

**DOTTRINA**

LEONARDO MAZZA – Investigazioni difensive e giusto processo  
regolato dalla legge . . . . . 767

LEONARDO DEGL’INNOCENTI, FRANCESCO FALDI – I delitti ostativi  
nell’ordinamento penitenziario . . . . . 777

**GIURISPRUDENZA**

CASSAZIONE PENALE

MASSIMARIO

Abbandono di persone minori o incapaci – Condotta di abbandono – Direttore amministrativo di una residenza sanitaria assistenziale – Adozione delle misure organizzative e strutturali compatibili con la normativa di settore – Mancata adozione di misure di contenzione meccanica – Responsabilità – Esclusione – Fattispecie. . . . . 807

Armi – Detenzione abusiva – Pluralità di armi di differente tipologia detenute illegalmente – Condotta accertata in un unico contesto – Configurazione di autonomi reati per ciascuna categoria di armi – Sussistenza – Fattispecie (con nota di EVA MARIUCCI, *La detenzione illegale di armi di differente tipologia*). . . . . 809

Causalità (rapporto di) – Obbligo giuridico di impedire l’evento – Infermiere – Posizione di garanzia – Fattispecie. . . . . 810

Falsità in atti – Soppressione, distruzione e occultamento di atti veri – Ente pubblico – Elaborati delle prove di selezione del personale e “curricula” dei candidati – Inserimento nell’archivio corrente dell’ente – Distruzione – Reato di cui all’art. 490 cod. pen. – Configurabilità – Fattispecie. . . . .	812
Legge penale – Territorialità – In genere – Reato comune commesso all’estero dallo straniero in danno dello straniero – Connessione con reati in relazione ai quali sussiste la giurisdizione italiana – Giurisdizione italiana – Esclusione – Fattispecie. . . . .	813
Oltraggio – Riparazione del danno – Invocata estinzione del reato – Interesse dell’imputato ad impugnare a fronte della declaratoria di estinzione per tenuità del fatto – Ragioni. . . . .	815
Reati contro la pubblica amministrazione – Nozione di persona incaricata di pubblico servizio – Dirigenti e rappresentanti di azienda speciale prevista dall’art. 114, d.lgs. n. 267 del 2000 – Qualifica – Incaricati di pubblico servizio – Ragioni – Fattispecie. . . . .	817
Omicidio – Omicidio colposo – Aggravante della violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale – Violazione da parte del proprietario della strada dell’art. 14 cod. strada – Sussistenza della circostanza aggravante – Fattispecie. . . . .	819
Omicidio – Omicidio colposo – In genere – Omicidio stradale aggravato dalla fuga – Reato di omessa prestazione di assistenza stradale – Concorso tra i due reati – Ammissibilità – Ragioni. . . . .	821
Recidiva – Reati della stessa indole – Nozione – Fattispecie. . . . .	822
Resistenza a pubblico ufficiale – In genere – Carabiniere che usi violenza nei confronti di colleghi di grado inferiore in opposizione all’espletamento di un servizio di ordine pubblico – Resistenza a pubblico ufficiale – Sussistenza – Violenza contro un inferiore – Esclusione – Ragioni. . . . .	823
Resistenza a pubblico ufficiale – In genere – Inseguimento delle forze di polizia – Condotta di guida volta a intimorire gli inseguitori – Reato – Configurabilità. . . . .	824

Sicurezza pubblica – Stranieri – Reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina – Fattispecie qualificata dal fine di profitto – Natura patrimoniale del profitto – Necessità – Profitto indiretto – Nozione – Fattispecie. . . . .	826
Sospensione del processo e messa alla prova – In genere – Presupposti – Valutazione del fatto commesso ai fini della formulazione del giudizio prognostico positivo – Necessità – Fattispecie. . . . .	827
Stupefacenti – Coltivazioni di piante da stupefacenti – Coltivazione domestica – Rilevanza penale – Esclusione – Condizioni. . . . .	828
Violazione degli obblighi di assistenza familiare – Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza – Art. 570-bis cod. pen. – Divorzio – Obbligo di mantenimento – Successivo accordo transattivo modificativo delle statuizioni patrimoniali – Omessa omologazione in sede civile – Rilevanza – Conseguenze – Fattispecie. . . . .	850
Violazione degli obblighi di assistenza familiare – Violazione degli obblighi economici – Fattispecie previste dall’art. 570, comma secondo, cod. pen. – Natura autonoma rispetto a quelle di cui all’art. 570, comma primo, cod. pen. – Sussistenza – Conseguenze – Indicazione. . . . .	851

#### NOTE A SENTENZA

EVA MARIUCCI – La detenzione illegale di armi di differente tipologia . . . . .	860
---	-----

#### QUESTIONI E COMMENTI

DORA PETROLINO – Dalla Polizia Femminile alle donne in polizia . . . . .	877
--	-----

#### I LIBRI

##### ANTOLOGIA DI RIVISTE

Giornale di diritto amministrativo, n. 5/2019. . . . .	897
--	-----

Giurisprudenza Italiana, n. 5, maggio 2019; n. 6 giugno 2019; n.  
7 luglio 2019. . . . . 90I

**RECENSIONI**

ANTONIO CAVALIERE e VALENTINA MASARONE (a cura di), *L'inci-  
denza delle recensioni quadro, direttive e convenzioni europee sul  
diritto penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,  
2018, pagg. 422, € 46. . . . . 90II

**LEGGI, DECRETI E CIRCOLARI**

**LEGGI E DECRETI**

Violazioni finanziarie – Misure di contrasto all'evasione fiscale  
e contributiva ed alle frodi fiscali – Disposizioni urgenti in  
materia fiscale e per esigenze indifferibili. Decreto–legge  
26 ottobre 2019, n.124 (in Gazzetta Ufficiale – Serie generale  
– n. 252 del 26 ottobre 2019), coordinato con la legge di  
conversione 19 dicembre 2019, n. 157 (in Gazzetta Ufficiale –  
Serie generale – n. 301 del 24 dicembre 2019) . . . . . 943

**DOTTRINA**



## Investigazioni difensive e giusto processo regolato dalla legge

Leonardo Mazza

Ordinario di Diritto penale dell'Università di Siena.

Fra i tanti nodi irrisolti del processo penale vi è quello cruciale del rapporto tra efficienza e garanzie: si tratta di un binomio che sottolinea la necessità di rendere compatibili fra loro i termini dai quali è formato, nel senso che la relativa composizione va rinvenuta in una concreta sua articolazione di modo che il giudizio dai tempi spediti non sacrifichi le garanzie inerenti al diritto di difesa e ad altri principii che meritano una tutela privilegiata. Queste problematiche affioravano ancor prima del varo del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447 di approvazione del codice di procedura penale; si pensi alle riflessioni di un insigne Maestro delle scienze penalistiche, Giuliano Vassalli, che esprimeva non poche perplessità sulla nuova normativa, la quale, come soleva ricordare spesso, recava la sua firma e quindi il suo nome soltanto per la contingenza di essere all'epoca il Ministro di Grazia e Giustizia. Le critiche si appuntavano non unicamente sulla struttura di quel codice quanto piuttosto sulla organizzazione interna dei vari istituti che lo contrassegnavano e soprattutto, per ciò che qui rileva, sul predominante ruolo rivestito dal pubblico ministero nei confronti della attività del difensore dell'indagato, collocato, rispetto all'accusa, in una non ammissibile posizione di "minorità". E ad analoghe conclusioni perveniva in diverse circostanze Giovanni Conso, il quale nell'indicarne le criticità osservava come la figura della difesa risultasse "soffocata" dai preponderanti poteri attribuiti al pubblico ministero ed invitava a meditare sulla inadeguatezza delle risorse anche economiche, destinate

alla organizzazione degli uffici giudiziari ed indispensabili per rendere spedito l'iter dei giudizi penali e funzionante il servizio giustizia <sup>(1)</sup>.

Queste censure ed altre simili, riguardanti l'intero sistema processuale, portarono nel tempo a dover vedere soddisfatta la avvertita esigenza di riformulare l'art. 111 della Costituzione che si concretizzava soltanto nel crinale fra vecchio e nuovo millennio; veniva così introdotto nel suo primo comma il principio del "giusto processo regolato dalla legge", e nel successivo il canone che esso si deve svolgere "nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità", stabilendo poi, dopo aver dettato nel terzo comma il catalogo dei diritti spettanti all'imputato, in quello seguente, con specifico riferimento al processo penale e limitatamente all'argomento in discorso, che deve essere osservato il "contraddittorio nella formazione della prova" onde garantire pienamente il "diritto inviolabile" di difesa "in ogni stato e grado del procedimento", sancito dall'art. 24 comma secondo della stessa Costituzione <sup>(2)</sup>. Si è, quindi, reso necessario abrogare la mortificante previsione di cui all'art. 38 delle disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (D. lgs. 28 luglio 1989, n. 271), la rubrica del quale significativamente faceva espresso riferimento alla "facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova" (situazione non migliorata dalle interpolazioni dei commi 2 bis e 2 ter introdotti dalla legge 8 agosto 1995, n. 322), ed inserire nel libro quinto del codice di procedura penale, ad opera dell'art. 11 comma primo della legge 7 dicembre 2000, n. 397, un apposito titolo VI bis, dedicato alle "investigazioni difensive, e nel suo titolo I fra le disposizioni generali l'art. 327 bis, dedicato alla attività investigativa del difensore.

La nuova trama normativa del codice di procedura penale si prefigge lo scopo di porre riparo ad un intollerabile sbilanciamento tra accusa e difesa in favore della prima, soprattutto in relazione ad un momento determinante della vicenda giudiziaria qual è il diritto alla prova, cioè a quegli strumenti attraverso cui esercitarlo in concreto. La segnalata inadeguatezza del previgente sistema ordinamentale si era,

1. Terzietà del giudice nella dialettica accusa – difesa durante le indagini preliminari, in Riv. trim. Sc. Perf. Forze di pol., 2005, p. 156 e ss.

2. Cfr. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005, pp. 3 e ss.



infatti, nel tempo aggravata per la presenza di prassi repressive che, con il veicolare sulla figura del pubblico ministero ogni risultato della sua attività investigativa, facendone così un monopolista delle indagini, finivano in concreto per negare qualsiasi apertura rispetto ai poteri di documentazione ed alle prospettive di utilizzabilità processuale delle dichiarazioni raccolte dalla difesa, e ciò nonostante che la citata legge 8 agosto 1995, n.322 avesse consentito una presentazione diretta dei materiali da essa acquisiti al giudice, senza però nulla prevedere circa i poteri di ricerca del difensore e la tipizzazione degli atti che costui può compiere.

A fronte di tali importanti mutamenti normativi, l'attenzione deve appuntarsi in primo luogo sull'art. 327 *bis* del codice di procedura penale, che, anche per la sua collocazione topografica, rappresenta emblematicamente la carta di identità della attività investigativa del difensore; questa generale previsione è stata, infatti, inserita in posizione speculare rispetto agli artt. 326 e 327 dello stesso codice, che rispettivamente indicano le finalità delle indagini preliminari e ne attribuiscono la direzione al pubblico ministero, ed è, quindi, già di per sé assai significativa; ma la portata innovativa della riforma è svilita dal tenore letterale della parte conclusiva del primo comma del menzionato art. 327 *bis* cod. proc. pen., dove è scritto che l'attività investigativa del difensore "per ricercare ed individuare elementi di prova" è consentita "nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI *bis* del presente libro", sicché la auspicata *par condicio* tra la suddetta attività e le investigazioni degli organi pubblici non risponde ai reali contenuti del sistema dalla cui lettura affiora invece un perdurante notevole distacco tra l'una e le altre (si pensi, ad esempio, al potere temporalmente limitato di segretezza del pubblico ministero ai sensi dell'art. 391 *quinquies* cod. proc. pen., consistente nel vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto delle indagini delle quali hanno conoscenza). E ciò vale anche se il difensore non svolgerà la sua attività soltanto in vista di contraddire e paralizzare l'azione penale, ma anche su elementi che si pongono ai margini del quadro investigativo.

Da questo primo approccio in tema di indagini difensive si comprende agevolmente che il *dominus* delle attività contemplate dall'art. 327 *bis* del codice di procedura penale è il difensore dell'imputato o dell'indagato, della parte civile, del civilmente obbligato per la pena pecuniaria, della persona offesa, degli enti esponenziali e del danneg-

giato dal reato, e che il suo ruolo con i relativi interventi varia in stretta correlazione con la posizione che assume nella vicenda giudiziaria in cui è chiamato ad intervenire a sostegno dei diritti di uno dei suddetti soggetti. Quelle indagini sono pure prive del carattere di necessità e sono svincolate dal requisito della completezza, elementi che invece tipicizzano le indagini del pubblico ministero, ed il loro indiscusso protagonista, cioè l'avvocato, non è dotato dei poteri coercitivi di cui gode invece l'organo pubblico e si deve limitare, nella autonomia che gli compete al riguardo, a ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, anche se possono orientarsi pure verso una ipotesi accusatoria riguardante altre persone. Al riguardo va incidentalmente osservato che è da escludere che il difensore possa presentare a fini decisori unicamente alcune parti del verbale contenente le informazioni assunte, ma resta nella sua disponibilità il potere di sagomare i temi da esplorare durante la escussione del dichiarante e, in dipendenza delle affermazioni di costui e di scenari prima non conosciuti, di approfondirli proprio in quanto meritevoli di una più attenta considerazione, non essendo stato appunto codificato un principio di completezza delle investigazioni difensive.

Una interpretazione sistematica del complesso delle disposizioni contenute nel citato titolo VI *bis* e l'analisi delle rigorose formalità descritte per un corretto svolgimento delle varie attività investigative del difensore, soprattutto per quanto concerne la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni (art. 391 *ter* cod. proc. pen.) fanno emergere che gli elementi di prova da lui raccolti sono pienamente equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli del pubblico ministero e, pertanto, il giudice al quale siano stati direttamente presentati con apposito fascicolo ai sensi dell'art. 391 *octies* cod. proc. pen. non può limitarsi ad acquisirli, ma è tenuto, come ha osservato la giurisprudenza del Supremo Collegio, a valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, spiegando, ove ritenga di disattenderli, le relative ragioni con un adeguato apparato argomentativo <sup>(3)</sup>.

L'insofferenza dei giudici del merito nei confronti delle indagini difensive svolte dal difensore a tutela del suo assistito, talora ritenute un espediente meramente dilatorio, sono testimoniate da non po-

3. Cfr. Cass. Sez. II pen., 30 gennaio 2002, n. 13552, Pedii, rv. 221.550.

che pronunce della Corte di Cassazione che hanno censurato un tale orientamento, ispirato ad un non accettabile formalismo, quando, ad esempio, si è stabilito, nel ribadire ancora una volta come l'atto steso dal difensore in sede di indagini ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente atto formato dal pubblico ministero, che quell'atto può ritenersi nullo soltanto se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'avvocato o del suo sostituto che lo ha redatto, e non anche quando l'informatore dichiarante non ha sottoscritto l'atto foglio per foglio, e ciò in ossequio al principio enunciato dall'art. 142 cod. proc. pen. che prevede la nullità del verbale (anche di quello del pubblico ministero) appunto unicamente quando "vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto". Di vero, questa è l'unica disposizione che stabilisce i casi di invalidità del verbale ed il giudice non può creare una norma specifica per l'ipotesi in discorso di cui all'art 391 *ter* cod. proc. pen., nel qual caso non solo risulterebbe leso il diritto di difesa, ma si violerebbe anche il canone della tassatività delle nullità enunciato dall'art. 177 cod. proc. pen., che non consente interpretazioni estensive <sup>(4)</sup>. Non merita, quindi, condivisione la vecchia giurisprudenza che, facendo leva sull'ultima parte del terzo comma dell'art. 391 *ter* cod. proc. pen., per la quale "si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili", riteneva sussistente l'obbligo di firma del dichiarante in ogni foglio e pertanto inutilizzabili le informazioni documentate nel verbale privo di sottoscrizione alla fine di ogni foglio <sup>(5)</sup>.

Un punto di dissenso in materia, rispetto agli orientamenti della giurisprudenza della Suprema Corte, è da individuare, sul piano sostanziale, nell'affermazione, tralaticciamente ripetuta dopo l'intervento delle Sezioni Unite <sup>(6)</sup>, secondo cui il difensore che da quanto la persona informata sui fatti gli riferisce ritaglia unicamente le circostanze ritenute favorevoli per il proprio assistito, omettendo nelle verbalizzazioni quelle sfavorevoli, commetterebbe non soltanto il delitto di favoreggiamento personale previsto dall'art 378 cod. pen., poiché lo

4. Cfr. Cass. Sez. III pen., 17 gennaio 2019, n. 2049.

5. Cfr. Cass. Sez. II pen., 30 gennaio 2011, n. 6524. Rv. 249.359.

6. Sent. 27 giugno 2006, n. 32009, Schera, rv. 234.214.

aiuterebbe ad eludere le investigazioni dell'Autorità, ma anche il delitto di falso ideologico di cui all'art.479 cod. pen. avendo il verbale redatto nelle forme previste dall'art. 391 *bis* cod. proc. pen. natura di atto pubblico e, quindi, il rogante la qualifica di pubblico ufficiale.

La fragilità di un simile assunto deriva dal rilievo assorbente che l'art. 359, n. 1, cod. pen. annovera espressamente tra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità "i privati che esercitano professioni forensi", e tale qualifica è loro attribuita "agli effetti della legge penale": trattasi di una locuzione ricorrente nel codice (si pensi all'art. 307, comma quarto, cod. pen. relativamente alla individuazione dei "prossimi parenti" appunto "agli effetti della legge penale"), che impedisce, nel rispetto del principio di stretta legalità, di aggirarla e di ritenere, pertanto, che il difensore assuma diverse qualificazioni soggettive in dipendenza della attività tipica concretamente svolta in attuazione del mandato conferitogli. Egli è e resterà sempre un esercente un servizio di pubblica necessità per il cui espletamento è necessaria "una speciale abilitazione dello Stato", quando dell'opera di lui "il pubblico sia per legge obbligato a valersi", con le conseguenti ricadute in tema di falsità.

L'art. 327 *bis* cod. proc. pen. stabilisce altresì al suo secondo comma che la facoltà di svolgere investigazioni difensive può essere esercitata non soltanto lungo il corso dell'intero procedimento, ma pure in fase esecutiva e per promuovere il giudizio di revisione: è di tutta evidenza che in riferimento a queste ultime due ipotesi i temi oggetto delle investigazioni sono spesso assai diversi rispetto a quelli concernenti il merito della singola vicenda giudiziaria con particolare riguardo alla scena del crimine. E' inoltre in facoltà del difensore di svolgere indagini preventive in vista di un futuro procedimento penale con l'osservanza di rigorose formalità: lo prevede l'art. 391 *nonies* cod. proc. pen. ove al primo comma se ne circoscrive l'ambito escludendo gli atti "che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria", a dimostrazione ancora una volta della parziale realizzazione del principio, cui si è fatto cenno in precedenza, della *par condicio* tra accusa e difesa postulato dall'art III, comma secondo, della Costituzione e che non deve restare una mera enunciazione.

Tali ultime indagini hanno lo stesso valore probatorio di quelle compiute nel corso del procedimento e in virtù dei canoni fondamentali sopra richiamati non può accedersi all'opinione secondo la quale

la loro utilizzabilità processuale con i relativi risultati debba intendersi strettamente correlata alla previsione di una tutela penale della veridicità del contenuto (non potendosi delineare l'illecito penale di cui all'art. 371 cod. pen. non configurabile per le false attestazioni rese al difensore in questa fase), sicché le acquisizioni delle investigazioni preventive sarebbero utilizzabili ai sensi degli artt. 500, 512 e 513 cod. proc. pen. soltanto se il difensore provveda a compiere nuovamente gli atti di investigazione preventiva nella fase procedimentale: una irrazionale duplicazione ed un appesantimento che non ha alcun senso!

Non poche perplessità ha poi suscitato l'utilizzazione nella rubrica dell'art. 391 *nomies* cod. proc. pen. del segno linguistico "preventive" riferito alle indagini, in quanto l'aggettivo prescelto potrebbe orientare l'interprete verso l'idea di un *quid* che si intende evitare e che introdurrebbe un indice assente nella logica di questa disposizione normativa in cui proprio al contrario sembra doversi sottolineare la nota peculiare della finalizzazione di quella attività alla ricerca ed all'acquisizione di materiale probatorio favorevole a ciascuno dei soggetti legittimati a promuoverla. Assai più corretto sarebbe stato, anche ad evitare simili equivoci, qualificare la attività in discorso come "preparatoria" in quanto funzionale alla attuazione di finalità difensive di qualunque soggetto interessato ad un possibile procedimento penale, in una fase, dunque, che ben potrebbe dirsi preprocedimentale.

L'ingresso nell'ordinamento processualpenalistico dell'istituto delle investigazioni del difensore con le sue varie complesse articolazioni descritte dal codice di rito nel citato titolo VI *bis* del libro quinto non soltanto ha ridimensionato il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari di cui conserva la direzione ai sensi dell'art. 327 *bis* cod. proc. pen., ma ha determinato altresì una modificazione dei rapporti tra difensore ed assistito, il quale è in grado di fornire nel suo esclusivo interesse precise informazioni a chi deve assicurargli un'ottima difesa tecnica, per il cui esaustivo espletamento interviene l'ultimo comma di tale norma. E' infatti previsto a questo scopo che le attività investigative possono essere svolte su incarico del difensore, per il tramite di un mandato *ad hoc*, anche da investigatori privati autorizzati e da consulenti tecnici quando siano necessarie specifiche competenze per portare a conoscenza del giudice saperi a lui non conosciuti: si pensi, ad esempio, alla veicolazione nel processo penale

delle acquisizioni neurotecnoscientifiche (7) ed alla lettura della attività dei neuroni preposti alla pianificazione delle azioni umane, nonché alla individuazione di un libero arbitrio neuro-scientifico, profili che investono specialmente il magmatico terreno della imputabilità penale.

La figura del consulente è stata sempre oggetto di particolare considerazione ad opera della citata novella del 2000 che ha interpolato due commi nell'art. 233 cod. proc. pen. riconoscendo la possibilità di far ricorso ad esperti in ogni fase del procedimento per una compiuta realizzazione del diritto di difesa ed ha così conferito un rilevante spessore al ruolo di tali soggetti.

Sull'argomento in discussione è intervenuta il 19 aprile 2001 una delibera della giunta dell'Unione delle Camere penali, recante le "regole" del comportamento del penalista nelle indagini difensive, la quale ha ritenuto che dal profilo deontologico l'avvocato deve valutare la necessità di procedere allo svolgimento di attività difensive e, nel momento in cui le ritiene fondamentali, le deve compiere con la massima professionalità e decisione al fine di garantire la tutela del suo assistito nel rispetto del principio della autenticità di tutta l'attività svolta. Ed a tal proposito vanno anche richiamati gli artt. 12 e 14 del Codice deontologico forense, approvato il 31 gennaio 2014, i quali stabiliscono rispettivamente un dovere di diligenza ed un dovere di competenza nell'esercizio del mandato conferito all'avvocato; ne consegue, esemplificando, che il difensore non può assumere a verbale né introdurre dichiarazioni di persone informate sui fatti che sappia essere false sia pure solo per omissione, e che, pertanto, è dovere del difensore procedere alla attività investigativa nel rispetto dei principi di lealtà, correttezza ed onestà onde garantire la veridicità di tutta la attività investigativa svolta e di concorrere così con i suoi "ausiliari" (secondo la definizione di cui all'art. 391 *sexies* cod. proc. pen.) alla realizzazione del giusto processo reclamato dall'art. 111 della Costituzione.

Il nuovo testo di tale articolo rivela nella sua stesura incentrata prevalentemente sul processo penale tutta la complessità della tradizione europea, cui si è aggiunta posticcia l'esperienza americana degli ultimi due secoli: il vigente codice di procedura penale con gli inserimenti a cascata di continue modifiche non è riuscito però a vincere un male endemico del sistema giustizia italiano, caratterizzato da una esasperazione

7. Cfr. L. MAZZA, *Processo penale e prova scientifica*, in questa Rivista, 2019, p. 81 e ss.

rante lunghezza, talvolta ed a torto addebitata alla presenza ritenuta ingombrante dell'avvocato, il cui ruolo (che dovrebbe avere una sua esplicita consacrazione formale nella Carta fondamentale) determinante in un ordinamento democratico, è stato più volte sottolineato con vigore da Piero Calamandrei, che partecipò dal 1924 alla riforma del codice di procedura penale. Per ovviare a tale stato di cose ed abbreviare la durata dei processi (i cui parametri temporali sono stati già fissati dall'art. 2 comma secondo della legge 24 marzo 2001, n. 89, la cui violazione comporta per l'interessato una riparazione pecuniaria di tutti i danni subiti<sup>(8)</sup>), assediati da carenze istituzionali e dalle logiche frammentarie dell'emergenza con relative novelle succedutesi a cascata, si è sostenuta da un canto la necessità di rivisitare il sistema delle impugnazioni, che sarebbe inutilmente orientato ad un ripetuto esame di merito, dall'altro, secondo una proposta assolutamente non condivisibile, formulata con disprezzo del diritto di difesa, a sanzionare pecuniariamente il difensore che propone nell'interesse del proprio assistito gravami poi dichiarati inammissibili, con introduzione di una responsabilità di funzione che tra l'altro non ne troverebbe una analoga per il pubblico ministero impugnante a fronte di una continua esaltazione della sua posizione istituzionale.

Ben altre devono essere invece le riforme da attuare perché si possano avere processi dalla "ragionevole durata" (formula mutuata dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che reca la rubrica "Diritto ad un equo processo" e da altri patti internazionali come, ad esempio, la c.d. Carta di Nizza – CDFUE) ed affinché nelle aule di giustizia si giudichi di un fatto nella sua imminenza e non della storia di un fatto, come accadrà dopo la recente riforma dell'istituto della prescrizione<sup>(9)</sup>, segno di una intollerabile inciviltà giuridica e sociale. L'obiettivo preminente del processo penale in specie consiste nel realizzare una giustizia pronta che nel più breve tempo possibile giunga a condannare i colpevoli e ad assolvere gli innocenti, un processo "breve" che realizzi in concreto un punto di equilibrio tra una giustizia ragionevolmente celere, le garanzie di

8. Cfr. SACCUCCI, *Brevi considerazioni sulla legge Pinto*, in *La ragionevole durata del processo* cit., pp. 155 e ss..

9. Di tentazioni autoritarie in materia parla SCLAFANI, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n.103*, Torino, 2017, p. 6 e ss..

difesa dell'imputato e l'efficacia dell'azione penale. Al riguardo pare opportuno rammentare quanto sul tema dovrebbe insegnare il conclusivo ammonimento beccariano; "perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino dev'essere (...) pronta" ed inoltre "più vicina al delitto commesso": unicamente così "ella sarà tanto più giusta e più utile". Il nobile marchese di Bonesana, sulla scia dell'insegnamento verriano, sostiene a ragione che la prontezza della pena è più utile perché quanto è minore la distanza del tempo che trascorre tra la pena ed il misfatto "tanto più forte e più durevole sarà nell'animo umano l'associazione di queste due idee: *delitto e pena*, talché insensibilmente si considerano uno come cagione, e l'altra come effetto necessario immancabile. Il lungo ritardo tra il primo e la seconda "non produce altro effetto, che di sempre più distinguere queste due idee; e quantunque faccia impressione il castigo di un delitto, la fa meno come castigo che come spettacolo". Affermazioni incontestabili anche alla luce dell'art. 27 comma terzo della Costituzione; già, ma forse serpeggia tra i nostri poco consapevoli legislatori l'interrogativo *mutatis mutandis* di manzoniana memoria che pronuncia il curato Don Abbondio: Beccaria, chi era costui?



# I delitti ostativi nell'ordinamento penitenziario

Leonardo Degl'Innocenti, Francesco Faldi  
Magistrati.

**SOMMARIO:** 1. L'introduzione dei delitti ostativi nell'ordinamento penitenziario, 777 – 2. La modifica apportata dal decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, 778 – 3. L'attuale catalogo dei delitti ostativi di cui all'art. 4-bis ord. penit., 780 – 4. Il regime differenziato previsto per i delitti ostativi, 783 – 5. La collaborazione di cui all'art. 58-ter ord. penit., 784 – 6. La sentenza della Corte Costituzionale del 23 ottobre 2019, n. 253, 788 – 7. La sentenza della Corte Costituzionale 12.02.2020, n. 32., 796 – 8. La detenzione domiciliare c.d. generica ed i reati ostativi, 802.

## **1. L'introduzione dei delitti ostativi nell'ordinamento penitenziario**

I delitti ostativi sono quei reati, espressamente indicati dalla legge penitenziaria, per i quali è previsto, sotto il profilo dell'accesso ai benefici penitenziari, un regime più rigoroso rispetto a quello previsto in via generale.

La categoria dei delitti ostativi viene introdotta nella legge penitenziaria con il decreto legge 13.05.1991, n. 152 (recante provvedimenti in tema di lotta alla criminalità organizzata), convertito nella legge 12.07.1991, n. 203, con il quale è stato aggiunto nel testo della legge l'art. 4-bis.

Questa norma individuava nell'ambito dei delitti ritenuti di maggiore gravità due diverse categorie:

- a) quella dei reati espressione diretta o indiretta di fenomeni di criminalità organizzata (es. associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis cod. pen.; associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti ex art. 74 del D.P.R. 309/1990 e

s.m.i.), comunemente denominati come “reati ostativi di prima fascia”; per i detenuti condannati per uno di questi reati l’accesso ai benefici penitenziari veniva subordinato alla acquisizione di elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata;

- b) altri reati, di notevole gravità ed allarme sociale, come l’omicidio, la rapina aggravata o lo spaccio di sostanze stupefacenti aggravato ex art. 80, comma 2 D.P.R. 309/1990 e s.m.i. la commissione dei quali non è riconducibile a vicende di criminalità organizzata, comunemente definiti “reati ostativi di seconda fascia”; anche per i detenuti condannati per uno di questi reati l’accesso ai benefici penitenziari era subordinato all’acquisizione di elementi tali da far ritenere la insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Inoltre, il trattamento differenziato e di maggior rigore previsto per gli autori dei delitti ostativi era completato dalla introduzione di norme particolari che subordinavano l’ammissione a specifici benefici penitenziari (es. permessi premio o semilibertà) all’avvenuta espiazione di una quota di pena più elevata rispetto a quella prevista in via ordinaria per gli altri reati (generalmente indicati come reati comuni). Occorre tuttavia precisare che tali più elevati limiti di pena non si applicavano ai condannati che avessero collaborato con la giustizia nei termini indicati dall’art. 58-ter ord. penit. norma, anch’essa introdotta nel sistema della legge penitenziaria dal decreto legge n. 152 del 1991.

La collaborazione con la giustizia riguarda i detenuti che *“anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati”*.

## **2. La modifica apportata dal decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356**

Con l’entrata in vigore del decreto legge 8.06.1992, n. 306 (recante modifiche urgenti al codice di procedura penale e provvedimenti di

contrasto alla criminalità mafiosa), convertito nella legge 7.08.1992, n. 356, la disciplina dei reati ostativi è stata notevolmente modificata.

Infatti per effetto del predetto decreto legge, emanato all'indomani della strage di Capaci del 23 maggio 1992, i permessi premio, l'assegnazione al lavoro esterno e le altre misure alternative (compresa la liberazione condizionale) potevano essere concessi agli autori di uno dei reati ostativi di prima fascia soltanto se il detenuto avesse collaborato con la giustizia dei termini indicati dal citato art. 58-ter ord. penit.

In tal modo la collaborazione diviene una vera e propria condizione di ammissibilità al beneficio penitenziario che, in mancanza di tale requisito, l'accertamento del quale è riservato alla competenza del Tribunale di sorveglianza, non potrà essere concesso.

In altri termini il legislatore ha ricollegato alla commissione dei reati indicati dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. una presunzione di pericolosità superabile soltanto attraverso l'accertamento della collaborazione che in tal modo si configura, appunto, come una vera e propria condizione di ammissibilità al permesso premio (e agli altri benefici penitenziari indicati dalla norma).

L'accertamento della collaborazione introduce, infatti, una presunzione di segno contrario a quella prima richiamata inducendo a ritenere che il condannato abbia rescisso i legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ovvero con il circuito criminale nel quale è avvenuta la commissione del reato (posto che non tutti i reati compresi nell'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. sono riconducibili al fenomeno della criminalità organizzata).

Occorre tener presente che l'accertamento della collaborazione presenta una duplice valenza (e una duplice utilità per il condannato) in quanto consente al detenuto non solo di superare e neutralizzare il divieto di concessione del beneficio connesso alla natura del reato, ma anche di accedervi secondo il più favorevole regime previsto dalla legge penitenziaria per gli autori dei reati comuni (sul punto si rinvia all'*incipit* dell'art. 58-ter: "*i limiti di pena previsti (...) non si applicano a coloro che ...*").

La disciplina che emerge dagli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. dimostra come il legislatore abbia inteso utilizzare la collaborazione come uno strumento di contrasto rispetto alle più gravi forme di criminalità: da un lato il condannato che non ha collaborato si vede precluso

l'accesso al permesso premio (ed agli altri benefici penitenziari indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.), dall'altro il detenuto che ha collaborato potrà accedere ai predetti benefici secondo il regime più favorevole previsto dalla legge penitenziaria per gli autori dei delitti comuni.

### **3. L'attuale catalogo dei delitti ostativi di cui all'art. 4-bis ord. penit.**

Nel corso degli anni il legislatore è più volte intervenuto sull'art 4-bis ord. penit. aumentando il numero dei delitti ostativi, sia di prima che di seconda fascia, categoria che attualmente comprende numerose fattispecie criminose, spesso non riconducibili a fenomeni di criminalità organizzata.

Ad oggi, dopo numerosi interventi del legislatore, l'ultimo dei quali attuato con la legge 9.01.2019 n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici — c.d. legge spazzacorrotti), i reati c.d. ostativi sono i seguenti.

- 1) Reati ostativi di prima fascia (art. 4-bis, comma 1, ord. penit.):
  - a) reati commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti violenti;
  - b) reato di associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis cod. pen.;
  - c) reati commessi avvalendosi delle condizioni di assoggettamento e di omertà di cui al predetto art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da tale norma. Come più volte affermato in giurisprudenza ai fini del diniego dei permessi premio non è necessario che sia stata applicata l'aggravante di cui all'art. 7 decreto legge 13.05.1991, n. 152, convertito nella legge 12.07.1991, n. 20, essendo per contro sufficiente che sia stato accertato, mediante l'esame della sentenza

di condanna, che il delitto sia stato commesso per motivi di mafia <sup>(1)</sup>;

- d) associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti ex art. 74 D.P.R. n. 309/1990;
- e) sequestro di persona ex art. 630 cod. pen.;
- f) violenza sessuale di gruppo ex art. 609-*octies* cod. pen.;
- g) riduzione in schiavitù ex art. 600 cod. pen.;
- h) favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile ex art. 600-*bis*, comma 1, cod. pen.;
- i) pornografia minorile ex artt. 600-*ter*, comma 1 e 2, cod. pen.;
- j) tratta di persone ex art. 601 cod. pen.;
- k) acquisto o alienazione di schiavi ex art. 602 cod. pen.;
- l) contrabbando ex art. 291-*quater* D.P.R. 23.01.1973, n. 43 e s.m.i. (Testo unico delle leggi in materia doganale);
- m) scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416-*ter* introdotto nel catalogo dei delitti assolutamente ostativi dalla legge 23.02.2015 n. 19;
- n) delitti di cui all'art. 12, comma 1 e 3, decreto legislativo 25.07.1998, n. 286 e s.m.i. (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero — in questo caso il catalogo dei delitti assolutamente ostativi è stato integrato a seguito del decreto legge 18.02.2015, n. 7, convertito con modificazioni nella legge 17.04.2015, n. 43) che prevedono la condotta di chi 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 o di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. Come detto gli autori dei suddetti delitti possono beneficiare del permesso premio (e delle altre misure alternative) soltanto se hanno collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. (salvo quanto sarà puntualizzato in seguito);
- o) reati contro la Pubblica Amministrazione inseriti nel novero dei delitti ostativi di prima fascia dalla legge 9.01.2019, n. 3.

1. Cfr., in questi termini, Cass., Sez. I, 20.03.2015, n. 31203, Papalia, inedita.