone, ovvero il clandestino è stato esposto a pericolo per la sua vita o incolumità personale o sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, ovvero perché il fatto è stato commesso da tre o più persone in concorso tra

loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti, ovvero, come già detto, da persone che dispongono di armi o materie esplodenti.

Conseguentemente è stato riconfigurato [dalla **lettera c) dello stesso comma 26**] anche il comma *3-bis*, nel quale è stata introdotta, in sostituzione delle fattispecie previste in precedenza e “promosse” ad elementi costitutivi del delitto di cui al terzo comma, una nuova aggravante, applicabile però a quest’ultimo.

**1.26 c) il comma 3-bis è sostituito dal seguente:**

**«3-bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata»**

La stessa, che prevede l’aumento ordinario di un terzo della pena, riguarda il concorso di più tra le ipotesi qualificanti lo stesso delitto.

Infine è stata modificata [dalla **lettera d) del solito comma 26**] anche l’aggravante prevista al successivo comma *3-ter*, che in origine riguardava il solo delitto di cui al terzo comma e che invece è ora stata estesa anche a quello previsto dal primo comma. Inoltre la fattispecie aggravante è stata maggiormente articolata.

**1.26 d) il comma 3-ter è sostituito dal seguente:**

**«3-ter. La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3:**

**a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l’ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;**

**b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto»**

Innanzitutto il fine di sfruttamento degli stranieri la cui immigrazione viene favorita non riguarda più il solo sfruttamento sessuale, ma anche quello lavorativo, mentre è stato poi configurato come nuova ipotesi quella di aver commesso il fatto a fine di profitto, anche indiretto.

In definitiva, il fine di profitto che nell’assetto previgente costituiva il discrimine tra le due fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (integrando il dolo specifico richiesto per la sussistenza del delitto di cui al terzo comma dell’art. 12), diviene ora una semplice circostanza aggravante di entrambe. Ciò che le distingue ora sono invece le particolari circostanze in cui viene consumata la condotta tipica (come riformulata dal legislatore) e che in passato integravano altrettante fattispecie aggravanti di entrambi i delitti.

La novella aggiunge, infatti, all’elenco dei reati fine (e cioè quelli di cui agli articoli 600, 601 e 602 cod. pen.) che caratterizzano questa aggravante del reato di associazione a delinquere, la fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina contemplata dall’art. 12, comma *3-bis*, d. lgs. n. 296 del 1998, la quale a questo punto concerne la sola ipotesi aggravata del delitto di cui al terzo comma dell’art. da ultimo citato.

La rimodulazione del sistema delle incriminazioni e delle aggravanti relative al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina si collega poi alla modifica apportata

dall'art. 1 comma 5, della legge n. 94 del 2009 al testo dell'art. 416, comma sesto, cod. pen.

**5. All'art. 416, sesto comma, del codice penale, le parole: «600, 601 e 602» sono sostituite dalle seguenti: «600, 601 e 602, nonché all'art. 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.».**

Il comma quarto dell'art. 12 è stato “asciugato” dalla **lettera e) del comma 26**: ora prevede soltanto (già lo diceva la vecchia norma) che “nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza”. Non è invece più obbligatorio procedere con il rito direttissimo, come richiesto dalla precedente formulazione.

**1.26 e) il comma 4 è sostituito dal seguente:**

**«4. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza»;**

La disposizione sulla confisca, rimasta sostanzialmente immutata, è andata ad occupare il nuovo comma 4-ter, introdotto dal **comma 26, lettera f)**, che prevede appunto e la confisca obbligatoria, anche in caso di patteggiamento, dei mezzi di trasporto utilizzati per commettere entrambi i delitti di cui si è detto.

**4-ter. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti».**

Alcuna modifica è stata apportata dal legislatore alle cornici edittali di pena previste per i delitti di cui si è detto, né, infine, alla fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero in Italia a scopo di profitto, prevista dal quinto comma dell'art. 12. L'art. 1, **comma 26, lettera f)**, ha inserito nell'art. 12 anche il comma 4-bis, in sostanza introducendo, per i gravi reati previsti dal comma 3, una presunzione legale identica a quella contemplata nell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. ed oggetto di recenti interventi legislativi (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38).

**1.26 f) Dopo il comma 4 sono inseriti i seguenti:**

**«4-bis. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.**

Sussistendo gravi indizi di colpevolezza in ordine a detti reati deve applicarsi la custodia cautelare in carcere “salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari”.

Si tratta di disposizione applicabile ai procedimenti in corso, secondo la regola *tempus regit actum*, che governa la successione delle leggi processuali in base all'art. 11 delle cd. preleggi (cfr., per tutte, Sez. Un. 1° ottobre 1991, Alleruzzo, in motivazione).

Va in proposito richiamato l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, già chiamate ad affrontare lo stesso problema a seguito dell'introduzione, nel 1991, della presunzione di cui al terzo comma dell'art. 275 cod. pen.p.

La Corte stabilì, allora, che la nuova norma trovava applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che fossero ancora pendenti, per le quali cioè non fossero ancora scaduti i termini di fase o quelli massimi (Sez.Un. 27 marzo 1992, Di Marco, RV 190246).

In tal senso la Suprema Corte ritenne legittimo il provvedimento della Corte di merito che aveva disposto il ripristino della custodia cautelare in carcere, per effetto dell'entrata in vigore del d.l. 9 settembre 1991 n. 292, a carico di un imputato che in precedenza era stato posto agli arresti domiciliari.

Merita di essere riportato il passaggio conclusivo di detta decisione: «Il sopravvenuto divieto degli arresti domiciliari e la sua applicazione a quelli pendenti in forza dell'art. 11 delle cd. preleggi comporta di per sé l'obbligo di revocare una misura divenuta illegittima. E lo strumento procedimentale per adempiere a tale obbligo è contenuto, nell'art. 299, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui "le misure coercitive<sup>94</sup> sono immediatamente revocate quando risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste<sup>94</sup> dalle disposizioni relative alle singole misure", condizioni contenute, appunto, anche nell'art. 275, comma 3." La modifica legislativa di tali condizioni costituisce, dunque, un "fatto sopravvenuto" che legittima la revoca. Mentre l'applicazione della misura più grave segue di conseguenza".

Il delitto di cui al comma 3 è andato, altresì, ad incrementare il catalogo previsto dall'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen.: l'**art. 1, comma 27**, della novella lo ha aggiunto, invero, nel numero *7-bis*.

**36. Impedimento dell'ingresso quale effetto di alcune condanne.-** Sempre in materia di immigrazione, l'**art. 1 comma 22, lett. a) n. 2** della legge n. 94 del 2009 ha infine configurato una nuova causa ostativa all'ingresso dello straniero nel territorio italiano in aggiunta a quelle già contemplate dal terzo comma dell'art. 4 d. lgs. n. 286 del 1998. La novella prevede infatti che l'ingresso sia impedito a chi risulti definitivamente condannato per uno dei reati previsti in materia di violazione del diritto d'autore nel titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero per i reati in materia di proprietà industriale dagli artt. 473 e 474 cod. pen.

**1.22 a) all'articolo 4, comma 3:**

1) .....

2) dopo il terzo periodo è inserito il seguente: «**Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale**»;

Quello introdotto dal legislatore sembra poter essere qualificato come un vero e proprio effetto penale della condanna, ancorché destinato ad operare in ambito extra-penale. E ciò nonostante esso sia destinato a manifestarsi in maniera mediata attraverso il rifiuto all'ingresso dello straniero opposto da parte dell'autorità amministrativa.

In proposito va infatti ricordato che nel caso in cui la restrizione non consegua direttamente dalla pronuncia della sentenza di condanna, ma quest'ultima costituisca solo l'occasione per

l'adozione di un ulteriore provvedimento da parte di una autorità diversa da quella giudiziaria produttivo di tale effetto, è invece necessario distinguere in ragione della natura di tale provvedimento. Infatti, se quest'ultimo non si limita ad una mera presa d'atto del presupposto (la condanna penale, per l'appunto), ma è espressione di un autonomo potere discrezionale dell'autorità che l'ha adottato, non è più possibile considerare la conseguenza sfavorevole per il condannato un effetto della sentenza penale, piuttosto che un effetto proprio del provvedimento che l'ha determinato (in questo senso v. Sez. Un., 20 aprile 1994, p.m. in proc. Volpe, RV 197537). Quando invece il provvedimento dell'autorità amministrativa consegua alla mera ricognizione della corrispondenza della situazione di fatto alla fattispecie normata, quello prodotto può effettivamente essere considerato un effetto della sentenza condanna.

Appare evidente che l'impedimento dell'ingresso rientri in questa seconda categoria, non essendo rimesso all'autorità che l'adotta alcuno spazio discrezionale di valutazione del presupposto che lo genera. Se dunque si tratta di un effetto penale della condanna per i reati sopra ricordati, la disposizione di nuovo conio non può avere efficacia retroattiva, in quanto norma di sfavore, e può dunque essere applicata solo a coloro che verranno condannati per i suddetti reati solo dopo l'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009.

**37. Le modifiche al Codice della Strada.-** La legge n. 94 del 2009 modifica per l'ennesima volta (la quinta negli ultimi otto anni) la disciplina penale della guida in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti.

Così l'**articolo 3, comma 45**, introduce un nuovo terzo periodo nella lettera c) del secondo comma del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, prevedendo che, nell'ipotesi più grave della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza [quella appunto di cui alla lettera c): accertamento di "un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro"], la durata della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente debba essere raddoppiata qualora l'autore del reato non sia proprietario del veicolo utilizzato per commettere il reato.

**3.45. All'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, dopo il secondo periodo è inserito il seguente: «Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente è raddoppiata».**

La *ratio* dell'intervento sembra dover essere rinvenuta nella volontà di implementare la dissuasività del coacervo di sanzioni previste per la violazione in oggetto nel caso venga a mancare il contributo offerto dalla minaccia della confisca del veicolo, misura la cui operatività è esclusa dalla stessa disposizione per il caso che lo stesso appartenga ad un terzo estraneo al reato.

Il che peraltro non dissolve i dubbi che l'intervento suscita, atteso che il presupposto su cui si fonda l'aggravamento del trattamento sanzionatorio non appare effettivamente discriminante. E ciò a tacere delle ulteriori perplessità generate dalla pretesa di compensare una misura di sicurezza reale (qual è indubbiamente la confisca del veicolo: v. in questo senso Cass. IV 27 gennaio 2009, p.g. in proc. Favè, RV 243297) con una sanzione amministrativa di natura personale.

Ad ogni buon conto l'intervento, richiamando il nuovo terzo periodo della disposizione menzionata, è stato esteso anche alla contravvenzione di cui all'articolo 187 cod. strada dall'**articolo 3, comma 46**, che ha altresì previsto che alla fattispecie di guida in stato di

alterazione da stupefacenti si applichino anche il sesto e settimo periodo (e cioè le disposizioni relative alla confisca del veicolo per l'appunto) del citato comma secondo dell'articolo 186 e il comma 2-*quinqües* dello stesso articolo.

**3.46. All'articolo 187, comma 1, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: «Si applicano le disposizioni dell'articolo 186, comma 2, lettera c), terzo, sesto e settimo periodo, nonché quelle di cui al comma 2-*quinqües* del medesimo articolo 186».**

Sempre l'articolo 3, commi da 47 a 49, prevede una serie di ulteriori modifiche al codice della strada in materia di ritiro, revoca e sospensione della patente e di confisca amministrativa del veicolo.

Tali modifiche non sono direttamente interferenti con l'applicazione delle norme penali – e dunque si omette di riferirne – salvo una.

Si tratta del secondo comma dell'articolo 219-*bis*, norma introdotta, per l'appunto, dall'articolo 3, comma 48 della novella.

**3.48. Nel titolo VI, capo I, sezione II, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, dopo l'articolo 219 è inserito il seguente:**

**«Articolo 219-*bis*. - (Ritiro, sospensione o revoca del certificato di idoneità alla guida).**

**– 1. Nell'ipotesi in cui, ai sensi del presente codice, è disposta la sanzione amministrativa accessoria del ritiro, della sospensione o della revoca della patente di guida e la violazione da cui discende è commessa da un conducente munito di certificato di idoneità alla guida di cui all'articolo 116, commi 1-*bis* e 1-*ter*, le sanzioni amministrative accessorie si applicano al certificato di idoneità alla guida secondo le procedure degli articoli 216, 218 e 219. In caso di circolazione durante il periodo di applicazione delle sanzioni accessorie si applicano le sanzioni amministrative di cui agli stessi articoli. Si applicano, altresì, le disposizioni dell'articolo 126-*bis*.**

**2. Se il conducente è persona munita di patente di guida, nell'ipotesi in cui, ai sensi del presente codice, sono stabilite le sanzioni amministrative accessorie del ritiro, della sospensione o della revoca della patente di guida, le stesse sanzioni amministrative accessorie si applicano anche quando le violazioni sono commesse alla guida di un veicolo per il quale non è richiesta la patente di guida. In tali casi si applicano, altresì, le disposizioni dell'articolo 126-*bis***

**3. Quando il conducente è minorenne si applicano le disposizioni dell'articolo 128, commi 1-*ter* e 2».**

Tale disposizione prevede, tra l'altro, che la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente debba essere applicata anche quando la violazione cui accede sia commessa alla guida di un veicolo per cui la stessa patente non è richiesta.

Il legislatore ha dunque preso atto dell'orientamento giurisprudenziale, formatosi in relazione agli assetti normativi previgenti, secondo cui, nell'ipotesi descritta, non sarebbe possibile procedere alla sospensione della patente (v. in questo senso *ex plurimis* Cass. S.U. 30 gennaio 2002, Fugger, RV 221039 e da ultimo Cass. IV 18 settembre 2006, Fiolo, RV 235372) ed ha deciso di innovare la disciplina al fine di superarlo.

La più rilevante novità introdotta dalla novella, però, riguarda ancora una volta i reati di guida in stato di ebbrezza e di alterazione da stupefacenti e concerne la configurazione dell'inedita circostanza aggravante della commissione del fatto in ore notturne («dopo le ore 22 e prima delle ore 7»).

All'uopo l'**articolo 3, comma 55** della novella ha dunque inserito nell'articolo 186 il nuovo comma *2-sexies* (lettera a) e nell'articolo 187 l'*1-quater* (lettera b) dove l'aggravante ha trovato collocazione.

**3.55. Al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) all'articolo 186, dopo il comma *2-quinquies* sono inseriti i seguenti:**

**«*2-sexies*. L'ammenda prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7.**

***2-septies*. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma *2-sexies* non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.**

***2-octies*. Una quota pari al venti per cento dell'ammenda irrogata con la sentenza di condanna che ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui al comma *2-sexies* è destinata ad alimentare il Fondo contro l'incidentalità notturna di cui all'articolo *6-bis* del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, e successive modificazioni»;**

**b) all'articolo 187, dopo il comma *1-ter* è inserito il seguente:**

**«*1-quater*. L'ammenda prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 186, commi *2-septies* e *2-octies*»;**

La previsione dell'aggravante è certamente da ricollegarsi al fatto che i rilievi statistici dimostrano come le violazioni cui accede vengano accertate soprattutto in ore notturne, ma la sua introduzione deve comunque ritenersi giustificata in relazione al fatto che indubbiamente la condotta punita, incidendo sulla capacità del conducente di un veicolo di reagire tempestivamente in caso di necessità, assume una oggettiva maggiore pericolosità in un contesto ambientale che richiede maggiore attenzione e reattività alla guida.

Singolare semmai appare la scelta del legislatore di limitare l'operatività dell'aggravante alla sola pena pecuniaria e non anche a quella detentiva, pure contemplata negli articoli 186 e 187. In tal senso infatti la novella prevede esclusivamente l'incremento della prima da un terzo alla metà (la circostanza in oggetto è dunque da annoverare tra quelle ad effetto speciale).

La novella ha poi introdotto anche un nuovo comma *2-septies* nell'articolo 186 (richiamato dal comma *1-quater* dell'articolo 187), nel quale è stata collocata la oramai sempre più tradizionale clausola di limitazione dell'operatività dell'articolo 69 c.p. (ma è la prima volta che la stessa viene prevista in relazione ad una fattispecie contravvenzionale), per cui l'aggravante in commento non può essere ritenuta equivalente o minusvalente rispetto ad

eventuali attenuanti concorrenti e le diminuzioni di pena ad esse relative devono essere calcolate sulla quantità di pena risultante all'esito dell'applicazione dell'articolo 186, comma 2-*sexies*.

**38. Le modifiche in tema di responsabilità da reato degli enti.**- La legge n. 94 del 2009 è intervenuta anche per configurare un nuovo catalogo di delitti presupposto della responsabilità da reato degli enti.

L'**art. 2, comma 29**, ha introdotto infatti nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l'inedito art. 24-*ter*, nel cui primo comma vengono per l'appunto individuati come reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche quelli di associazione a delinquere finalizzata alla consumazione dei delitti di riduzione in schiavitù, tratta di persone o di acquisto e alienazione di schiavi (art. 416, sesto comma, cod. pen.), associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* cod. pen.), di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter* cod. pen.), di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.), di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990), nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste per la sussistenza della menzionata associazione di tipo mafioso ovvero per agevolarne l'attività. Nel secondo comma del citato art. 24-*ter* sono invece ascritti alla responsabilità dell'ente il reato di associazione a delinquere con finalità diverse da quelle descritte nel citato sesto comma dell'art. 416 cod. pen., nonché quelli elencati nell'art. 407, secondo comma, lett. a), n. 5) cod. proc. pen. e cioè i delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o di parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine ovvero di più armi comuni da sparo, con esclusione di quelle da bersaglio da sala, ad emissione di gas o ad aria compressa (sostanzialmente i reati di cui agli artt. 1, 2, 4 e 7 l. n. 895 del 1967 e 23 l. n. 110 del 1975).

**2.29. Dopo l'articolo 24-*bis* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:**

**«Art. 24-*ter*. - (Delitti di criminalità organizzata) – 1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.**

**2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.**

**3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.**

**4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».**

Per entrambe le tipologie di illecito è prevista l'applicazione tanto della sanzione pecuniaria (nella misura da quattrocento a mille quote nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 24-ter e nella misura da trecento ad ottocento quote nell'ipotesi di cui al secondo comma), quanto di quelle interdittive, senza esclusione di alcuna di queste e per una durata non inferiore ad un anno e, ai sensi dell'art. 13, comma secondo, d. lgs. n. 231 del 2001, non superiore a due.

Infine il quarto comma dell'art. 24-ter prevede l'irrogazione della sanzione più grave - e cioè quella dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività - nell'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 16 del decreto e cioè quella in cui l'ente od una sua unità organizzativa vengano stabilmente utilizzati allo scopo esclusivo di consentire od agevolare la commissione dei reati presupposto sopra elencati.

Il primo comma dell'art. 24-ter in definitiva estende innanzi tutto la responsabilità degli enti ai reati di criminalità organizzata per cui l'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. individua la competenza distrettuale del pubblico ministero. Ed in ragione del residuale meccanismo di rinvio alla disciplina del codice di rito regolato dall'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001, deve ritenersi che anche i procedimenti a carico dell'ente per uno dei reati che rientrano nell'elenco contenuto nella citata norma processuale debbano essere istruiti dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo di distretto.

Deve infine ricordarsi come alcune delle fattispecie menzionate dalla nuova disposizione (e segnatamente quelle di cui agli artt. 416 e 416-bis cod. pen. e di cui all'art. 74 d.P.R. 309 del 1990), quando integranti gli estremi del reato transnazionale ai sensi dell'art. 3 l. 16 marzo 2006, n. 146, già rientravano nei cataloghi dei reati presupposto della responsabilità degli enti in forza di quanto previsto dall'art. 10 della legge menzionata.

Per la prima volta si assiste, dunque, ad un concorso tra norme incriminatrici nell'ambito dell'ordinamento dedicato alla responsabilità degli enti; fattispecie che peraltro non trova nella normativa dedicata alcuna disciplina specifica.

Nell'ipotesi di specie sembra peraltro emergere, qualora i reati presupposto evocati dalle due norme coincidono, un evidente rapporto di specialità tra il preesistente art. 10 della l.n. 146 del 2006 e i primi due commi dell'art. 24-ter del d.lgs. n. 231 del 2001, atteso che il carattere transnazionale del delitto dal quale scaturisce la responsabilità dell'ente costituisce un elemento indubbiamente specializzante della fattispecie astratta prevista dalla prima disposizione citata.

Posto che il legislatore ha qualificato come formalmente amministrativo l'illecito addebitato all'ente sembra dunque potersi risolvere il conflitto sulla base della disciplina generale dettata per tale tipo di illecito dall'art. 9, primo comma, l. 24 novembre 1981, n. 689, per cui *lex specialis derogat generali*, con conseguente applicazione del solo art. 10 l. n. 146 del 2006 qualora il reato presupposto assuma carattere transnazionale.

Va peraltro segnalato che nel caso di specie la norma supposta "speciale" è preesistente rispetto a quella ritenuta "generale" introdotta dalla novella. Atteso peraltro che la prima prevede sanzioni di eguale o, addirittura, di maggiore entità rispetto a quelle contemplate dalla seconda, sembra potersi escludere che, nel caso di specie, *lex posterior derogat priori*, ma piuttosto che *lex generali non derogat priori specialis*.

**39. le modifiche alla disciplina della confisca "estesa" (art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992).**- L'art. 2, comma 7 della novella introduce alcune significative modifiche alla disciplina della confisca "estesa" prevista dall'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306,

convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356.

**2.7. All'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) il comma 2-*ter* è sostituito dal seguente:**

**«2-*ter*. Nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui al comma 1, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona»;**

**b) al comma 4-*bis*, le parole: «dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni» sono sostituite dalle seguenti: «dagli articoli 2-*quater*, 2-*sexies*, 2-*septies*, 2-*octies*, 2-*nonies*, 2-*decies*, 2-*undecies* e 2-*duodecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni».**

In particolare, la **lett. a)** sostituisce il comma 2-*ter* della norma, modifica la disciplina della confisca per equivalente configurando due presupposti inediti:

- un presupposto positivo, consistente nella sentenza emessa a carico del destinatario: deve trattarsi di condanna o di patteggiamento per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, oppure di condanna per un delitto in materia di contrabbando, ai sensi dell'art. 295, secondo comma, del testo unico approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43;

- un presupposto negativo, consistente nella impossibilità di procedere alla confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Qualora ricorrano entrambi i suddetti presupposti, il giudice “ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona”.

La nuova formulazione della norma elimina, dunque, il riferimento (contenuto nel testo introdotto dal d.l. n. 92 del 2008) al “valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato”.

Ne consegue che la confisca di valore può essere ora disposta a prescindere da qualsiasi valutazione relativa al prodotto, profitto o prezzo del reato; l'intervento ablativo viene, invece, a colpire i beni che, pur essendo di legittima provenienza, presentino un valore corrispondente a quelli di derivazione ingiustificata e di entità sproporzionata al reddito dichiarato e all'attività economica svolta dall'interessato, che non sia stato possibile confiscare.

Inoltre, la **lett. b)** del citato art. 2 comma settimo integra il comma 4-*bis* della norma, individuando specificamente le disposizioni in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati o confiscati nel procedimento di prevenzione antimafia (artt. 2-*quater*, 2-*sexies*, 2-*septies*, 2-*octies*, 2-*nonies*, 2-*decies*, 2-*undecies* e 2-*duodecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575) che vanno applicate anche nel caso di confisca “estesa” disposta nel processo penale ai sensi dall'art. 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con

modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356. Viene così precisata la portata del generico rinvio prima contenuto nella formulazione originaria della norma.

## **C Le modifiche al codice di procedura penale**

**40. La nuova disciplina dell'esecuzione del sequestro preventivo (articoli 104 e 104-bis disp. att. cod. proc. pen.).-** L'articolo 2, comma 9, della legge n. 94 del 2009 ha interamente sostituito l'articolo 104 delle disposizioni di attuazione del cod. proc. pen. ed introdotto, nell'ambito delle medesime, il nuovo articolo 104-bis.

**2.9. Alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) l'articolo 104 è sostituito dal seguente:**

**«Articolo 104. - (Esecuzione del sequestro preventivo). – 1. Il sequestro preventivo è eseguito:**

- a) sui mobili e sui crediti, secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto applicabili;**
- b) sugli immobili o mobili registrati, con la trascrizione del provvedimento presso i competenti uffici;**
- c) sui beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa, oltre che con le modalità previste per i singoli beni sequestrati, con l'immissione in possesso dell'amministratore, con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa;**
- d) sulle azioni e sulle quote sociali, con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese;**
- e) sugli strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico, con la registrazione nell'apposito conto tenuto dall'intermediario ai sensi dell'articolo 34 del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213. Si applica l'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170.**

**2.. Si applica altresì la disposizione dell'articolo 92»;**

**b) nel capo VII, dopo l'articolo 104 è inserito il seguente:**

**«Articolo 104-bis. - (Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo). – 1. Nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 2-sexies, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente».**

Si tratta di disposizioni in materia di esecuzione della misura cautelare reale del sequestro preventivo, che trova la propria disciplina negli artt. 321 e seguenti cod. proc. pen.

Il testo originario dell'art. 104 si limitava a stabilire che al sequestro preventivo si applicavano le disposizioni relative all'esecuzione sequestro probatorio, segnatamente gli articoli 81 - 88 delle medesime disposizioni di attuazione, ed aveva, per il suo minimalismo, dato luogo a problemi pratici e teorici.

Un primo interrogativo, generato dal silenzio dell'art. 104 e delle norme da esso richiamate, riguardava la possibilità di affidare al custode l'amministrazione dei beni sequestrati.

Sulla questione la giurisprudenza di legittimità si era pronunciata in senso diametralmente opposto: due decisioni (Sez. V 9 luglio 2001, Pane, RV 220207; Sez. II 5 novembre 2004, Pallesca, RV 230444) avevano ritenuto che, comunque, pur nel silenzio del legislatore, all'autorità giudiziaria fosse data la possibilità, in ragione di una scelta discrezionale, di affidare al custode anche l'amministrazione dei beni sequestrati; altra pronuncia (Sez. VI 26 giugno 2003, Miceli, RV 226899) aveva viceversa affermato, che in virtù del rinvio operato dall'articolo 104, la disciplina prevista dall'art. 259, comma 2, cod. proc. pen., concernente il sequestro probatorio, fosse applicabile anche al sequestro preventivo, con la conseguenza che il custode aveva esclusivamente l'obbligo di conservare le cose sequestrate e di presentarle ad ogni richiesta dell'autorità giudiziaria e non poteva, pertanto, vedersi imporre dall'autorità giudiziaria l'onere di provvedere ad ulteriori attività di gestione patrimoniale (nella specie, il reimpiego delle somme di denaro derivanti dal rimborso di titoli, oggetto del sequestro, che venivano a scadenza nelle more del vincolo giudiziario).

Si poneva, tra l'altro, il problema, per chi aderiva al primo indirizzo interpretativo, di stabilire se fosse il Giudice per le indagini preliminari o il pubblico ministero l'autorità giudiziaria competente a decidere in ordine alle questioni relative alla gestione ed amministrazione delle cose sequestrate (in relazione al sequestro preventivo adottato a norma dell'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, la giurisprudenza si era pronunciata a favore del giudice per le indagini preliminari: v. Sez. V 5 novembre 2004, p.m. in proc. Paba, RV 230736).

Altra questione interpretativa sorta nel vigore della precedente normativa era quella concernente la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari il provvedimento di sequestro preventivo di un bene.

La giurisprudenza lo aveva escluso (v. Sez. VI 15 ottobre 1996, Coscia, RV 206496), stigmatizzando che detta formalità esulava dalle previsioni normative (era prevista, invece, per il sequestro di un immobile eseguito ai sensi dell'art. 12-*sexies* della legge 7 agosto 1992 n. 356: v. Sez. VI 27 novembre 2000, Palini, RV 219622 e per il sequestro conservativo *ex* articolo 317, comma 3, cod. proc. pen.).

Il vuoto normativo aveva condotto a sollevare anche una questione di legittimità costituzionale sul presupposto che la non trascrivibilità precludeva al sequestro preventivo il raggiungimento dello scopo per il quale era previsto dalla legge (evitare che la disponibilità di una cosa pertinente al reato aggravasse o protraesse le conseguenze del reato o agevolasse la commissione di altri reati), atteso che la semplice esecuzione nelle forme previste per il sequestro probatorio non incidere sulla libera disponibilità del bene, che, pur sequestrato, avrebbe potuto essere ceduto a terzi di buona fede (la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 48 depositata il 5 marzo 1998, aveva dichiarato la questione manifestamente infondata, ma solo in considerazione del parametro evocato; il giudice rimettente aveva denunciato unicamente la violazione dell'art. 97, primo comma, della Costituzione, trascurando di

considerare che il principio del buon andamento della P.A. non riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso ed i diversi provvedimenti che ne costituiscono espressione).

Ebbene ora il nuovo articolo 104 disp. att. cod. proc. pen. disciplina in modo dettagliato l'esecuzione del sequestro preventivo e, soprattutto, con riguardo ai beni immobili e mobili registrati, che ne costituiscono oggetto, impone la trascrizione del provvedimento presso i competenti uffici.

La norma specifica altresì le modalità di esecuzione del sequestro preventivo sui mobili e sui crediti (secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto applicabili), sulle azioni e sulle quote sociali (con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese), sugli strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico (con la registrazione nell'apposito conto tenuto dall'intermediario).

Il nuovo art. 104 riproduce, poi, il richiamo, già contenuto nel precedente testo, alla disposizione di attuazione contenuta nell'art. 92 alla stregua della quale l'ordinanza che dispone il sequestro preventivo deve essere immediatamente trasmessa, a cura della cancelleria del giudice, all'organo che deve provvedere all'esecuzione ovvero, nel corso delle indagini preliminari, al pubblico ministero che ne ha fatto richiesta, il quale ne cura l'esecuzione.

Particolarmente interessante è, infine, la nuova disposizione nella parte in cui prevede che il sequestro preventivo sui beni aziendali (organizzati per l'esercizio di un'impresa) sia eseguito, oltre che con le modalità previste dalla natura del singolo bene sequestrato, con l'immissione dei beni in possesso dell'amministratore (e con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa).

Strettamente collegato è il nuovo art. 104-bis, che stabilisce, infatti, che, nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione (esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'art. 61, comma 23, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133) l'autorità giudiziaria deve nominare un amministratore giudiziario.

Questi dovrà essere scelto nel costituendo Albo Nazionale degli Amministratori Giudiziari (sul punto si rinvia al commento dell'articolo 2, comma 13 della legge).

E' data tuttavia possibilità all'autorità giudiziaria di affidare la "custodia", non dunque l'"amministrazione", a soggetti diversi da quelli sopra indicati.

Anche questa volta il legislatore non prende esplicita posizione su quale sia l'autorità giudiziaria competente ad occuparsi delle questioni di amministrazione, ma sembra inevitabile ritenere che essa sia rappresentata dal giudice che ha provveduto a disporre il sequestro preventivo ed a nominare l'amministratore (di regola, pertanto, il giudice per le indagini preliminari).

**41. L'estensione ad altre ipotesi di furto aggravato dell'arresto in flagranza obbligatoria (art. 380, comma 2, lettera e), cod. proc. pen.) e la previsione dell'arresto facoltativo per la violazione di domicilio (art. 381, comma 2, lett. f-bis cod. proc. pen.).-** Sempre con riguardo al codice di rito, il **comma 25 dello stesso art. 3**, intervenendo sull'art. 380, comma 2, lettera e), cod. proc. pen., ha previsto l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza anche per il furto (sempre che non ricorra la circostanza attenuante del danno

patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 62, primo comma, n. 4, cod. pen.) aggravato dalle circostanze di cui all'art. 625, primo comma, nn. 3 (“se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso”) e 5 (“se il fatto è commesso da tre o più persone, ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di un pubblico servizio”) cod. pen.

**3.25 a) all'art. 380, comma 2, la lettera e) è sostituita dalla seguente:**

**«e) delitto di furto quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'art. 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533, o taluna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 625, primo comma, numeri 2), prima ipotesi, 3) e 5), del codice penale, salvo che ricorra, in questi ultimi casi, la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, numero 4), del codice penale»**

Dette ipotesi vanno ad aggiungersi, oltre che al furto in abitazione o con strappo di cui all'art. 624-*bis* cod. pen. (lettera e-*bis* del comma 2 dell'art. 380 cod. proc. pen.), al furto aggravato dalla circostanza prevista dall'art. 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533 (“commesso su armi, munizioni od esplosivi nelle armerie ovvero in depositi o in altri locali adibiti alla custodia di armi”) e dalla circostanza prevista dall'art. 625, primo comma, numero 2), prima ipotesi, cod. pen. (“se il colpevole usa violenza sulle cose”).

Lo stesso **comma 25**, ha inoltre modificato l'art. 381, comma 2, cod. proc. pen., inserendo la nuova lettera f-*bis*, riguardante appunto la violazione di domicilio, prevista dall'art. 614, primo e secondo comma, cod. pen.

**3.25 b) all'art. 381, comma 2, dopo la lettera f) è inserita la seguente:**

**«f-bis) violazione di domicilio prevista dall'art. 614, primo e secondo comma, del codice penale».**

Anche per tale reato è dunque consentito l'arresto facoltativo in flagranza, sempre che – come previsto in termini generali dai commi 3 e 4 dell'art. 381 cod. pen.p. - trattandosi del reato procedibile a querela, la querela sia proposta (anche con dichiarazione resa oralmente, all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo) e la misura precautelare sia giustificata dalla gravità del fatto o dalla pericolosità del soggetto.

In precedenza l'arresto era possibile soltanto per l'ipotesi aggravata di cui al quarto comma dell'art. 614 cod. pen. (se il fatto è “commesso con violenza sulle cose, o alle persone” ovvero “se il colpevole è palesemente armato”).

**42. Il trasferimento nel codice di rito della disciplina dell'espulsione come misura di sicurezza.- L'art. 1, commi 2, 3 e 4, della l. n. 94 del 2009 si è limitato ad un trasloco di disposizioni dal codice penale al d. lgs. 28 luglio 1989, n. 271.**

In particolare, le disposizioni di cui all'art. 235, secondo comma, cod. pen. ed all'art. 312, primo comma, secondo periodo, cod. pen. (che erano state recentemente riscritte dalla legge 24 luglio 2008, n. 125 di conversione del d.l. 23 maggio 2008, n. 92) sono state, previa opportuna risistemazione, situate negli articoli 183-*bis* e 183-*ter* disp. att. cod. proc. pen..

**1.2. All'articolo 235 del codice penale, il secondo comma è abrogato.**

**1.3. Il secondo periodo del primo comma dell'articolo 312 del codice penale è soppresso.**

**1.4. Dopo l'articolo 183 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, sono inseriti i seguenti:**

**«Art. 183-bis. - (Esecuzione della misura di sicurezza dell'espulsione del cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea e dell'apolide). – 1. L'espulsione del cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea e dell'apolide dal territorio dello Stato è eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.**

**Art. 183-ter. - (Esecuzione della misura di sicurezza dell'allontanamento del cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea). – 1. L'allontanamento del cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea è disposto in conformità ai criteri e con le modalità fissati dall'articolo 20 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30».**

Nel primo ha trovato posto la disciplina dell'esecuzione della misura di sicurezza dell'espulsione del cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione Europea e dell'apolide (e si afferma che essa è eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'art. 13, comma 4, del d. lgs. n. 286 del 25 luglio 1998).

Nel secondo, si è collocata la disciplina dell'esecuzione della misura di sicurezza dell'allontanamento del cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea: essa è da eseguirsi secondo i criteri e le modalità di cui all'art. 20 del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

D le modifiche alla normativa antiriciclaggio e in materia di misure di prevenzione

**43. Le modifiche alla normativa antiriciclaggio.-** In tema di normativa antiriciclaggio l'**art. 1, comma 20** contiene disposizioni relative al *money transfer* (cioè al trasferimento di fondi, anche verso altri paesi, effettuato senza dover essere titolari di un conto bancario o postale, né possedere una carta di credito: per realizzare tale operazione, è sufficiente presentare un documento di identità, consegnare in contanti la somma da trasferire e indicare i dati identificativi del destinatario).

**1.20. Fermo restando quanto previsto dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, gli agenti in attività finanziaria che prestano servizi di pagamento nella forma dell'incasso e trasferimento di fondi (*money transfer*) acquisiscono e conservano per dieci anni copia del titolo di soggiorno se il soggetto che ordina l'operazione è un cittadino extracomunitario. Il documento è conservato con le modalità previste con decreto del Ministro dell'interno emanato ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155. In mancanza del titolo gli agenti effettuano, entro dodici ore, apposita segnalazione all'autorità locale di pubblica sicurezza, trasmettendo i dati identificativi del soggetto. Il mancato rispetto di tale disposizione è sanzionato con la cancellazione**

**dall'elenco degli agenti in attività finanziaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374.**

**1.21. Le disposizioni di cui al comma 20 hanno efficacia decorsi trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.**

La disciplina in questione, come si esplicita nella relazione al disegno di legge n. 733, è “diretta a reprimere l'utilizzazione delle agenzie per il trasferimento di fondi (*money transfer*) per la movimentazione di risorse appartenenti alla criminalità organizzata o a organizzazioni di carattere terroristico”.

La norma impone agli agenti in attività finanziaria che prestano servizi di pagamento nella forma dell'incasso e trasferimento di fondi (*money transfer*) l'obbligo di acquisire, e conservare per il periodo di dieci anni, la copia del titolo di soggiorno del soggetto che ordina l'operazione, se quest'ultimo è un cittadino extracomunitario.

Con riguardo alle modalità di conservazione del titolo di soggiorno, la norma rinvia al decreto del Ministro dell'interno del 16 agosto 2005, recante “Misure di preventiva acquisizione di dati anagrafici dei soggetti che utilizzano postazioni pubbliche non vigilate per comunicazioni telematiche ovvero punti di accesso ad Internet utilizzando tecnologia senza fili, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 155”. La regolamentazione richiamata prevede che i dati acquisiti siano raccolti e conservati con modalità informatiche (ovvero in un apposito registro cartaceo con le pagine preventivamente numerate e vidimate dall'autorità locale di pubblica sicurezza, per gli esercizi o i circoli aventi non più di tre apparecchi terminali a disposizione del pubblico).

Nell'ipotesi di mancanza del titolo di soggiorno, agli agenti che prestano servizi di *money transfer* è imposto l'obbligo di effettuare, entro dodici ore, apposita segnalazione all'autorità locale di pubblica sicurezza, trasmettendo i dati identificativi del soggetto che ordina l'operazione. L'inosservanza di tale disposizione è sanzionata con la cancellazione dall'elenco degli agenti in attività finanziaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374 (intitolato: “Estensione delle disposizioni in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita ed attività finanziarie particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio, a norma dell'articolo 15 della legge 6 febbraio 1996, n. 52).

La norma contenuta nel comma 20 contiene, comunque, una espressa clausola di salvezza della disciplina dettata dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione), che, nell'implementare la terza direttiva europea antiriciclaggio, ha previsto una articolata regolamentazione in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela da parte degli intermediari finanziari e degli altri soggetti esercenti attività finanziaria.

L'**art. 1, comma 21** contiene, invece, la disciplina transitoria volta a differire l'efficacia della regolamentazione prevista dal comma 20, la cui decorrenza è ancorata al trentesimo giorno dopo l'entrata in vigore della legge.

L'**art. 3, comma 37**, modificando gli artt. 6, 48 e 56 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, che ha attuato la terza direttiva comunitaria antiriciclaggio, introduce alcune innovazioni nella disciplina dell'Unità di informazione finanziaria per l'Italia (UIF), istituita

presso la Banca d'Italia. In particolare:

- si estende alla Unità di informazione finanziaria e al personale addetto la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 24, comma 6-bis, della legge 262/2005 a favore di Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP, Autorità garante della concorrenza e del mercato e dei loro dipendenti;
- si elimina l'obbligo per la Unità di informazione finanziaria di comunicare al segnalante, qualora ciò non rechi pregiudizio per l'esito delle indagini, l'inoltro della segnalazione di operazioni sospette agli organi investigativi (DIA e Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza); pertanto permane soltanto l'obbligo da parte dell'UIF di comunicare al segnalante l'avvenuta archiviazione della segnalazione, direttamente o tramite gli ordini professionali;
- si estende la sanzione amministrativa pecuniaria (da 10.000 euro a 200.000 euro) prevista dall'art. 56, comma 1, del decreto legislativo in questione, anche alle violazioni delle disposizioni richiamate o adottate ai sensi dell'art. 37, commi 7 e 8, del medesimo decreto legislativo (in materia, rispettivamente, di tenuta dell'archivio unico informatico e di modalità di registrazione di alcune categorie di intermediari finanziari);
- si prevede che l'autorità di vigilanza di settore degli intermediari finanziari e degli altri soggetti esercenti attività finanziaria debba attivare i procedimenti di cancellazione dai relativi elenchi per gravi violazioni degli obblighi imposti dal suddetto decreto legislativo.

**3.37. Al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) all'articolo 6 è aggiunto, in fine, il seguente comma:**

«7-bis. Alla UIF e al personale addetto si applica l'articolo 24, comma 6-bis, della legge 28 dicembre 2005, n. 262»;

**b) all'articolo 48, il comma 1 è sostituito dal seguente:**

«1. L'avvenuta archiviazione della segnalazione è comunicata dalla UIF al segnalante direttamente, ovvero tramite gli ordini professionali di cui all'articolo 43, comma 2»;

**c) all'articolo 56, comma 1, dopo le parole: «ai sensi degli articoli 7, comma 2,» sono inserite le seguenti: «37, commi 7 e 8,»;**

**d) all'articolo 56, il comma 2 è sostituito dal seguente:**

«2. L'autorità di vigilanza di settore dei soggetti indicati dall'articolo 11, commi 1, lettera m), e 3, lettere c) e d), attiva i procedimenti di cancellazione dai relativi elenchi per gravi violazioni degli obblighi imposti dal presente decreto».

**44. Le modifiche in materia di misure di prevenzione ed antimafia.- L'art. 2, comma 2, prevede una regolamentazione che modifica alcune parti del d. lgs. 8 agosto 1994, n. 490.**

La nuova disciplina, come si esplicita nella relazione al disegno di legge n. 733, “amplia i poteri di accesso e di accertamento del prefetto per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, con la possibilità di disporre atti ispettivi nei cantieri delle imprese interessate”.

**2.2. Al decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, recante disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) nel titolo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata»;**

**b) dopo l'articolo 5 è inserito il seguente:**

**«Art. 5-bis. - (Poteri di accesso e accertamento del prefetto). – 1. Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto può disporre accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 54 del 5 marzo 2004.**

**2. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono definite, nel quadro delle norme previste dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, le modalità di rilascio delle comunicazioni e delle informazioni riguardanti gli accessi e gli accertamenti effettuati presso i cantieri di cui al comma 1».**

Ad essere modificata è, anzitutto, l'intitolazione del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, che adesso è così formulata: "disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata".

Nel suddetto decreto legislativo, viene inserito, dopo l'art. 5, un art. 5 bis, intitolato "*Poteri di accesso e accertamento del prefetto*".

Il primo comma della norma attribuisce al Prefetto, per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il potere di disporre accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici.

A tal fine, il Prefetto può avvalersi dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003 (intitolato: "Istituzione, ai sensi dell'articolo 15, comma 5, del d. lgs. n. 190 del 2002, del Comitato di coordinamento per l'Alta sorveglianza delle grandi opere"). Tale decreto ministeriale, emanato in attuazione del decreto legislativo attuativo della c.d. "legge obiettivo", disciplina le procedure per il monitoraggio di infrastrutture ed insediamenti industriali in vista della prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa. L'art. 5 del decreto ministeriale prevede l'istituzione, presso gli uffici territoriali del Governo delle province interessate, di gruppi Interforze operanti in collegamento con la Direzione investigativa antimafia.

La nuova disciplina viene a formalizzare una prassi spesso seguita a livello locale sulla base di "protocolli di legalità" che prevedono l'ispezione dei cantieri da parte dei gruppi interforze.

Il comma 2 dell'art. 5-bis introdotto nel decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 rimette a un futuro regolamento di delegificazione la disciplina del rilascio delle comunicazioni ed informazioni riguardanti gli accessi e gli accertamenti effettuati ai sensi del comma 1. La regolamentazione contenuta nel regolamento da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge dovrà inserirsi nel quadro delle norme previste dal regolamento di cui al

D.P.R. 30 giugno 1998, n. 252, finalizzato alla semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

L'art. 2, comma 3, modificando il quarto comma dell'articolo 1 d.l. 6 giugno 1982, n. 629 (intitolato "Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa"), amplia l'elenco dei soggetti presso i quali possono essere svolti controlli relativi ai pericoli di infiltrazione mafiosa.

**2.3. Al quarto comma dell'articolo 1 del decreto-legge 6 giugno 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, le parole: «banche, istituti di credito pubblici e privati, società fiduciarie e presso ogni altro istituto o società che esercita la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria» sono sostituite dalle seguenti: «e i soggetti di cui al capo III del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231».**

Si tratta, precisamente, dei poteri di accesso e di accertamento, spettanti in base all'art. 1, comma 4, del d.l. n. 629 del 1982 al Ministro dell'interno (subentrato nella competenza dell'Alto commissario antimafia), nelle ipotesi in cui sulla base di elementi comunque acquisiti vi sia necessità di verificare se ricorrano pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso.

Tali accessi e accertamenti possono essere adesso effettuati, con la possibilità di avvalersi degli organi di polizia tributaria, presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici anche economici, e – a seguito della recente riforma – presso tutti i "soggetti di cui al capo III del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231" (che ha dato attuazione alla terza direttiva europea antiriciclaggio). Quest'ultima categoria comprende gli intermediari finanziari e gli altri soggetti esercenti attività finanziaria, i professionisti, i revisori contabili, gli operatori che svolgono attività di recupero crediti per conto terzi, custodia e trasporto di denaro, titoli e valori, gestione di case da gioco, offerta, su internet e altre reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro, agenzia di mediazione immobiliare, nonché gli altri soggetti specificamente individuati dall'art. 10 del medesimo d. lgs. 231 del 2007 (uffici della pubblica amministrazione; case d'asta e gallerie d'arte; commercio di cose antiche; società di gestione accentrata di strumenti finanziari; società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari e soggetti che gestiscono strutture per la negoziazione di strumenti finanziari e di fondi interbancari; società di gestione dei servizi di liquidazione delle operazioni su strumenti finanziari; società di gestione dei sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni in strumenti finanziari; attività di commercio, comprese l'esportazione e l'importazione, di oro per finalità industriali o di investimento; società di fabbricazione, mediazione e commercio, comprese l'esportazione e l'importazione, di oggetti preziosi; fabbricazione di oggetti preziosi da parte di imprese artigiane).

In precedenza, l'elenco dei soggetti destinatari degli accessi ed accertamenti ricomprendeva soltanto – oltre alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici anche economici – la categoria delle "banche, istituti di credito pubblici e privati, società fiduciarie e (...) ogni altro istituto o società che esercita la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria".

L'art. 2, comma 4 modifica l'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575 ("Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera"), estendendo ulteriormente la sfera di applicazione della normativa in materia di misure di prevenzione

personali e patrimoniali antimafia, già ampliata sensibilmente per effetto del “decreto sicurezza” (d.l. 23 maggio 2008 n. 98, convertito con modificazioni nella legge n. 24 luglio 2008 n. 125, intitolato: “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”).

**2.4. All’articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «ovvero del delitto di cui all’articolo 12-*quinqüies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356».**

A seguito dei due recenti interventi normativi, infatti, la legge 31 maggio 1965 n. 575 si applica a tre categorie di destinatari:

a) i soggetti indiziati “di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”: si tratta delle ipotesi della partecipazione e del concorso esterno in associazione mafiosa (entrambe incluse nella nozione di “appartenenza” secondo la giurisprudenza di legittimità: v. da ultimo Sez. II, 16 febbraio 2006 n. 7616, Catalano ed altri, Rv. 234745; Sez. II, 16 dicembre 2005 - dep. 12 gennaio 2006 - n. 7616, Canino, Rv. 233169); è questo il testo dell’art. 1 della legge 31 maggio 1965 n. 575, come sostituito dall’art. 13 della L. 13 settembre 1982 n. 646 (c.d. Legge Rognoni-La Torre);

b) i soggetti indiziati “di uno dei reati previsti dall’articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale”: si tratta dei reati che sono attribuiti alla competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia, e specificamente dei delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto comma (associazione finalizzata a commettere i delitti di cui agli artt. 600 (riduzione o mantenimento in servitù o schiavitù), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto e alienazione di schiavi), e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) cod.pen., dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni di tipo mafioso, dei delitti previsti dall’art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti) e dall’art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri); è questa l’aggiunta apportata dall’art. 10 del d.l. n. 92 del 2008;

c) i soggetti indiziati “del delitto di cui all’articolo 12-*quinqüies*, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356” (trasferimento fraudolento di valori); è questa la modifica introdotta dall’art. 2 della legge in commento.

L’**art. 2, comma 5**, sostituisce il titolo della legge 31 maggio 1965, n. 575: «Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera», in luogo di «Disposizioni contro la mafia». Tale modifica si ricollega ai mutamenti di titolo e di contenuto introdotti dal “decreto sicurezza” nell’art. 416-*bis* cod. pen.; quest’ultima disposizione, infatti, è adesso intitolata “Associazioni di tipo mafioso anche straniera” e presenta un ultimo comma così formulato: “Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniera, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”.

**2.5. Il titolo della legge 31 maggio 1965, n. 575, è sostituito dal seguente: «Disposizioni**

**contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera».**

L'art. 2, comma 6 introduce una serie di modifiche alla legge 31 maggio 1965, n. 575.

**2.6. Alla legge 31 maggio 1965, n. 575, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) all'articolo 2, comma 2, le parole: «con la notificazione della proposta» sono soppresse;**

**b) all'articolo 2-bis:**

**1) al comma 1, dopo le parole: «Il procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «di cui all'articolo 2, comma 1»;**

**2) al comma 4, dopo le parole: «il procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «, il direttore della Direzione investigativa antimafia»;**

**3) al comma 6, dopo le parole: «Il procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «, il direttore della Direzione investigativa antimafia»;**

**c) all'articolo 2-ter, commi secondo, sesto e settimo, dopo le parole: «del procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «di cui all'articolo 2, comma 1»;**

**d) all'articolo 3-bis, settimo comma, dopo le parole: «su richiesta del procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «di cui all'articolo 2, comma 1»;**

**e) all'articolo 10-quater, secondo comma, dopo le parole: «su richiesta del procuratore della Repubblica» sono inserite le seguenti: «di cui all'articolo 2, comma 1».**

La **lett. a)**, modificando l'art. 2 comma 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (nel testo sostituito dal "decreto sicurezza"), consente al Questore di applicare alle persone sottoposte alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale che siano state condannate in via definitiva per un delitto, indipendentemente dalla notifica della proposta per l'applicazione di una ulteriore misura di prevenzione personale, il divieto di possedere o utilizzare determinati oggetti, ai sensi dell'art. articolo 4, quarto comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Viene così ripristinato il contenuto della norma, come formulato dall'art. 1 *ter* comma 1 lett. c) del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2006 n. 49. Il catalogo degli oggetti costituenti oggetto del divieto è stato modificato dall'art. 3, comma 33, della legge in commento.

La **lett. b)**, modificando l'art. 2 *bis* della legge 31 maggio 1965, n. 575, introduce una serie di modifiche in tema di competenza.

Anzitutto, al **n. 1** si chiarisce che la competenza all'avvio delle indagini patrimoniali nei confronti delle persone destinatarie della legge 31 maggio 1965, n. 575, nei cui confronti possono essere proposte misure di prevenzione personali, spetta - oltre che al questore ed al direttore della Direzione investigativa antimafia - al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto.

Tale modifica si ricollega a quelle introdotte dal "decreto sicurezza" sotto il profilo della competenza a formulare la proposta che dà avvio al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione antimafia.

Com'è noto, infatti, il "decreto sicurezza", modificando l'art. 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ha attribuito il potere di esercitare l'azione di prevenzione al Procuratore della Repubblica del capoluogo del distretto (e non più del circondario) in cui dimora il soggetto proposto. Il medesimo organo giurisdizionale ha altresì il compito di esercitare le funzioni

di pubblico ministero nelle udienze del procedimento di prevenzione antimafia.

L'insieme delle modifiche introdotte in ordine alla competenza territoriale del Procuratore della Repubblica mira ad assicurare la convergenza nello stesso ufficio requirente dell'attività di indagine, del potere di proposta e della partecipazione alla fase "in contraddittorio" del procedimento di prevenzione (che già in precedenza si svolgeva davanti al tribunale del capoluogo di distretto). Essa tende, altresì, a garantire la tendenziale concentrazione nelle DDA delle funzioni di iniziativa e di intervento in materia di prevenzione patrimoniale antimafia, in modo da favorire lo scambio di informazioni e di materiale probatorio con i procedimenti concernenti i delitti di criminalità organizzata.

Il Procuratore Distrettuale viene così chiamato ad un duplice immediato intervento, sia sul fronte della repressione penale sia su quello della repressione, con la sperimentazione di nuove, più intense forme di coordinamento tra i settori in esame, e il rafforzamento della specializzazione in rapporto alle diverse dimensioni della criminalità organizzata.

I **nn. 2 e 3** della lett. c) estendono al Direttore della Direzione investigativa antimafia le seguenti competenze in materia di procedimenti di prevenzione, già attribuite al Procuratore della Repubblica e al Questore:

- il potere di richiedere al Presidente del Tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione di disporre anticipatamente il sequestro dei beni prima della fissazione dell'udienza quando vi sia concreto pericolo che i beni da confiscare possano essere dispersi, sottratti od alienati;

- il potere di richiedere ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei destinatari delle misure di prevenzione antimafia.

Le **lett. c), d) ed e)** chiariscono che spetta al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto la competenza ad esercitare i seguenti poteri d'impulso:

- potere di richiedere al Presidente del Tribunale di disporre, con decreto motivato, il sequestro dei beni nei casi di particolare urgenza, ai sensi dell'art. 2 ter comma secondo della legge 31 maggio 1965, n. 575;

- potere di richiedere al Tribunale l'adozione dei provvedimenti di sequestro e confisca dei beni dopo l'applicazione della misura di prevenzione personale, ma prima della sua cessazione, ai sensi dell'art. 2 ter comma sesto della legge 31 maggio 1965, n. 575;

- potere di proporre l'avvio o il proseguimento del procedimento di prevenzione, ai soli fini dell'applicazione dei provvedimenti di sequestro e confisca dei beni che si ha motivo di ritenere essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, anche in caso di assenza, residenza o dimora all'estero della persona cui potrebbe applicarsi la misura di prevenzione, ai sensi dell'art. 2 ter comma settimo della legge 31 maggio 1965, n. 575;

- potere di richiedere al tribunale il rinnovo della cauzione (anche per somma superiore a quella originaria), dopo una sua prima confisca o l'avvio del procedimento esecutivo, per violazione degli obblighi o dei divieti derivanti dall'applicazione della misura di prevenzione, ai sensi dell'art. art. 3-bis, comma settimo, della legge 31 maggio 1965, n. 575;

- potere di richiedere al tribunale, anche dopo l'applicazione della misura di prevenzione, l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 10 comma quarto

(decadenza da licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni ad albi o registri, abilitazioni ed erogazioni pubbliche nei confronti del convivente della persona cui è applicata una misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi), ai sensi dell'art. art. 10-*quater*, comma secondo, della legge 31 maggio 1965, n. 575.

L'art. 2, comma 8 modifica la disciplina – dettata dall'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55 - dei registri per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione, istituiti presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali.

**2.8 Al comma 1 dell'articolo 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55, nel primo periodo, dopo le parole: «appositi registri» sono inserite le seguenti: «, anche informatici,» e dopo il primo periodo sono inseriti i seguenti: «Nei registri viene curata l'immediata annotazione nominativa delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali da parte dei soggetti titolari del potere di proposta. Il questore territorialmente competente e il direttore della Direzione investigativa antimafia provvedono a dare immediata comunicazione alla procura della Repubblica competente per territorio della proposta di misura personale e patrimoniale da presentare al tribunale competente».**

La norma stabilisce che tali registri possono essere anche informatici; inoltre, prevede che nei medesimi registri debba essere effettuata l'immediata annotazione nominativa delle persone (fisiche e giuridiche) nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali da parte dei soggetti titolari del potere di proposta, e che il questore e il direttore della D.I.A. debbano dare immediata comunicazione alla competente Procura della Repubblica della proposta di misura personale e patrimoniale da presentare al Tribunale.

L'art. 2, comma 10, sostituisce l'art. 2-*quater* della legge 31 maggio 1965, n. 575, uniformando le modalità di esecuzione del sequestro di prevenzione alle modalità di esecuzione del sequestro preventivo, come disciplinate dalla nuova formulazione dell'art. 104 delle norme di attuazione del codice di procedura penale. Viene così introdotta una nuova regolamentazione per il sequestro su beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa e sulle azioni e sulle quote sociali.

**2.10. L'articolo 2-*quater* della legge 31 maggio 1965, n. 575, è sostituito dal seguente: «Art. 2-*quater*. – 1. Il sequestro disposto ai sensi degli articoli seguenti è eseguito con le modalità previste dall'articolo 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, e successive modificazioni, per il sequestro preventivo».**

L'art. 2, commi da 11 a 17 modificano la disciplina della conservazione e dell'amministrazione dei beni sequestrati nell'ambito dei procedimenti di prevenzione antimafia.

**2.11. All'articolo 2-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, dopo il comma 4 sono aggiunti i seguenti:**

**4-bis.** Nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende, il tribunale nomina un amministratore giudiziario scelto nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari. Egli deve presentare al tribunale, entro sei mesi dalla nomina, una relazione particolareggiata sullo stato e sulla consistenza dei beni aziendali sequestrati, nonché sullo stato dell'attività aziendale. Il tribunale, sentiti l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa, approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive di gestione dell'impresa.

**4-ter.** Il tribunale autorizza l'amministratore giudiziario al compimento degli atti di ordinaria amministrazione funzionali all'attività economica dell'azienda. Il giudice delegato, tenuto conto dell'attività economica svolta dall'azienda, della forza lavoro da essa occupata, della sua capacità produttiva e del suo mercato di riferimento, può indicare il limite di valore entro il quale gli atti si ritengono di ordinaria amministrazione.

**4-quater.** Si osservano per la gestione dell'azienda le disposizioni di cui all'articolo 2-*octies*, in quanto applicabili.

**4-quinquies.** Le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari in corso da parte di Equitalia S.p.A. o di altri concessionari di riscossione pubblica sono sospesi nelle ipotesi di sequestro di aziende o società disposto ai sensi della presente legge con nomina di un amministratore giudiziario. È conseguentemente sospesa la decorrenza dei relativi termini di prescrizione.

**4-sexies.** . Nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o società sequestrati i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del codice civile».

**2.12.** All'articolo 2-*sexies*, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575, le parole: «negli albi degli avvocati, dei procuratori legali, dei dottori commercialisti e dei ragionieri del distretto nonché tra persone che, pur non munite delle suddette qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione di beni del genere di quelli sequestrati» sono sostituite dalle seguenti: «nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari».

**2.13.** L'Albo di cui all'articolo 2-*sexies*, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575, come modificato dal comma 12 del presente articolo, articolato in una sezione ordinaria e in una sezione di esperti in gestione aziendale, tenuto presso il Ministero della giustizia, è istituito, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, con decreto legislativo da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri dell'interno, dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico. Con il decreto legislativo sono definiti:

- a) i titoli che costituiscono requisiti necessari per l'iscrizione all'Albo;
- b) l'ambito delle attività oggetto della professione;
- c) i requisiti e il possesso della pregressa esperienza professionale per l'iscrizione nella sezione di esperti in gestione aziendale;
- d) le norme transitorie che disciplinano l'inserimento nell'Albo degli attuali iscritti nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e nell'albo degli avvocati,

ovvero di coloro che, pur non muniti delle suddette qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione di beni del genere di quelli sequestrati;  
e) i criteri di liquidazione dei compensi professionali degli amministratori giudiziari, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, tenuto conto anche della natura dei beni, del valore commerciale del patrimonio da amministrare, dell'impegno richiesto per la gestione dell'attività, delle tariffe professionali o locali e degli usi.

**2.14.** Lo schema del decreto legislativo di cui al comma 13 è trasmesso alle Camere ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che sono resi entro trenta giorni dalla data di trasmissione del medesimo schema di decreto. Decorso il termine senza che le Commissioni abbiano espresso i pareri di rispettiva competenza il decreto legislativo può essere comunque adottato.

**2.15.** Con decreto del Ministro della giustizia, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 13, sono stabilite le modalità di tenuta e pubblicazione dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari, nonché i rapporti con le autorità giudiziarie che procedono alla nomina.

**2.16.** All'articolo 2-*octies*, comma 1, della legge 31 maggio 1965, n. 575, dopo le parole: «a qualunque titolo» sono aggiunte le seguenti: «ovvero sequestrate o comunque nella disponibilità del procedimento».

**2.17.** Al comma 1 dell'articolo 48-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La presente disposizione non si applica alle aziende o società per le quali sia stato disposto il sequestro o la confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero della legge 31 maggio 1965, n. 575».

Il **comma 11** aggiunge all'art. 2-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 cinque ulteriori commi (da 4-*bis* a 4-*sexies*), i quali stabiliscono che:

- quando il sequestro ha ad oggetto aziende, il tribunale nomina un amministratore giudiziario scelto nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari; entro sei mesi dalla nomina, l'amministratore giudiziario deve presentare al tribunale una relazione particolareggiata sullo stato e sulla consistenza dei beni aziendali sequestrati, nonché sullo stato dell'attività aziendale; il tribunale, sentiti l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive di gestione dell'impresa (comma 4 bis);
- il tribunale autorizza l'amministratore giudiziario al compimento degli atti di ordinaria amministrazione funzionali all'attività economica dell'azienda; il giudice delegato, tenuto conto dell'attività economica svolta dall'azienda, della forza lavoro da essa occupata, della sua capacità produttiva e del suo mercato di riferimento, può indicare il limite di valore entro il quale gli atti si

ritengono di ordinaria amministrazione (comma 4 ter); sul punto, occorre aggiungere che l'art. 2 *septies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 esclude che l'amministratore possa compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice delegato;

- per la gestione dell'azienda si osservano le disposizioni di cui all'articolo 2-*octies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 , in quanto applicabili (comma 4-*quater*);
- si determina la sospensione delle procedure esecutive, degli atti di pignoramento e dei provvedimenti cautelari in corso da parte di Equitalia s.p.a. o di altri concessionari di riscossione pubblica nelle ipotesi di sequestro di aziende o società disposto nell'ambito dei procedimenti di prevenzione antimafia con nomina di un amministratore giudiziario; conseguentemente, è prevista la sospensione della decorrenza dei relativi termini di prescrizione (comma 4-*quinqies*);
- nel caso di confisca di beni, aziende e società sequestrati, si verifica l'estinzione per confusione dei crediti erariali, venendo meno la diversità dei soggetti del rapporto obbligatorio (comma 4-*sexies*, che richiama l'art. 1253 c.c., il quale, regolando gli effetti della confusione, stabilisce che quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, l'obbligazione si estingue e i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore sono liberati);

Il **comma 12** modifica il comma terzo dell'art. 2-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 stabilendo che l'amministratore dei beni sequestrati nei procedimenti di prevenzione antimafia debba essere scelto dal Tribunale esclusivamente nell'ambito degli iscritti nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari (la precedente formulazione della norma prevedeva che la scelta avvenisse "tra gli iscritti negli albi degli avvocati, dei procuratori legali, dei dottori commercialisti e dei ragionieri del distretto nonché tra persone che, pur non munite delle suddette qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione di beni del genere di quelli sequestrati").

Il **comma 13** prevede che l'Albo nazionale degli amministratori giudiziari sia articolato in una sezione ordinaria e in una sezione di esperti in gestione aziendale, sia tenuto presso il Ministero della giustizia, e sia istituito con un decreto legislativo da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge in commento, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri dell'interno, dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico. Quali contenuti necessari da definire con il decreto legislativo, sono indicati

- a) i titoli che costituiscono requisiti necessari per l'iscrizione all'Albo;
- b) l'ambito delle attività oggetto della professione;
- c) i requisiti e il possesso della pregressa esperienza professionale per l'iscrizione nella sezione di esperti in gestione aziendale;
- d) le norme transitorie che disciplinano l'inserimento nel nuovo Albo dei soggetti abilitati alla carica di amministratore secondo la previgente formulazione del comma terzo dell'art. 2-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 (gli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e nell'albo degli avvocati, nonché coloro che, pur non muniti delle suddette qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione di beni del genere di quelli sequestrati);

- e) i criteri di liquidazione dei compensi professionali degli amministratori giudiziari; quali criteri direttivi della delega sul punto, si indicano la natura dei beni, il valore commerciale del patrimonio da amministrare, l'impegno richiesto per la gestione dell'attività, le tariffe professionali o locali e gli usi.

Il **comma 14** disciplina la procedura per l'adozione del decreto legislativo finalizzato all'istituzione dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari.

Il **comma 15** stabilisce che con un decreto del Ministro della giustizia, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del suddetto decreto legislativo, vengano disciplinate le modalità di tenuta e pubblicazione dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari, nonché i rapporti con le autorità giudiziarie che procedono alla nomina.

Il **comma 16** modifica il comma primo dell'art. 2-*octies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 stabilendo che le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni siano sostenute dall'amministratore prelevando quanto necessario non solo dalle somme da lui riscosse a qualunque titolo, ma anche dalle somme sequestrate o comunque nella disponibilità del procedimento di prevenzione.

Il **comma 17** modifica la formulazione del comma 1 dell'art. 48-*bis* del D.P.R. n. 602 del 1973 (Testo unico imposte sul reddito). Quest'ultima norma impone alle pubbliche amministrazioni, e alle società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare il pagamento di qualunque importo superiore a 10.000 euro, di verificare, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo, e in caso affermativo, di non procedere al pagamento e segnalare la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo.

La nuova formulazione della norma esclude dal suo ambito di operatività aziende o società per le quali sia stato disposto il sequestro o la confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero della legge 31 maggio 1965, n. 575.

L'**art. 2, comma 18** introduce nell'art. 2-*undecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, il comma 3 bis, che modifica la disciplina della custodia dei beni mobili registrati sequestrati nel corso dei procedimenti di prevenzione antimafia, stabilendo che "i beni mobili iscritti in pubblici registri, le navi, le imbarcazioni, i natanti e gli aeromobili sequestrati sono affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi di polizia, anche per le esigenze di polizia giudiziaria, i quali ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia, ovvero possono essere affidati ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale". In ogni caso, l'affidamento è subordinato al previo parere favorevole dell'amministratore giudiziario (se nominato).

**2.18. All'articolo 2-*undecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, dopo il comma 3 è inserito il seguente:**

**«3-bis. I beni mobili iscritti in pubblici registri, le navi, le imbarcazioni, i natanti e gli aeromobili sequestrati sono affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi di polizia, anche per le esigenze di polizia giudiziaria, i quali ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia, ovvero possono essere affidati ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici, per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale. Se è stato nominato l'amministratore**

**giudiziario di cui all'articolo 2-sexies, l'affidamento non può essere disposto senza il previo parere favorevole di quest'ultimo».**

L'affidamento dei suddetti beni agli organi di polizia sembra avere natura obbligatoria, in presenza dei presupposti di legge; invece l'affidamento ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici forma oggetto di una valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria.

La norma presenta un contenuto analogo al disposto dell'art. 12, comma ottavo, del testo unico in materia di immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998)

L'art. 2, comma 20, sostituendo l'art. 2-decies della legge 31 maggio 1965, n. 575, modifica la disciplina del procedimento di destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali che abbiano formato oggetto della confisca nel procedimento di prevenzione antimafia, ovvero della confisca "estesa" nel processo penale ai sensi dell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992.

**2.20. L'articolo 2-decies della legge 31 maggio 1965, n. 575, è sostituito dal seguente:**

**«Art. 2-decies. – 1. Ferma la competenza dell'Agenzia del demanio per la gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali di cui agli articoli 2-nonies e 2-undecies della presente legge e 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, la destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali è effettuata con provvedimento del prefetto dell'ufficio territoriale di Governo ove si trovano i beni o ha sede l'azienda, su proposta non vincolante del dirigente regionale dell'Agenzia del demanio, sulla base della stima del valore risultante dagli atti giudiziari, salvo che sia ritenuta necessaria dal prefetto una nuova stima, sentite le amministrazioni di cui all'articolo 2-undecies della presente legge interessate, eventualmente in sede di conferenza di servizi, nonché i soggetti di cui è devoluta la gestione dei beni.**

**2. Il prefetto procede d'iniziativa se la proposta di cui al comma 1 non è formulata dall'Agenzia del demanio entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1 dell'articolo 2-nonies.**

**3. Il provvedimento del prefetto è emanato entro novanta giorni dalla proposta di cui al comma 1 o dal decorso del termine di cui al comma 2, prorogabili di ulteriori novanta giorni in caso di operazioni particolarmente complesse. Anche prima dell'emanazione del provvedimento di destinazione, per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo comma dell'articolo 823 del codice civile».**

Il testo della norma conferma la competenza dell'Agenzia del demanio per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alle organizzazioni criminali, e prevede all'interno del procedimento di destinazione le seguenti innovazioni:

- la stima del valore del bene immobile o aziendale e la proposta di destinazione (non vincolante) sono di competenza del dirigente regionale dell'Agenzia del demanio;
- la stima è fatta sulla base del valore risultante dagli atti giudiziari;
- vi è la possibilità, da parte del prefetto, in caso di necessità, di richiedere una nuova stima del valore del bene prima di decidere sulla destinazione;
- la destinazione del bene confiscato è decisa dal Prefetto della provincia di ubicazione del bene o della sede dell'azienda;

- vi è l'obbligo, da parte del prefetto, di sentire – prima delle decisione - sia le amministrazioni interessate di cui all'articolo 2-undecies della legge 31 maggio 1965, n. 575 (eventualmente, in sede di conferenza di servizi) sia i soggetti cui è devoluta la gestione dei beni (è, invece, eliminato l'attuale obbligo di sentire sulla proposta di destinazione gli amministratori giudiziari dei beni confiscati);
- se il dirigente regionale dell'Agenzia del demanio non formula la proposta di destinazione entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione del tribunale del provvedimento definitivo di confisca, il Prefetto procede d'ufficio;
- il termine per l'adozione del provvedimento di destinazione del bene è fissato in novanta giorni (prorogabili di ulteriori novanta giorni in caso di operazioni particolarmente complesse) e decorre dalla proposta di destinazione formulata dal dirigente regionale dell'Agenzia del demanio, ovvero, in mancanza, dal decorso del termine di novanta giorni dalla comunicazione del tribunale del provvedimento definitivo di confisca.

L'art. 2, comma 22 modifica l'art. 10, comma 1, lettera c), numero 2), del d.l. n. 92 del 2008, il quale, a sua volta, aveva aggiunto nell'art. 2-bis della legge 31 maggio 1965, n. 575, il comma 6-bis. Quest'ultimo comma, a seguito della novella, presenta oggi la seguente formulazione:

*«6-bis. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa».*

**2.22. All'articolo 10, comma 1, lettera c), numero 2), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, dopo la parola: «disgiuntamente» sono inserite le seguenti: «e, per le misure di prevenzione patrimoniale, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione».**

La nuova regolamentazione porta ad ulteriori sviluppi una delle innovazioni più significative del "decreto sicurezza": l'introduzione del principio di reciproca autonomia tra le misure personali e patrimoniali, con la conseguente applicabilità di queste ultime nei confronti dei successori (a titolo universale o particolare) e la prosecuzione del procedimento nei confronti di costoro nel caso di decesso del proposto;

Precisamente, il d.l. n. 92 del 2008 aveva fatto venire meno la regola generale della accessorietà delle misure patrimoniali al procedimento applicativo delle misure di prevenzione di natura personale (v. Corte Cost. sentenza n. 335 del 1996).

Nella previgente disciplina, le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali formavano un binomio tendenzialmente inscindibile, poiché di regola il sequestro dei beni di provenienza illecita poteva essere disposto solo nell'ambito di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione personale oppure in un momento successivo all'applicazione ma anteriore alla cessazione della misura di prevenzione personale, e la confisca presupponeva l'irrogazione (contemporanea o anteriore) della misura di prevenzione personale.

Le sole eccezioni legislativamente previste riguardavano la assenza, residenza o dimora

all'estero dell'indiziato, la sottoposizione del medesimo soggetto a misura di sicurezza detentiva ovvero a libertà vigilata, e la procedura imperniata sulla sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni nei confronti della persona che svolga un'attività economica ritenuta "agevolatrice" degli interessi mafiosi (v. gli artt. 2 *ter*, commi settimo e ottavo, 3-*quater* e 3-*quinquies* l. n. 575 del 1965).

Il rapporto di necessaria pregiudizialità tra i due tipi di misure di prevenzione aveva formato oggetto di penetranti critiche da parte della più autorevole dottrina. Sul punto, si era osservato che le misure di prevenzione patrimoniali, a differenza di quelle personali, trovano ampia copertura costituzionale (in particolare, negli artt. 41 e 42 Cost.); pertanto, se dubbi di legittimità costituzionale continuavano a sussistere, questi riguardavano non già la previsione in sé di misure patrimoniali, bensì il vincolo di stretta dipendenza che continuava a esistere tra la rispettiva applicabilità della misura patrimoniale e di quella personale, per cui le obiezioni di costituzionalità, che tradizionalmente investivano i presupposti di quest'ultima, finivano per proiettarsi anche sul procedimento necessario per applicare la prima.

Nel "diritto vivente" il principio della necessaria interdipendenza tra i due tipi di misure di prevenzione era già entrato in crisi dalla seconda metà degli anni '90.

La Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale avevano concordemente affermato che la *ratio* della confisca comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione in senso proprio, mirando a sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita al circuito economico di origine per inserirli in un altro esente da condizionamenti criminali, e dunque si proietta al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinati soggetti socialmente pericolosi, per sorreggere la misura oltre il perdurare della pericolosità – e della stessa esistenza in vita – dei medesimi soggetti (Sez. II, 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, RV 207317; in termini analoghi Corte Cost., sentenza n. 335 del 1996).

In coerenza con queste indicazioni sulla funzione delle misure patrimoniali, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto che «la confisca dei beni rientranti nella disponibilità di soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione personale - una volta che siano rimasti accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto stesso, nel senso della sua appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, e di indimostrata legittima provenienza dei beni confiscati - non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione» (così Sez. Un., 17 luglio 1996 n. 18, Simonelli, RV 205262, sulla base del rilievo che «la confisca prevista nell'ambito del procedimento di prevenzione nei confronti di persona indiziata di appartenere ad associazione di tipo mafioso non ha né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel "tertium genus" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, comma secondo, cod. pen.»; alle stesse conclusioni, ma attraverso un ragionamento imperniato sulla funzione della misura patrimoniale, è pervenuta Sez. I 13 novembre 1997, P.M. in proc. Di Martino ed altri, RV 209556, secondo cui «il decesso della persona sottoposta a misura di prevenzione personale - una volta che siano rimasti accertati ai fini specifici della speciale legislazione in materia i presupposti di pericolosità qualificata (per tale intendendosi l'appartenenza ad associazione per delinquere di tipo mafioso) e di indimostrata legittima provenienza dei beni oggetto di confisca - non fa venire meno quest'ultima misura, posto che le finalità perseguite dal legislatore non prescindono dalla preesistenza del soggetto e neppure possono ritenersi necessariamente legate alla sua persistenza in vita. Infatti, il fine perseguito a mezzo della

normativa antimafia in tema di misure di prevenzione patrimoniali è quello di eliminare dal circuito economico beni in disponibilità di soggetto collegato con organizzazione criminale di stampo mafioso di presunta illecita acquisizione, in modo tale da impedire la riproducibilità, mediante uso diretto ovvero reinvestimento dei medesimi, di ricchezza inquinata all'origine, di guisa che i beni assoggettati a confisca finiscono con l'essere oggettivamente pericolosi di per sè, a prescindere dall'eventuale decesso del soggetto sottoposto a misura»).

La giurisprudenza di legittimità si era quindi consolidata nel senso che la confisca (non ancora divenuta irrevocabile) disposta ai sensi dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965 n. 575 non restava caducata per effetto della morte della persona già sottoposta a misura di prevenzione personale. In questo senso si erano espresse Sez. I, 24 novembre 1998, Marchese e altri, RV 212668; Sez. II, 14 aprile 1999, Fici, RV 214130, con riferimento all'ipotesi dell'accertamento postumo della morte della persona prima dell'adozione del provvedimento ablativo; Sez. I, 22 settembre 1999, Calamia e altro, RV 214427; Sez. V, 14 gennaio 2005, Andronico ed altri, RV 231173; Sez. II, 31 gennaio 2005, P.G. in proc. Bruno ed altri, RV 231873; da ultimo, Sez. I, 15 giugno 2005, Libri, RV 231755, ha affermato che «in tema di misure di prevenzione, il venir meno, per eventi successivi, dell'accertata pericolosità sociale del prevenuto, non può avere influenza alcuna in ordine alla confisca del patrimonio a lui riconducibile e ritenuto il frutto o il reimpiego di attività illecite, atteso che la misura pur essendo applicata per scelta del legislatore nel procedimento di prevenzione, non ha natura di provvedimento di "prevenzione", ma costituisce una sanzione amministrativa diretta a sottrarre in via definitiva i beni di provenienza illecita alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso ed equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 cpv. cod. pen.. La "ratio" della confisca, invero, comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione in senso proprio, mirando a sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita al circuito economico di origine per inserirli in altro esente da condizionamenti criminali, e dunque si proietta al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinate persone pericolose per sorreggere la misura stessa oltre il perdurare della pericolosità del soggetto al cui patrimonio è applicata. Ne consegue che, una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto e di indimostrata legittima provenienza dei beni a lui riconducibili, l'applicazione della confisca diviene comunque obbligatoria, ancorché tale risultato sia conseguibile solo all'esito definitivo della prevista procedura, senza che alcun effetto risolutivo possa ricollegarsi al venir meno del prevenuto ovvero della sua pericolosità».

Nella stessa ottica, si era chiarito che non può avere alcuna influenza sulla confisca il venir meno, per eventi successivi (come la decisione di collaborare con la giustizia), della pericolosità sociale del prevenuto, già accertata (Sez. II, 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, RV 207317).

Adesso il disposto dell'art. 2-bis, comma 6-bis, l. n. 575 del 1965, introdotto dall'art. 10 del d.l. n. 92 del 2008, stabilendo che «*le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente*», ha spezzato definitivamente il nesso di necessaria presupposizione tra i due tipi di misure.

La nuova regola è quella della autonomia fra misure personali e patrimoniali. Il procedimento di prevenzione patrimoniale potrà essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa alla adozione di misure personali.

Anche in caso di proposizione di una misura patrimoniale “disgiunta” da una richiesta di

misura personale, occorrerà, comunque, che il giudice accerti in via incidentale l'inquadrabilità del proposto nelle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell'azione di prevenzione: indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, ecc..

Il comma 22 dell'art. 2 della legge in commento fornisce ora una importante precisazione in ordine ai parametri da utilizzare nel giudizio in ordine alla applicazione della misura patrimoniale "disgiunta" dalla misura personale.

Si precisa, infatti, che la applicazione della misura patrimoniale prescinde del tutto da ogni valutazione in ordine alla pericolosità sociale del suo destinatario al momento della richiesta.

La nuova norma non risolve, però, almeno esplicitamente, la complessa questione relativa alla necessità – o meno – di una correlazione temporale tra la pericolosità sociale del soggetto e l'acquisto dei beni da sottoporre alle misure di prevenzione patrimoniali.

Appare, peraltro, coerente con la nuova disciplina l'ulteriore previsione secondo cui le misure patrimoniali «possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione», e «nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa».

Nel sistema delineato dalla riforma, dunque, la morte del proposto non impedisce la applicazione delle misure patrimoniali anche quando sia intervenuta prima della adozione dei provvedimenti di sequestro e di confisca. Non è neppure necessario che a carico del proposto sia stato adottato un provvedimento applicativo di misure di prevenzione personali (come era, invece, richiesto finora dalla giurisprudenza di legittimità). In mancanza di un siffatto provvedimento, occorrerà, peraltro, che il giudice accerti *ex novo*, in via incidentale, la sussistenza, in capo al defunto, dei presupposti soggettivi richiesti per l'applicazione delle misure di prevenzione. In tale accertamento incidentale sarà comunque irrilevante il profilo della pericolosità sociale del soggetto al momento della richiesta della misura di prevenzione.

La disciplina processuale varia in relazione al momento – anteriore o successivo all'esercizio dell'azione di prevenzione - in cui si verifica il decesso dell'indiziato.

L'art. 2-ter della l. n. 575/1965, come modificato dal d.l. n. 92 del 2008, stabilisce che la proposta di confisca - in caso di morte del soggetto nei cui confronti tale misura avrebbe potuto essere disposta - può essere avanzata nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso. Questa previsione fa, evidentemente, riferimento all'ipotesi in cui la morte si verifichi prima della stessa instaurazione del procedimento di prevenzione.

Per converso, in base al nuovo testo dell'art. 2-bis della stessa legge, nel caso in cui, dopo l'avvio del procedimento di prevenzione patrimoniale, sopravvenga il decesso del proposto, la qualità di parte processuale verrà assunta dai suoi successori, a titolo universale o particolare (*mortis causa*, ma anche *inter vivos*, mancando ogni espressa delimitazione legislativa).

La nuova disciplina rappresenta una compiuta applicazione del principio, già enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui, in materia di misure patrimoniali antimafia, rileva la pericolosità intrinseca del patrimonio riconducibile a un determinato contesto associativo. L'intento del legislatore è quello di incidere con forza sulle basi economiche del crimine organizzato, cioè su quella vastissima rete di beni e rapporti economici destinati alla conservazione ed all'esercizio dei poteri criminali.

La linea di tendenza espressa dalla riforma riflette l'esigenza di adeguare l'azione di contrasto alla natura transnazionale e alla dimensione economica che la criminalità

organizzata sta sempre più assumendo nell'epoca della globalizzazione: la regolamentazione delle misure di prevenzione è stata profondamente ripensata per conservarne l'efficacia nell'ambito di un sistema nel quale le dinamiche patrimoniali e finanziarie trascendono i confini nazionali, orientano le strutture criminali secondo criteri di razionalità imprenditoriale e le rendono largamente insensibili all'identità ed alle vicende giudiziarie dei singoli componenti.

Dai lavori preparatori emerge che al fine di contrastare più efficacemente la criminalità organizzata «incidendo su uno degli elementi sui quali la stessa è maggiormente vulnerabile, l'intervento consiste nel passaggio da un approccio incentrato sulla "pericolosità del soggetto" a una visione imperniata sulla formazione illecita del bene che, una volta reimmesso nel circuito economico, è in grado di alterare il sistema legale di circolazione della ricchezza, minando così alla radice le fondamenta di una economia di mercato».

La separazione del procedimento patrimoniale da quello personale conferma la tendenza a configurare il procedimento di prevenzione patrimoniale come lo strumento per eccellenza della lotta contro l'accumulazione dei patrimoni illeciti.

Le nuove norme mirano a soddisfare le esigenze di riforma emerse nella prassi applicativa e nei lavori della Commissione per la ricognizione ed il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata, istituita presso il Ministero della Giustizia con D.M. 15 ottobre 1998, la quale aveva dedicato un esame particolarmente approfondito al tema della confisca, tenendo conto anche delle indicazioni provenienti dagli strumenti internazionali.

Tra i punti qualificanti delle proposte elaborate dalla Commissione, vi era proprio la eliminazione del nesso di pregiudizialità tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali.

Si tratta di un indirizzo che risponde alle esigenze di effettività della normativa antimafia e di rafforzamento del consenso sociale nei confronti degli strumenti ablativi dei beni di matrice illecita, in una prospettiva di equo bilanciamento degli interessi. Ne esce potenziata la polifunzionalità della confisca, come strumento volto, da un lato, ad impedire che disponibilità economiche acquisite illecitamente vengano destinate ad alimentare ulteriori attività criminose o impiegate in attività di riciclaggio, e, dall'altro, a garantire la tutela dei principi (come la libertà di mercato, la libertà di concorrenza, la trasparenza) che devono presiedere al funzionamento del sistema economico (cfr. la relazione della Commissione, p. 7).

La recente riforma porta ad ulteriori sviluppi una linea di tendenza già da tempo manifestatasi nella realtà giurisprudenziale, dove il procedimento di prevenzione non è rimasto confinato entro i limiti di una funzione surrogatoria o alternativa rispetto all'intervento penale, ed è venuto sempre più a configurarsi come un "processo al patrimonio", condotto parallelamente al processo penale attraverso metodi probatori e criteri di giudizio più "elastici" rispetto alla rigida disciplina valevole per il dibattimento, ma comunque conformi alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

Le misure di prevenzione del sequestro e della confisca introdotte dalla Legge Rognoni-La Torre, considerate come un tassello essenziale nel quadro di una moderna strategia di lotta alla mafia, hanno attraversato negli ultimi anni una fase di intenso dinamismo che ha portato ad una vistosa trasformazione del loro ruolo all'interno del complessivo sistema dell'intervento patrimoniale.

Almeno nelle più interessanti esperienze applicative, il procedimento di prevenzione non è rimasto affatto circoscritto ad uno spazio "residuale" rispetto al processo penale; il suo

principale campo di applicazione non è più rappresentato da quelle situazioni “intermedie” nelle quali le acquisizioni probatorie superano lo stadio del mero sospetto ma non raggiungono ancora il livello di una vera e propria prova indiziaria.

Il controllo preventivo ha, invece, svolto essenzialmente una funzione complementare ed integrativa rispetto alla repressione penale. Le stesse situazioni concrete - riconducibili alle varie forme di inserimento organico o di concorso esterno o di attiva collaborazione con associazioni di tipo mafioso – hanno formato oggetto di un duplice intervento giurisdizionale, focalizzato rispettivamente sulla responsabilità personale e sugli aspetti patrimoniali. Il processo penale e il procedimento di prevenzione sono divenuti le due componenti di un sistema integrato di contrasto delle nuove forme di manifestazione del rapporto tra mafia ed economia.

L’**art. 3, comma 33**, modificando il quarto comma dell’art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (“Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”), amplia l’elenco degli oggetti cui si riferisce il divieto di possesso e di utilizzo di determinati beni imposto dal Questore, con l’avviso orale, nei confronti delle persone condannate in via definitiva per delitti non colposi.

**3.33. All’articolo 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, al quarto comma, dopo le parole: «sottrarsi ai controlli di polizia,» sono inserite le seguenti: «armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, altre armi o strumenti, in libera vendita, in grado di nebulizzare liquidi o miscele irritanti non idonei ad arrecare offesa alle persone, prodotti pirotecnici di qualsiasi tipo, nonché sostanze infiammabili e altri mezzi comunque idonei a provocare lo sprigionarsi delle fiamme».**

Tale divieto – che prima poteva riferirsi esclusivamente a qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, radar e visori notturni, giubbotti antiproiettile, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentarne la potenza o la capacità offensiva, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, nonché programmi informatici ed altri strumenti di cifratura o criptazione di conversazioni e messaggi – adesso può avere ad oggetto anche “armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, altre armi o strumenti, in libera vendita, in grado di nebulizzare liquidi o miscele irritanti non idonei ad arrecare offesa alle persone, prodotti pirotecnici di qualsiasi tipo, nonché sostanze infiammabili e altri mezzi comunque idonei a provocare lo sprigionarsi delle fiamme”.

Ai sensi del D.M. 9 agosto 2001 n. 362, rientrano nella categoria delle armi a modesta capacità offensiva, non assimilate alle comuni armi da sparo, le armi ad aria o a gas compressi, sia lunghe che corte, i cui proiettili sono dotati di un'energia cinetica, misurata all'origine, non superiore a 7,5 joule.

**45. Le modifiche alla normativa in materia di appalti.- L’art. 2, comma 19** introduce una complessa e importante normativa anti-racket, volta a sancire l'esclusione dagli appalti pubblici per gli imprenditori che non denuncino le estorsioni, apportando alcune modifiche all’art. 38 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice degli appalti).

**2.19. All'articolo 38 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) al comma 1, dopo la lettera *m-bis*) è aggiunta la seguente:**

**«*m-ter*) di cui alla precedente lettera *b*) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti alla autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio»;**

**b) dopo il comma 1 è inserito il seguente:**

**«*I-bis*. I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario».**

In particolare, la **lett. a)**, mediante l'inserimento della lettera *m-ter*) nel comma 1 dell'art. 38 del Codice degli appalti, amplia l'elenco di coloro che, a causa della mancanza di determinati requisiti di ordine generale, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, non possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, includendovi i soggetti "di cui alla precedente lettera *b*) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Ai fini della individuazione dei destinatari della causa di esclusione, la nuova norma richiama la lett. b) del medesimo articolo, che si riferisce ai soggetti "nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società".

Il suesposto rinvio normativo può interpretarsi nel senso che l'esclusione opera nei confronti:

- dell'impresa individuale, se l'omessa denuncia è attribuibile al titolare o al direttore tecnico;
- della società in nome collettivo, se l'omessa denuncia è attribuibile al socio o al direttore tecnico;
- della società in accomandita semplice, se l'omessa denuncia è attribuibile al socio accomandatario o al direttore tecnico;
- gli altri tipi di società, se l'omessa denuncia è attribuibile agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o al direttore tecnico.

Il presupposto richiesto per l'applicazione della causa di esclusione è una fattispecie complessa, formata da due comportamenti di diversa natura, ascrivibili a soggetti differenti. Occorrono, infatti:

- una condotta criminosa posta in essere da altri in danno dell'impresa (individuale o societaria), che deve essere stata vittima dei reati di concussione o di estorsione, aggravati in quanto commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;
- una condotta omissiva attribuibile alle suddette persone fisiche operanti per conto dell'impresa (individuale o societaria), le quali non devono avere denunciato i fatti all'autorità giudiziaria.

Le suindicate circostanze di fatto devono emergere dagli indizi posti alla base della richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato formulata, nei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando di gara, a carico dell'imputato. Quest'ultimo soggetto può identificarsi nell'autore della concussione o estorsione, ma anche in colui al quale vengono contestate le condotte criminose consistenti nella mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria (favoreggiamento personale, false dichiarazioni al pubblico ministero, falsa testimonianza, ecc.).

La norma prevede, inoltre, che il procuratore della Repubblica precedente comunichi le predette circostanze di fatto, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la denuncia, all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale deve curare la pubblicazione della comunicazione sul sito Internet dell'Osservatorio dei contratti pubblici.

E' stato, comunque, espressamente disposto che la causa di esclusione in esame non opera nelle ipotesi in cui l'omessa denuncia sia stata commessa nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa (ipotesi, queste, che sono prese in considerazione dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689).

La **lett. b)** del comma 19, mediante l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 38 del Codice degli appalti, ha inoltre stabilito che tutte le ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, dall'affidamento di subappalti, e dalla stipulazione dei relativi contratti, previste da tale norma, non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.

**46. Le modifiche all'ordinamento penitenziario.- L'art. 2, comma 25, della novella interviene sull'art. 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354, inasprendo nel complesso il regime detentivo speciale previsto dalla disposizione da ultima citata.**

**2.25. 1. All'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) al comma 1, le parole: «il Ministro di grazia e giustizia» sono sostituite dalle seguenti: «il Ministro della giustizia»;**

**b) al comma 2, primo periodo, dopo la parola: «4-bis» sono inserite le seguenti: «o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso»;**

**c) al comma 2, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis»;**

**d) il comma 2-bis è sostituito dal seguente:**

**«2-bis. Il provvedimento emesso ai sensi del comma 2 è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa»;**

**e) il comma 2-ter è abrogato;**

**f) al comma 2-quater:**

**1) nell'alinea, al primo periodo è premesso il seguente: «I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria» e nel primo periodo le parole: «può comportare» sono sostituite dalla seguente: «prevede»;**

**2) nella lettera b):**

**2.1) nel primo periodo, le parole: «in un numero non inferiore a uno e non superiore a due» sono sostituite dalle seguenti: «nel numero di uno»;**

2.2) nel terzo periodo, le parole: «I colloqui possono essere» sono sostituite dalle seguenti: «I colloqui vengono» e alle parole: «può essere autorizzato» sono premesse le seguenti: «solo per coloro che non effettuano colloqui»;

2.3) dopo il terzo periodo è inserito il seguente: «I colloqui sono comunque videoregistrati»;

2.4) nell'ultimo periodo, dopo le parole: «non si applicano ai colloqui con i difensori» sono aggiunte le seguenti: «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»;

3) nella lettera f), le parole: «cinque persone» sono sostituite dalle seguenti: «quattro persone», le parole: «quattro ore» sono sostituite dalle seguenti: «due ore» ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi»;

g) il comma 2-*quinquies* è sostituito dal seguente:

«2-*quinquies*. Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento»;

h) il comma 2-*sexies* è sostituito dal seguente:

«2-*sexies*. Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-*quinquies*, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento. All'udienza le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Repubblica di cui al comma 2-*bis* o del procuratore nazionale antimafia. Il procuratore nazionale antimafia, il procuratore di cui al comma 2-*bis*, il procuratore generale presso la corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Se il reclamo viene accolto, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo»;

i) dopo il comma 2-*sexies* è aggiunto il seguente:

«2-*septies*. Per la partecipazione del detenuto o dell'internato all'udienza si applicano le disposizioni di cui all'articolo 146-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

In particolare il legislatore ne ha ampliato i presupposti di applicazione, aggiungendo ad esempio all'elenco dei reati per cui il detenuto candidabile alla misura è stato condannato, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo

mafioso (in precedenza tale elenco, oltre al reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., comprendeva solo i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività dell'associazione) e chiarendo che in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare il regime continua ad applicarsi al detenuto che abbia già scontato la porzione di pena o di custodia cautelare imputabile ai reati presupposto che legittimavano l'adozione del provvedimento ex art. 41-*bis* (disposizione che consacra un principio già affermato dalla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, seppure con esclusivo riferimento all'espiazione parziale della pena: v. da ultime Sez. I 11 luglio 2008, p.g. in proc. Della Ventura, RV 240938 e Sez. I 9 gennaio 2009, Saponaro, RV 242842).

La novella attribuisce poi anche al Ministero dell'interno il potere di iniziativa per l'adozione del decreto ministeriale che lo dispone ed interviene sulla durata, sulla proroga e sulla procedura di impugnazione del medesimo provvedimento, ed, infine, inasprisce ulteriormente il contenuto delle restrizioni. Ad esempio i colloqui mensili fruibili dal detenuto sottoposto al regime speciale sono stati limitati ad uno soltanto ed è stato stabilito che gli stessi debbano essere comunque videoregistrati. In proposito il legislatore ha altresì provveduto ad introdurre delle limitazioni anche ai colloqui fruibili con i difensori (nell'assetto precedente del comma 2-*quater*, lett. b) dell'art. 41-*bis* non sottoposti a restrizioni), prevedendo che il detenuto abbia diritto in tal senso a tre colloqui settimanali, personali o telefonici, con il proprio difensore della stessa durata prevista per quelli con i familiari.

La novella ha inoltre abrogato il comma 2-*ter* dell'art. 41-*bis*, abolendo dunque la stessa possibilità di revoca anticipata del regime adottato, ed ha stabilito la competenza "nazionale" del Tribunale di sorveglianza di Roma a decidere sui reclami presentati verso i provvedimenti di adozione del regime speciale. In proposito è stato dunque raddoppiato il termine di presentazione del reclamo, che passa da dieci a venti giorni, mentre è rimasto immutato il termine per il ricorso in Cassazione ovvero la decisione sul reclamo (ricorso alla presentazione del quale sono stati altresì legittimati, oltre al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, anche il Procuratore Nazionale Antimafia ed il pubblico ministero sentito ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* al momento dell'adozione del provvedimento).

Infine è stato aggiunto all'art. 41-*bis* il comma 2-*septies*, il quale stabilisce che per la partecipazione del detenuto o dell'internato all'udienza si applicano le regole della partecipazione al dibattimento a distanza dettate dall'art. 146-*bis* disp. att. cod. proc. pen.

L'**art. 2, comma 27**, interviene, invece, a fini di coordinamento normativo, sull'articolo 4-*bis* della legge n. 354 del 1975, come da ultimo modificato dal d.l. n. 11 del 2009. La modifica è relativa alle condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei detenuti e internati per violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies*). Inoltre, sempre con finalità di coordinamento con il nuovo testo dell'articolo 4-*bis*, l'intervento ha riguardato ulteriori disposizioni dell'ordinamento penitenziario (tra le quali l'articolo 50, comma 2), nonché sul d.l. n. 152 del 1991. In proposito, si segnala che, così come formulata, la novella all'articolo 50, comma 2, o.p. (ammissione alla semilibertà) è formalmente riferibile soltanto al richiamo ai "delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis*" contenuto nel primo periodo e non anche all'analogo richiamo contenuto nel secondo periodo.

**2.27. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:**

**a) all'articolo 4-bis:**

**1) al comma 1, le parole: «, qualora ricorra anche la condizione di cui al comma 1-*quater* del presente articolo,» sono soppresse;**

**2) al comma 1-*quater*, le parole: «, qualora ricorra anche la condizione di cui al medesimo comma 1,» sono soppresse;**

**b) agli articoli 21, comma 1, 30-*ter*, comma 4, lettera c), 50, comma 2, 50-*bis*, comma 1, 58-*ter*, comma 1 e 58-*quater*, comma 5, le parole: «dei delitti indicati nel comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*.**

**2.28. All'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, le parole: «per i delitti indicati nel comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «per i delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*».**

Redattori: Luca Pistorelli e Antonio Balsamo

Il vice direttore  
(Domenico Carcano)