



**CONGRESSO STRAORDINARIO
TORINO 2/4 OTTOBRE 2009**

**CHI HA PAURA DELLA RIFORMA?
L'impegno delle Camere Penali contro chi lavora per il degrado del sistema**

V sezione di lavoro:

“Politica della sicurezza e legge penale”

Le linee di sviluppo che hanno orientato, negli ultimi anni, la politica criminale nel nostro Paese, appaiono ipotecate da matrici culturali ben lontane dal modello di *coercizione statale* 'nel senso della Costituzione', vale a dire orientato ai (e dai) diritti fondamentali.

Si tratta, peraltro, di un approccio non nuovo, avendo il diritto penale italiano già conosciuto fenomeni di espansione indebita della sua portata, originati da concezioni propagandistico/autoritarie.

Quel che tuttavia differenzia il referente di legittimazione della recente produzione legislativa è la sua dichiarata funzionalizzazione a tutelare una non meglio specificata esigenza di sicurezza. In altri termini, ha preso corpo l'idea secondo cui il diritto penale può e deve accreditarsi come strumento di protezione della sicurezza, la quale, di conseguenza, rappresenterebbe sia legittimo oggetto di tutela, sia punto di riferimento di una funzione essenziale del sistema punitivo.

L'U.C.P.I. ha già denunciato il pericolo che l'adesione a questa prospettiva determina per l'assetto delle garanzie individuali di derivazione liberal-democratica, oltre che per la stessa complessiva efficacia del sistema di controllo fondato sulla pena.

Ritiene - tuttavia - di dover ancora una volta sottolineare il profilarsi di questi rischi, considerato che l'obiettivo di costruire un *diritto penale della sicurezza* è divenuto un *topos* del discorso politico e si affaccia anche in talune, controverse posizioni teoriche, venutesi a delineare, soprattutto nell'ambito della dottrina tedesca e statunitense, a supporto della guerra totale al terrorismo dichiarata dopo l'attacco dell'11 settembre.

In questa prospettiva, l'U.C.P.I. ribadisce:

- 1) che la garanzia della sicurezza rappresenta una delle ragioni prime che, storicamente, sono all'origine dello Stato moderno e della sua legittimazione ad utilizzare il diritto nelle sue componenti di 'forza';
- 2) che, di conseguenza, la sicurezza così costruita assurge a pre-condizione di esercizio e di conservazione di tutti gli altri diritti, divenendo *ratio* costitutiva dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato;
- 3) che, nondimeno, da ciò non può farsi discendere la legittimità di un autonomo *diritto penale della sicurezza*, in quanto:

3.1 la sicurezza non può qualificarsi quale autonomo bene giuridico, distinto da ogni altra diversa entità di valore (libertà, diritto e/o interesse), di cui potrebbe forse specificare un mero grado della tutela;

3.1.1. essa potrebbe, infatti, essere intesa, per un verso, come *assenza di paura* circa i rischi di aggressione ai propri beni fondamentali, per l'altro, quale pretesa di conseguire la massima tutela possibile della integrità delle proprie libertà e diritti, finalizzata ad annullarne ogni ipotetico pericolo di menomazione, anche se minima.

3.1.1.2. Sennonché, nell'una ipotesi, la sicurezza manifesterebbe una identità irriducibile ai requisiti minimi che definiscono la nozione critico/liberale di bene giuridico, quella che – secondo un assunto largamente ricevuto nella cultura penalistica occidentale – rinvia ad entità di valore *offendibili e tutelabili*, cui, dunque, risultano coesenziali sostrati empirico-materiali idonei a consentirne operazioni di *verificazione/falsificazione* nella cornice di ordinamenti processuali fondati sul contraddittorio e sulla struttura dialettica della decisione;

3.1.1.3. nell'altro caso, essa condurrebbe alla fondazione di un vero e proprio *diritto penale della prevenzione*.

3.2. Tale modello di intervento coercitivo svela – di primo acchito – tratti inquietanti di concezioni pre-moderne. In primo luogo, in quanto dimentica la nobile lezione, di ascendenza liberale e democratica, secondo cui il diritto penale deve rappresentare la "*extrema ratio* della politica sociale", minimizzando i costi, collettivi ed individuali, che si accompagnano all'operatività dei suoi strumenti. Esso, poi, si caratterizza per il ricorso sistematico a tecniche di anticipazione della tutela fondate sull'incriminazione di generiche *situazioni rischiose*, che dissolvono lo stesso *paradigma del pericolo*, segnando lo svuotamento dei parametri della *offensività, causalità e colpevolezza*, con

l'ulteriore conseguenza della perdita di significato epistemico delle garanzie in tema di procedimento probatorio. In *questo* diritto penale, non troverebbe più diritto di cittadinanza neppure l'aspirazione, connotata da rango costituzionale, di costruire un sistema sanzionatorio orientato in chiave personalistica, attento cioè ad esigenze di proporzione tra misura della pena (nelle varie articolazioni *edittali*, *giudiziali* ed *esecutive*) e gravità dell'illecito e, perciò, capace di propiziare esiti di prevenzione positiva, generale e speciale; vale a dire, un sistema sanzionatorio attraverso cui l'ordinamento favorisce la spontanea osservanza del diritto agevolandone la percezione di legittimità e giustizia nell'ambito della collettività.

Orbene, nel solco delineato da tali coordinate si inseriscono anche i pacchetti sicurezza approvati nel corso della presente legislatura. Rinviano al documento illustrativo redatto dalla Giunta dell'U.C.P.I. a commento del D.L. 92/2008, in questa sede appare opportuno ed utile mettere in luce – in coerenza con l'impostazione generale esposta in premessa – gli aspetti maggiormente critici della legge 15 luglio 2009 n. 94, rubricata *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

Le novità in materia di immigrazione

Come già il D.L. 92/2008, anche il provvedimento in esame sembra individuare la causa principale dell'insicurezza collettiva – meglio, del sentimento di insicurezza collettiva – nel fenomeno migratorio. Nonostante la dichiarata volontà di agevolare l'integrazione degli stranieri regolari, le norme che li riguardano sembrano, in realtà, introdurre ostacoli al processo di regolarizzazione; parlano in questo senso l'introduzione di tributi per il rilascio e/o il rinnovo del permesso di soggiorno, le restrizioni alla disciplina sui ricongiungimenti familiari, i nuovi limiti previsti per l'ottenimento della cittadinanza.

Esplicita invece la volontà di contrasto all'immigrazione clandestina.

L'intervento forse più emblematico della politica di esclusione sociale che il governo sta attuando nei confronti degli stranieri irregolari è la modifica apportata all'art. 6, comma 2, D.Lgs. 286/1998, che impone l'esibizione del permesso di soggiorno agli uffici della pubblica amministrazione, per l'accesso a qualunque prestazione o servizio pubblico (anche se con l'importante eccezione dei servizi sanitari essenziali e delle prestazioni scolastiche obbligatorie): ciò significa, ad esempio, che il clandestino non potrà più riconoscere i figli, ovvero registrare la morte di un familiare e neppure sposarsi, tenuto conto che, ora, l'art. 116 c.c. subordina il matrimonio dello straniero all'attestazione della regolarità del soggiorno.

È, così, possibile osservare che – agli occhi dell'ordinamento – lo straniero irregolare rappresenta un nemico dello Stato o se si preferisce una 'non-persona', non meritevole di fruire dei diritti e delle garanzie fondamentali: attorno a lui si vuole fare 'terra bruciata', costringendolo, in tal modo, a perpetuare la sua condizione di clandestinità.

Il reato di immigrazione clandestina

Sul piano strettamente penalistico, la più rilevante novità – per gli indubbi significati politico/culturali che assume – è costituita dalla introduzione del reato di immigrazione clandestina. Secondo quanto stabilito dall'art. 10 bis, D.Lgs. 286/1998 (Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato), è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro 'lo straniero che fa ingresso o che si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, nonchè dell'art. 1, l. 28 maggio 2007, n. 68'. La contravvenzione è attribuita alla competenza del giudice di pace, sulla base del nuovo rito (introdotto negli artt. 20 bis, ter e 32 bis, D.Lgs. 274/2000) di 'presentazione immediata

a giudizio dell'imputato". Il reato non riguarda il cittadino comunitario, poichè lo "straniero" cui si riferisce l'art. 10 bis è solo l'apolide e il cittadino extracomunitario, essendo queste le categorie di soggetti ai quali si applicano espressamente le norme richiamate nel precetto.

Quanto alla condotta, la norma punisce sia l'ingresso illegale (dunque il fatto di chi entra nel territorio dello Stato in assenza di un documento legittimante il soggiorno o di chi, entrato con un visto per un soggiorno di breve durata, non dichiara la sua presenza ai sensi della l. 68/2007), sia la permanenza illegale (ossia il fatto di chi, entrato regolarmente, si trattiene nel territorio dello Stato anche quando il titolo legittimante il soggiorno abbia perso validità, perché ad esempio scaduto o revocato).

Alla luce dell'art. 16, D.Lgs. 286/1998, in caso di condanna per il nuovo reato la pena dell'ammenda può essere sostituita con l'espulsione, nei casi in cui essa sia immediatamente eseguibile. In caso contrario, lo straniero irregolare, eventualmente trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione (per un periodo che ora può durare sino a sei mesi), sarà condannato all'ammenda con il divieto di oblazione.

È difficile ipotizzare che un tale divieto sia di per sé sufficiente ad assicurare effettività ad una pena che rimarrà, nella stragrande maggioranza dei casi, insoluta.

In ogni caso, sembra profilarsi un contrasto, in generale, coi principi che delineano il volto costituzionale di un diritto penale orientato alla cultura dello *stato sociale di diritto*, e, tra essi, in particolare col principio costituzionale di ragionevolezza: è vietata l'oblazione per una contravvenzione punita con la sola ammenda, quando invece ne è consentita l'applicazione, ai sensi dell'art. 162 bis, c.p. per contravvenzioni punite in via alternativa con l'arresto e con l'ammenda (necessariamente cariche, quindi, di un maggior disvalore). Né potranno servire a conferire effettività all'ammenda le pene di conversione previste dall'art. 55, comma 4, D.Lgs. 274/2000 per le ipotesi di insolvenza del condannato: la permanenza domiciliare e il lavoro sostitutivo sono, invero, inconciliabili con la condizione dello straniero irregolare.

Arduo, dunque, condividere l'ottimismo del Ministro della giustizia, che si è detto "fiducioso che la norma avrà effetti dissuasivi e che indurrà i migranti a percorrere altre rotte marine in direzione di altri paesi e di altri stati".

In realtà, il vero scopo del reato di immigrazione clandestina è emerso con chiarezza dal dibattito parlamentare: esso non risiede, tanto, nel contenimento dei flussi migratori, quanto, nel "determinare il presupposto più efficace per una immediata espulsione".

Tutta la disciplina dell'art. 10 bis, in effetti, è finalizzata a questo obiettivo. In tal senso, depono le previsioni secondo cui: a) l'espulsione può sostituire la pena pecuniaria in sede di condanna; b) lo straniero, imputato per il reato di clandestinità, possa essere espulso anche senza nulla osta giudiziario, generalmente richiesto per l'espulsione dei soggetti sottoposti a procedimento penale; c) il procedimento si chiude con sentenza di non luogo a procedere, qualora l'imputato venga espulso.

Ciò nonostante, si può fondatamente escludere che il nuovo reato sia un presupposto efficace per incrementare le espulsioni: da un lato, l'art. 10 bis non amplia i casi in cui può essere pronunciata l'espulsione (quelli contemplati dalla nuova norma coincidono con quelli per cui è già possibile emettere un provvedimento amministrativo di espulsione); dall'altro, la nuova previsione non elimina alcuno degli ostacoli che, ad oggi, impediscono l'effettiva esecuzione dei provvedimenti (tra questi, oltre al problema dei costi, le difficoltà di accertamento dell'identità e della nazionalità del soggetto e la mancata cooperazione al rimpatrio da parte del Paese di provenienza dello straniero). Insomma, il numero degli stranieri accompagnati alla frontiera (oggi pari circa al 36% dei destinatari dei provvedimenti di espulsione o di respingimento) non sembra poter aumentare per effetto dell'introduzione della nuova, inquietante fattispecie criminosa di clandestinità.

Ben altri saranno, con ogni probabilità, gli effetti di tale figura di reato: il più immediato consisterà (come si sta già incaricando di evidenziare la prassi) in un ulteriore ingolfamento degli uffici giudiziari, con conseguente accrescimento dei tassi ineffettività del sistema globale di giustizia penale. Quello, invece, più subdolo finirà per costringere il clandestino a vivere nell'ombra, con la conseguente sua esclusione da ogni circuito sociale di legalità ed integrazione: quale autore di un reato *permanente*, egli sarà indotto ad evitare qualsiasi contatto con quanti – pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio – sono obbligati *ex lege* alla denuncia dei reati di cui abbiano notizia.

È questo il portato della modifica dell'art. 6 del t.u., cui si è accennato, che impone la presentazione del permesso di soggiorno per l'accesso alle prestazioni e ai servizi pubblici.

Le modifiche agli altri reati contenuti nel D.Lgs. 286/1998

La sensazione che il legislatore abbia impugnato impietosamente l'arma del diritto penale contro il clandestino emerge, oltre che dall'introduzione del reato di immigrazione clandestina, dal generale inasprimento delle fattispecie di reato contenute nel testo unico.

Le modifiche apportate dalla legge al decreto legislativo 286/1998 possono qui di seguito essere rammentate:

- viene raddoppiata la pena per il reato di mancata esibizione del passaporto, del documento di identificazione, del permesso, della carta di soggiorno o anche, da ora, di “altro documento attestante la regolare presenza in Italia” agli ufficiali e agli agenti di pubblica sicurezza che ne facciano richiesta: la nuova sanzione prevista è quella dell'arresto fino ad 1 anno e dell'ammenda fino a 2000 euro (in luogo dell'originario arresto fino a 6 mesi e dell'ammenda fino a 413 euro) (art. 6, comma 3);
- l'utilizzazione da parte dello straniero di un visto o di un permesso di soggiorno contraffatto viene equiparata alla condotta del “falsario”, con la previsione del medesimo severo trattamento sanzionatorio, consistente nella reclusione da uno a cinque anni (art. 5, comma 8 bis);
- i reati di trasgressione all'ordine di espulsione sono stati estesi anche a nuove ipotesi, con la previsione di pene in parte più severe e con la trasformazione in delitto delle fattispecie contravvenzionali (art. 14, comma 5 *ter* e *quater*);
- il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12) è stato completamente riscritto: il comma 1 prevede il reato-base, il comma 3 le ipotesi aggravate (tra le nuove aggravanti figura anche il fine di profitto, che non costituirebbe più oggetto del dolo specifico). Anche in questo caso, le pene sono state – sia pur lievemente – aumentate.

Le disposizioni a tutela dei soggetti deboli

Del tutto coerentemente con il dichiarato obiettivo di tutelare il “sentimento di insicurezza collettiva, specialmente tra gli strati più poveri e deboli della collettività nazionale”, il legislatore ha introdotto nuove circostanze aggravanti e nuove ipotesi di reato, per i casi in cui i fatti criminosi siano commessi a danno di anziani ovvero di soggetti in minore età .

Le nuove aggravanti

Una prima modifica riguarda la circostanza della c.d. minorata difesa, che è ora espressamente riferita anche all'età della vittima: secondo il nuovo art. 61, n. 5, c.p., aggrava il reato “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”; per la sua genericità,

l'espressione deve intendersi riferita sia all'età senile, sia a quella infantile. Seguendo l'interpretazione usualmente accolta, le circostanze cui fa riferimento la disposizione - e dunque, da ora, anche l'età - assumono rilevanza non in quanto tali, ma solo qualora si accerti che da esse sia dipesa la diminuita capacità di difendersi della vittima: in adesione a questo punto di vista, non si fa fatica a cogliere il carattere di norma-manifesto della nuova previsione, atteso che essa non comporta alcuna significativa novità, avendo la giurisprudenza sempre ricompreso l'età, senile ed infantile, tra i fattori che possono determinare una situazione di particolare vulnerabilità della vittima.

Nell'intento di colpire il fenomeno delle truffe in danno degli anziani "che costituiscono troppo spesso un facile bersaglio per i criminali", l'art. 61, n. 5, c.p. viene ora richiamato dall'art. 640, comma 2, n. 2 *bis*, c.p., tra le circostanze aggravanti speciali del delitto di truffa, da cui derivano la reclusione da uno a cinque anni e la multa da 309 a 1549 euro.

Riguarda, invece, specificamente le vittime minori di età, la nuova circostanza aggravante comune inserita nel corpo dell'art. 61, n. 11 *ter* c.p., che contempla l'ipotesi della commissione di un delitto contro la persona "ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione". Una circostanza analoga è prevista nel nostro ordinamento come aggravante del reato di induzione all'uso di stupefacenti (art. 82 t.u. stup.). Tuttavia, mentre in quest'ultimo settore, l'aumento di pena trova giustificazione nel fatto che il fenomeno dell'iniziazione all'uso delle droghe avviene frequentemente negli ambiti spaziali ivi indicati, la previsione di un'aggravante a così ampio raggio, legata al luogo di realizzazione del fatto, lascia perplessi in ordine alla sua ragionevolezza.

Auspicabile sarebbe il diffondersi di un'interpretazione conforme al principio di ragionevolezza, da cui dovrebbe scaturire una lettura restrittiva della norma: in questa prospettiva, l'aggravante sarebbe configurabile solo qualora il contesto spaziale preso in considerazione denoti in concreto la maggiore gravità del fatto.

Di conseguenza, sarebbe da escludere l'aumento di pena per un delitto realizzato nelle adiacenze di un edificio scolastico chiuso, ovvero commesso ai danni di un minore che non frequenti quella scuola e che solo occasionalmente si sia venuto a trovare nelle adiacenze dell'edificio.

La vicinanza agli edifici scolastici costituisce poi il contenuto di circostanze aggravanti speciali:

- dei reati di porto d'armi: gli artt. 4, l. 895/1967 e 4 l. 110/1975 (modificati anche per altri aspetti dal d.d.l. in esame) richiamano espressamente la disposizione di cui all'art. 61 n. 11 *ter*; c.p.
- della violenza sessuale: in questo caso l'aggravante, introdotta nell'art. 609 *ter*, c.p. n. 5 *bis* sussiste indipendentemente dall'età della persona offesa, quindi anche nei confronti degli adulti.

Non agli edifici scolastici, ma ai luoghi "abitualmente frequentati dai minori" fa riferimento invece la circostanza speciale prevista, per il delitto di atti osceni, nell'art. 527 c.p.: una circostanza che potrà essere contestata solo qualora "da essa derivi il pericolo che i minori vi assistano".

Altre aggravanti speciali legate alla minore età della persona offesa sono poi previste nei nuovi commi 2 e 3 dell'art. 605 c.p., per il caso di sequestro di un minore; il comma 4 prevede l'ergastolo se "il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato" (sembra pacifico, nonostante l'ambiguità della formulazione, che l'ipotesi debba riferirsi alla causazione dolosa della morte del minore, sulla falsariga di quanto disposto dal comma 3 dell'art. 630 c.p. in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione). Sempre in relazione al sequestro di minore, l'art. 605 introduce al comma 5 delle attenuanti in caso di condotte collaborative dell'autore del fatto.

Riguarda poi sia i minori, che i soggetti incapaci, o comunque affetti da infermità o deficienza psichica, la modifica dell'art. 112 c.p.: la circostanza ivi prevista a carico di chi li abbia determinati alla commissione del reato o se ne sia avvalso, si applica ora a tutti coloro che abbiano comunque concorso con tali soggetti.

Infine, l'aggravante di cui all'art. 36, l. 104/1992, prevista a carico di chi abbia commesso uno dei delitti contro la persona di cui al titolo XII c.p. (o un altro dei delitti specificamente indicati nella norma) a danno di soggetti disabili, è estesa a tutti i delitti contro il patrimonio di cui al titolo XIII del codice penale.

Le nuove norme incriminatrici a tutela del minore

Una prima fattispecie introdotta dal legislatore è l'art. 574 bis c.p., che riguarda la sottrazione internazionale di minori: la norma è indirizzata, in buona sostanza, a contrastare il fenomeno crescente del "rapimento" e del trattenimento del figlio in uno Stato estero da parte di uno dei genitori senza il consenso dell'altro. Le ipotesi previste dalla nuova disposizione ricalcano le condotte descritte negli artt. 573 e 574 c.p., relative alla sottrazione consensuale di minore ed alla sottrazione di incapace, differenziandosene: a) per la procedibilità che, nel caso dell'art. 574 bis, è d'ufficio; b) per il più severo trattamento sanzionatorio; c) per la previsione della pena accessoria della sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale (laddove il fatto sia commesso dal genitore a danno del figlio).

All'art. 600 *octies*, c.p. è poi introdotto il delitto di impiego di minori nell'accontonaggio: non si tratta di una nuova figura di reato, bensì del trasferimento tra i delitti contro la libertà individuale di un'ipotesi prevista come contravvenzione nell'art. 671 c.p. (che viene abrogato).

La nuova norma si differenzia dalla pregressa ipotesi contravvenzionale per il trattamento sanzionatorio: si passa dall'arresto da tre mesi ad un anno alla reclusione fino a tre anni. Ove, poi, il fatto sia commesso dal genitore, l'art. 602 bis c.p. prevede che la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale sia sostituita con la sanzione della relativa decadenza; e il carattere automatico di questa più grave pena accessoria impone indefettibilmente al giudice l'allontanamento del figlio dal genitore, precludendogli una più opportuna valutazione in concreto dell'interesse del minore.

Le disposizioni in tema di sicurezza e di decoro urbano

Tra le misure maggiormente controverse della crociata normativa a difesa della sicurezza urbana figura l'istituzione delle c.d. ronde. Nel pacchetto si prevede che "al fine di promuovere il senso di legalità e di appartenenza dei cittadini alla collettività" sia attribuita ad associazioni volontarie la possibilità di collaborare con gli enti locali alla tutela della sicurezza urbana; per le medesime ragioni, si conferisce al personale adibito al controllo delle attività di spettacolo in luoghi aperti al pubblico o in pubblici esercizi (i c.d. "servizi d'ordine") un generico potere di "agire a tutela dell'incolumità dei presenti". Con questo "congegno", lo Stato delega a gruppi di volontari la delicatissima funzione del controllo del territorio; inoltre, perseverando in una logora linea di politica criminale, insiste nel minacciare pene connotate da sempre maggiore severità nei confronti degli autori della criminalità da strada.

A questo fine è stata introdotta una nuova aggravante per il furto (art. 625, comma 8 bis e ter c.p.), per la rapina (art. 628, comma 8 ter e quater c.p.) e per i reati di porto abusivo di armi (art. 4, l. 895/1967 e 110/1975) qualora il fatto sia commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto o 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 bancomat.

Nella medesima logica, si colloca la disposizione che ha innalzato a sei mesi il minimo della reclusione per il reato di violazione di domicilio (art. 614 c.p.).

Altre norme del provvedimento sono dirette a tutelare il decoro urbano: sono così previsti alcuni illeciti amministrativi per chi vende vernice spray ai minori o per chi "insozza le pubbliche vie". Per quanto riguarda gli interventi sul piano

del diritto penale, vengono introdotte alcune modifiche ai delitti di danneggiamento e di deturpamento. La novità in materia di danneggiamento, oltre all'estensione dell'aggravante di cui all'art. 635, comma 2, c.p. ai fatti commessi su "immobili i cui lavori di costruzione, ristrutturazione, recupero o risanamento sono in corso o risultano ultimati" (espressione che, presa alla lettera, potrebbe riferirsi a qualsiasi immobile), riguarda la particolare disciplina della sospensione condizionale della pena: si stabilisce, infatti, che la sua applicazione è subordinata, sin dalla prima concessione, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività. Un esperimento che, se dovesse dare buona prova di sé, potrebbe preludere ad un più generale ripensamento della sospensione condizionale della pena.

Viene modificata anche la fattispecie di deturpamento, di cui all'art. 639 c.p.: nel comma 1 è disciplinata l'ipotesi base, relativa a fatti commessi su beni mobili e procedibile a querela; nel comma 2, è prevista invece l'ipotesi aggravata, procedibile d'ufficio, relativa a fatti commessi su beni immobili o su mezzi di trasporto pubblici o privati.

Sono poi previsti ulteriori aumenti di pena per fatti commessi su cose di interesse storico o artistico o in caso di recidiva specifica.

Sulla reintroduzione del delitto di oltraggio

Dubbi di illegittimità costituzionale sorgono anche in merito alla discutibile decisione del legislatore del 2009 di reinserire nell'art. 341 *bis* c.p. nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione il delitto di *oltraggio a pubblico ufficiale*, depenalizzato appena dieci anni fa con la legge 205/99 proprio per far fronte alle tante critiche piovute nel corso degli anni circa la sua compatibilità con i principi della nostra Carta fondamentale.

Nonostante il leggero *restyling* dell'art. 341 *bis* c.p. rispetto al suo predecessore e la sua rimodulazione sulla falsariga del delitto di diffamazione (è stata prevista quale elemento costitutivo della nuova fattispecie la presenza di più persone al momento dell'oltraggio), restano inalterate le obiezioni circa la sua legittimità costituzionale.

Ed, infatti, non sembrano sussistere, al giorno d'oggi, in un moderno Stato democratico di diritto, *ragioni* valide e solide che possano *legittimare l'inasprimento della risposta punitiva* nel caso di oltraggio al p.u. sulla base della mera qualifica personale del soggetto passivo del reato.

Una simile differenziazione trovava la sua *ratio* giustificatrice nel diverso *humus* giuridico ed ideologico in cui era stato forgiato l'originario art. 341 c.p., dove, in sintonia con le convinzioni autoritarie del regime fascista, si riteneva che l'oltraggio rivolto al p.u. offendesse prima ancora che un interesse individuale quale il suo onore, un interesse di rango pubblico quale il prestigio ed il decoro della Pubblica amministrazione. In quest'ottica, nella deprecabile tendenza allora invalsa alla *'pubblicizzazione dei beni giuridici'*, assurgeva a rango di bene giuridico non il sentimento personale dell'autostima e dell'onore della persona oltraggiata, bensì quello pubblico-statale del rispetto dovuto alle persone dotate della qualifica di p.u. sulla base della posizione di supremazia loro riconosciuta all'interno dell'ordinamento.

Diversamente, in un contesto diametralmente opposto quale quello odierno, dove si ritiene che il bene giuridico protetto nei delitti contro la P.A. sia rinvenibile nell'art. 97 Cost. e consista nel suo buon andamento, non sembra esserci più spazio per una opzione politico-criminale di questo segno.

L'attuale art. 341 *bis* c.p. risulta, quindi, manifestamente illegittimo poiché si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost.

Sotto il primo profilo, difatti, questa nuova fattispecie risulta *palesamente irragionevole*, dal momento che fa dipendere il diverso calibro della pena edittale unicamente dalla peculiare qualifica soggettiva del soggetto passivo, soggetto che

(a differenza di un minore o di un invalido) non risulta, però, in alcun modo bisognoso di una differente e più rigida protezione da questo tipo di aggressioni verbali, per di più già garantita dalle aggravanti comuni.

Sotto il secondo profilo, quello del contrasto con l'art. 27, comma 3 Cost. la cornice edittale non riesce ad assolvere coerenti *finalità di special e general-prevenzione positiva*, essendo nettamente sproporzionata rispetto al disvalore sociale del fatto che nella sostanza è identico a quello di una diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 5 c.p.

A tal proposito si deve rilevare, inoltre, che già in passato, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della precedente fattispecie di oltraggio di cui all'art. 341 c.p., una prima volta rilevando la «effettiva sproporzione fra sanzione comminata e disvalore del fatto», ma rigettando la questione, reputandola inerente alla sfera delle scelte di discrezionalità politica del legislatore (ordinanza n. 323 del 1988); ed una seconda volta, con la sent. 341/1994 accogliendo la questione di legittimità dell'art. 341 c.p. nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la pena detentiva di sei mesi reputata eccessiva ed irragionevole per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost.

Le considerazioni svolte in quella occasione dalla Corte nella parte motiva della sentenza n. 341/1994 sembrano contenere interessanti spunti per la riproposizione con esito positivo della q.l.c. circa il nuovo art. 341 *bis* c.p., tenendo conto che da allora il principio di ragionevolezza invocato all'epoca dalla Corte costituzionale è assurto nella giurisprudenza costituzionale, sempre più consolidatamente, al rango di principio costituzionale di rango primario direttamente giustiziabile (da ultimo cfr. C. cost. 394/2006).

In tale sentenza i giudici della Consulta rilevarono che, pur essendo vero che (in virtù del principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale) non spetta «alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie, tuttavia, (...) rimane il compito di verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza. In particolare, con la sentenza n. 409 del 1989 la Corte ha definitivamente chiarito che "il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; .. le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza" (v. pure nello stesso senso sentenze nn. 343 e 422 del 1993). Infatti, più in generale, "il principio di proporzionalità nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni" (sentenza n. 409 del 1989)».

Inoltre, una eventuale questione di illegittimità costituzionale dell'art. 341 *bis* c.p. troverebbe accoglimento anche sotto il secondo profilo, poiché com'è noto la Corte in molteplici recenti decisioni «ha maturato la convinzione che la finalità rieducativa della pena non sia limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisca "una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue": tale finalità rieducativa implica pertanto un costante "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (sentenza n. 313 del 1990; v. pure sentenza n. 343 del 1993, confermata dalla sentenza n. 422 del 1993).

Sulla irragionevolezza della speciale ipotesi di estinzione del reato ex art. 341 bis comma 3 c.p.

I possibili profili di illegittimità costituzionale dell'art. 341 *bis* c.p. non concernono, però, la sola novellata fattispecie dell'oltraggio, ma si estendono anche alla *speciale ipotesi di non punibilità* per essa introdotta nel comma 3 dell'art. 341 *bis* c.p., prevedendo che «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».

Questa peculiare causa estintiva del delitto *de quo* risulta essere l'ennesima dimostrazione del cattivo e disinvolto uso da parte del legislatore del delicato strumento della 'non punibilità'. Le cause estintive del reato incentrate sulla reintegrazione del danno da parte del reo devono essere utilizzate dal legislatore in maniera razionale per poter contribuire a rafforzare il messaggio special e general-preventivo della pena minacciata edittalmente dalla fattispecie a cui sono correlate. Diversamente tali ipotesi estintive risultano essere manifestamente illegittime per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., come nel caso di specie.

Sotto il primo profilo si presenta, difatti, *apertamente irragionevole* la scelta di ritenere estinguibile tale delitto attraverso il pagamento di una somma di denaro sia alla persona offesa, sia all'ente. Non si capisce, invero, quale possa essere la *ratio* di una simile opzione politico-criminale, dal momento che il delitto in questione non risulta un delitto '*monetizzabile*' più di tanti altri delitti contro la persona o contro la p.a.; vale a dire, che *non esiste alcun valido fondamento* in grado di giustificare la deroga operata in questa occasione alla regola generale stabilita nell'art. 62, n. 6 c.p. per il pentimento operoso, in base alla quale esso ha un mero valore di circostanza attenuante e non di ipotesi di non punibilità, e rispetto all'art. 162 c.p. in base al quale sono estinguibili tramite il pagamento di una somma pecuniaria unicamente le contravvenzioni.

A corroborare i dubbi circa la manifesta irragionevolezza di questa opzione politico-criminale di favore contribuisce anche la valutazione come *tertium comparationis* dell'analoga fattispecie della diffamazione di cui all'art. 594 c.p., rispetto alla quale il legislatore non prevede alcuna ipotesi estintiva di questo segno e rispetto alla quale, dunque, l'introduzione di una disposizione di questo tenore risulta manifestamente irragionevole.

Inoltre, una previsione di questo tipo non sembra idonea a tendere alla rieducazione del condannato ai sensi dell'art. 27, comma 3 Cost., ma si presta solo a rendere monetizzabile il reato e ad attribuire una sorta di libertà di delinquere all'autore disposto a risarcire il danno: la causa estintiva in esame, difatti, non lascia margini di discrezionalità al giudice, ma opera in maniera automatica in presenza della constatazione del risarcimento ed a prescindere dalla recidiva.

Torino, 1 ottobre 2009