



App. Bari., 23 giugno 2011, Pres. Pica, Rel. Gaeta, imp. Fornari

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI BARI (III SEZIONE PENALE)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa penale a carico di:

Fornari Vincenzo Salvatore, n. Molfetta 9.7.1971, c.c. Bari

detenuto p.q.c. presente, difeso di fiducia dall'avv. Giovanna Vista di Molfetta

IMPUTATO

artt. 81-337 c.p. e 9 cpv. l. 1423/56

In Molfetta il 21.5.2010

APPELLANTE avverso la sentenza Trib. Trani/Molfetta 14.12.2010, che lo dichiarava colpevole del reato di cui all'art. 9 ascritto e lo condannava alla pena di anni uno mesi otto di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali nel caso di revoca dell'ammissione a gratuito patrocinio, e di mantenimento durante la custodia personale. Assoluzione per l'art. 337 c.p. perché il fatto non sussiste.

CONCLUSIONI

Il P.G. chiede conferma della sentenza impugnata.

Il difensore dell'imputato si riporta ai motivi.

FATTO E DIRITTO

I. Fornari Vincenzo, sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno, sorpreso il 21.5.2010 con in mano un computer appena sottratto ad un negozio di Molfetta, venne arrestato dai CC per resistenza.

Pur avendo escluso la resistenza, il giudice di primo grado lo ha condannato per violazione dell'art. 9 cpv. l. 1423/56, commessa mediante il furto del PC, non perseguito come tale perché procedibile a querela, non presentata.

2. Avverso la condanna ha proposto tempestivo appello l'imputato, oggi presente, sostenendo che il reato di furto sarebbe "inesistente nel capo di imputazione", il quale farebbe riferimento alla sola resistenza.

In tale capo, in realtà, si afferma che l'imputato "contravveniva alla prescrizione di rispettare le leggi dello Stato, commettendo i reati contestati". E' evidente che il plurale "reati" includeva, oltre alla resistenza esclusa dal Tribunale, anche il furto ivi descritto, il quale pacificamente esisteva nella sua materialità, al di là della sua procedibilità.

3. La Corte intende peraltro valutare la questione di diritto, rilevabile di ufficio *in bonam partem* ai sensi dell'art. 129 cpv. c.p.p., della configurabilità ai sensi dell'art. 9 l. 1423/56 di uno specifico reato di "contravvenzione alla prescrizione di rispettare le leggi dello Stato". Nel delineare il contenuto del provvedimento impositivo della sorveglianza speciale, l'art. 5 l. 1423/56 stabilisce al comma 1° che il Tribunale indichi le prescrizioni che la persona deve osservare, specificando al comma 2° gli obblighi di darsi alla ricerca di un lavoro, di fissare la propria dimora e di essere sempre reperibile, e al comma 3°, tra gli altri, gli obblighi di "vivere onestamente, rispettare le leggi, non dare ragione di sospetti".

Per giurisprudenza consolidata (*ex plurimis*, Cass. pen, sez. I, nr. 40819/10), qualunque condotta che violi una norma di legge, se tenuta dal sorvegliato speciale, è punibile ex art. 9 l. 1523/56. Tanto sia se il precetto violato abbia carattere penale, sia se abbia carattere amministrativo, come nel caso – di cui alla citata sentenza – del sorvegliato speciale trovato alla guida di un ciclomotore benché privo di certificato di idoneità e con patente revocata.

Il diritto vivente, che si è creato alla stregua di tale interpretazione, è stato ritenuto legittimo da Corte Cost. 282/10, per la quale non viola il principio di tassatività l'incriminazione della violazione dell'obbligo di rispettare tutte le leggi a contenuto precettivo, non solo penali ma anche – quando la loro inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale – non penali. Né la previsione dell'incriminazione per i soli sorvegliati speciali viola il principio di eguaglianza, trattandosi di persone destinatarie, in sede giurisdizionale, di uno specifico giudizio di pericolosità sociale.

L'orientamento in esame non è condivisibile, anche alla luce di ulteriori importanti pronunce.

4. Dal punto di vista generale, il principio del *ne bis in idem* sostanziale, che la dottrina ritiene sotteso a norme come l'art. 15 c.p., vieta di punire un medesimo fatto, con il meccanismo del concorso formale ex art. 81 co. 1° c.p., per due o più distinti titoli di reato, uno dei quali esaurisca integralmente l'altro (o gli altri).

Indice certo di tale assorbimento si ha quando il preteso concorso formale sia indefettibile. E' solo apparente, ad esempio, il concorso tra rapina e furto, oppure tra estorsione e minaccia, perché non può aversi rapina senza sottrazione e impossessamento, oppure estorsione senza minaccia. Il concorso formale, infatti, può collegare i soli reati la cui compresenza sia occasionale (come ad es. violazione di sigilli e abuso edilizio) e non necessaria.

Nel caso del sottoposto a misura di prevenzione, poiché la commissione di un reato previsto dal codice penale o da leggi speciali non può che accompagnarsi alla violazione della prescrizione di rispettare la legge, la ineluttabilità di tale "raddoppio" è indice univoco del carattere apparente del concorso.

5. La fondatezza di tale impianto generale è confermata da diverse norme specifiche, dettate in materia.

L'art. 6 l. 575/65 punisce con severità (arresto da sei mesi a tre anni) la guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente, o con patente negata, sospesa o revocata, da parte di persona sottoposta a misura di prevenzione con provvedimento definitivo.

Non si può evidentemente tenere tale condotta senza violare l'obbligo di rispettare la legge, come è tipico del concorso apparente di norme coesistenti.

Se tale concorso non fosse apparente, e quindi l'art. 9 l. 1423/56 fosse applicabile, il legislatore non avrebbe avuto motivo di introdurre l'art. 6 l. 575/65, che per giunta punisce la condotta del sorvegliato con obbligo di soggiorno in forma contravvenzionale anziché delittuosa, e in misura nettamente inferiore alla previsione dell'art. 9 cpv. l. 1423/56.

Inoltre l'art. 6 riguarda i soli sottoposti con misura definitiva, a differenza del ben più ampio art. 9, che non richiede la definitività salva la eventuale successiva revoca della misura (Cass. pen., sez. I, nr. 44601/08).

5.1. L'art. 7 l. 575/65, introdotto dalla l. 646/82, prevede un aumento di pena (per i delitti) o l'applicazione della disciplina della recidiva (per le contravvenzioni) per una serie di reati, specificamente indicati, commessi dal sottoposto a misura di prevenzione con provvedimento definitivo, durante o fino a tre anni successivi alla sua applicazione.

Inoltre i medesimi reati sono sempre procedibili di ufficio.

In questo caso, il sorvegliato speciale che commetta un delitto richiamato dall'art. 7 l. 575/65 non può risponderne anche ai sensi dell'art. 9 l. 1423/56, atteso che l'art. 84 c.p. esclude espressamente dalla disciplina del concorso formale le ipotesi di reato complesso: nella specie, la violazione di legge del sorvegliato speciale costituisce aggravante di altro reato specifico.

Tale conclusione è certamente compatibile con la giurisprudenza citata al precedente punto **3.**, atteso il carattere testuale dell'assorbimento previsto dall'art. 84 c.p. Essa però deve indurre a rivedere l'orientamento dominante.

Alla stregua di quest'ultimo, infatti, accadrebbe quanto segue:

- a) il sorvegliato speciale con provvedimento definitivo che commetta uno dei delitti di cui all'art. 7 l. 575/67 viene punito soltanto per gli stessi, sia pure in forma aggravata, e non anche per l'art. 9 l. 1423/56, assorbito *ex art.* 84 c.p.;
- b) il sorvegliato speciale con provvedimento non definitivo che commetta uno dei delitti di cui all'art. 7 l. 575/65 viene punito non soltanto per gli stessi, sia pure in forma non aggravata, ma anche per l'art. 9 l. 1423/56.

In altri termini, colui che si trova in posizione più favorevole (perché il provvedimento non è definitivo) finisce per essere trattato peggio di chi è in posizione deteriore (perché il provvedimento è definitivo), specie se quest'ultimo riesce a neutralizzare l'aggravante specifica con eventuali attenuanti.

6. La indefettibile compresenza del reato di cui all'art. 9 l. 1423/56 con i reati specifici commessi dal sorvegliato speciale costituisce pertanto, sia per considerazioni di carattere generale che per gli argomenti desumibili dalle peculiari norme degli artt. 6-7 l. 575/65, un motivo per escludere l'autonoma punibilità della violazione della prescrizione di rispettare la legge.

L'unico elemento differenziale dell'art. 9 è dato in realtà dalla persona dell'autore, che nelle ipotesi diverse da quelle previste dagli artt. 6-7 citati non costituisce elemento costitutivo delle specifiche norme incriminatrici.

All'evidenza, si tratta di un elemento rilevante per un diritto penale non del fatto, bensì del tipo di autore, nel quale il colpevole costituisce un nemico da neutralizzare anziché una persona da rieducare attraverso la pena.

7. A differenza di quanto avviene per le condotte già sanzionate penalmente in via autonoma, la punizione ai sensi dell'art. 9 l. 1423/56 dell'illecito amministrativo del sorvegliato speciale non costituisce una violazione del *ne bis in idem* sostanziale - anche se non andrebbe obliterato il peculiare principio di specialità posto dall'art. 9 l. 689/81.

Sotto il profilo generalpreventivo, poi, incriminare ex art. 9 l. 1423/56 una violazione priva di rilevanza penale non costituisce affatto una mera duplicazione, e può quindi risultare funzionale alla difesa sociale.

Il punto è che, attraverso tale meccanismo, diventa possibile sanzionare penalmente un campo sterminato di condotte, come ad es. la detenzione di droga per uso personale, il fumo in luogo pubblico, l'omessa assicurazione per la r.c.a. dell'autovettura di proprietà, il mancato pagamento del biglietto di un mezzo pubblico.

Nulla del resto vieterebbe, da un punto di vista logico, di estendere tale incriminazione anche a condotte costituenti illecito solo civile, come ad es. la violazione delle distanze tra costruzioni, l'indebita apertura di luci e vedute, l'inadempimento dei doveri ex artt. 143 e 147 c.c. verso il coniuge o i figli.

Non pare che un simile *modus operandi* possa, nella sua vessatorietà, risultare minimamente rieducativo nei confronti del sorvegliato speciale.

E' d'altro canto il caso di ricordare che, dopo la nota sentenza *El Dridi* in tema di rimpatri della Corte di Giustizia UE 28.4.2011, il principio di proporzione tra fatto e sanzione costituisce un cardine del diritto penale europeo e deve guidare l'interprete. E non può certo ritenersi rispettato tale principio quando, in mancanza di norma incriminatrice specifica e a fronte del generale precetto di rispettare le leggi, il sorvegliato speciale finisca per essere sanzionato esclusivamente a causa delle sue qualità personali, e per giunta in misura tutt'altro che modesta e proporzionata stanti le previsioni edittali del 1° e soprattutto del 2° comma dell'art. 9 l. 1423/56.

Né a tali eccessi può porre rimedio l'apparente limitazione della punibilità, da parte di Corte Cost. 282/10, ai casi in cui l'inosservanza costituisca "ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale": è evidente che, con un adeguato apparato argomentativo, qualunque violazione tra quelle amministrative e civili sopra esemplificate potrebbe non arbitrariamente essere considerata indice di pericolosità.

A fare la differenza, in realtà, è soltanto la persona dell'autore dell'illecito extrapenale. Qualunque soggetto, sorvegliato speciale o meno che sia, il quale fumi nei luoghi pubblici, o si disinteressi dell'educazione dei figli, dimostra per ciò solo di non avere a cuore i valori costituzionali della salute e della sana crescita dei minori, e pertanto appare non privo di capacità a delinquere; la sua eventuale punizione *ex art. 9 cpv. l. 1423/56*, quindi, dipende solo dalla qualità di sorvegliato speciale, e non da altra ragione.

La riprova può essere data immaginando, in modo indubbiamente *disturbante*, una norma penale rivolta alla generalità dei cittadini che sia così congegnata: “*chi non rispetta le leggi è punito con la reclusione da ... a ...*”. Ben difficilmente una norma del genere sarebbe considerata conforme al principio di tassatività, che pure Corte Cost. 282/10 ritiene pienamente rispettato per il non difforme art. 9 l. 1423/56.

Ed è appena il caso di osservare che per nessun altro soggetto, diverso dal sorvegliato speciale, la mera violazione di legge precettiva potrebbe essere considerata illecito penale; non per il cittadino comune, non per il pregiudicato, e neppure persino per il detenuto soggetto al regime speciale dell'art. 41-*bis* Ord. Pen.

8. Le considerazioni che precedono, fondate sul netto ripudio di ogni logica del tipo di autore, trovano un aggancio non soltanto nella citata sentenza *El Dridi* della Corte di Giustizia UE 28.4.2011, ma anche nella sentenza nr. 249/10 della Corte Costituzionale, che ha ritenuto illegittima la c.d. aggravante di clandestinità prevista dall'art. 61 nr. 11-*bis* c.p. come introdotto dalla l. 125/08, e cioè l'aumento di pena per il reato commesso da chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.

Sia i destinatari della direttiva rimpatri, che i destinatari (in larga parte coincidenti) del precetto dell'art. 61 nr. 11-*bis* c.p. sono considerati con sospetto da buona parte della popolazione autoctona, anche quali potenziali autori di reati, necessitati o resi più agevoli dalla condizione di c.d. clandestinità.

Eppure per tali soggetti Corte Cost. 249/10 ha ribadito che il rispetto dei diritti inviolabili (“spettanti ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in quanto esseri umani”, sentenza nr. 105/01) implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi, fondati su qualità personali che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, e così introduttivi di una responsabilità penale d'autore “in aperta violazione del principio di offensività” (sentenza nr. 354/02).

Nel caso dello straniero (o apolide) irregolare, l'aggravamento della pena stabilito dall'art. 61 nr. 11-*bis* c.p. si ricollegava palesemente a una qualità personale trasformandola, in



maniera discriminatoria, “in un vero *segno distintivo* delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto tutti gli altri cittadini” (sentenza nr. 249/10).

E’ indubbio che tali considerazioni si attagliano anche alla categoria dei sorvegliati speciali, che pure certo non meritano, a differenza di buona parte degli stranieri irregolari, alcuna attenzione umanitaria: in entrambi i casi vi è lo stesso rischio di trasformare una qualità personale (sia pure, nel caso del sorvegliato speciale, negativamente connotata) in un elemento decisivo ai fini della configurazione della norma incriminatrice.

Né la sgradevolezza della qualità di sorvegliato speciale può di per sé sola, e in mancanza di specifiche e proporzionate norme incriminatrici, costituire fondamento di trattamenti deteriori, suscettibili di estendersi nel tempo alle più varie categorie che risultino, in contingenti situazioni politico-sociali, sgradite. Il rischio di “*piano inclinato*” è all’evidenza fortissimo.

9. In conclusione, la Corte ritiene che le prescrizioni la cui violazione è punita ai sensi dell’art. 9 l. 1423/56 siano soltanto quelle relative a doveri tipici del sorvegliato speciale (come la ricerca di un lavoro, l’indicazione della dimora e il divieto di allontanarsi senza motivo, la non frequentazione di pregiudicati o di bettole o di case di prostituzione, ecc.) e non quelle relative a doveri riferibili alla generalità dei consociati (come il rispettare le leggi).

La violazione di queste ultime può costituire elemento valutabile ai sensi dell’art. 133 c.p., se si tratta di leggi penali, e può comunque – in relazione a qualunque legge precettiva – costituire motivo di aggravamento della misura *ex art. 7 cpv. l. 1423/56*, o di sua reiterazione alla scadenza.

Essa quindi non costituisce violazione dell’art. 9 l. 1423/56 per Fornari, il quale non può essere punito ai sensi di tale norma in relazione alla commissione di un furto non procedibile per mancanza di querela. Né il mancato aggiornamento del catalogo dei reati indicati dall’art. 7 l. 575/65 (all’epoca della l. 646/82 il furto era sempre procedibile di ufficio) può essere superato in via interpretativa, perché la conseguente procedibilità di ufficio per il sorvegliato speciale sarebbe il frutto di inammissibile analogia *in malam partem*.

P.Q.M.



letto l'art. 605 c.p.p., in riforma della sentenza del giudice monocratico del Tribunale di Trani, sezione distaccata di Molfetta, in data 14.12.2010, appellata da Fornari Vincenzo Salvatore, assolve l'imputato dal reato ascritto perché il fatto non sussiste. Ordina l'immediata scarcerazione dell'imputato se non detenuto per altro. Termine di giorni novanta per il deposito della motivazione.

Bari, 23.6.2011

Il Presidente Giorgio PICA

Il consigliere est. Vittorio GAETA