



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA**

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN**

**GIURISPRUDENZA (ciclo unico)**

*Tesi di laurea in diritto penale*

**I delitti di evasione**

**Riforma di una disciplina ancorata al passato**

Relatore:

*Paolo Pisa*

Candidato:

*Giulia Barale*

Anno accademico 2021-2022



## INTRODUZIONE

La presente tesi intende offrire una panoramica sulla disciplina e sugli orientamenti giurisprudenziali prevalenti riguardanti il delitto di evasione dalla sola prospettiva di chi evade, sia nella forma “tradizionale” della fuga dal carcere, sia nella forma cd. impropria.

Successivamente alla delucidazione sull’origini della rilevanza penale della condotta evasiva e sull’impronta del “legislatore fascista” sull’articolo 385 del codice penale, l’obiettivo della ricerca è quello di mettere in luce le difficoltà dell’interprete nell’individuazione del momento consumativo del reato come conseguenza della scarsa tipizzazione normativa della condotta, descritta nei generici termini di “evadere” e di “allontanamento” dal luogo detentivo.

L’atteggiamento critico del seguente scritto si articola su diversi fronti.

Quello dell’evasione non violenta, cd. semplice, incriminata per la prima volta della storia giuridica italiana dal codice Rocco del 1930 in contrasto con i principi propri del diritto penale liberale post-costituzionale; e quello dell’evasione cd. impropria, in particolare nella forma dell’evasione domiciliare, essendo quest’ultima soggetta ad un orientamento giurisprudenziale ai limiti della legittimità costituzionale in termini di offensività in concreto del comportamento illecito.

Si conclude con la prospettazione di alcune soluzioni interpretative ritenute utili al fine di sopperire all’inerzia del legislatore nel riformare l’articolo 385 c.p. e nello specificare la condotta di *allontanamento* incriminata per mezzo delle disposizioni dell’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975).



# INDICE

- I. INTRODUZIONE AL DELITTO DI EVASIONE
  - 1.1. Cenni: “evasione propria” ed “evasione impropria”
  - 1.2. Interventi normativi sull’articolo 385 c.p.
  - 1.3. L’evasione nella storia giuridica ed ideologica italiana
    - 1.3.1. *L’influenza dell’ideologia politica: evasione semplice ed evasione qualificata*
    - 1.3.2. *Il codice Zanardelli: la tutela frammentaria di un’evasione “liberale”*
    - 1.3.3. *La tutela unitaria di cui all’articolo 385 c.p.*
  
- II. QUAL’E’ L’OGGETTO DELLA TUTELA PENALE?
  - 2.1. L’individuazione del bene giuridico tutelato
    - 2.1.1. *Tentativi di adattamento dell’evasione al principio di offensività del reato*
  - 2.2. I provvedimenti restrittivi tutelati per mezzo dei delitti di evasione
  
- III. IL PRESUPPOSTO DEL REATO
  - 3.1. Reato proprio: chi sono l’arrestato e il detenuto?
  - 3.2. Solo se la restrizione personale è materialmente eseguita si può parlare di evasione
    - 3.2.1. *Excursus: l’articolo 656 c.p.p. e il favor per l’imputato libero*
  - 3.3. La necessaria legalità della restrizione-presupposto
  
- IV. LA CONDOTTA E LA CONSUMAZIONE DELL’EVASIONE PROPRIA
  - 4.1. Cosa significa *evadere*?
    - 4.1.1. *Evasione come delitto non colposo: condotta omissiva ed errore*
  - 4.2. La consumazione del reato, quando *si evade*?
    - 4.2.1. *La “sottrazione alla sfera di custodia”: il confine tra consumazione e tentativo*
    - 4.2.2. *Il rapporto tra la consumazione dell’evasione e l’offensività del reato*

4.2.3. *Alcune precisazioni sul tentativo di evasione*

V. LE EVASIONI CD. IMPROPRIE

5.1. Un'unica sanzione per la sottrazione all'auto-custodia e per l'evasione dal carcere

5.2. Evasione propria ed impropria: un'equiparazione solo *quoad poenam*?

5.3. Le evasioni domiciliari, il contrasto tra giurisprudenza e dottrina

5.3.1. *La condotta di allontanamento in giurisprudenza*

5.3.2. *L'evasione domiciliare nell'interesse dei minori*

5.3.3. *Dolo generico e principio di offensività del reato*

5.3.4. *Il disappunto della dottrina*

VI. CONSIDERAZIONI FINALI E PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO*

6.1. Perché l'evasione semplice non dovrebbe essere un reato

6.1.1. *L'ordinamento svizzero: la conferma della non punibilità dell'evasione semplice*

6.1.2. *L'ordinamento tedesco: l'evasione come condotta di auto-beneficio*

6.1.3. *La depenalizzazione dell'evasione semplice*

6.2. Il *deficit* di tipicità come causa di un'interpretazione ai limiti della legittimità costituzionale

BIBLIOGRAFIA



## I. Introduzione al delitto di evasione

In termini generali il delitto di evasione di cui all'articolo 385 c.p. consiste nella volontaria sottrazione all'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale già eseguito nei confronti del suo destinatario, applicato per soddisfare esigenze di tipo cautelare o precautelare oppure a titolo di esecuzione di una condanna definitiva alla pena detentiva<sup>1</sup>.

La disciplina vigente trova fondamento nel titolo III del libro II del codice penale, ovvero nella parte relativa ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, più specificatamente nel capo II riservato ai delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie (artt. 385 – 391-ter c.p.).

Nell'ambito di questa categoria di reati rientrano una serie di comportamenti umani che sono soggetti alla sanzione penale al fine di assicurare l'esecuzione concreta, e quindi l'effettività, di alcuni provvedimenti giudiziali emanati non solo in sede penale, bensì anche in sede civile ed amministrativa<sup>2</sup>.

Si può dire che questo aspetto generale accomuni tutte le fattispecie criminose di cui al capo II, le quali infatti realizzano una forma di tutela che opera "a valle" della decisione dell'autorità giudiziaria, ossia successivamente all'espletamento della sua attività, a differenza dei delitti di cui al capo I, i quali invece sono deputati tutelare l'attività dei giudici durante svolgimento del processo.

I delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie offendono l'esito dell'amministrazione della giustizia, nel senso si concretizzano nell'inosservanza della pronuncia giudiziale e dunque del risultato processuale volto alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti<sup>3</sup>; i delitti di evasione fanno parte di quest'ampia categoria di disposizioni incriminatrici, ed in particolare sono destinati alla tutela delle pronunce giudiziali applicative della sanzione di tipo penale.

Le disposizioni codicistiche che costituiscono la categoria dei delitti di evasione sono l'articolo 385 c.p. (evasione), il quale costituisce la norma cardine della disciplina

---

<sup>1</sup> F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Giappichelli, Torino, 1996, 552.

<sup>2</sup> L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, con appendice di aggiornamento di P. PISA, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2009, 319.

<sup>3</sup> L. SCOPINARO, 2009, 319; M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, 179.



della condotta monosoggettiva, e gli articoli 386 c.p. (procurata evasione) e 387 c.p. (colpa del custode), i quali invece disciplinano due forme speciali di concorso del terzo nell'evasione, la prima dolosa e la seconda colposa, operando in luogo della disciplina generale del concorso nel reato (art. 110 c.p.)<sup>4</sup>.

Si tratta di fattispecie criminose che colpiscono soggetti riconducibili a categorie soggettive diverse, i quali però sono rimproverati a causa del comune obiettivo cui tendono attraverso la loro condotta, ossia l'evasione di una persona legittimamente detenuta o arrestata per un reato<sup>5</sup>.

### **1.1. Cenni: “evasione propria” ed “evasione impropria”**

Si precisa sin da subito che la disciplina dell'evasione non si esaurisce più nel dettato del solo codice penale, bensì ad esso sia affianca legge n. 354/1975 e sue modificazioni (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative di libertà) in virtù dei numerosi rinvii all'articolo 385 c.p. che la stessa dispone.

Il rinvio anzidetto si trova all'interno di alcune norme relative alle misure alternative alla detenzione ed ai benefici penitenziari<sup>6</sup>, la cui violazione comporta l'accertamento giudiziale di condotte criminose che la dottrina ha definito “evasioni improprie”<sup>7</sup>.

In realtà una forma di evasione impropria sussiste nel nostro ordinamento già da prima dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario (anche se non è stata identificata in tal modo sin dalle origini). Si sta parlando dell'allontanamento dal luogo di lavoro del condannato ammesso ad un impiego lavorativo all'esterno dell'istituto penitenziario senza scorta di cui al III comma dell'articolo 385 c.p.; a tale fattispecie l'art. 29 legge 532/1982 ha successivamente affiancato l'allontanamento dell'imputato sottoposto agli arresti domiciliari dal luogo ad essi deputato, il quale oggi costituisce il caso principale e più importante di evasione

---

<sup>4</sup> F. MINERVA, 1996, 552-553; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, 195.

<sup>5</sup> S. ARDIZZONE, *Evasione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1989, 1.

<sup>6</sup> F. MINERVA, 1996, 570.

<sup>7</sup> P.PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, UTET, Torino, 1990, 434.

impropria,<sup>8</sup> insieme all'ipotesi di allontanamento dal luogo deputato alla detenzione domiciliare, misura alternativa introdotta invece nel 1986 *ex lege* n. 663 e disciplinata dall'articolo 47-ter dell'ordinamento penitenziario (il quale fa espresso rinvio all'art. 385 c.p.).

Brevemente, l'evasione cosiddetta impropria è quella realizzata da un soggetto che al momento della condotta evasiva non è sottoposto ad una custodia materialmente effettiva, essendo invece destinatario di un trattamento "in libertà". È evidente in questi termini la contrapposizione rispetto all'evasione *propria*, ossia quella tradizionalmente intesa come "fuga dal carcere", quella descritta nel I comma dell'articolo 385 del codice penale nei seguenti termini: "*Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade, è punito con la reclusione da uno a tre anni*".

La definizione delle due categorie di evasione ha inoltre rafforzato e chiarito la distinzione tra le due principali modalità di condotta che i giudici riconducono al concetto di evasione, ovvero la condotta di *allontanamento* e quella di chi invece fugge dal luogo di custodia, la quale viene ricondotta all'espressione "*evade*" di cui al I comma dell'art. 385 c.p.

Alle due forme "attive" di evasione la legge sull'ordinamento penitenziario ha affiancato quella del "mancato rientro entro i termini prestabiliti", categoria in cui rientrano numerose fattispecie di cd. evasione omissiva.

La categoria delle evasioni improprie è il frutto di una significativa evoluzione dei lineamenti dell'incriminazione *ex* articolo 385 c.p., in quanto quest'ultima oggigiorno colpisce anche ipotesi in cui è assente la violazione del tradizionale rapporto custode-detenuto, proprio perché l'approdo ad un modello anticustodialistico, finalizzato ad una maggiore tendenza rieducativa del sistema penitenziario, ha determinato la possibilità di affidare il rispetto delle limitazioni della libertà personale alla responsabilità del singolo interessato (ad esempio attraverso la concessione della semilibertà, dei permessi e delle licenze), in assenza di una sorveglianza diretta e continua, ovviamente sulla base di determinati presupposti stabiliti dalla legge<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 592-593.

<sup>9</sup> F. MINERVA, 1996, 552 ss.

In quest'ottica l'applicazione della sanzione penale alle ipotesi di evasione impropria per il tramite dell'articolo 385 c.p. costituisce il contrappeso del favore che caratterizza le misure non carcerarie e i benefici penitenziari, e quindi una adeguata conseguenza, dall'effetto presumibilmente deterrente, della violazione della fiducia accordata inizialmente con la concessione della misura o del beneficio penitenziario stessi<sup>10</sup>.

## **1.2. Interventi normativi sull'articolo 385 c.p.**

La versione originaria dell'articolo 385 del codice penale risalente al codice come pubblicato con Regio Decreto n.1398 del 1930 è rimasta immutata per alcuni decenni con la seguente formulazione: *“Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione fino a sei mesi.*

*La pena è della reclusione fino a diciotto mesi se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia verso le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da due a cinque anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite.*

*Le disposizioni precedenti si applicano anche al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale.*

*Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita”<sup>11</sup>.*

La legge n. 1/1977 (“Modificazioni alla legge 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, e all'articolo 385 del codice penale”) all'articolo 15 apporta la prima modifica al disposto dell'articolo 385 c.p., intervenendo solamente sui limiti edittali della pena.

Questi ultimi sono stati oggetto di un progressivo aumento a partire dal 1977, quando la durata della pena della reclusione passa da sei mesi ad un anno, diventando il massimo edittale originario il nuovo minimo edittale vigente, e la pena per l'evasione aggravata diventa da un anno a tre anni di reclusione (a causa dell'utilizzo

---

<sup>10</sup> A. PAGLIARO, 2000, 199.

<sup>11</sup> *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* n. 251 del 26.10.1930; *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia del 1930*, vol. VI; <http://www.normattiva.it>.

di violenza, minaccia o di effrazione); nel caso invece di più persone riunite o utilizzo di armi, da 3 a 5 anni di reclusione<sup>12</sup>.

Un'altra modifica rilevante, come già detto, è quella riconducibile all'articolo 29 della legge 532/1982 avente ad oggetto il III comma dell'art. 385 c.p., la quale ha determinato un ampliamento dei potenziali soggetti attivi dell'evasione includendo l'imputato sottoposto a custodia cautelare al di fuori dello stabilimento penale.

Tornando ai limiti edittali della pena, l'aumento di cui si è fatto cenno per il momento si è fermato all'articolo 2 della legge 199/2010, il quale ha disposto quelli che sono i limiti tutt'oggi vigenti, ossia da uno a tre anni per la fattispecie di cui al I comma, da due a cinque anni e da tre a sei anni per le due ipotesi aggravate di cui al II comma<sup>13</sup>.

### **1.3. L'evasione nella storia giuridica ed ideologica italiana**

#### *1.3.1. L'influenza dell'ideologia politica sul delitto di evasione: evasione semplice ed evasione qualificata*

Attraverso un excursus storico sulla disciplina dei delitti di evasione, guardando anche al periodo precedente l'entrata in vigore del codice Rocco (1930), è possibile captare la portata del tipo di ideologia e di finalità che hanno determinato le incriminazioni che tutt'oggi sono in vigore.

Partendo dalla relazione ministeriale sul progetto del codice Rocco del 1930 emerge chiaramente che tra gli obiettivi dei codificatori vi era quello di orientare ai concetti fondamentali e allo spirito del regime anche l'amministrazione della giustizia, si legge: *“Lo Stato fascista, un Stato etico e forte, non può non segnare di tali sue caratteristiche impronte anche la funzione altissima della giustizia”* in quanto *“L'amministrazione della giustizia non è che un aspetto dell'esercizio della sovranità dello Stato”* e poi continua dicendo che *“è naturale che lo Stato, evolvendosi secondo la concezione fascista”* rivesta *“l'amministrazione della giustizia di maggiore autorità, dandole una orientazione sicura verso l'ideale etico del Fascismo”*.

Il Jannitti-Piromallo all'interno del Trattato di diritto penale del Florian del 1939, offrendo un'analisi sui delitti contro l'amministrazione della giustizia nella loro

---

<sup>12</sup> *Gazzetta Ufficiale* n. 15 del 18.01.1977.

<sup>13</sup> *Gazzetta Ufficiale* n. 281 del 1.12.2010.

evoluzione storica, parte proprio dalle enunciazioni sopra indicate per affermare che alcune specifiche disposizioni del codice Rocco hanno risentito maggiormente rispetto ad altre dell'influenza dei principi propri dello Stato fascista.

L'articolo 385 c.p. è stato annoverato tra queste, infatti soffermandosi sulla modalità e sulla forma con cui è ancora oggi sanzionato il delitto di evasione è possibile percepire la volontà ideologica e politica che l'hanno determinato.

Quanto affermato dal Jannitti-Piromallo trova conferma nei lavori preparatori al codice nella parte in cui si afferma che il legislatore avrebbe provveduto ad una “*semplice e compendiosa formulazione*” delle disposizioni relative al delitto di evasione essendo ispirato non solo da esigenze di razionalizzazione normativa<sup>14</sup>, ma anche dalla volontà di porre regole connotate da maggior rigore rispetto alla legislazione previgente<sup>15</sup> (non a caso molti esponenti della dottrina parlano di “*torsione*” autoritaria<sup>16</sup> impressa all'ordinamento penale italiano dal legislatore fascista).

Questo particolare aspetto viene maggiormente in rilievo attraverso il confronto tra la normativa sull'evasione del codice vigente e quella dello Zanardelli (1889), il codice liberale per eccellenza, il quale infatti dispone un'evasione connotata da una fisionomia e una struttura profondamente diverse<sup>17</sup>.

Nel tentativo di svolgere una comparazione tra l'incriminazione del codice del '30 e quella del 1889, emerge innanzitutto la contrapposizione tra i concetti di “*evasione semplice*” e di “*evasione qualificata*”. L'evasione semplice è quella commessa senza ricorrere alla violenza, alla minaccia o all'effrazione, quella che comunemente viene definita come cd. fuga dalla porta aperta, in contrapposizione all'evasione qualificata, ossia un'evasione in cui la violenza reale o personale è un elemento costitutivo della fattispecie (e non una circostanza aggravante).

---

<sup>14</sup> MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, I, *Relazione introduttiva di S. E. GIOVANNI APPIANI, Presidente della Commissione*, Roma, 1929, 301.

<sup>15</sup> MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, *Verballi delle sedute della Commissione e Relazione riassuntiva della Commissione*, Roma, 1929, 13.

<sup>16</sup> Formulazione di M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi a cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 837 ss.

<sup>17</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 49.

Per quanto concerne lo Zanardelli l'unica ipotesi di evasione semplice contemplata è quella del condannato ammesso al lavoro all'esterno dell'istituto penitenziario, il quale infatti veniva sanzionato anche per il solo fatto di evasione dal luogo di lavoro, senza la necessità che la condotta fosse connotata da un elemento di violenza.

La maggior rigidità della disciplina nei confronti di questa categoria di condannato era giustificata proprio dalla ottenuta condizione favorevole di poter lavorare e di poterlo fare all'esterno, in cui l'evasione costituisce una forma di tradimento della fiducia su cui l'autorità aveva fondato la concessione del beneficio lavorativo<sup>18</sup>.

L'incriminazione dell'evasione semplice è uno dei diversi aspetti che differenzia l'evasione del Codice Rocco rispetto a quella dello Zanardelli, il quale dispone l'elemento violento come costitutivo del reato in esame, a differenza del primo che invece all'art. 385 c.p. incrimina l'evasione come reato a forma libera, penalmente rilevante quindi anche in assenza di qualsiasi violenza od effrazione.

Questo aspetto è particolarmente rilevante in quanto il maggior rigore della normativa sui delitti di evasione assunto dal codice Rocco non deriva dall'inasprimento della pena<sup>19</sup>, bensì dalla nuova conformazione del reato stesso, il quale si configura anche nella fattispecie dell'evasione semplice<sup>20</sup>.

È il dottor R. Isotton<sup>21</sup> che all'interno della sua ricerca sui delitti di evasione, dopo aver segnalato diversi aspetti della disciplina dell'evasione del codice Rocco in cui emerge *“la sterzata”* autoritaria, afferma che quello che segnala con maggior evidenza la linea seguita dal legislatore del '30 è proprio il passaggio da elemento costitutivo del reato a circostanza aggravante dell'utilizzo della *“violenza o minaccia verso le persone”* ovvero dell'effrazione, in altre parole il considerare penalmente

---

<sup>18</sup> G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2020, 1.

<sup>19</sup> Ad esempio, guardando alla fattispecie di evasione commessa con violenza o mediante effrazione, si nota addirittura che la pena prevista è mitigata rispetto a quella prevista dal codice previgente. Nello specifico, il codice Rocco all'articolo 385 comma II (versione originaria) prevede la pena della reclusione fino a 18 mesi; il codice Zanardelli sanzionava sia l'arrestato sia il condannato con una pena che poteva estendersi fino a tre anni di reclusione (artt. 226 e 227 comma I, n. 2); inoltre la pena per l'evasione del condannato è più mite nel codice Rocco, il quale dispone la medesima cornice edittale della pena destinata all'arrestato evaso (lo Zanardelli invece stabilisce un meccanismo di calcolo della pena tale per cui il condannato può subire un prolungamento fino a tre anni di reclusione).

<sup>20</sup> L'Università di Genova nel suo giudizio inviato al Ministero di Grazia e Giustizia aveva definito *“esorbitante l'incriminazione dell'evasione, indipendentemente dal ricorso alla violenza od alla rottura”*, in *LPCP, III, Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, parte III, Roma, 1928, 230 ss.

<sup>21</sup> Ricercatore confermato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

rilevante il solo fatto di allontanarsi dal luogo della detenzione non altrimenti qualificato, ovvero l'evasione semplice.

Sanzionare penalmente l'evasione non violenta è una scelta che ha infatti determinato una evidente rottura rispetto ad una lunga tradizione di matrice liberale in base alla quale non solo lo Zanardelli (1889)<sup>22</sup>, ma anche i codici preunitari quali ad esempio il Codice Sardo (1859)<sup>23</sup> e il Codice Toscano (1853)<sup>24</sup> fino ad arrivare a quelli dell'Italia della Restaurazione, non incriminano l'evasione semplice, attribuendo rilevanza penale solamente all'evasione qualificata e lasciando talvolta alla prima conseguenze di natura esclusivamente disciplinare a norma della legislazione penitenziaria<sup>25</sup>.

Il codice Rocco ha invece ampliato le dimensioni del concetto di delitto di evasione rispetto a come è stato plasmato nel suo antecedente, infatti esso include nell'area del penalmente rilevante anche tutte le ipotesi di cd. evasione semplice, dando autonomo rilievo alla violenza sulle cose e alla violenza o minaccia contro la persona in funzione di circostanze aggravanti<sup>26</sup>.

La scelta che il legislatore svolge rispetto alla punibilità dell'evasione semplice costituisce un indice utile al fine di comprendere quale tipologia di politica criminale abbia determinato e caratterizzato la sanzione del delitto di evasione.

Particolarmente interessante è la parte della Relazione Ministeriale al codice Zanardelli in cui viene argomentata l'esclusione dell'evasione semplice dall'alveo delle condotte incriminate: *“la fuga non accompagnata da alcuno dei mezzi*

---

<sup>22</sup> R. ISOTTON, *Brevi considerazioni in tema di “delitti di evasione” nel codice Rocco*, in *Il codice penale per il regno d'Italia (1930), Codice Rocco*, in S. VINCIGUERRA, *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, II, XXVIII, CEDAM, Padova, 2010, CXVIII.

<sup>23</sup> Il Codice penale sardo contemplava la *“fuga dei detenuti”* e stabiliva come prima sanzione quella destinata ai custodi *“e tutti gli altri incaricati della loro condotta, trasporto o custodia”* e poi quella destinata alle altre persone *“non incaricate della condotta, trasporto o custodia dei detenuti”*. Solo dopo, all'articolo 284 il codice si riferisce ai fuggitivi e a coloro che hanno tentato l'evasione, ma solamente con *“rottura delle carceri od altri luoghi di detenzione, o con violazione contro le persone”* o con utilizzo delle armi.

<sup>24</sup> Il Codice Toscano del 1853 puniva *“chiunque ritoglie agli agenti della forza pubblica una persona arrestata”* e *“chiunque ha dolosamente fatto evadere un arrestato dalla carcere”*. L'evasione monosoggettiva semplice non era invece incriminata, l'articolo 160 colpiva solamente *“chiunque è riuscito, mediante effrazione, ad evadere”*. Quando invece il prigioniero riusciva ad evadere per mezzo di violenza personale allora era punito solamente per quella a titolo di *“resistenza”* ma non di evasione, quindi era applicabile la pena di un altro reato solo per colpire la violenza senza invece accordare rilevanza penale al fatto di aver riacquisito la propria libertà.

<sup>25</sup> R. ISOTTON, 2010, CXV ss.

<sup>26</sup> L. SCOPINARO, 2009, 355; F. MINERVA, 1990, 551.

*surriperiti non è incriminabile perché è legge di natura che ognuno cerchi di riacquistare la libertà*<sup>27</sup>.

Queste parole costituiscono il riconoscimento di “*un insopprimibile anelito alla libertà*” e la prova della volontà di tutelarla, infatti i principi liberali hanno impedito al primo codice penale unitario di sanzionare come delitto l’obbligo di collaborazione nell’esecuzione della pena inflitta alla persona, alla quale infatti si può ovviamente imporre la sanzione penale ma non l’obbligo aggiuntivo anzidetto, a garanzia del rispetto della persona privata della propria libertà, che come tale tende naturalmente alla sua riacquisizione.

L’evasione nel diritto penale liberale era quindi lontana dall’essere un’incriminazione della ribellione al provvedimento, bensì più vicina a quella di un delitto che il privato commetteva contro la pubblica amministrazione, soprattutto nel caso di violenza alle strutture penitenziarie in quanto in grado di compromettere l’idoneità della struttura ad assicurare la detenzione degli altri detenuti<sup>28</sup>.

All’interno del codice Rocco l’unico riconoscimento all’istintiva tendenza dell’uomo verso la libertà personale lo si ritrova nella previsione delle ipotesi speciali di concorso (artt. 386 e 387 c.p.), rispetto alle quali infatti vi è stata continuità dell’assetto dello Zanardelli. È possibile argomentare questa lettura in quanto i terzi che concorrono nell’evasione sono destinatari di una pena più gravosa rispetto a quella dell’evaso, quindi come se quest’ultimo fosse in qualche modo più “giustificato” nel tenere la condotta evasiva, infatti sia la dottrina che la giurisprudenza considerano l’azione dei concorrenti più grave e più riprovevole di quella del detenuto o dell’arrestato evasi<sup>29</sup>.

Rispetto a quella liberale è sicuramente di segno diverso la concezione del rapporto individuo-autorità che sta dietro alla normativa del ’30, in virtù del particolare clima politico di quegli anni, in cui il legislatore ha deciso di dare prevalenza all’esigenza dello Stato di garantire ossequio alla legge a discapito dell’aspirazione naturale dell’uomo alla libertà personale<sup>30</sup>, infatti la Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo del codice Rocco indica che “*Nel reprimere l’evasione, il Progetto punisce*

---

<sup>27</sup> F. ANTOLISEI, *Rigorismi giurisprudenziali in materia di concorso tra reati*, in *Giur.it.*, 1949, II, c. 170.

<sup>28</sup> G. MINICUCCI, 2020, 1 ss.

<sup>29</sup> P. PISA, 1990, 431; A. PAGLIARO, 2000, 202; Cass. Sez. I, 5.7.1979, in *C.E.D. Cass.*, n. 144052.

<sup>30</sup> MAZZANTI, *Evasione*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 115.



*il fatto.. anche se non ricorra violenza, perché al concetto individualista e sentimentale che a chi evade debba indulgersi per l'amore della libertà, istintivo e incoercibile nell'uomo, deve in uno Stato ben ordinato e forte, prevalere l'assoluto rispetto alla Giustizia*"<sup>31</sup>.

Tra gli esponenti della dottrina favorevoli all'incriminazione dell'evasione *sine vi* emerge Vincenzo Manzini, il quale, ancora prima dell'instaurazione del regime fascista, aveva criticato l'impunità dell'evasione semplice definendola come una "*concessione discutibile, dal punto di vista della politica criminale, all'istinto di libertà*". Ben contento della svolta determinata dall'entrata in vigore del Codice Rocco egli nel suo *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930* afferma che quest'ultimo "*giustamente*" ha soppresso la "*strana impunità*" concessa dal codice Zanardelli<sup>32</sup>.

Il Manzini inoltre dedica una parte del suo trattato alla ricostruzione delle origini storico-giuridiche del delitto di evasione spingendosi ad affermare che nell'esperienza giuridica romana si può ritrovare l'antenato dell'incriminazione dell'evasione semplice; in particolare egli sostiene che nel diritto romano l'evasione sia un *crimen laesae maiestatis*, ossia un reato di tipo politico<sup>33</sup>.

Sulla base di questa affermazione Isotton ritiene che, nonostante in sede di discussione del progetto del nuovo codice risulta che il Manzini non sia intervenuto direttamente a proposito del tema in esame, la ricostruzione delle radici romanistiche dell'evasione semplice come reato politico proposta dal Manzini sia "*la motivazione più risposta della decisione del legislatore di modificare in senso ulteriormente repressivo la disciplina dell'evasione*".

Il Manzini argomenta che la criminalizzazione dell'evasione semplice può trovare ispirazione nella corrispondente figura di reato politico del diritto romano, la quale però a parere di Isotton in realtà non esisteva né nell'esperienza giuridica romana, e nemmeno in quella medievale e moderna che nella prima trova fondamento<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, parte II, Roma, 1929, 180.

<sup>32</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, V, Torino, 1935, 831.

<sup>33</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1913, 527, n. 1.

<sup>34</sup> R. ISOTTON, 2010, CXXXV.

Dopo aver esaminato la ricostruzione storica dei crimini di lesa maestà dello Sbriccoli<sup>35</sup> egli conclude che tra i reati che oggi chiamiamo “contro l’amministrazione della giustizia” si incriminava solamente la *eximitio a carcere* del detenuto da parte di terzi e solo in presenza di determinate condizioni molto specifiche volte a dimostrare che chi aveva favorito la fuga del detenuto fosse animato dall’*animus laedendi maiestatis* proprio dei reati politici. Nessuna traccia invece dell’esistenza di sanzioni penali contro la condotta di evasione semplice, non caratterizzata dall’intento di attaccare il potere politico e nemmeno dalla violenza dei mezzi utilizzati.

L’Isotton sostanzialmente ritiene che l’evasione semplice del codice Rocco (art. 385 c. I c.p.) sia stata concepita come un delitto politico, probabilmente sulla base della ricostruzione *inesatta* del Manzini sulle origini del delitto di evasione.

Che la rilevanza penale dell’evasione semplice si fondi su di una riproposizione della categoria generale dei reati di lesa maestà è innegabile, inesatto è invece affermare che il diritto romano faceva lo stesso, nel senso di ricondurre l’evasione semplice ai crimini di lesa maestà.

Il legislatore del ’30 ha infatti concepito il concetto di personalità dello Stato come volontà superiore che viene contraddetta da comportamenti di disobbedienza e ha deciso di colpire questi ultimi fino a ricomprendere anche l’evasione non qualificata da alcun comportamento violento, per il solo fatto che tale condotta si presenti come una manifestazione di “*disobbedienza che deve essere punita*” in quanto espressione di un “*istintivo amore della libertà*” in contrasto con gli ordini dell’autorità giudiziaria<sup>36</sup>.

Lo scopo del saggio dell’Isotton è quello di dimostrare che l’incriminazione dell’evasione semplice costituisce un *unicum* non solo rispetto al Codice Zanardelli, ma anche all’esperienza giuridica romana, che invece il Manzini aveva indicato come riferimento in senso esattamente opposto. Inoltre nel suo saggio indica che sono sostanzialmente solo due le codificazioni che nella storia hanno colpito l’evasione semplice, ossia il *severo* Codice giuseppino (1787) e il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del (1819), e che nemmeno il *Code penal* napoleonico

---

<sup>35</sup> M. SBRICCOLI, *Crimen laesae majestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

<sup>36</sup> *Atti della Commissione Parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul Progetto di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori al codice penale*, VI, Roma, 1930, 543.

(1810) colpiva l'evasione consumata o tentata senza ricorso all'effrazione o alla violenza (art. 245) a fronte di una plurisecolare dottrina penalistica che aveva progressivamente affermato, fin dagli inizi dell'età moderna, le ragioni dell'impunità dell'evasione *sine vi*.

Il nuovo reato e il conseguente inasprimento dell'ordinamento giuridico sul fenomeno evasivo sarebbe quindi il risultato della volontà di ripristinare la portata della disciplina dei reati politici fino a ricomprendervi l'evasione anche quando si manifesta nella forma semplice, in quanto indice di disobbedienza e di offesa all'autorità dello Stato, per cui meritevole della sanzione penale<sup>37</sup>.

Salvo il progressivo emergere del nuovo modello di evasione caratterizzato dall'assenza del tradizionale rapporto di custodia, considerando che il testo dell'articolo 385 c.p. è rimasto praticamente invariato, si può dire che questo reato mantiene ancora oggi l'essenza derivante dalle scelte del legislatore degli anni '30, quella volta alla tutela dell'autorità dello Stato nell'amministrazione della giustizia. Proprio per questo motivo sono svariati i tentativi interpretativi volti a dare una nuova giustificazione e una nuova *ratio* all'incriminazione del fenomeno dell'evasione, soprattutto attraverso l'individuazione di un nuovo bene giuridico oggetto della tutela penale a discapito di quello originario rappresentato dalla mera autorità del soggetto pubblico, ma anche attraverso l'intera teoria della consumazione del reato.

### 1.3.2. *Il codice Zanardelli: la tutela frammentaria di un'evasione "liberale"*

Oltre alle enunciazioni di principio che emergono dai lavori preparatori, meritano di essere analizzate anche le disposizioni di legge in sé.

Le due norme principali in tema di evasione all'interno dello Zanardelli sono gli articoli 226, che sanziona "*chiunque, essendo legalmente arrestato evade, usando violenza verso le persone, o mediante rottura, è punito con la detenzione da tre a diciotto mesi*", e il 227 destinato al "*condannato che evade valendosi dei mezzi indicati nell'articolo precedente*" la cui applicazione è estesa anche al condannato ammesso al lavoro fuori dello stabilimento penale.

---

<sup>37</sup> R. ISOTTON, 2010, CXX ss.

Dalla lettura del dettato codicistico emergono visibilmente i due caratteri fondamentali dell'evasione "liberale". Il primo è la sanzionabilità della sola evasione qualificata, il secondo è il fatto che l'arrestato (o custodito preventivamente) e il condannato non siano sanzionati nello stesso modo, bensì attraverso due norme distinte<sup>38</sup>.

In virtù di questo secondo aspetto, la tutela della pena detentiva codificata nel codice del 1889 è stata definita come una tutela frammentata, in quanto essa non è incentrata su di un'unica disposizione cardine e quindi su un unico perimetro sanzionatorio, cosa che invece ha scelto il legislatore del 1930 optando per l'unitarietà della tutela (*ex* articolo 385 c.p.).

La frammentarietà dell'evasione dello Zanardelli si realizza in due sensi. Esso incrimina la condotta attraverso la previsione di diverse "evasioni", ovvero diverse fattispecie incriminatrici e quindi diverse cornici edittali che si distinguono in base alla tipologia di provvedimento restrittivo violato, per cui la sanzione dell'evasione è diversa in base al fatto che il soggetto fosse stato condannato alla reclusione o all'ergastolo oppure arrestato; inoltre la pena conseguente all'evasione varia nell'ammontare in base alla gravità della pena oggetto di esecuzione, nel senso che deve essere determinata proporzionalmente alla durata della pena che il reo stava scontando, per cui più alta è la pena per il primo reato (originaria o residua) conseguentemente più alta è la pena per l'evasione.

Fino al 1930 i delitti di evasione erano caratterizzati da un criterio di gradazione dell'offensività del fatto commesso in funzione del tipo di pena scontata, infatti: *ex* articolo 227, il regime sanzionatorio è più mite per il solo fatto che l'evaso stesse scontando l'ultimo periodo della pena<sup>39</sup>; *ex* articolo 226 la pena è quella della reclusione da tre a diciotto mesi per colui che è sottoposto all'arresto; ancora, il 227 stabilisce un prolungamento da un terzo alla metà della pena che rimane da scontare "*purché tale prolungamento non sia non inferiore ai tre mesi né superiore ai tre anni*" per il condannato alla reclusione, anche quando ammesso a lavorare al di fuori dello stabilimento penale (qualora fosse evaso dal luogo di lavoro); invece per l'ergastolano un periodo di "segregazione cellulare" o il proseguimento di esso (qualora vi fosse già sottoposto) della durata massima di un anno.

---

<sup>38</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 302 ss.

<sup>39</sup> L. SCOPINARO, 2009, 355.

La cosiddetta frammentazione della disciplina sanzionatoria colpisce anche le ipotesi speciali di concorso di cui agli articoli 228 e 229 (disposizioni destinate a chi “*procura o facilita l’evasione*” che prevedono sanzioni diverse in base alla qualificazione soggettiva dell’agente) ove l’evasione dell’arrestato e del condannato quali evento del reato vengono equiparate, disponendo però che l’ammontare della durata della pena che il concorrente deve scontare deve essere determinato tenendo conto della gravità del reato imputato all’evaso o della specie e della durata della pena che gli rimaneva da scontare.

La frammentarietà che caratterizza l’impianto della disciplina dell’evasione nello Zanardelli testimonia il fatto che la tutela realizzata per mezzo dei delitti di evasione si fonda sulla considerazione dello scopo perseguito con lo specifico provvedimento restrittivo della libertà personale applicato all’evaso, come se quindi l’evasione dell’arrestato offendesse un bene giuridico specificatamente diverso rispetto all’evasione del condannato e l’evasione del condannato ad 1 anno costituisse un’offesa di minor intensità rispetto a quella conseguente all’evasione di un condannato ad una pena più alta.

### 1.3.3. *La tutela unitaria di cui all’articolo 385 c.p.*

Mettendo a confronto la disciplina dei delitti di evasione del codice Rocco con quella dello Zanardelli si può notare *prima facie* che la scelta del legislatore del ’30 ha determinato una radicale semplificazione della struttura del reato e della relativa normativa.

L’indole semplicistica dell’intervento si vede innanzitutto dal dimezzamento del numero delle disposizioni dedicate, passando dagli artt. 226 fino al 233 dello Zanardelli al trittico del Rocco costituito dagli artt. 385, 386 e 387 c.p.

Il nuovo codice ha poi abbandonato la distinzione tra detenuto e arrestato (o custodito cautelamente) che invece lo Zanardelli aveva utilizzato come elemento determinante l’incriminazione di due delitti di titolo diverso (artt. 226 e 227); in tal senso ai fini della determinazione della pena e della punibilità è indifferente che lo stato di detenzione da cui il soggetto evade sia determinato da ragioni cautelari (custodia preventiva) o ragioni di punitive (esecuzione di una condanna alla pena detentiva), in quanto l’offesa è vista semplicemente nel fatto che il destinatario del

provvedimento restrittivo, violando la legittima privazione della propria libertà, abbia agito in senso contrario al suo *dictum* e quindi alla sua autorità.

La distinzione tra “arrestato” e “imputato” o “indiziato” rileva ancora oggi ma solamente rispetto alla determinazione degli elementi secondari del delitto, quindi dei suoi aspetti più specifici messi in evidenza in sede di contestazione dell’imputazione, come ad esempio il fatto che in un caso l’agente sia una persona imputata o indiziata legalmente arrestata per un reato, e nell’altro una persona già condannata in via definitiva, e non per l’individuazione della fattispecie astratta di riferimento, essendo essa sempre la medesima, ovvero quella di cui all’articolo 385 c.p. (salvo le fattispecie *extra codicem*)<sup>40</sup>.

La tendenza semplificatrice dei codificatori del 1930 li ha portati ad optare per una forte uniformità della disciplina, la quale si caratterizza per l’unicità della cornice editale (*ex I comma art. 385 c.p.*) che è infatti la stessa per tutte le fattispecie concrete possibili, siano esse di evasione propria o impropria, quindi anche successivamente all’evoluzione del sistema penale dovuta all’introduzione delle misure alternative alla detenzione e di tutti gli altri istituti volti all’implementazione dello scopo rieducativo imposto dal III comma dell’articolo 27 Costituzione. L’unico elemento differenziale e rilevante all’interno della disciplina è la posticipazione della consumazione del reato di dodici ore in alcuni specifici casi, in cui determinate esigenze di tutela sono state favorite rispetto a quella di punire l’inosservanza della pronuncia giudiziale.

Ai fini della determinazione dell’ammontare della pena per l’evasione la disciplina non stabilisce alcuna rilevanza non solo alla tipologia di pena cui l’evaso è stato precedentemente condannato (arresto, detenzione, ergastolo), ma anche all’entità del residuo di tale pena che sia ancora da scontare, e nemmeno all’eventuale sussistenza di modalità di esecuzione della pena detentiva meno afflittive rispetto alla restrizione carceraria “classica”<sup>41</sup>.

Anche il delitto di procurata evasione (art. 386 c.p.), il quale costituisce la più grave delle ipotesi di evasione, è stato fortemente semplificato, tanto che esso colpisce con la stessa pena e le stesse circostanze aggravanti tutti i soggetti in modo

---

<sup>40</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 306 ss.

<sup>41</sup> L. SCOPINARO, 2009, 357 ss.

indifferenziato, quando invece lo Zanardelli stabiliva una sanzione *ad hoc* per il reo dotato della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale.

Come già detto, la struttura del regime sanzionatorio del delitto di evasione all'interno del codice è rimasta la stessa del 1930 (salvo il progressivo inasprirsi della pena).

Si tratta di una normativa ormai quasi centenaria, ma soprattutto coniata in un'epoca storico-politica che dal punto di vista dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico è radicalmente diversa da quella odierna, in cui infatti la pena principale detentiva è eseguita sempre e solo in carcere, senza alcuna soluzione alternativa più risocializzante salvo la possibilità di lavorare fuori dello stabilimento penale (che comunque era svolto in condizioni isolate).

In un contesto giuridico-politico di tal genere risulta comprensibile l'abbandono della accurata frammentarietà che caratterizzava l'evasione "liberale" del Codice Zanardelli a favore invece di un unico strumento di tutela dell'autorità dello Stato quand'essa si esplica nell'amministrazione della giustizia.

Ci si chiede però se l'avvento della Costituzione e la conseguente apertura del sistema penitenziario ad istituti giuridici che effettivamente tendono alla rieducazione non siano un adeguato e sufficiente stimolo per il legislatore tale da indurlo a modificare le sembianze del delitto di cui all'articolo 385 c.p.

In tal senso, non è necessariamente auspicabile il ritorno ad un sistema come quello del Codice Zanardelli, in cui la sanzione che colpisce l'evasione è diversa addirittura in base all'entità della pena residua; bensì è auspicabile un adattamento della disciplina del fenomeno evasivo all'assetto della sanzione penale odierna, il quale risulta molto più articolato e differenziato rispetto a quella risalente al 1930.





## II. Qual'è l'oggetto della tutela penale?

Il tema dell'oggettività giuridica del reato ha determinato la proiezione dell'attenzione di alcuni studiosi di diritto sull'individuazione del bene giuridico tutelato attraverso l'incriminazione della condotta di evasione e, in virtù delle risultanze, sull'opportunità di sanzionare penalmente la cd. evasione semplice, ossia quella commessa senza uso della violenza<sup>42</sup>.

### 2.1. L'individuazione del bene giuridico tutelato

L'individuazione dell'oggetto della tutela giuridica realizzata attraverso la previsione normativa dei delitti di evasione è uno degli aspetti più controversi e dibattuti in dottrina relativamente alla disciplina in esame, esso infatti non risulta immediatamente chiaro e palpabile a differenza degli interessi tutelati per mezzo di altre fattispecie criminose.

Tra le principali cause di questo dibattito si annovera il fatto che il contesto ideologico, storico-politico di tipo autoritario in cui il codice Rocco (1930) è stato adottato ha avuto una particolare influenza sulla struttura e sulla *ratio* giustificatrice della disciplina dei delitti di evasione, la quale emerge anche dalla sola lettura del *nomen* "Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie" che i codificatori hanno scelto per il capo II del titolo III del II libro del codice penale.

È infatti proprio dall'osservazione del *nomen* del capo II che si fonda la modalità più intuitiva di individuazione del bene giuridico tutelato attraverso delitti di evasione, la quale porta a concludere che l'oggetto della tutela sia semplicemente l'autorità delle decisioni giudiziarie.

Questa lettura è assolutamente in linea con la scelta del legislatore originario di sanzionare tutte le possibili ipotesi di evasione (anche quella semplice) e per mezzo della stessa cornice edittale di pena, proprio perché se l'oggetto dell'offesa è la

---

<sup>42</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 589.

decisione del giudice penale in quanto tale, in quanto espressione dell'autorità dello Stato, allora qualunque condotta evasiva è capace di realizzare l'offesa tipica, ed ai fini della determinazione normativa della pena non assume alcuna rilevanza il tipo di provvedimento dell'autorità giudiziaria.

In questo senso l'evasione è una condotta penalmente rilevante perché costituisce una forma di ribellione all'autorità che si concretizza nella violazione del provvedimento restrittivo della libertà personale che la stessa ha emanato, a prescindere dallo specifico scopo che l'ordinamento persegue attraverso la sua applicazione<sup>43</sup>.

È sulla base di questi presupposti che anche l'evasione semplice è ricaduta sotto la nozione di evasione penalmente rilevante. Il mutamento di prospettiva rispetto alla disciplina previgente sta nel fatto che l'evasione viene concepita come offensiva dell'autorità delle decisioni giudiziarie dato che ne impedisce o ne ostacola gli effetti o l'esecuzione, tale per cui anche l'evasione semplice diventa penalmente rilevante in quanto idonea a realizzare l'offesa. Risulta dai lavori preparatori che nell'ambito di un regime in cui tutti i diritti e gli interessi dei privati vengono subordinati a quelli supremi dello Stato, l'interesse (dello Stato) all'esecuzione penale prevale su qualsiasi altra considerazione individualistica, ivi compreso l'istinto naturale di libertà al quale invece lo Zanardelli attribuiva efficacia giuridica<sup>44</sup>.

Negli anni successivi all'entrata in vigore del nuovo codice penale (1930) i delitti di evasione vengono identificati come una forma di tutela dell'interesse fondamentale dello Stato al “*retto funzionamento dell'amministrazione della giustizia (in generale) e all'autorità dei provvedimenti giudiziari (in particolare)*” e quindi “*dell'interesse pubblico all'assoggettamento dei privati all'amministrazione della giustizia*” mantenendo inviolata la privazione della libertà personale legittimata dalla pronuncia giudiziale<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, con appendice di aggiornamento di P. PISA, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2009, 321.

<sup>44</sup> G. APPIANI, *Verbalì delle sedute della Commissione e Relazione riassuntiva della Commissione*, in *Lavori preparatori al codice penale*, IV, parte I, Roma, 1929, 300 ss.

<sup>45</sup> G. VELOTTI, *In tema di evasione*, in *Rassegna di studi penitenziari*, Roma: Ministero di grazia e giustizia, 1951, 351.

È proprio in tal senso che l'oggettività giuridica dell'evasione è stata intesa per molto tempo, fedelmente all'impostazione voluta dal legislatore originario<sup>46</sup>.

La stessa Corte di Cassazione in svariate pronunce ha indicato come bene giuridico tutelato dall'articolo 385 c.p. il rispetto e l'osservanza dell'autorità delle decisioni giudiziarie in materia di provvedimenti che restringono la libertà personale nelle forme stabilite dalla legge, anche quando ad esso viene fatto rinvio da altre disposizioni normative, quindi sia per quanto riguarda l'evasione codicistica sia per quelle disposte dall'ordinamento penitenziario<sup>47</sup>.

Che la tutela sia rivolta all'amministrazione della giustizia è tutt'oggi pacifico, discutibile è invece la classificazione delle evasioni come “*delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*”, dato che il significato di questa locuzione non pare univoco.

L'obiettivo del capitolo è proprio quello di capire che cosa concretamente significhi offendere l'autorità delle decisioni giudiziarie attraverso la condotta di evasione, o meglio individuare il significato che meglio si confà ai principi dell'ordinamento giuridico vigente.

Le osservazioni seguenti relative al bene giuridico tutelato riguardano i delitti di evasione nella loro interezza, ivi compresi quelli di cui agli artt. 386 e 387 c.p., i quali realizzano la medesima offesa delle fattispecie monosoggettive per mezzo dell'evento del reato che li caratterizza<sup>48</sup>.

### *2.1.1. Tentativi di adattamento dell'evasione al principio di offensività del reato*

Partendo dalla lettura dei lavori preparatori al codice Rocco emerge che la logica dei codificatori vede l'evasione come un'azione offensiva in via esclusiva del bene giuridico del rispetto dovuto dal cittadino alla sovranità dello Stato, “*che nell'amministrazione della giustizia si manifesta nel pronunciato del giudice e negli atti dei suoi operatori*”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> L. SCOPINARO, 2009, 319 ss.

<sup>47</sup> Cass. 16 febbraio 1999, *Giurisprudenza italiana*, 2001, II, 811-812.

<sup>48</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli Editore, Bologna, 2012, 426.

<sup>49</sup> M. CATENACCI, 2011, 589.

Mantenendo la concezione originaria la tutela realizzata attraverso l'articolo 385 c.p. ancora oggi avrebbe ad oggetto i provvedimenti giudiziari (e non solo) in quanto tali, meritevoli di tutela quali espressione del potere pubblico e quindi l'autorità del provvedimento in senso puramente astratto e formale<sup>50</sup>.

L'idea del legislatore storico è quindi quella di garantire tutela all'autorità dello Stato in tutte le sue manifestazioni, anche quando essa si esprime nelle decisioni giudiziali, motivo per cui anche l'evasione semplice è colpita dalla sanzione penale.

Si tratta di una scelta assolutamente coerentemente con la concezione dello Stato caposaldo della dottrina fascista<sup>51</sup>; sulla base di quest'ultima il codice Rocco ha ampliato il raggio di azione della tutela penale delle pronunce giudiziali includendo per la prima volta nella legislazione italiana (a differenza di quanto infatti stabiliva il codice Zanardelli) anche i provvedimenti del giudice civile e alcuni del giudice amministrativo e contabile qualora venissero dolosamente non eseguiti (art. 388 c.p.)<sup>52</sup>.

Sicuramente l'evasione del detenuto è una condotta che frustra l'operato dell'amministrazione della giustizia e della legge, ma l'impostazione originaria in base alla quale lo scopo della tutela è la sola autorità dello Stato risulta eccessivamente radicata alla concezione centralistica ed autoritaria del potere pubblico per poter essere accolta anche successivamente all'entrata in vigore della Carta costituzionale<sup>53</sup>.

Non sono pochi i principi di diritto affermatesi con lo sviluppo post-costituzionale dell'ordinamento giuridico che sono in palese contrasto con la previsione dei delitti di evasione, ancor più se intesi come forma di tutela del bene giuridico dell'autorità dello Stato. Quelli che vengono maggiormente in rilievo sono la concezione del diritto penale come *“luogo dell'extrema ratio e della garanzia”* e il principio di offensività del reato<sup>54</sup>.

Il nodo fondamentale è rappresentato proprio dal fatto che sia discutibile la compatibilità dei delitti di evasione, intesi come offensivi della sola autorità statale,

---

<sup>50</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, UTET, Torino, 1982, 727 ss., 1041 ss.

<sup>51</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 48.

<sup>52</sup> L. SCOPINARO, 2009, 321; A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 321.

<sup>53</sup> L. SCOPINARO, 2009, 321.

<sup>54</sup> D. BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. Giur. umbra*, 2001, 430.

con il principio di offensività del reato, ancor più quando l'evasione si realizza in assenza di violenza personale o reale<sup>55</sup>.

L'offensività del reato è un principio inesplicito di rango costituzionale riconosciuto dall'unanime dottrina nel II comma dell'articolo 25 Costituzione, in virtù del quale il "fatto" di cui al II comma deve essere interpretato nel senso che una determinata condotta umana sia punibile a titolo di reato solamente se "offensivo di un bene giuridico"<sup>56</sup>.

Questo principio è un forte monito indirizzato *in primis* al legislatore, il quale può costruire fattispecie incriminatrici necessariamente a tutela di beni giuridici; e *in secundis* ai giudici, i quali devono applicare la legge penale optando per l'interpretazione che consenta di mantenere l'offensività del fatto, adeguando il bene tutelato ai principi costituzionali<sup>57</sup>.

L'unico modello di reato compatibile con i valori costituzionali della sovranità popolare, della dignità e dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>58</sup>, è quello strutturato come offesa ai beni o interessi giuridici che i consociati ritengono meritevoli di tutela penale, in quanto solo in tali circostanze si giustifica l'utilizzo della sanzione più pesante di cui l'ordinamento dispone<sup>59</sup>.

Il principio di offensività stabilisce un vero e proprio limite sostanziale al legislatore penale, ovvero quello di poter reprimere soltanto quelle condotte che presentino un contenuto offensivo – come lesione o come messa in pericolo – di beni meritevoli di protezione<sup>60</sup>.

In questi termini l'effetto dell'avvento della Costituzione sul diritto penale è stato quella di rendere del tutto fragile la legittimazione di fattispecie di reato di mera disobbedienza o inosservanza, il tutto a garanzia dei cittadini e dei loro diritti essendo l'offensività un limite alla discrezionalità del legislatore nell'utilizzo della sanzione penale, la quale diversamente potrebbe essere utilizzata anche a sproposito.

---

<sup>55</sup> M. CATENACCI, 2011, 589.

<sup>56</sup> G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 1111.

<sup>57</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017, 255; il principio di offensività in concreto è il principio che la più recente giurisprudenza utilizza per attenuare il rigore che tradizionalmente ha assunto nell'applicazione della disciplina sulle evasioni domiciliari (cap. IV, § 4.3).

<sup>58</sup> A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2021, Fascicolo 1, 196.

<sup>59</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, 2017, 255.

<sup>60</sup> A. BONOMI, 2021, 195.

Quanto è stato osservato dalla dottrina è che la mera affermazione dell'autorità dello Stato non può essere inclusa nel novero dei beni giuridici meritevoli di tutela penale, poiché il delitto di evasione risulterebbe una criminalizzazione di una condotta di sola e pura disobbedienza e quindi una disposizione incriminatrice con oggettività giuridica non soddisfacente il principio di offensività.

Guardando alla giurisprudenza, si può dire che fino alla fine degli anni '90 i giudici prevalentemente parlavano in senso generico di “*interesse dello Stato al mantenimento della restrizione personale del custodito*”, un'espressione più accettabile ma comunque non sufficientemente precisa per escludere il difetto di offensività<sup>61</sup>.

Successivamente, alla luce delle osservazioni sopra esposte, sia in dottrina che in giurisprudenza si trovano diversi tentativi di declinare diversamente e in modo più specifico il significato di “*tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie*” e del reato di evasione utilizzando come filtro il dettato costituzionale.

Il cambiamento di prospettiva è partito dall'individuazione del titolare dell'interesse tutelato, il quale non è più lo Stato inteso come entità sovraordinata e distinta dai destinatari del precetto penale, bensì la pluralità indeterminata dei destinatari dello stesso.

La nuova interpretazione costituzionalmente orientata vuole che l'evasione sia offensiva di un interesse di tipo collettivo, o meglio dell'interesse pubblico all'osservanza di quei provvedimenti che sono strumentali all'attuazione giurisdizionale dei diritti, la quale viene realizzata anche per il tramite della legittima limitazione della libertà personale, sia essa nella forma della detenzione, dell'arresto o del fermo<sup>62</sup>.

Quest'assunto corrisponde a quanto sostenuto da Adolfo Zerboglio come argomentazione a favore dell'incriminazione dell'evasione semplice durante la vigenza del codice Zanardelli. Costui era un esponente della Scuola Positiva che sosteneva la punibilità dell'evasione, giustificandola con la possibilità di rendere

---

<sup>61</sup> Cass. Sez. VI, 14.02.1984, in *Cassazione penale*, 1986, VII, 1078.

<sup>62</sup> L. SCOPINARO, 2009, 321 ss.; V. MANZINI, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. NUVOLONE, V ed., aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, UTET, Torino, 1982, 1042; I. ARDIZZONE, *Evasione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1989, 3; F. CARINELLA, M. DE PALMA, S. FARINI, A. TRINCI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Dike Giuridica Editrice, S.r.l., Roma, 2016, 456.

effettiva la tutela giuridica che sta alla base della pena che si realizza in sede giudiziale, pena intesa quindi non solo come difesa sociale rispetto al pericolo denunciato del delitto, bensì come strumento per un fine più ampio, quello della tutela ed affermazione del diritto.

Sostanzialmente egli ritiene che la punibilità dell'evasione sia strettamente legata al carattere giuridico della pena, tanto che definisce l'evasione come la negazione pratica del diritto della società alla punizione dell'illecito penale già accertato dalla macchina della giustizia. Focalizzando l'attenzione sulla tutela del diritto positivo e sulla sua affermazione mediante la pena egli deduce l'opportunità di punire dell'evasione, anche nella forma semplice<sup>63</sup>.

In base a questa prospettiva sono l'amministrazione della giustizia e i titolari dei diritti che con essa vengono realizzati ad essere tutelati, la giurisdizione quale metodo di risoluzione delle controversie, e quindi necessariamente il provvedimento giurisdizionale in sé, in quanto mezzo di realizzazione dei diritti<sup>64</sup>.

In realtà anche l'impostazione in base alla quale la tutela ha ad oggetto il provvedimento in quanto tale (e non la sua mera autorità) è stata rivista ai fini del superamento dell'impronta data al delitto di evasione dal legislatore del 1930, in quanto comunque fondata sul dato formale della disobbedienza, della ribellione al *dictum* dell'autorità giudiziaria, avendo come scopo quello di garantire l'intangibilità di quanto disposto con la decisione giudiziale stessa.

Si procede finalmente all'esposizione della concezione costituzionalmente orientata ancora più evoluta, che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie e più recenti hanno suggerito.

La critica avverso la teoria sull'oggettività giuridica dei delitti di evasione di chi parla di offesa dell'interesse all'osservanza dei provvedimenti giudiziari, opera sotto due diversi aspetti.

---

<sup>63</sup> A. ZERBOGLIO, *Delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, in A. ZERBOGLIO, E. FLORIAN, A. POZZOLINI, P. VIAZZI, *Trattato di diritto penale*, III, Dott. F. Vallardi, Milano, 1902, 446 ss. Egli comunque ritiene opportuna una pena "relativamente mite" a causa del concetto politico, ma anche umano, che la spinta a delinquere nell'evasione è effettivamente dettata dalla natura umana e chi la asseconda non dimostra una particolare temibilità o una nota antisociale.

<sup>64</sup> F. SIRACUSANO, *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005, 118; I. ARDIZZONE, 1989, 3; G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2020, 1.

Il primo è molto più evidente e consiste nel fatto che è effettivamente sbagliato parlare dell'evasione come delitto contro l'autorità delle sole decisioni giudiziarie, tanto che l'intitolazione del capo II sarebbe incompleta.

Non si dubita infatti che rientrino nel *genus* dell'evasione *ex* articolo 385 c.p. anche ipotesi in cui chi evade, si sottrae ad uno stato coercizione personale che però non si fonda ancora sulla decisione giudiziale, bensì su di un provvedimento della polizia giudiziaria quali l'arresto in flagranza (artt. 380, 381 c.p.p.), il fermo di indiziato di reato (art. 384 c.p.p.) o addirittura sull'arresto in flagranza compiuto da un privato (art. 383 c.p.p.), i quali sono provvedimenti limitativi della libertà personale in via provvisoria, legittimati in virtù della garanzia di cui all'articolo 13 della Costituzione e in quanto strumentali all'espletamento dell'attività giurisdizionale<sup>65</sup>.

Ai fini della qualificazione giuridica di una condotta come evasione non necessariamente deve sussistere l'offesa di una decisione giudiziaria già assunta, infatti talvolta essa rimane sullo sfondo, nel senso che una decisione dell'autorità giudiziaria è comunque necessaria per il legittimo mantenimento della privazione della libertà personale, ma l'evasione si è consumata ancor prima della sua adozione<sup>66</sup>.

Il secondo riguarda l'individuazione dell'oggetto della tutela in senso stretto.

Non sono pochi gli studiosi che hanno voluto puntualizzare e specificare maggiormente l'elemento oggettivo di questo reato concependolo come più complesso.

La soluzione maggiormente accreditata è quella che lo identifica nelle diverse e tipiche funzioni del provvedimento cui l'agente è sottoposto, che è cosa diversa del provvedimento formalmente inteso.

Il Minicucci suggerisce anche un altro punto di vista, in base al quale l'interesse tutelato dal delitto di evasione sarebbe quello relativo all'impedimento di forme di ribellione a coercizioni legittimamente disposte, ma in un'ottica preventiva o repressiva, tutelando quindi la funzione penitenziaria. Sul presupposto che l'evasione si consuma con l'effettiva riacquisizione della libertà personale dell'agente,

---

<sup>65</sup> P. PISA, *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 432; F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in F. COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 1996, 554; MAZZANTI, *Evasione*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 115.

<sup>66</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, 196.



Minicucci indica che si può ritenere offeso dalla libertà del detenuto anche l'interesse alla protezione dell'ordine pubblico nel senso di mantenimento dell'ordinata convivenza sociale<sup>67</sup>.

Ad ogni modo il bene giuridico tutelato viene individuato attraverso una considerazione sostanziale del provvedimento limitativo della libertà personale violato, superando la concezione della codificazione dei delitti di evasione come tutela destinata esclusivamente “*all'assoluto rispetto della giustizia*”<sup>68</sup> e quindi del provvedimento in senso puramente formale, contro la mera ribellione alla decisione giudiziale.

Tale approccio, definito come “*sostanziale*”, si fonda sulla considerazione dello specifico scopo che l'ordinamento intende perseguire attraverso le diverse misure di limitazione della libertà personale.

In questo modo l'oggetto della tutela penale sarebbe rappresentato dalle funzioni tipiche della pena detentiva, delle misure alternative alla detenzione e della custodia cautelare a seconda del tipo di provvedimento violato dalla condotta evasiva, e non il provvedimento puro con cui sono state stabilite.

Da un lato la funzione repressiva, retributiva, preventiva e risocializzante della pena – per i casi di evasione dalla pena detentiva definitiva (anche se scontata in modo alternativo) e di mancato rientro successivamente alla concessione di un beneficio penitenziario – dall'altro le esigenze processuali quali l'arginamento del pericolo di inquinamento della prova, del pericolo di fuga e del pericolo di commissione di altri reati – per l'ipotesi di violazione della misura cautelare. Si annoverano anche le funzioni precautelari perpetrate attraverso l'adozione di provvedimenti da parte di organi non giurisdizionali competenti quali l'arresto (artt. 380 e 381 c.p.p.) e il fermo (art. 384 c.p.p.)<sup>69</sup>.

La condotta di evasione è anche stata definita come lesiva del diritto alla tutela giudiziaria, in quanto colpisce il più specifico diritto all'esecuzione della decisione, sia essa definitiva o provvisoria.

---

<sup>67</sup> G. MINICUCCI, 2019, 544 ss.

<sup>68</sup> Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del nuovo codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, Roma 1929, 180.

<sup>69</sup> P. PISA, 1990, 432.

Questo conferma che la nuova concezione dell'evasione intende come tutelato il contenuto del provvedimento violato, e non la sua forma, realizzando una tutela di parte, ossia a favore degli interessi di colui che nella decisione risulta "vincitore".

Brunelli riassume questo concetto nel senso che l'oggetto della tutela sono la certezza e l'effettività del risultato finale dello *ius dicere*, quindi del momento esecutivo in contrapposizione al momento cognitivo (tutelato dal capo I), il quale invece giova di una tutela neutrale della regolarità del processo ai fini dell'accertamento<sup>70</sup>.

L'evasione, insieme alle altre fattispecie previste nel capo II, è stata definita come "*sanzione secondaria*", proprio perché posta a garanzia dell'esecuzione della "*sanzione primaria*", identificata con la restrizione inflitta dal giudice a causa dell'inosservanza (accertata o presunta) di un precetto legislativo.

Si intende dire che questa speciale forma di tutela opera in due sensi, l'uno è quello a favore dell'effettività del provvedimento giurisdizionale (e non), quindi della sanzione primaria e delle relative funzioni; l'altro è che garantisce indirettamente anche l'effettiva attuazione del precetto violato *ab origine*, ossia quello la cui violazione ha determinato lo stato detentivo<sup>71</sup>.

Questa diversa interpretazione sostanziale comporta una frammentazione dell'oggettività giuridica dei delitti di evasione, nel senso che l'oggetto dell'offesa non è unico e invariato, bensì è diverso in base al tipo di provvedimento giudiziale (o non) violato, pur potendo individuare due macrocategorie principali, ovvero quella della pena detentiva e quella della misura cautelare. Si tratta di una proiezione dell'oggettività giuridica stessa sullo stato di detenzione o di arresto in senso sostanziale, mettendo in secondo piano la rilevanza del mancato rispetto del provvedimento limitativo della libertà<sup>72</sup>.

Particolarmente interessante è poi la lettura della disciplina che offre il Minicucci. Egli ha notato che se si guarda alla normativa dei delitti di evasione nel suo insieme si può in realtà sostenere che la concezione sostanziale (non puramente formale) del provvedimento restrittivo della libertà sia assolutamente visibile e incardinata nella

---

<sup>70</sup> D. BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. Giur. umbra*, 2001, 428.

<sup>71</sup> L. SCOPINARO, 2009, 322-323; M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, 179.

<sup>72</sup> P. PISA, 1990, 432; A. PAGLIARO, 2000, 201; N. FOLLA, *Due fattispecie in tema di evasione cosiddetta impropria*, in *Giur. it.*, 1996, fasc. 5, II, 275 ss.

struttura e nelle caratteristiche della disciplina stessa, nonostante la probabilmente diversa intenzione originaria del legislatore.

Quella del Minicucci è lettura costituzionalmente orientata sull'oggettività giuridica del delitto di evasione, tale per cui ciò che rileva è la sostanza afflittiva del provvedimento quindi “*la sua ragione, non la sua forma*”, e l'interesse perseguito coincide con il mantenimento dello stato di privazione della libertà personale e le funzioni che esso assolve, come fosse un bene giuridico negativo in quanto consistente nella “*non-libertà*” del soggetto.

Guardando alla disciplina dell'evasione con occhio sistematico il Minicucci argomenta una ricostruzione controcorrente, in base alla quale l'interesse al mantenimento della non-libertà potrebbe essere quello originario del legislatore storico, a discapito dell'interesse verso l'autorità della decisione in senso formale. La sua teoria si fonda sulla considerazione di diversi elementi quali: la previsione di fattispecie concorsuali speciali (artt. 386 e 387 c.p.); il fatto l'acquisizione illegittima della libertà viene sanzionata a titolo di evasione solo se i provvedimenti restrittivi della libertà sono già concretamente applicati, e non nel caso in cui sia il frutto della sottrazione alla loro esecuzione materiale; e l'operatività dell'attenuante speciale di cui al IV comma dell'articolo 385 c.p. quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna per evasione.

Partendo da quest'ultima il Minicucci fa notare che, la perdita di parte del valore della sanzione dovuta alla possibilità di proseguire nuovamente lo stato detentivo, suggerisce fortemente che il reato non si incentra sulla violazione del *dictum* giudiziale, dato che se così fosse, il ritorno in istituto non sarebbe rilevante ai fini della determinazione della pena. Corroborata la teoria che vede nell'interesse perseguito dalla norma non tanto il mero rispetto del provvedimento o della sua autorità, bensì la non-libertà (e conseguentemente il suo scopo e la sua *ratio* giustificatrice) il fatto che la sottrazione al provvedimento non ancora materialmente eseguito non costituisce un fatto di reato per cui la tutela dell'autorità delle decisioni giudiziali sarebbe solo parziale e in quanto tale contraddittoria, e la preoccupazione del legislatore di stabilire una pena adeguata a chi agevola anche solo colposamente l'acquisizione dell'illegittima libertà<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> G. MINICUCCI, 2009, 545 ss.; F. GIUNTA, *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in *dis-Crimen*, 1/2020, 323.

Il Brunelli nel 2001 aveva già sospettato di questa diversa teoria sull'intenzione del legislatore originario in virtù della tendenza dell'epoca ad "*esaltare i momenti autoritativi nell'esercizio dei pubblici poteri e a pubblicizzare gli oggetti della tutela penale*"; egli ritiene che la morfologia del delitto di evasione quale tutela imperniata sul carattere autoritativo del *dictum* giudiziale sia del tutto da provare dato che già in altri ambiti del diritto penale dietro lo "*slogan pubblicitario*" coerente con l'ideologia dello Stato autoritario si celava un contenuto più digeribile anche per i giuristi moderni e contemporanei<sup>74</sup>.

Si conclude ricordando che la tutela penale del momento esecutivo del processo è sistematizzata nell'ordinamento italiano a partire dall'entrata in vigore del codice Rocco. È una tutela che a prima vista, ossia fermandosi alla lettura del titolo del capo II, si presenta come destinata al prodotto del processo, cioè alla decisione giudiziale quale momento denotato da una sacrale imperatività formale.

La dottrina invece si è adoperata nel tentativo di far emergere un significato più complesso e costituzionalmente orientato che vede l'oggetto della tutela non tanto nell'autorità della decisione bensì negli scopi che l'ordinamento vuole perseguire con essa.

Questi ultimi sono molteplici e tra loro differenti in base al grado e al tipo di afflittività imposto attraverso il provvedimento restrittivo.

Trovano tutela non solo la funzione della sentenza di condanna definitiva alla pena detentiva, bensì anche quella propria dell'applicazione della misura cautelare detentiva (sia essa in carcere o nella forma domiciliare) e delle misure precautelari dell'arresto e del fermo, oltre tutte quelle sottostanti la concessione delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari sanzionati attraverso il rinvio al I comma dell'art. 385 c.p.

Sulla base di ciò si può dire che la tutela penale della condanna, per come configurata all'interno del codice penale e dell'ordinamento penitenziario, possa intendersi come tutela dell'*attività esecutiva* in contrapposizione alla tutela dell'*attività dell'accertamento giudiziale*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> D. BRUNELLI, 2001, 428-429; Anche Brunelli fa riferimento alla non punibilità della mancata sottomissione al giudicato del latitante che si sottrae all'esecuzione penale come indice della volontà di tutelare (con il reato di evasione) il mantenimento della restrizione personale e non la sua instaurazione.

<sup>75</sup> D. BRUNELLI, 2001, 428.

Sicuramente, in virtù delle garanzie e dei principi introdotti dalla Carta costituzionale, *in primis* il principio di offensività del reato di cui all'articolo 25 comma II, non è più accettabile pensare che si tratti di una tutela del momento imperativo del giudicato e dell'autorità di tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale inclusi nella tutela di cui all'articolo 385 c.p.

Da quest'assunto si comprende che l'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma non è una questione fine a sé stessa, bensì fondamentale per mantenerne l'applicazione e salvarla dall'illegittimità costituzionale.

Affermare che il bene giuridico tutelato dall'evasione è la specifica funzione che il provvedimento violato persegue legittima l'incriminazione anche della cd. evasione semplice, in quanto anch'essa, pur essendo non violenta, impedisce il dispiegamento delle funzioni del provvedimento violato.

## **2.2. I provvedimenti restrittivi tutelati per mezzo dei delitti di evasione**

Le decisioni giudiziarie oggetto di tutela sono essenzialmente quelle assunte attraverso provvedimenti definitivi di condanna alla sanzione penale a carattere detentivo (arresto, reclusione o ergastolo *ex art.* 18 c.p.) e quelle assunte, sempre nell'ambito del processo penale, attraverso provvedimenti cautelari personali di tipo coercitivo quali gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), la custodia cautelare in carcere (art. 285 c.p.p. e ai fini estradizionali *ex artt.* 714 e 715 c.p.p.)<sup>76</sup>. Sostanzialmente si tratta di quei provvedimenti giudiziari che determinano uno stato di arresto o di detenzione, i quali rappresentano i due presupposti alternativamente necessari ai fini della sussistenza della condotta di evasione<sup>77</sup>.

Anche se l'evasione è incentrata per lo più sulla tutela della pena detentiva, il legislatore ha incluso le misure cautelari e precautelari sopra indicate in quanto

---

<sup>76</sup> Sono esclusi il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, il divieto o l'obbligo di dimora. Le operatività dell'articolo 385 ai soli provvedimenti che comportano una restrizione della libertà personale del soggetto è particolarmente intensa nel significato di attribuire tutela solamente a provvedimenti aventi una determinata gravità e importanza.

<sup>77</sup> F. MINERVA, 1996, 555.

strumentali all'assunzione della decisione finale tale per cui anch'essi hanno un ruolo determinante nell'attuazione giurisdizionale dei diritti<sup>78</sup>.

Si ribadisce che l'intitolazione del capo II non deve essere considerata alla lettera, nel senso che è ormai pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza che affianco ai provvedimenti propriamente giudiziali sono tutelati e quindi offesi dalla condotta evasiva anche quelli assunti dalla polizia giudiziaria determinanti uno stato di restrizione della libertà personale in via precautelare. Questi ultimi sono il fermo di indiziato *ex art. 384 c.p.p.* e l'arresto in flagranza di reato di cui agli articoli 380 e 381 c.p.p., cui si affianca anche il caso residuale dell'arresto in flagranza compiuto dal privato (art. 383 c.p.p.)<sup>79</sup>.

La tutela di cui al capo II del titolo III del II libro del codice penale include la possibilità di sanzionare, attraverso l'applicazione del I comma dell'articolo 385 c.p., le condotte offensive delle funzioni della pena detentiva anche quando quest'ultima è in corso di esecuzione nelle forme alternative prevista dall'ordinamento penitenziario. Il rinvio di quest'ultimo al codice penale caratterizza la disciplina sanzionatoria della detenzione domiciliare ordinaria, speciale (artt. 47-ter e 47-quinquies e sexies o.p.), quella riservata ai soggetti affetti da Aids o grave deficienza immunitaria (art. 47-quater o.p.), e la semilibertà (art. 51 o.p.), ma non dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), il quale rappresenta l'unica misura alternativa immune dalle conseguenze *ex articolo 385 c.p.*<sup>80</sup>.

La tutela della pena e delle sue funzioni si estende fino a ricondurre all'operatività della sanzione di cui all'articolo 385 comma I c.p. i comportamenti antiggiuridici di mancato rientro commessi dal condannato beneficiario di un permesso (art. 30 comma III o.p.) o di un permesso premio (art. 30-ter comma VI o.p.) e dal condannato ammesso al regime della semilibertà beneficiario di una licenza a titolo di premio (art. 52 comma IV o.p.); e di allontanamento del condannato o dell'imputato (ricoverato) dal luogo di diagnosi o di cura esterno (art. 11 comma VI o.p.).

---

<sup>78</sup> M. BERTOLINO, 2015, 179.

<sup>79</sup> P. PISA, 1990, 431; S. ARDIZZONE, 1989, 3.

<sup>80</sup> La disciplina di cui all'articolo 47 o.p. comma XI il quale dispone la sanzione della revoca della misura qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova.

Oltre all'affidamento in prova il legislatore ha escluso dall'applicazione della sanzione penale di cui all'articolo 385 c.p. le sanzioni sostitutive della pena detentiva breve (art. 53 e ss. legge 689/1981) della semidetenzione e della libertà controllata.

La violazione della restrizione determinata dalle misure limitative della libertà personale escluse dalla tutela penale sono sanzionate attraverso la revoca delle stesse. La dottrina si è sforzata nel ricercare una ragione che possa giustificare le esclusioni sopra indicate e l'ha identificata nel marcato fine risocializzante a discapito di quello afflittivo tipico della pena detentiva, caratteristica particolarmente evidente per l'affidamento in prova al servizio sociale il quale comporta l'effetto sospensivo ed estintivo della pena.

Partendo dal fatto che la scelta del legislatore è stata quella di determinare l'applicazione delle misure alternative e sostitutive della pena detentiva in base all'entità della condanna, si nota che l'esclusione di alcune di esse dall'applicazione della sanzione di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. porta ad un risultato paradossale che si espone con un esempio. Il soggetto condannato alla reclusione non superiore a 6 mesi o all'arresto, ammesso al regime della semilibertà (art. 50 o.p.), se si assenta dall'istituto penitenziario per un periodo superiore a 12 ore a partire dalla scadenza del termine di rientro può essere condannato ai sensi dell'articolo 385 c.p.; invece colui che è condannato alla pena detentiva non superiore ai tre anni ed ammesso all'affidamento in prova, non è passibile di condanna per evasione, nonostante la pena a lui comminata sia più alta rispetto al primo soggetto. Il risultato è sostanzialmente un'alterazione del sistema sanzionatorio del codice Zanardelli (1889) in cui paradossalmente il condannato ammesso all'affidamento in prova non può subire l'incriminazione dell'evasione nonostante la condanna iniziale sia più elevata rispetto a quella di alcuni dei soggetti che invece subiscono il regime di cui all'articolo 385 c.p.<sup>81</sup>.

L'esclusione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi dal regime dell'evasione non è scevra di critiche dottrinali, in particolare la Scopinaro ritiene che esigenze di coerenza del sistema avrebbero dovuto indurre il legislatore ad estendere l'applicazione del delitto di evasione anche questa categoria di sanzioni.

La stessa sottolinea che le sanzioni sostitutive non sono estranee al contenuto essenziale della pena detentiva in virtù del loro contenuto afflittivo, del fatto che

---

<sup>81</sup> E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, 2009, 359 ss.; <https://www.giustizia.it>.

sono comminate dal giudice di cognizione nella sentenza di condanna (a differenza delle misure alternative alla detenzione), e dell'articolo 57 della legge n. 689/1981 che le assimila alla pena detentiva vera e propria, disponendo che *“per ogni effetto giuridico la semidetenzione e la libertà controllata si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita”*, per non parlare dell'evidente somiglianza del regime della semi detenzione rispetto a quella della semilibertà.

La Scopinaro si schiera a favore dell'estensione del raggio di applicazione della sanzione di cui all'art. 385 c.p. con lo scopo di porre fine all'incongruenza da lei stessa individuata e di evitare un arretramento della tutela della pena principale proprio con riguardo alle sue alternative più miti e responsabilizzanti<sup>82</sup>. D'altro canto, la violazione delle prescrizioni della semidetenzione e della libertà controllata non rimane impunita, bensì determina la conversione nella pena detentiva sostituita<sup>83</sup>. Si ritiene che questa conseguenza sia sufficiente ed idonea a tutelare la pena detentiva inflitta e le sue funzioni, nel senso che il ricorso alla sanzione penale non è l'unico mezzo di garanzia di cui l'ordinamento dispone e l'attribuzione di un'ulteriore condanna penale non sempre si rivela funzionale alla risocializzazione cui dovrebbe tendere la pena.

Volendo completare il quadro delle misure restrittive della libertà personale che sono però escluse dalla tutela di cui all'articolo 385 c.p., si segnala che secondo l'opinione prevalente rimangono fuori anche le misure di sicurezza detentive, siano esse provvisorie o definitive, nonostante *“l'evasione”* dell'internato sia un fatto che può essere socialmente anche molto dannoso, data la pericolosità sociale del soggetto<sup>84</sup>.

Si tratta di un'esclusione che ha però un'eccezione, quella dell'internato che, autorizzato dal giudice a trasferirsi presso un luogo di cura o diagnosi, se ne allontani senza giustificato motivo (art.11 ordinamento penitenziario), purché la persona sottoposta alla misura di sicurezza sia imputabile<sup>85</sup>.

La tutela delle misure di sicurezza detentive invece, trova fondamento nelle sanzioni di cui agli articoli 214 c.p. (inosservanza delle misure di sicurezza detentive) e 391

---

<sup>82</sup> L. SCOPINARO, 2009, 361 ss.

<sup>83</sup> Art. 66 l. 689/1981.

<sup>84</sup> L. SCOPINARO, 2009, 367.

<sup>85</sup> M. CATENACCI, 2011, 590; E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, 2009, 366; F. CARINELLA, M. DE PALMA, S. FARINI, A. TRINCI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Dike Giuridica Editrice, S.r.l., Roma, 2016, 456.



c.p. (procurata inosservanza di misure di sicurezza), in virtù dei quali: per quanto riguarda il sottoposto alla misura, il regime sanzionatorio in caso di sottrazione volontaria alla stessa, consiste nella decorrenza *ex novo* del periodo minimo di durata della misura di sicurezza, ripartendo quest'ultimo dal giorno in cui alla misura è data nuovamente esecuzione (e non nella revoca della misura)<sup>86</sup>.

Bisogna precisare che, in virtù del secondo comma dell'articolo 214 c.p., sono rimesse a questo regime solamente le misure della assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro e quella del riformatorio giudiziario (eseguita con il collocamento in comunità), rimanendo esclusi i casi di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia; invece, relativamente a colui che non è sottoposto a misura, ma procura o agevola l'evasione del sottoposto, l'articolo 391 c.p. prevede una vera e propria sanzione penale, ovvero la reclusione fino a due anni<sup>87</sup>.

Il Pagliaro definisce assurda la conseguenza per cui chi ha procurato o agevolato l'evasione del sottoposto alla misura di sicurezza subisce il disposto dell'articolo 391 c.p. (procurata inosservanza di misure di sicurezza detentive) e invece l'internato rimarrebbe immune da sanzione penale per la sua stessa evasione. Egli propone un'interpretazione estensiva dell'articolo 385 c.p., comprensiva delle misure di sicurezza detentive, evidenziando quindi il carattere preventivo della misura, piuttosto che quello rieducativo-terapeutico della stessa<sup>88</sup>.

Si tratta comunque di una voce fuori dal coro della dottrina, dato che quest'ultimo ha trovato il senso della disposizione di cui all'articolo 214 c.p., non tanto nel fatto che l'internato potrebbe essere insensibile all'imperativo di non sottrarsi all'esecuzione della misura, ma nel fatto che l'evasione dell'internato sia una condotta con natura *sui generis*, ovvero una manifestazione della persistente pericolosità sociale del sottoposto stesso e non propriamente un fatto offensivo delle risultanze dell'amministrazione della giustizia<sup>89</sup>.

A tal proposito la Scopinaro suggerisce di non considerare la disposizione di cui all'articolo 391 c.p. come una fattispecie di concorso in un reato non previsto

---

<sup>86</sup> P. PISA, *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 431.

<sup>87</sup> F. MINERVA, 1996, 553; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2012, 427; E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, 2009, 366 ss.

<sup>88</sup> A. PAGLIARO, 2000, 197.

<sup>89</sup> P. PISA 1990, 431.

dall'ordinamento, bensì come una autonoma fattispecie incriminatrice indirizzata a coloro che sono deputati alla custodia e al controllo dell'internato che però hanno procurato o agevolato la fuga o la permanenza in libertà di soggetti socialmente pericolosi<sup>90</sup>.

Considerando lo specifico bene giuridico tutelato dall'evasione di cui al 385 c.p. e mettendolo a confronto con la natura delle misure di sicurezza risulta più semplice comprendere la *ratio* della loro esclusione; inoltre ciò consente di affermare che il diverso trattamento dell'internato rispetto al detenuto non è discriminatorio, bensì rispettoso del principio di uguaglianza sostanziale *ex* articolo 3 Costituzione in virtù della diversità della natura e delle funzioni della pena rispetto alle misure di sicurezza. Queste ultime infatti sono incentrate su di un terapeutico-risocializzante del soggetto socialmente pericoloso a discapito di quello afflittivo<sup>91</sup>.

Coerentemente non sono soggette al regime sanzionatorio dell'articolo 385 c.p. le misure di sicurezza non detentive e le misure di prevenzione.

In entrambi i casi la sottrazione alla misura comporta applicazione di disposizioni *ad hoc*: per le prime gli artt. 231 e seguenti del codice penale<sup>92</sup>; per le seconde opera un reato specifico previsto dall'articolo 9 della legge n. 1423/1956<sup>93</sup>.

Non stupisce l'esclusione delle misure di prevenzione, essendo misure *sui generis* che infatti vengono applicate *ante delictum*, quindi in assenza di un reato presupposto, con funzione essenzialmente preventiva rispetto ad una pericolosità sociale tipizzata dal legislatore<sup>94</sup>.

L'aspetto comune relativamente alle misure escluse dalla tutela dell'articolo 385 c.p. è la natura e la funzione prevalentemente risocializzante, terapeutica e special-preventiva a discapito di quella afflittivo-retributiva, nonostante anch'esse presuppongano la commissione di un reato.

Questa osservazione consente di ipotizzare che attraverso i delitti di evasione il legislatore abbia voluto codificare una forma di tutela giuridica destinata alla pena detentiva in senso stretto, perciò limitata ai provvedimenti restrittivi della libertà personale con funzione afflittivo-rieducativa adottati conseguentemente

---

<sup>90</sup> L. SCOPINARO, 2009, 368.

<sup>91</sup> F. MINERVA, 1996, 553.

<sup>92</sup> E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, 2009, 367.

<sup>93</sup> M. CATENACCI, 2011, 591.

<sup>94</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 677 ss.

all'accertamento definitivo della responsabilità penale (o in funzione di esso), ritenendo quelli essenzialmente risocializzativi-terapeutici sufficientemente ed efficacemente tutelati nei modi già descritti<sup>95</sup>.

Lo scopo perseguito attraverso l'applicazione delle misure restrittive è stato il criterio determinante le scelte del legislatore circa il modo di costruire questa disciplina volta alla tutela della loro effettività, sanzionandone la violazione della prescrizione cardine di non allontanarsi illegittimamente dal luogo "detentivo"<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> L. SCOPINARO, 2009, 359 ss.

<sup>96</sup> E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, 2009, 367 ss.; I. ARDIZZONE, 1989, 3; F. MINERVA, 1996, 553 ss.



### III. Il presupposto del reato

Partendo dal concetto di presupposto del reato (o della condotta o del fatto) attraverso la lente del diritto penale generale, esso non è altro che un elemento naturale o giuridico preesistente all'azione criminosa e indipendente da essa, ma comunque connotato da una certa importanza; esso infatti rientra nell'alveo degli elementi costitutivi della fattispecie di reato condizionandone la tipicità in modo tale da impedirne la configurabilità qualora esso non sussista nel caso concreto<sup>97</sup>.

In base a quanto dispone espressamente l'articolo 385 c.p. il presupposto del delitto di evasione è che il soggetto attivo sia nella la condizione di “*legalmente arrestato o detenuto per un reato*”. Questo significa che “l'evasione” di una persona ristretta in situazione di coercizione personale diversa quella suddetta (perché non legittima o perché non determinata da un fatto di reato) non potrà essere sanzionata ai sensi del I comma dell'articolo 385 c.p. poiché non corrispondente all'azione tipica di evasione in senso tecnico.

Il dettato dell'articolo 385 c.p. richiama più volte lo stato di privazione della libertà personale, il quale ruota intorno a due generiche figure principali che sono appunto il detenuto e l'arrestato, cui poi sono affiancate quelle del condannato ammesso al lavoro all'aperto e dell'imputato in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato, e infine quelle indicate in sede extra-codicistica attraverso l'esplicito rinvio all'articolo 385 c.p. stesso<sup>98</sup>.

Guardando alle figure richiamate dal III comma dell'articolo 385 c.p. e dalle norme dell'ordinamento penitenziario risultano piuttosto chiare le caratteristiche soggettivo-giuridiche dell'agente e del presupposto del delitto in esame; non così immeditata è

---

<sup>97</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, L. CONTI (a cura di), Giuffrè editore, Milano, 2003, 217;

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 237.

<sup>98</sup> F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in F. COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 1996, 554; M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, 183.

invece l'individuazione dei soggetti rientranti nelle assai più generiche categorie soggettive dell'arrestato e del detenuto.

Questa difficoltà ha infatti generato non poche riflessioni sia a livello accademico che giurisprudenziale, tutte finalizzate a circoscrivere nel modo più preciso possibile l'area del penalmente rilevante sulla base della selezione delle categorie soggettive capaci di integrare validamente il presupposto del delitto di evasione.

### 3.1. Reato proprio: chi sono l'arrestato e il detenuto?

In qualche modo si può dire che l'analisi del presupposto del reato di evasione e quella delle necessarie caratteristiche del soggetto attivo siano coincidenti, infatti il presupposto del delitto in esame ha come conseguenza intrinseca quella di circoscrivere l'area dei soggetti che dal punto di vista giuridico sono capaci di commettere un'evasione di cui all'articolo 385 c.p.

In base a quanto sopra detto è facilmente intuibile che il “*chiunque*” in apertura all'articolo 385 c.p. non sia indicativo di un soggetto attivo generico, bensì è doveroso leggerlo contestualmente alle parole immediatamente successive, le quali parlano di un chiunque che sia però “*legalmente arrestato o detenuto per un reato*”.

La prima conclusione è che questo reato può essere commesso (o eventualmente tentato) solo da persone che si trovino in una situazione di limitazione della libertà personale rispetto al soggetto pubblico, cui si aggiungono la prerogativa della legalità del predetto *status* e quella della connessione di quest'ultimo con un fatto di reato<sup>99</sup>.

In virtù di quest'assunto la dottrina prevalente<sup>100</sup> qualifica i delitti di evasione come reati propri, tale per cui l'evasione non può essere commessa effettivamente da chiunque, al contrario di quanto accade nell'ambito dei cosiddetti reati comuni<sup>101</sup>.

Il Mantovani specifica ulteriormente questi aspetti classificatori includendo l'evasione tra i reati propri *esclusivi* in quanto la qualifica soggettiva dell'agente “*eleva a reato un fatto altrimenti giuridicamente lecito*”, e *di mano propria* in quanto

---

<sup>99</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, 196; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I*, Zanichelli, Bologna, 2012, 427.

<sup>100</sup> P. PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 432; MAZZANTI, *Evasione*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 116.

<sup>101</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 174.

realizzabili solo attraverso l'intervento personale diretto del soggetto indicato dalla legge<sup>102</sup>.

Prima di passare all'analisi dei concetti di detenuto e arrestato bisogna aver presente che nell'ambito del delitto di evasione, così come designato nel codice Rocco, ai fini della punibilità del fatto e del computo della pena è indifferente che il soggetto evaso sia un “*detenuto*” o un “*arrestato*”, il reato è uno solo e la pena è la stessa per entrambe le categorie soggettive.

Questa è la conseguenza del superamento della distinzione tra arrestato e detenuto propria del codice Zanardelli, il quale invece incriminava l'evasione attraverso due diversi titoli di reato (artt. 226 e 227) e quindi attraverso due diverse risposte sanzionatorie, le quali venivano alternativamente applicate in base alle caratteristiche del soggetto agente.

La distinzione rimane tutt'oggi rilevante dal punto di vista della regolare contestazione e formulazione dell'accusa, rispetto alla quale risulta fondamentale che preliminarmente sia chiaro quali siano gli specifici casi che sono riconducibili alla situazione di “*legalmente arrestato o detenuto per un reato*” di cui all'articolo 385 c.p., in modo da poter verificare la corrispondenza del caso concreto alla fattispecie astratta<sup>103</sup>.

Alcuni studiosi si sono interrogati sull'entità e sul significato di queste due ultime espressioni nel contesto dell'articolo 385 c.p., ed hanno sempre concluso con una smentita del *nomen* del capo II, in quanto sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Rocco “*l'arrestato*” e il “*detenuto*” possono essere sia il destinatario di un provvedimento giudiziale (conformemente al titolo “*delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*”), sia il soggetto arrestato o fermato dalla polizia giudiziaria o arrestato dal privato nei casi in cui l'art. 383 c.p.p. lo consente.

Quindi nonostante l'evasione formalmente sia un delitto contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, è consolidato che la sanzione di cui all'articolo 385 c.p. può essere applicata anche quando la legittima limitazione della libertà personale che viene violata trova fondamento in un provvedimento con provenienza diversa rispetto a quella dell'autorità giudiziaria.

---

<sup>102</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, CEDAM, Padova, 1988, 145.

<sup>103</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 309.

La ragione che giustifica l'interpretazione estensiva è che i provvedimenti limitativi della libertà personale non giudiziali indicati sono strettamente strumentali all'espletamento dell'attività giurisdizionale e il mantenimento della loro efficacia presuppone una tempestiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria in ossequio alla riserva di giurisdizione di cui all'articolo 13 della Costituzione.

Si tratta di provvedimenti di polizia giudiziaria soggetti a limiti tassativi di necessità ed urgenza e soprattutto provvisori essendo l'autorità giudiziaria l'unica costituzionalmente legittimata ad imporre limitazioni alla libertà personale che siano legali e quindi meritevoli di tutela, ivi comprese quelle che scaturiscono da un previo intervento della forza pubblica<sup>104</sup>.

Si segnala che la dottrina più risalente addirittura fonda la distinzione stessa tra arresto e detenzione sulla diversa provenienza soggettiva del provvedimento restrittivo della libertà personale; in tal senso, il termine "arresto" indicherebbe gli interventi della forza pubblica in flagranza di reato, per scopi di polizia giudiziaria o di coercizione processuale (artt. 380 c.p.p. arresto obbligatorio e 381 c.p.p. arresto facoltativo), invece il termine "detenzione" sarebbe riferito allo stato di coercizione personale che deriva da un atto giurisdizionale sia esso a titolo cautelare o a titolo di condanna definitiva<sup>105</sup>.

L'utilizzo del criterio della provenienza soggettiva del provvedimento al fine di distinguere l'arresto dalla detenzione è stato però riconosciuto come obsoleto poiché non consente di includervi alcuni provvedimenti restrittivi da sempre riconosciuti come valido presupposto detentivo riconducibile alla categoria dell'arresto, quali il fermo di persona gravemente indiziata (art. 384 c.p.p.) e l'arresto compiuto dal privato nei casi di flagranza di un reato perseguibile d'ufficio (art. 383 c.p.p.).

Il perché l'arresto di cui all'articolo 383 c.p.p. stride con la dicotomia sopra indicata è facilmente intuibile; invece, per quanto riguarda il fermo di indiziato, è utile specificare che la discrepanza è stata determinata dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (1988), il quale ha trasformato il fermo *ex* articolo 384 c.p.p. dall'essere un provvedimento limitativo della libertà personale ad iniziativa esclusiva della polizia giudiziaria (come invece lo era *ex* articolo 238 del c.p.p.

---

<sup>104</sup> F. MINERVA, 1996, 554.

<sup>105</sup> MOSCARINI, *Momento iniziale della custodia preventiva e reato di evasione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 51; MAZZANTI, 1967, 115.



Rocco), ad un provvedimento che viene di regola disposto dal pubblico ministero, cui però può provvedere la polizia giudiziaria anche di propria iniziativa qualora il pm non avesse ancora assunto la direzione delle indagini (II comma art. 384 c.p.)<sup>106</sup>.

Che la fuga dalla restrizione personale determinata da un fermo di indiziato sia equiparata a quella dallo stato di arresto (ai fini dell'applicazione dell'articolo 385 c.p.) è opinione consolidata ed accolta dalla dottrina maggioritaria sia precedente<sup>107</sup> sia successiva<sup>108</sup> all'emanazione del nuovo codice di procedura penale, ed oggi anche dalla giurisprudenza, la quale invece durante la vigenza dell'articolo 238 c.p.p. era invece nettamente divisa, ossia alternava pronunce favorevoli all'equiparazione delle due misure precautelari<sup>109</sup> a pronunce con cui invece ha qualificato la sottrazione al fermo della p.g. come resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e non come evasione di cui all'articolo 385 c.p, nemmeno nella forma del tentativo<sup>110</sup>.

La dottrina maggioritaria giustifica l'equiparazione del fermo all'arresto ai fini di cui all'articolo 385 c.p. attraverso l'elemento comune della provvisoria privazione della libertà personale a titolo precautelare<sup>111</sup>. Entrambi infatti sono rimessi alla procedura di convalida da parte dell'autorità giudiziaria (art. 390 c.p.p., in esecuzione dei principi di cui all'articolo 13 C) e la loro adozione è giustificata dalla medesima *ratio*, ossia quella di garantire la possibilità di applicazione materiale di una misura cautelare da parte del giudice<sup>112</sup>.

Alcuni esponenti della dottrina si sono preoccupati di precisare anche quale sia lo specifico meccanismo giuridico che legittimi l'inclusione del fermo (e non solo) nella disciplina del presupposto del delitto di evasione, e generalmente condiviso è il

---

<sup>106</sup> F. MINERVA, 1996, 556.

<sup>107</sup> MAZZANTI, 1967, 116.

<sup>108</sup> P. PISA, 1990, 432.

<sup>109</sup> Cass. 6.12.1956, in *Giust. Pen.*, 1957, II, 297, n. 294: "La persona in stato di fermo può essere soggetto attivo di evasione"; Cass. 9.7.1957, n. 961, in *Giur. compl. Cass. Pen.*, 1957, II, n. 1659: "Nella locuzione: legalmente arrestato per un reato, usata dall'articolo 385 c.p., deve intendersi compreso anche chi sia stato fermato perché gravemente indiziato"; Cass. 19.5.1939, in *Giust. Pen.*, 1940, II, n.158: "Costituisce tentativo di evasione il tentativo di fuga di chi sia stato fermato ai sensi dell'articolo 238 c.p.p."; Cass. 24.4.1963, in *Riv. It.*, 1964, 823.

<sup>110</sup> Cass. 10.3.1952, in *Giur. compl. Cass. Pen.*, 1952, I, 549, n. 1358: "Non risponde di evasione chi si trova in stato di fermo per motivi di polizia giudiziaria"; Cass. 24.6.1949, in *Giust. Pen.*, 1949, II, c. 828, m. 749: "Non commette reato (di evasione) chi, fermato dalla polizia, tenta di evadere"; Cass. 14 giugno 1961, in *Cass. Pen. Mass. Annot.*, 1961, 902: "Il fermato, che con violenza si sottrae agli atti di accertamento, commette soltanto il reato di resistenza a pubblico ufficiale e non anche quello di evasione".

<sup>111</sup> M. RIVERDITI, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, C. F. GROSSO (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2016, 685; L. SCOPINARO, 2009, 329.

<sup>112</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 490.

ricorso all'interpretazione estensiva del concetto di arresto. Non si tratta di una precisazione meramente formalistica, bensì della presa d'atto del divieto di interpretazione analogica, il quale permea l'intera materia penale (art. 14 preleggi) impedendo qualsiasi applicazione analogica che possa determinare un trattamento giuridico *in malam partem*<sup>113</sup>.

Catenacci invece assume un atteggiamento ancor più critico nel senso che non esclude solamente il ragionamento analogico, bensì anche quello dell'interpretazione estensiva con un'argomentazione che muove dalla definizione proposta da Guastini, in virtù della quale l'interpretazione estensiva porta a risultati interpretativi che rimangono interni all'espressione interpretata. Sulla base di ciò Catenacci nega che il fermo (art. 384 c.p.p.) possa essere ricondotto al concetto di arresto di cui all'articolo 385 c.p. anche se inteso nel suo significato più ampio, in quanto arresto (artt. 380 e 381 c.p.p.) e fermo hanno sì alcuni aspetti procedurali comuni, ma i presupposti applicativi delle due misure sono differenti in modo tale da impedire che l'uno possa considerarsi all'interno del campo semantico dell'altro, anche quando ampiamente inteso (infatti il fermo può essere adottato anche fuori dei casi di flagranza e in presenza di reati meno gravi di quelli contemplati negli articoli 380 e 381 c.p.p.).

Questa prospettiva traduce quindi l'assenza del fermo nel testo dell'articolo 385 c.p. come una vera e propria lacuna dell'ordinamento giuridico che, non potendo essere colmata attraverso *l'analogia legis*, viene risolta per mezzo dell'ultimo degli strumenti indicati dall'articolo 12 delle preleggi ovvero *l'analogia iuris*<sup>114</sup>.

Come già detto, anche l'arresto facoltativo da parte del privato (art. 383 c.p.p.) viene equiparato all'arresto dato che anch'esso è autorizzato solo in caso di flagranza di delitti perseguibili d'ufficio<sup>115</sup>. Alcuni esponenti della dottrina rafforzano questa assimilazione sottolineando che quando il privato decide di esercitare la facoltà di cui all'articolo 383 c.p. esso assume di fatto il potere pubblico e la qualifica di pubblico ufficiale, proprio come quando il privato stesso diventa soggetto passivo del reato di

---

<sup>113</sup> P. PISA, 1990, 432.

<sup>114</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 591-592; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 158, 195 ss.

<sup>115</sup> L. SCOPINARO, 2009, 329.

resistenza al pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) essendo stato chiamato da quest'ultimo in sua assistenza all'atto di un arresto<sup>116</sup>.

Sono però fatti salvi alcuni dubbi interpretativi derivanti dalla difficoltà ad equiparare la posizione del privato a quella della polizia giudiziaria e penitenziaria ai fini della qualifica di custode nell'ambito della fattispecie di evasione colposa di cui all'articolo 387 c.p.<sup>117</sup>.

Dall'analisi della giurisprudenza e delle opinioni dottrinali si evince che il termine *arresto* di cui all'articolo 385 c.p. non deve essere inteso in senso puramente tecnico, bensì in senso naturalistico, come indicativo di una generica condizione di limitazione della libertà personale dovuta alla custodia pubblica e quindi con una portata applicativa più ampia rispetto a quella dell'arresto nei termini del codice di procedura penale<sup>118</sup>.

Il professor Giuliani individua nel testo stesso della disposizione cardine due argomentazioni a favore della concezione naturalistica dell'arresto. Egli ritiene che l'utilizzo dell'avverbio "*legalmente*" non sarebbe sensato qualora il legislatore avesse voluto limitare il presupposto all'arresto inteso nella sua nozione normativa, in quanto è ovvio che l'arresto avvenuto illegalmente non corrisponde all'arresto svolto nel rispetto delle norme del diritto processuale penale; analogamente non sarebbe stato necessario precisare che l'arresto debba avvenire "*per un reato*", dato che l'arresto disciplinato dal codice di procedura penale è per definizione emesso per un reato.

Il Giuliani, al fine di prevenire critiche fondate sul divieto di analogia il quale impedirebbe di applicare la sanzione dell'evasione al destinatario del fermo di indiziato (oggi *ex art.* 384 c.p.p., al tempo di Giuliani era vigente l'articolo 283 c.p.p.

---

<sup>116</sup> VIGGIANO, sub *art.* 383 c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI, Padova, 2005, 1266; la Scopinaro segnala però che questa lettura dell'articolo 337 c.p. potrebbe essere esclusa in quanto la norma dispone che il soggetto passivo del reato, oltre ad essere pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, deve essere colui che agisce compiendo un atto dell'ufficio o del servizio, ed è proprio sulla sussistenza di quest'ultimo aspetto che alcuni dubitano. In tal senso, il riferimento all'articolo 337 c.p. non può costituire una solida base giustificatoria dell'equiparazione dell'arresto da parte del privato all'arresto di cui agli articoli 380 e 381 c.p.p. svolti dalla polizia giudiziaria, in L. SCOPINARO, 2009, 332.

<sup>117</sup> L. SCOPINARO, 2009, 329.

<sup>118</sup> A. PAGLIARO, 2000, 196.

Rocco), definisce la propria analisi come un'argomentazione letterale che ha come conclusione obbligata una concezione lata dell'arresto di cui all'articolo 385 c.p.<sup>119</sup>. In quest'ottica la dottrina prevalente afferma che ai fini dell'articolo 385 c.p. rientrano nella categoria soggettiva dell'*arrestato* e quindi sono capaci di commettere l'evasione, oltre al sottoposto all'arresto in flagranza di reato da parte della p.g., sia esso obbligatorio (art. 380 c.p.p.) o facoltativo (art. 381 c.p.p.) o all'arresto da parte del privato (art. 383 c.p.p.), anche il fermato indiziato di reità (art. 384 c.p.p.), l'arrestato in virtù del disposto dal giudice nei casi previsti dalla legge (come ad esempio l'arresto per reati commessi in udienza *ex* articolo 476 c.p.p.), colui che è sottoposto all'arresto ai fini estradizionali (art. 716 c.p.p. e in base alle Convenzioni internazionali in materia), il destinatario di un fermo disposto da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria ai sensi del IV comma dell'articolo 307 c.p.p. (assimilabile a quello di cui al 384 c.p.p.) ossia l'imputato scarcerato per decorrenza dei termini che stia per darsi alla fuga trasgredendo alle prescrizioni della misura cautelare non custodiale disposta nei suoi confronti oppure della custodia cautelare ripristinata contestualmente o successivamente alla sentenza di condanna, ma anche l'imputato nei cui confronti è stata eseguita un'ordinanza di custodia cautelare da parte dell'ufficiale o dell'agente incaricato (art. 292 e 293 c.p.p.) e il condannato alla pena detentiva in virtù di un ordine di carcerazione finalizzato a dare esecuzione alla pena comminata che però non ha ancora avuto inizio<sup>120</sup>.

Ciò che accumuna e giustifica l'equiparazione all'arresto in flagranza di tutte queste tipologie di provvedimenti che non rientrano nella categoria delle decisioni giudiziarie in senso stretto è che sono atti ad esse prodromiche e funzionali.

Detto questo, vi è un importante aspetto da specificare che emerge dal dettato dello stesso articolo 385 c.p., ossia che l'arrestato o il detenuto siano tali "*per un reato*".

Questo riferimento al reato limita l'alveo dei potenziali soggetti attivi dell'evasione includendo solamente i destinatari di un provvedimento coercitivo che sia in stretta e diretta connessione con un fatto di reato (o con "gravi indizi" di commissione di un

---

<sup>119</sup> U. GIULIANI, *Sull'evasione del fermato*, nota a Cass., sez. III, 24.4.1963, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, II, 1964, 825.

<sup>120</sup> A. PAGLIARO, 2000, 196-197; P. PISA 1990, 432; V. MANZINI, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. NUVOLONE, V ed., aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, UTET, Torino, 1982, 1046 ss.; L. SCOPINARO, 2009, 329; F. MINERVA, 1996, 555; A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 309-310; G. FIANDACA, F. MUSCO, 2012, 427.

reato), nel senso che la restrizione (sia essa nella forma dell'arresto o della detenzione) deve avvenire per uno scopo di diritto processuale penale o di polizia giudiziaria contro persona indiziata o imputata, ossia allo scopo diretto di accertare il reato.

Tra la limitazione della libertà personale e il reato deve esserci un nesso di tipo causale.

La sanzione dell'evasione è infatti applicabile solo quando la coercizione violata è originata da un reato che ad avviso dell'Autorità potrebbe essere stato commesso dal soggetto arrestato, e non da un'altra causa anche solo mediatamente connessa alla commissione di un reato<sup>121</sup>.

Si conclude che la legittima privazione della libertà personale trova tutela nell'articolo 385 c.p. solo quando trova causa immediata in un fatto previsto dalla legge come reato, già accertato in via definitiva o in corso di accertamento, proprio perché il reato rappresenta il fondamento del titolo detentivo o custodiale<sup>122</sup>.

Quindi il reato è uno dei due aspetti fondamentali e necessari dell'arresto (e della detenzione) di cui all'articolo 385 c.p. (il secondo è la legalità dello stesso) tanto che, dal momento in cui essi sussistono, è indifferente il momento processuale in cui la limitazione della libertà personale viene eseguita e lo è anche il fatto o l'atto che l'abbia autorizzata, motivo per cui si considerano non solo gli atti giurisdizionali, ma anche quelli di polizia giudiziaria.

La caratteristica fondamentale appena descritta opera come limite alla concezione generale e atecnica del presupposto dell'arresto, in virtù del quale infatti molte misure restrittive della libertà personale rimangono comunque escluse dal novero dei validi provvedimenti-presupposto del reato di evasione equiparati all'arresto, anche se legalmente disposte e materialmente realizzate.

Non è applicabile la sanzione dell'evasione a colui che si sottrae all'arresto effettuato per applicare una misura di prevenzione, dato che esso non ha logicamente come causa la commissione di un reato (misura *ante delictum*); e nemmeno a colui che viene sottoposto al fermo di polizia per l'identificazione<sup>123</sup> (art. 349 c.p.p.) nonostante esso venga effettuato solo a seguito di un reato e sia finalizzato alla

---

<sup>121</sup> F. MINERVA, 1996, 556 ss.; Cass., 6.12.1956, in *Giust. Pen.* 1957, II, 297.

<sup>122</sup> M. CATENACCI, 2011, 591; F. MINERVA, 1996, 556; F. ANTOLISEI, 2016, 685.

<sup>123</sup> Destinato all'indagato e alla persona informata sui fatti.

repressione dello stesso in quanto, nonostante sia in corso l'accertamento di un reato, l'unico scopo di questa limitazione è quello di identificare il possibile autore o il potenziale testimone del fatto di reato<sup>124</sup>.

A maggior ragione non è rimproverabile a titolo di evasione colui che fugge dopo essere stato accompagnato coattivamente negli appositi locali sulla base di un fermo di identificazione per motivi di pubblica sicurezza (art. 11 l. 191/1978) essendosi rifiutato di fornire le proprie generalità per l'identificazione o avendo fornito documenti falsi; questo perché, nonostante possa essere ipotizzabile la commissione di un reato, in questi casi la polizia giudiziaria agisce ancora in via amministrativa e preventiva al fine della salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, tanto che la legge ne consente l'utilizzo pure in assenza di reato, essendo tale misura eseguita in vista di un interesse che non è direttamente relativo all'amministrazione della giustizia<sup>125</sup>.

Allo stesso modo non è *arrestato* colui che subisce una coercizione personale in applicazione di alcuni provvedimenti che pur essendo disposti dall'autorità giudiziaria non rientrano nell'ambito di quelli tutelati dall'evasione essendo solo indirettamente collegati alle finalità sopra descritte. Essi sono l'accompagnamento coattivo dell'indagato invitato a presentarsi (art. 375 comma II, lett. d) c.p.p.) e delle persone informate sui fatti citate con decreto (art. 377 comma II, lett. c) c.p.p.) disposti dal p.m. e l'accompagnamento coattivo disposto dal giudice nei confronti dell'imputato (art. 132 c.p.p.), perito, c.t., testimone, imputato in procedimento connesso, custode di cose sequestrate, interprete (art. 133 c.p.p. e art. 145 II comma disp. Att. C.p.p.).

In questi casi il provvedimento è determinato dalla necessità di avere la presenza di determinate persone al fine di compiere certi atti processuali che consentano di ottenere contenuti probatori, in questo senso non discendono direttamente dal reato<sup>126</sup>, tanto che in dottrina sono stati definiti anche come atti dalla natura tipicamente amministrativa o meglio di "polizia processuale"<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> L. SCOPINARO, 2009, 329-330; A. PAGLIARO, 2000, 197.

<sup>125</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1962, V, 974; A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 309, nota 3.

<sup>126</sup> M. CATENACCI, 2011, 591.

<sup>127</sup> P. VOENA, Atti, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, Padova, 2008, 208.

Sulla base di quanto fin qui detto, non sono arrestati ai sensi dell'art. 385 c.p. nemmeno coloro che si sottraggono all'arresto ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza detentiva<sup>128</sup>, in quanto seppur l'arresto è in rapporto con un reato esso è determinato dalla necessità di gestire la pericolosità sociale del soggetto<sup>129</sup>.

Si ribadisce che la stretta connessione tra la limitazione della libertà personale e la commissione di un reato o i gravi indizi di reato è ciò che consente di superare il limite derivante dal significato letterale di “*tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie*” cui non sarebbero riconducibili né l'arresto da parte della p.g., tanto meno quello del privato. Per tanto l'individuazione dei provvedimenti tutelati per mezzo dell'articolo 385 c.p. deve essere fatta alla luce del bene giuridico da esso tutelato, il quale è costituito dai provvedimenti determinanti l'applicazione della pena detentiva ma anche da quelli che sono funzionali a tale scopo essendo diretti all'accertamento del fatto di reato e alla soddisfazione delle esigenze cautelari o precautelari<sup>130</sup>.

Volendo fare un riassunto di quanto già detto circa la figura dell' “arrestato per un reato”, si ribadisce che l'arresto va inteso come una generica restrizione della libertà personale ad opera dell'autorità pubblica determinata dalla sussistenza di un reato o di gravi indizi a riguardo e che quindi è volto a soddisfare scopi di natura processuale penale o di polizia giudiziaria contro una persona indiziata o imputata per un reato, escludendo tutte le forme di privazione della libertà personale determinate dal perseguimento di uno scopo diverso.

Relativamente alla figura del *detenuto per un reato* sussiste unanimità nel ricondurvi la situazione del soggetto ristretto sulla base di un ordine di esecuzione del pubblico ministero (coattivamente eseguito o notificato a seguito di costituzione spontanea) con cui è disposta la carcerazione del condannato alla pena detentiva in via definitiva (art. 656 c.p.p.), sia essa dell'arresto, della reclusione o dell'ergastolo<sup>131</sup>.

Sulla base di una panoramica delle opinioni dottrinali in materia emerge che invece l'unanimità manchi sull'inquadramento dell'imputato sottoposto a custodia cautelare in carcere (art. 285 c.p.p.), nel senso che non sono pochi gli studiosi che riconducono

---

<sup>128</sup> Cass., 13 marzo 2006, in *CED Cass.*, n. 233737; U. GIULIANI, 1964, 825.

<sup>129</sup> M. CATENACCI, 2011, 591.

<sup>130</sup> P. PISA, 1990, 432 ss.; V. MANZINI, 1982, 1046 ss.

<sup>131</sup> L. SCOPINARO, 2009, 327; F. MINERVA, 1996, 557; P. PISA, 1990, 432; M. CATENACCI, 2011, 592; M. RIVERDITI, 2016, 684.

questa situazione allo *status* di arrestato<sup>132</sup> anziché a quello di detenuto, nonostante la misura cautelare consista nella permanenza in carcere<sup>133</sup>.

Pagliaro addirittura distingue la situazione del condannato prima che abbia avuto inizio l'esecuzione della pena da quella dello stesso però successivamente a tale inizio: per cui è detenuto colui che è stato condannato alla pena detentiva e che la sta già espiando; quando invece l'ordine di carcerazione è stato eseguito ma non è ancora iniziata ufficialmente la pena allora si è ancora nell'ambito dell'arrestato.

D'altra parte, egli conclude la sua analisi richiamando ciò che il Jannitti-Piromallo aveva già constatato nel 1939, ovvero che la differenza tra ciò che è riconducibile alla condizione di *arrestato* rispetto a quella di *detenuto* in realtà non è rilevante ai fini della sanzionabilità e del computo della pena. Infatti, subito dopo Pagliaro continua in riferimento alle ipotesi di evasione del III comma dell'art. 385 c.p. parlando di "arresto o detenzione" e quindi facendo chiaramente intendere che non importa a quale dei due status si riconducano le situazioni che sono idoneo presupposto del reato, essendo arresto e detenzione equivalenti in tale contesto<sup>134</sup>.

L'importante è prendere consapevolezza del fatto che l'arresto e la detenzione sono i due presupposti alternativi ma anche equivalenti del reato di evasione, nel senso che l'evasione dell'arrestato comporta le medesime conseguenze sanzionatorie dell'evasione del detenuto senza alcuna differenziazione, salvo quella relativa alla contestazione dello specifico caso di specie, unico motivo per cui è necessario chiarire quali siano i casi riconducibili all'arresto e alla detenzione.

Per completezza bisogna precisare che sulla base dell'espresso rinvio che l'ordinamento penitenziario e il III comma dell'articolo 385 c.p. fanno al I comma della medesima disposizione, il presupposto del delitto di evasione impropria è il medesimo.

La legittima detenzione (o arresto) per un reato sussiste anche quando la limitazione della libertà personale sia determinata in tutte le altre modalità e luoghi che la legge legittima come possibili in alternativa alla pena detentiva in carcere *tout cour*, a partire appunto dal condannato ammesso a lavorare all'esterno dello stabilimento penale e dall'imputato cui sono stati applicati gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) ai

---

<sup>132</sup> L. SCOPINARO, 2009, 327.

<sup>133</sup> F. MINERVA, 1996, 557; P. PISA, 1990, 432.

<sup>134</sup> A. PAGLIARO, 2000, 196 ss.; A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 309.



sensi del terzo comma dell'articolo 385 c.p. per arrivare a tutti gli altri casi disposti dall'ordinamento penitenziario quali la semi-libertà, la detenzione domiciliare e le altre misure alternative alla detenzione e i benefici penitenziari quali i permessi e le licenze<sup>135</sup>.

Nell'ambito dell'evasione impropria si può dire che l'individuazione del provvedimento restrittivo da ricondurre al presupposto del reato non lascia alcun dubbio, questo perché le singole fattispecie astratte derivano dall'esplicito rinvio al I comma del 385 c.p. all'interno di ogni specifica disposizione di legge.

La legge non è esplicita rispetto a colui che evade dalla custodia cautelare quando essa sia disposta in luogo di cura o di assistenza (art. 286 c.p.p.). La dottrina (e talvolta anche la giurisprudenza<sup>136</sup>) tende a includere anche quest'ipotesi nell'alveo delle possibili evasioni, nel senso che quindi è penalmente responsabile l'imputato che fugge dall'ospedale in cui si trova anche se approfittando di un momento in cui il piantonamento nei suoi confronti mancava<sup>137</sup>.

### **3.2. Solo se la restrizione personale è materialmente eseguita si può parlare di evasione**

Per come fin ora descritto il presupposto del delitto di evasione avrebbe carattere meramente normativo, in realtà invece si può dire che abbia un connotato anche in senso naturalistico, poiché non è sufficiente di per sé la sola esistenza di un provvedimento limitativo della libertà personale, bensì è necessario che quest'ultima sia effettivamente, concretamente limitata affinché si possa parlare di evasione ai sensi dell'articolo 385 c.p.

Questo significa che lo stato di detenzione o di arresto siano materialmente realizzati prima della condotta evasiva, tale per cui il soggetto agente prima di evadere è colui che si ritrova sottoposto ad una situazione di soggezione fisica ad opera del soggetto pubblico sulla base di un legittimo provvedimento giuridico<sup>138</sup>. Per poter parlare di

---

<sup>135</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 311; P. PISA, 1990, 433.

<sup>136</sup> Cass. 13.12.1949, in *Riv. Pen.*, 1950, 437; Trib. Di Milano, sez. IX, 21.12.2004, in *Foro ambr.* 2005, 266.

<sup>137</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 685.

<sup>138</sup> L. SCOPINARO, 2009, 331.

delitto di evasione il provvedimento restrittivo deve essere stato non solo emanato ma anche eseguito prima della condotta evasiva<sup>139</sup>.

Conformemente al quadro normativo del codice Zanardelli, il codice vigente dispone la rilevanza penale della sottrazione alla custodia cautelare o all'esecuzione della pena o alla misura pre-cautelare solo quando essa sia successiva all'inizio della loro esecuzione materiale<sup>140</sup>, tale per cui colui che “*volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari o ad un ordine con cui si dispone la carcerazione*” non essendo ancora materialmente assoggettato alla coercizione personale da parte del potere pubblico non commette un vero e proprio reato, bensì subisce le conseguenze processuali tipiche dello stato di latitanza di cui all'articolo 296 c.p.p.<sup>141</sup>; e se invece ne sussistono gli estremi, la condotta potrebbe tradursi nell'accusa di violenza o resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.). A titolo di esempio, non concreta il delitto di evasione la fuga durante le operazioni di fermo quando essa avviene prima che il fermo stesso sia stato portato a compimento; e nemmeno la sottrazione all'arresto durante la sua esecuzione, proprio perché l'evasione presuppone che l'arresto o la detenzione siano già avvenuti e questo è pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti l'evasione consiste nel sottrarsi ad una particolare sfera di custodia la quale non viene in essere nel momento in cui non esiste una limitazione fisica della libertà personale<sup>142</sup>.

Proprio perché l'evasione non può esser tentata e tanto meno consumata fino a che la polizia giudiziaria (o il privato) “*non sia riuscita a stabilire definitivamente il proprio potere sull'altrui persona*”<sup>143</sup>, ai fini della consumazione non rilevano la dichiarazione o intimazione orale di arresto al fuggitivo<sup>144</sup> e nemmeno la consegna della copia del mandato o dell'ordine di cattura, quando non siano poi seguite dall'apprensione fisica della persona da parte dell'autorità pubblica (o del privato) sia essa nella forma della custodia coattiva o dell'arresto in luogo vigilato<sup>145</sup>, come risulta dall'autorevole pronuncia della Cassazione “*sicchè la fuga precedente*

---

<sup>139</sup> P. PISA, 1990, 431; V. MANZINI, 1982, 1050; P. MOSCARINI, *Momento iniziale della custodia preventiva e reato di evasione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 52 ss; Cass. 16.1.1978, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 49.

<sup>140</sup> P. PISA, 1990, 431.

<sup>141</sup> F. MINERVA, 1996, 553.

<sup>142</sup> U. GIULIANI, 1964, 824.

<sup>143</sup> V. MANZINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1950, 900 ss.

<sup>144</sup> Cass. 29.9.1983, in *Riv. Pen.*, 1984, 716; Cass. 16.1.1978, in *Giur. It.* 1979, II, 49.

<sup>145</sup> P. MOSCARINI, 1979, 57; Cass. 16.1.1978, n. 5124.

*all'impossessamento, anche se successiva alla dichiarazione di arresto, non costituisce il reato di evasione*<sup>146</sup>.

Nell'ambito dell'arresto la Cassazione ha specularmente massimato che *“la qualità di arrestato consegue all'attività di privazione della libertà personale e non alla redazione del verbale di arresto, il quale rappresenta solo la forma di documentazione dell'attività compiuta”*<sup>147</sup> e che quindi il presupposto del reato è soddisfatto anche quando non sia ancora stato redatto il verbale dell'arresto ma il soggetto si trovi sotto la vigilanza degli organi di polizia a prescindere che sia avvenuta o meno la documentazione dell'attività compiuta, avendo essa una funzione esclusivamente probatoria e ricognitiva dei fatti<sup>148</sup>.

Come per l'evasione dall'istituto penitenziario o dallo stato di arresto, il problema della qualificazione del comportamento antecedente alla effettiva restrizione personale richiesta dalla norma si pone nell'ambito delle evasioni improprie, ove, ugualmente, il soggetto incorre nella sanzione del primo comma del 385 c.p. solo a partire dal momento in cui inizia l'esecuzione della misura restrittiva.

Considerando in modo rigoroso quanto detto, molti non condividono l'assunto della Corte di Cassazione nel 2005 in cui ha affermato che il delitto di evasione sia consumato quando il soggetto che, avendo sottoscritto l'ordinanza applicativa degli arresti domiciliari, non raggiunge il luogo nel quale deve dar corso alla misura<sup>149</sup>, bensì vale la regola per cui l'evasione può essere contestata solo quando l'allontanamento avviene dopo che il soggetto abbia raggiunto la propria abitazione oppure il diverso luogo di detenzione indicato dal giudice<sup>150</sup>.

In ogni caso, chi cerca di sottrarsi alla cattura finalizzata all'incarcerazione, all'arresto o al fermo finché non si ritrova nella disponibilità fisica degli agenti o degli ufficiali di polizia giudiziaria non può essere accusato di tentativo di evasione, in quanto anche la fattispecie tentata comunque presuppone il necessario antecedente della realizzazione materiale del contenuto limitativo del provvedimento che si intende violare<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> Cass. Sez. V, 16.1.1978, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 49.

<sup>147</sup> PIFFER, in CRESPI, FORTI, ZUCCALA', Commentario breve al codice penale, sub art. 385, III, CEDAM, Padova, 2014.

<sup>148</sup> Cass., sez. VI, 20.11.2003, n. 7659.

<sup>149</sup> Cass., sez. VI, 3.11.2005, n. 40154.

<sup>150</sup> L. SCOPINARO, 2009, 334.

<sup>151</sup> P. PISA 1990, 431; F. MINERVA, 1996, 553.

L'effettività dello stato di arresto o di detenzione è fondamentale anche nell'ambito delle fattispecie di concorso in evasione di cui agli articoli 386 e 387 del codice penale. Ovviamente in questi casi non è il soggetto attivo del reato a dover essere destinatario materiale del provvedimento restrittivo, bensì è colui che è riuscito ad evadere proprio grazie ad un'agevolazione esterna o alla colpa del custode, infatti nei termini delle suddette fattispecie tale soggetto è identificato come colui che è *legalmente detenuto o arrestato per un reato*.

In assenza di effettivo assoggettamento alla restrizione della libertà personale, l'aiuto a colui che si è sottratto o è fuggito comporta nei confronti di colui che l'ha prestato l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 390 c.p. (procurata inosservanza di pena) oppure di cui all'articolo 378 c.p. (favoreggiamento personale), in luogo al concorso in evasione (artt. 386 o 387c.p.)<sup>152</sup>.

### *3.2.1. Excursus: l'articolo 656 c.p.p. e il favor per l'imputato libero*

La Scopinaro ha messo poi in evidenza un aspetto relativo al presupposto della materiale esecuzione del provvedimento che determina una differenza di trattamento piuttosto discutibile nell'ambito del meccanismo della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, finalizzata al tentativo di accesso alle misure alternative di cui al V comma dell'articolo 656 c.p.p.

Per comprendere ciò conviene partire dall'analisi della disciplina, la quale dispone che appunto se la limitazione della libertà personale è già materialmente realizzata, la volontaria sottrazione ad essa integra il delitto di cui all'articolo 385 c.p., il quale infatti opera anche quando la sottrazione avviene prima dell'ottenimento della misura durante il periodo di sospensione dell'esecuzione della pena determinato dall'istanza, al tribunale di sorveglianza competente, di applicazione della misura alternativa alla detenzione in base ai requisiti di cui all'articolo 656 quinto comma c.p.p.

Infatti, ovviamente commette evasione il condannato che evade dal carcere prima dell'ottenimento della misura alternativa, e sono ugualmente sanzionabili coloro che si sottraggono alla privazione della libertà personale con funzione cautelare, sia essa nella forma della misura cautelare custodiale o degli arresti domiciliari, quando

---

<sup>152</sup> P. PISA, 1990, 431; L. SCOPINARO, 2009, 419.

evadono dopo aver saputo di essere stati condannati e aver fatto istanza ai sensi del quinto comma dell'articolo 656 c.p.p. per l'applicazione del regime più favorevole. Questo perché lo stesso articolo 656 c.p.p. al comma IX lettera b) dispone che *“la sospensione dell'esecuzione di cui al comma V non può essere disposta nei confronti di coloro che per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva”*, e il comma X che dispone che il pubblico ministero proceda alla sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, è previsto che *“fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti”*. L'aspetto discutibile emerge quando si va a valutare l'operatività del 385 c.p. nell'ambito del 656 c.p.p. in riferimento però all'imputato che si trova in stato di libertà, quindi una persona non limitata nella sua libertà personale. Qualora quest'ultima, innanzi alla notizia della sua condanna alla detenzione, avesse avanzato l'istanza di applicazione della misura alternativa e nelle more della decisione del Tribunale fosse evasa, quest'ultima condotta in realtà non sarebbe punibile come evasione, proprio in virtù dell'assenza della materiale esecuzione dell'ordine di carcerazione.

Ora risulta evidente la differenza di trattamento tra l'imputato libero che una volta condannato decide di fuggire prima che la pena venga eseguita e il condannato o l'imputato in carcere o agli arresti domiciliari che decide di evadere nelle more del procedimento di cui al comma V del 656 c.p.p.; oltre ad essere una differenza che pare non avere una giustificazione in termini di tutela della pena detentiva (bene giuridico tutelato con i delitti di evasione), è una differenza che *“premia”* colui che tiene la condotta più riprovevole, ossia quella di sfruttare un meccanismo processuale più favorevole volto in realtà alla prevenzione speciale e alla deflazione carceraria e non certo a facilitare la sottrazione all'esecuzione della pena al condannato<sup>153</sup>.

Riassumendo, le regole generalmente condivise circa il presupposto del delitto di evasione determinano un particolare effetto per cui è sicura la punibilità *ex art.* 385 c.p. del soggetto che permanendo nello stato di privazione della libertà personale, originariamente imposto per esigenze cautelari, anche successivamente all'istanza di applicazione della misura alternativa conseguente al passaggio in giudicato della

---

<sup>153</sup> L. SCOPINARO, 2009, 334-335.

sentenza di condanna evade o si allontana dal domicilio<sup>154</sup>; è invece esclusa la punibilità dell'imputato libero che successivamente alla condanna definitiva decide di fuggire dall'esecuzione alla pena.

Non si individuano giustificazioni o elementi di diversità tra le due situazioni tali da motivare una differenza di trattamento ai sensi dell'articolo 3 Costituzione nella forma di un regime processuale più favorevole al condannato ancora libero, dato che anche in tale ipotesi l'obiettivo dell'ordinamento è quello di dar seguito alla pena ed alle sue funzioni.

Proprio per questi motivi e perché la sospensione di cui al comma V è dettata dalla necessità di deflazione carceraria alla quale non si dà prevalenza rispetto alla necessità di dar corso alla pena, è stata suggerita l'opportunità di valutare un'interpretazione non totalmente rigorosa del requisito dell'effettività della limitazione della libertà personale nei casi in cui il soggetto abbia presentato l'istanza per l'ottenimento della misura alternativa alla detenzione<sup>155</sup>.

### **3.3. La necessaria legalità della restrizione-presupposto**

A completamento dell'analisi del presupposto della condotta di evasione (e di concorso in evasione) si precisa che la disciplina argina, in senso garantistico, l'area delle fattispecie concrete punibili specificando che la condizione di arresto o di detenzione debba essere legalmente disposta, ovvero essere determinata da un provvedimento legale, infatti il soggetto attivo di cui all'articolo 385 c.p. è proprio colui che è *legalmente* arrestato o detenuto per un reato.

Questo avverbio è inteso come un monito rivolto al giudice quando esso è chiamato a decidere nel merito sulla sussistenza del delitto di evasione, infatti durante l'accertamento della sussistenza del presupposto della condotta deve verificare non solo se il detenuto, l'arrestato o il fermato fossero tali, bensì anche se al momento del fatto lo erano nei modi e nelle forme stabilite dalla legge<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Cass., sez. VI, 9.1.2008, n. 18733, in *Guida dir.* 2008, 25, 92; P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, CEDAM, Padova, 2003, 641.

<sup>155</sup> L. SCOPINARO, 2009, 336.

<sup>156</sup> Cass. 13.2.2001, in Rep. Giur.it. 2001, c. 1322, n.11; L. SCOPINARO, 2009, 336.

Essendo l'elemento della legalità dell'arresto e della detenzione è esplicitato nel dettato codicistico, la dottrina è tendenzialmente concorde nell'attribuirvi il valore di vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie di evasione, la cui sussistenza deve quindi essere verificata di volta in volta dai giudici durante la valutazione del caso concreto circa gli elementi della fattispecie delittuosa.

Questo vuol dire che la fuga o l'allontanamento del detenuto o dell'arrestato può essere qualificata e sanzionata come evasione solo se il giudice ha valutato positivamente la conformità alla legge del provvedimento tutelato su cui si fonda lo stato limitativo del soggetto<sup>157</sup>.

Circa la portata di tale prerogativa, i compilatori optavano per una lettura restrittiva dell'elemento della legalità, infatti ritenevano fosse riferito solamente all'arresto dato che si legge "legalmente arrestato"<sup>158</sup> e ciò trovava riscontro anche in una parte della giurisprudenza<sup>159</sup>.

Quest'interpretazione alquanto restrittiva ha però avuto vita molto breve, infatti dottrina<sup>160</sup> e giurisprudenza anche le più risalenti concordano sul fatto che tutti i provvedimenti che in via interpretativa rientrano nei concetti di "arresto" o "detenzione" di cui all'articolo 385 c.p. (e di cui agli artt. 386 e 387 c.p.) debbano essere legittimi al fine di integrare il presupposto del reato di evasione, ivi compresi quindi tutti i provvedimenti tutelati attraverso le diverse forme di evasione impropria, alle quali si estende implicitamente la necessaria legalità del provvedimento con cui le varie misure o benefici penitenziari vengono disposti.

Per completezza dunque si specifica che è assolutamente rifiutata l'interpretazione restrittiva del requisito di legalità in base alla quale le norme oggetto di accertamento della legalità dell'arresto sarebbero solamente quelle sull'arresto illegale di cui all'articolo 606 c.p., il quale attribuisce rilievo solo ed esclusivamente all'arresto eseguito dal pubblico ufficiale "abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni", proprio perché invece rilevano tutti gli aspetti formali dell'arresto stesso e delle altre forme restrittive incluse nel dettato dell'articolo 385 c.p.<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> L. SCOPINARO, 2009, 336.

<sup>158</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, 2, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, Roma, 1929, 180.

<sup>159</sup> Cass., sez. III, 24.4.1963, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, 823.

<sup>160</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 311.

<sup>161</sup> V. MANZINI, 1982, 1045 ss.

La legalità del provvedimento può intendersi in senso formale (nel senso che presupponga un provvedimento restrittivo emesso nel rispetto della legge) o sostanziale (nel senso che trovi origine in un provvedimento restrittivo fondato nel merito e quindi giusto).

Sia in dottrina che in giurisprudenza si afferma che la portata della necessaria legalità del titolo su cui si fonda lo stato di detenzione o di arresto è puramente formale, si tratta quindi di una legalità in senso formale e oggettivo.

Anche la Corte costituzionale si è pronunciata a riguardo definendo paradossale l'esito di una interpretazione che pone quale presupposto del reato di evasione non la legalità dell'arresto o della detenzione, ma la fondatezza delle accuse. Questa soluzione infatti comporta l'affermazione di una "*pregiudizialità necessaria*" che la legge non prevede né per l'evasione né per altri reati contro l'amministrazione della giustizia<sup>162</sup>.

In concreto questo comporta che la verifica della conformità al dettato legislativo del provvedimento limitativo non include il sindacato sul merito della sua applicazione e quindi sui profili attinenti alla componente discrezionale così come declinata dal giudice quando la legge lo consente<sup>163</sup>.

Tale verifica vede come parametro di legittimità le sole norme relative all'ambito di applicazione ed ai limiti stabiliti dalla legge relativamente alle misure cautelari ed alla pena detentiva in tutte le sue possibili modalità alternative tutelate attraverso il delitto di evasione, quelle norme quindi che, come dice Pagliaro, se rispettate consentono di attribuire al provvedimento l'attributo di "legittimo nel senso del diritto amministrativo"<sup>164</sup>.

Diretta conseguenza è il fatto che risulta del tutto irrilevante ai fini della configurabilità del delitto di evasione l'errore di merito nell'utilizzo del potere giudiziale al momento dell'adozione del provvedimento, tale per cui una situazione di privazione della libertà personale legittimamente imposta che però successivamente risulti ingiusta dal punto di vista sostanziale, ai nostri fini non determina l'illegittimità dello stato detentivo e nemmeno il venir meno di un

---

<sup>162</sup> C. cost., 10.03.2006, n.98, in *Giur. cost.*, 2006, 2.

<sup>163</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Giuffrè, Milano, 1997, 496; F. MINERVA, 1996, 558; V. MANZINI, 1982, 1045; PISA, 1990, 433; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè editore, Milano, 2007, 287.

<sup>164</sup> A. PAGLIARO, 2000, 198.



importante componente del presupposto del reato di evasione, il quale può comunque essere contestato<sup>165</sup>.

Concretamente questa situazione si presenta in tutti i casi di condanna ad una pena detentiva che poi però si riveli ingiustamente patita conseguentemente alla revisione del processo ed anche in quelli in cui l'imputato sottoposto a misura cautelare custodiale viene poi l'assolto dall'accusa.

Quindi se lo stato limitativo della libertà personale è formalmente legittimo, l'eventuale emersione dell'ingiustizia sostanziale dello stesso non incide sull'esito del processo per evasione, il quale infatti può comunque concludersi con la condanna. Questo proprio perché la verifica del presupposto del delitto in esame ha esito positivo nel momento in cui sussiste la sola legittimità formale del provvedimento, essa è necessaria e di per sé sufficiente, al contrario della legittimità dal punto di vista sostanziale la quale invece non è rilevante tanto che non ha la capacità di colorare di illegittimità la detenzione o l'arresto ai fini di cui all'articolo 385 c.p., tale per cui la condotta evasiva in questo contesto non perde rilevanza penale.

In poche parole, l'evasione rimane una condotta anti-giuridica e quindi punibile anche quando il soggetto viene successivamente assolto dall'accusa che aveva determinato lo stato restrittivo ed anche quando la condanna viene ribaltata dalla revisione del processo<sup>166</sup>.

Quanto detto sulla portata del concetto di legalità formale del provvedimento si conferma attraverso il consolidato orientamento della Corte di Cassazione in base al quale è irrilevante l'assoluzione successiva all'evasione, sia essa una fuga o un allontanamento illegittimo, nel senso che la condotta evasiva commessa durante il periodo della custodia cautelare rimane punibile ai sensi dell'articolo 385 c.p. anche se successivamente ad essa il giudice assolvesse il soggetto per il reato che giustificava la custodia cautelare stessa.

In questo senso è evidente che il vizio sostanziale della privazione della libertà personale, come nel caso di una misura cautelare ingiustamente patita o di riforma della sentenza di primo grado o di annullamento in Cassazione, non elimina l'anti-giuridicità dell'allontanamento o della fuga dal luogo di custodia, in quanto la

---

<sup>165</sup> A. PAGLIARO, 2000, 198.

<sup>166</sup> P. PISA, 1990, 433.

limitazione era legalmente giustificata dal punto di vista formale o per esigenze cautelari o per ragioni sanzionatorie successivamente rivelatosi non più sussistenti, nel senso che la restrizione della libertà era illegittima dal solo punto di vista sostanziale, e non da quello formale ossia quello rilevante, per cui il presupposto di cui all'articolo 385 c.p. è rispettato.

Si precisa che quando l'arresto è facoltativo (artt. 381 e 383 c.p.p.) il sindacato sulla discrezionalità non può proprio svolgersi in virtù delle caratteristiche intrinseche dell'arresto facoltativo, può esserlo invece il sindacato di legittimità, il quale inoltre può portare alla denuncia del vizio di legittimità dell'eccesso di potere ed eventualmente tradursi nel delitto di arresto illegale (art. 606 c.p.) o di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)<sup>167</sup>, inoltre, il fatto che l'arresto illegale sia un delitto avvalora maggiormente la non punibilità di chi si sottragga a tale stato illegittimo<sup>168</sup>.

È esemplificativa del valore della legalità formale dell'arresto o della detenzione la sentenza numero 14250 del 2005, quando, nell'ambito di un allontanamento dal luogo degli arresti domiciliari, la Cassazione ha massimato che *“in tema di evasione, la responsabilità dell'agente non è esclusa quando, dopo il fatto, intervenga sentenza di proscioglimento in ordine al reato per il quale era stata disposta la custodia cautelare”*<sup>169</sup>.

Si tratta della conferma di quanto già aveva disposto nel 1999 nell'ambito di un ricorso per Cassazione per erronea applicazione della legge e per vizio di motivazione nell'affermare la responsabilità di cui all'articolo 385 c.p., anche qui nel caso di allontanamento dagli arresti domiciliari applicati per un reato dal quale il soggetto era stato successivamente assolto. La Suprema Corte aveva dichiarato il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza del motivo proposto in quanto la custodia cautelare era legalmente disposta e quindi era applicabile, al caso di specie, il principio reiteratamente affermato dalla Corte stessa per cui l'evasione è consumata quando *“con azione cosciente e volontaria una persona legalmente*

---

<sup>167</sup> A. PAGLIARO, 2000, 198.

<sup>168</sup> V. MANZINI, 1950, 894.

<sup>169</sup> Cass., sez. VI, 22.3.2005, n. 14250, in *Cass. Pen.* 2006, 3673 ss.

*arrestata o detenuta per un reato si sottrae completamente alla sfera di vigilanza in cui si trova*<sup>170</sup>.

Passiamo ora all'analisi dei casi in cui il requisito della legalità formale del provvedimento non è soddisfatto in cui quindi non è possibile contestare un'evasione e conseguentemente applicare la sanzione di cui all'articolo 385 c.p.

In generale una situazione di limitazione della libertà personale è illegale innanzitutto quando manca il previo ordine dell'autorità competente che la legittimi (in questi casi è la libertà ad trovare tutela nel codice penale, agli articoli 606 e 607), e poi in tutti i singoli casi in cui sono state violate le norme di dettaglio sul luogo, i modi e le forme che la legge impone nell'ambito delle forme di privazione della libertà personale.

Quindi il provvedimento su cui si fonda la restrizione della libertà personale deve essere conforme alla legge sia sotto il profilo delle norme giuridiche relative ai presupposti applicativi della misura restrittiva, quali la competenza di chi la dispone e di chi la effettua, le circostanze in cui essa può concretizzarsi legittimamente (ad esempio l'articolo 385 c.p.p. vieta il fermo in alcuni specifici casi), e la persona che può legittimamente subirla (ad esempio il parlamentare, il quale può essere arrestato soltanto previa l'autorizzazione della camera di appartenenza); sia sotto il profilo degli adempimenti formali cui è tenuto il soggetto pubblico (o privato) che la sta applicando, quali l'adempimento agli obblighi di informazione e dalle modalità di esecuzione disposte dalla legge (come quelli imposti alla polizia giudiziaria nell'ambito di un arresto in flagranza o di un fermo di indiziato di cui all'articolo 386 c.p.p.)<sup>171</sup>.

Volendo fare degli esempi concreti, l'evasione non può essere contestata al soggetto che si sottrae ad un arresto in flagranza o ad un fermo avvenuti per un reato che non rientra tra quelli che giustificano tali misure pre-cautelari (artt. 380, 381 e 384 c.p.p.), oppure che non siano stati convalidati entro lo scadere del termine di legge di 48 ore (art. 390 c.p.p.), e nemmeno a colui che è fuggito dallo stato di custodia cautelare determinato da un'ordinanza illegittima perché emessa in violazione delle condizioni di applicabilità stabilite dalla legge (art. 287 c.p.p.); ancora, non commette evasione

---

<sup>170</sup> Cass., sez. VI, 16.2.1999, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, III, 1910 e in *Giur. it.*, 2001, 881: non viene meno la sussistenza dell'illecito nemmeno a seguito della sentenza di assoluzione per il fatto in ordine al quale era stata disposta la custodia cautelare.

<sup>171</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 310; F. MINERVA, 1996, 557.

colui che fugge dal permanere nello stato di arrestato o di fermato a causa della mancata esecuzione del decreto che dispone l'immediata liberazione (art. 389 c.p.p.)<sup>172</sup>.

Si osserva però che nella fase del controllo di legittimità del titolo su cui si fonda la privazione della libertà personale sia esso di tipo cautelare, pre-cautelare o definitivo, è necessario tener conto del fatto che esistono casi in cui esso nasce come legittimo e solo successivamente sopravvenga la sua illegittimità.

Questo mutamento relativo alla legalità del provvedimento richiesta dall'articolo 385 c.p. è stato oggetto di attenzione della dottrina immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice penale del 1930, infatti il Manzini già nei primi anni '30 nel suo *Trattato di diritto penale italiano* si preoccupa di precisare che la limitazione della libertà personale (arresto o detenzione) rimane legale (e quindi se violata è determinante l'accusa di evasione) anche dopo che sia stato emesso l'ordine di liberazione provvisoria o definitiva, in quanto l'illegalità inizia a partire da quando tale ordine sia comunicato all'autorità competente ad eseguirlo. Solo a partire da quel momento, qualora lo stato detentivo o di arresto continuasse, essendolo in modo arbitrario allora diventerebbe illegittimo e anche in tali circostanze si ravvisano alternativamente i reati di cui agli articoli 607 (indebita limitazione di libertà personale) e 606 (arresto illegale) c.p., tale per cui il sottrarsi a tale restrizione non si tradurrebbe nel delitto di evasione<sup>173</sup>.

Il principio appena descritto è stato accolto anche dalla dottrina successiva<sup>174</sup> e fatto proprio dalla Corte di Cassazione in una pronuncia del 1998 in cui i giudici trattano uno dei casi in cui una sopravvenienza, determinante in via teorica l'illegittimità del titolo limitativo che fino a quel momento era invece legittimo, in pratica non lo invalida in modo automatico ed immediato.

In questa sede la Suprema Corte si pronuncia sullo specifico caso relativo alla possibilità di ravvisare un'evasione dagli arresti domiciliari nell'ipotesi in cui non vi fosse stata la liberazione del destinatario dell'indulto immediatamente dopo la sua entrata in vigore. La relativa massima vuole che l'indulto non determini istantaneamente l'illegalità della restrizione personale, bensì che esso operi solo

---

<sup>172</sup> P. PISA, 1990, 433.

<sup>173</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano: secondo il codice del 1930*, V, UTET, Torino, 1933-1939, 330.

<sup>174</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 312; A. PAGLIARO, 2000, 198-199.

successivamente all'emissione del provvedimento di applicazione da parte dell'autorità giudiziaria competente *ex* articolo 672 c.p.p., tale per cui finché tale provvedimento di rimessione in libertà non sussiste la detenzione o l'arresto rimarrebbero legalmente giustificati e quindi determinanti la responsabilità penale di cui all'articolo 385 c.p. qualora venissero violati con una fuga o un allontanamento.

Nel caso di specie infatti il soggetto ha commesso evasione essendosi allontanato dal luogo degli arresti domiciliari immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.p.r. di concessione dell'indulto (n. 394 del 22 dicembre 1990) senza attendere il provvedimento di remissione in libertà<sup>175</sup>.

Lo stesso principio di fondo si applica a tutti i casi in cui allo scadere del termine che segna la fine dell'esecuzione della pena non faccia seguito la scarcerazione del condannato.

Anche in quest'ipotesi il mantenimento della detenzione è legittimo e il titolo detentivo rimane conforme alla legge, nonostante l'emissione dell'ordine di scarcerazione, fino a che tale ordine non sia stato comunicato all'autorità competente ad eseguirlo<sup>176</sup>. A tutto ciò Pagliaro aggiunge un limite, ossia che se il ritardo dovesse divenire eccessivo allora la legalità della limitazione verrebbe meno e un'eventuale fuga non potrebbe essere sanzionata a titolo di evasione<sup>177</sup>.

Si conclude perciò che fin quando la detenzione (o l'arresto) non è arbitraria il detenuto non può anticipare il momento della propria liberazione in modo legittimo, bensì deve attendere che il relativo ordine sia non solo emesso ma anche comunicato a chi sia tenuto ad eseguirlo. Il tutto anche perché vi sono poi diverse possibilità come quella di un ordine di scarcerazione emesso per errore o la sopravvenienza di una causa che determini la necessità di continuare la detenzione per un motivo nuovo rispetto a quello che l'ha giustificata fino a quel momento o che il liberando debba in realtà essere consegnato in stato di arresto ad una specifica autorità<sup>178</sup>.

A completamento di questo quadro vi sono poi tutti quei casi in cui la sopravvenienza ad una detenzione o ad un arresto legali opera in modo automatico e immediato, colorando quindi di illegittimità la restrizione e sollevando dalla rilevanza penale la sottrazione.

---

<sup>175</sup> Cass., sez. VI, 13.1.1998 in *C.E.D. Cass.*, n. 210584.

<sup>176</sup> P. PISA, 1990, 433.

<sup>177</sup> A. PAGLIARO, 2000, 199.

<sup>178</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 312 nota 2.

Questo meccanismo opera quando l'assoluzione dall'accusa che aveva determinato la detenzione non sia seguita dall'emissione del provvedimento di scarcerazione, infatti in questo caso la fuga non costituisce reato.

Quindi l'assoluzione dal reato per effetto del quale l'imputato era sottoposto alla custodia cautelare (sia essa in carcere o presso il domicilio o altro luogo) opera in due modi opposti nell'ambito del delitto di evasione. Quando interviene dopo la condotta evasiva, essa non esclude la sua punibilità ai sensi dell'articolo 385 c.p.; quando invece l'imputato viene assolto, ma l'assoluzione non è seguita dal provvedimento di scarcerazione, allora la fuga non costituisce evasione<sup>179</sup>.

Il perché la fuga o l'allontanamento dal luogo detentivo non costituiscono evasione nonostante non sia ancora stato emesso l'ordine di scarcerazione risulta chiaro nelle parole della Cassazione quando nel 2001 si è pronunciata sull'allontanamento dal luogo degli arresti domiciliari da parte di un soggetto che prima di allontanarsi non era stato assolto, bensì condannato ma ad una pena non detentiva. La Corte decide però che la condotta non integra il delitto di evasione *“ancorché non sia ancora stato adottato formale provvedimento di scarcerazione, stante la natura meramente dichiarativa di quest'ultimo”*<sup>180</sup>.

In tali circostanze quindi il provvedimento di scarcerazione costituisce una pura formalità, un atto necessario ma non indispensabile ai fini dell'effettività di un'assoluzione o di una condanna ad una pena non detentiva, le quali infatti determinano i loro effetti indipendentemente dal provvedimento successivo.

La predetta natura dichiarativa del provvedimento di scarcerazione comporta gli stessi risultati anche quando la misura cautelare cui un soggetto è sottoposto diventa *ope legis* inefficace.

Questo avviene in virtù del disposto dell'articolo 303 c.p.p. sui termini di durata massima della custodia cautelare, il quale dispone su tutti i singoli casi in cui la custodia cautelare si estingue automaticamente perdendo la sua efficacia (salvo proroga ex articolo 305 c.p.).

L'espressione “perde efficacia” significa proprio che l'intenzione del legislatore è stata quella di predisporre una disciplina sull'estinzione delle misure cautelari

---

<sup>179</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 685.

<sup>180</sup> Cass. 21.2.2001, in Repertorio Giur. it., 2001, 1322, n.10

caratterizzata dall'automatismo dei suoi effetti, a differenza della revoca o della sostituzione della misura (art. 299 c.p.p.).

I giudici infatti interpretano l'articolo 303 c.p.p. in combinato disposto con l'articolo 385 c.p. in modo rigoroso, nel senso che allo scadere del termine utile al mantenimento della custodia cautelare, se il soggetto continuasse ad essere ristretto in carcere in quanto ancora assente la formalità del provvedimento di scarcerazione dell'autorità giudiziaria, essi concludono che il soggetto non è più un soggetto legalmente detenuto, nel senso che lo stato restrittivo cui è sottoposto non è più legale, proprio perché in tal caso il provvedimento mancante avrebbe comunque una funzione solamente dichiarativa.

Conseguentemente nell'accertare un'eventuale evasione i giudici considerano non soddisfatto il presupposto applicativo della *legittima detenzione per un reato* di cui al comma I dell'articolo 385 c.p. e quindi non configurabile il reato di evasione<sup>181</sup>.

La misura cautelare perde la sua legittimità, la sua efficacia e con esse comporta le medesime conseguenze valide per l'articolo 303 c.p.p. anche nel caso in cui fosse stata disposta dal giudice incompetente.

L'articolo 27 c.p.p. dispone proprio che in tali casi la misura cautelare cessa di avere qualsiasi effetto se entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti al giudice competente quest'ultimo non conferma la misura disposta. Questo significa che la fuga o l'allontanamento commessi successivamente ai venti giorni predetti non violano alcun provvedimento restrittivo legittimo, proprio perché a partire dal ventesimo giorno il titolo detentivo per efficacia e quindi la detenzione non è più legalmente giustificata per cui la fuga da essa non integra in alcun modo il delitto di evasione di cui all'articolo 385 c.p.<sup>182</sup>

Questi sono casi particolari perché si tratta di situazioni di limitazione della libertà personale che sono nati come legittimi, conformi alla legge, ma che solo successivamente sono diventati invalidi titoli detentivi a causa del decorso di un certo termine<sup>183</sup>.

In tutti questi casi, ma anche in tutti quelli in cui l'illegittimità dell'arresto o della detenzione sono illegali *ab origine* manca l'antigiuridicità della condotta, e questo

---

<sup>181</sup> Cass., sez. VI, 13.03.2001, n. 10282

<sup>182</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, 527.

<sup>183</sup> Cass. Sez. VI, 13.1.2001, in *Cass. Pen.*, 2002, 1035.

costituisce l'impedimento alla configurabilità del delitto di evasione nella fuga del soggetto che si fosse sottratto alla restrizione cui era indebitamente sottoposto<sup>184</sup>.

Anche il professor U. Giuliani, nella sua analisi "sull'evasione del fermato", si preoccupa di suggerire ai giudici di tener sempre conto della possibilità di caducazione della legalità del provvedimento, in particolare che "*il fermo inizialmente legale potrebbe divenire in seguito illegittimo*". Egli indica alcuni di questi casi a titolo di esempio, quali quelli in cui non fosse data comunicazione del fermo all'autorità giudiziaria, o lo stesso non venisse motivato entro quarantotto ore, o non venisse convalidato dall'autorità giudiziaria.

Il Giuliani inoltre fa una precisazione singolare, ovvero che sarebbe ragionevole non considerare causa di illegittimità del titolo di fermo la violazione di alcune formalità richieste dalla legge come quella dell'obbligo di comunicare l'ora e il giorno del fermo stesso, il tutto ovviamente ai soli fini del delitto di evasione. Il professore ritiene che in questo caso il fermo non sia illegale, in quanto si tratta di un'illegalità dallo spessore assai diverso rispetto a quella che invece indubbiamente sussiste quando il fermo sia revocato di diritto e quindi privo di ogni effetto ma la restrizione personale persista<sup>185</sup>.

Tutto ciò significa che l'applicabilità della sanzione dell'evasione presuppone che la legalità dell'arresto o della detenzione debba sussistere al momento dell'evasione stessa, non rilevando quindi ai sensi del 385 c.p. l'evasione realizzata quando ormai l'arresto o la detenzione sono eventualmente divenuti illegali posteriormente al loro inizio<sup>186</sup>.

Anche Catenacci ha puntualizzato questo aspetto affermando che la conformità alle regole processuali, quindi la legalità delle diverse forme di limitazione della libertà personale debba sussistere per tutta la durata della loro applicazione, tale per cui il giudice "dell'evasione", durante la fase di controllo della sussistenza del presupposto del delitto, deve verificare se la legittimità dello stato custodiale fosse stata mantenuta per tutta la durata di essi e non sia venuta meno a causa ad esempio del venir meno di una o più esigenze cautelari che fino a quel momento giustificavano la misura (controllo delle sopravvenienze cautelari).

---

<sup>184</sup> P. PISA, 1990, 433 ss.; A. PAGLIARO, 2000, 198; B. ROMANO, 2007, 287.

<sup>185</sup> U. GIULIANI, 1964, 826.

<sup>186</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 311.



Egli quindi invita i giudici a valutare non solo la legalità iniziale, bensì anche la persistenza della legalità dell'arresto, del fermo o della detenzione fino al momento della loro cessazione, in ossequio alle garanzie derivanti da quanto la Costituzione stabilisce all'articolo 13 in materia di privazione della libertà personale<sup>187</sup>.

Dato che *ex* articolo 13 della Carta costituzionale nel nostro ordinamento non sono ammesse detenzione e nemmeno altre restrizioni personali al di fuori di casi e dei modi stabiliti dalla legge, si può dire che tale norma costituzionale sia capace innanzitutto di segnare il perimetro dei provvedimenti tutelati dall'articolo 385 c.p., ovvero solo quelli conformi alla legge e conseguentemente che faccia capire se la fuga o l'allontanamento siano evasione o meno, perché se la restrizione personale non è legittima allora non è tutelata dalla sanzione di cui all'articolo 385 c.p. in quanto non meritevole, in quanto non vi è alcun interesse nel garantire e nel sanzionare il suo mantenimento<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> M. CATENACCI, 2011, 596.

<sup>188</sup> F. MINERVA, 1996, 554.



#### **IV. La condotta e la consumazione dell'evasione propria**

Si ritiene appropriato parlare di delitti di evasione al plurale non solo in virtù della codificazione delle due fattispecie concorsuali speciali (artt. 386 e 387 c.p.) al fianco di quella monosoggettiva di cui all'art. 385 c.p., bensì anche perché sono davvero molteplici e svariate le condotte che possono integrare quest'ultima.

La sussistenza di una tale molteplicità delle condotte evasive è determinata sostanzialmente da due fattori. Il primo è l'assenza all'interno del I comma dell'art. 385 c.p. di significative delimitazioni della condotta di evasione, la quale quindi non è vincolata ad alcuna specifica forma attuativa; il secondo è la graduale emersione della categoria delle evasioni improprie, le quali si realizzano attraverso condotte particolarmente diverse rispetto a quelle corrispondenti alla concezione originaria del delitto di evasione e che però oggi sono quelle di cui si tratta maggiormente nelle aule di giustizia.

Come accennato, la diversità dell'evasione impropria sta proprio nella lontananza delle sue sembianze da quelle dell'evasione tradizionalmente intesa, ossia la cd. fuga dal luogo chiuso, espressione con cui si riassumono tutti i casi di fuga dal luogo prettamente detentivo o da una situazione del medesimo tipo quali l'arresto o il fermo. Le differenze emergono così chiare anche perché sia il III comma dell'art. 385 c.p. che le disposizioni dell'ordinamento penitenziario che richiamano la disciplina dell'evasione descrivono molto più dettagliatamente le attività umane illecite sanzionate rispetto al generico "evade" di cui al I comma del 385 c.p.; ogni singola disposizione indica a quale specifica azione corrisponde come conseguenza la sanzione dell'evasione (esempio: l'art. 51 o.p. sanziona a titolo di evasione il comportamento del beneficiario del regime della semilibertà quando il soggetto rimane assente dall'istituto senza giustificato motivo per più di dodici ore).

Inoltre, questa maggiore tipizzazione normativa ha indotto gli esponenti della dottrina a distinguere due sottocategorie di evasione impropria sulla base di una sostanziale diversità della condotta con cui si realizzano.

Le teorie sui delitti di evasione infatti distinguono l'evasione "propria" di cui al I comma dell'art. 385 c.p. dall'evasione "impropria" nelle due principali forme di evasione domiciliare ed evasione omissiva<sup>189</sup>.

È infatti in tre che questa tesi suddivide l'analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla condotta e sulla consumazione dei delitti di evasione.

La stessa Scopinaro infatti riassume quanto detto affermando che la condotta di evasione può essere integrata da una vera e propria fuga dallo stato di materiale privazione della libertà personale, sia essa un'evasione "dalle sbarre", da un reparto ospedaliero (cd. evasione da un luogo aperto) o dal controllo degli agenti di polizia che abbiano proceduto ad un arresto, ad un fermo o alla traduzione (cd. fuga dalle mani degli agenti); ma anche dall'allontanamento dal luogo di permanenza come descritto nell'ordinamento penitenziario (cui si affianca il III comma del 385 c.p.); ed ancora dal mancato ritorno allo stabilimento penitenziario (o al domicilio nel caso della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-sexies II comma* e della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter VIII comma* come risultante dalla pronuncia del 25 ottobre - 22 novembre 2018, n. 211 della Corte costituzionale) entro dodici ore dal termine previsto<sup>190</sup>.

Lo scopo del paragrafo che segue è quello di chiarire il contenuto tecnico della condotta di chi "evade" ai sensi del I comma dell'articolo 385 c.p. in modo da renderlo più concreto e palpabile di quanto risulti dalla formulazione adottata dal legislatore nel 1942 che fin ora non ha in alcun modo specificato.

Nei paragrafi successivi invece si espone una panoramica delle diverse teorie relative al momento consumativo dell'evasione "propria", lasciando le opportune specificazioni sulle evasioni improprie all'apposito capitolo.

#### **4.1. Cosa significa evadere?**

"*Chiunque evade*" a questo i codificatori si sono limitati nel descrivere il comportamento sanzionato per mezzo del I comma dell'art. 385 c.p., e nemmeno gli

---

<sup>189</sup> G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2020, 551-552; L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, con appendice di aggiornamento di P. PISA, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2009, 338;

<sup>190</sup> L. SCOPINARO, 2009, 338.

art. 386 e 387 c.p. sono d'aiuto al fine di cogliere il significato dell'“evasione” cui fare riferimento durante l'accertamento del reato.

Nel dettato normativo è quindi assente anche una minima indicazione degli elementi obiettivi della condotta umana illecita; in questi termini risulta chiaro capire perché la dottrina ritiene la condotta di evasione (propria) l'elemento costitutivo della fattispecie meno chiaro e definito e perché l'individuazione del momento consumativo del reato sia percepito come un problema di non facile ed immediata soluzione<sup>191</sup>.

La quasi totale indeterminatezza del codice ha determinato la necessità di far riferimento al significato del verbo “evadere” condiviso dalla coscienza sociale, ossia quello di “uscire fuori”, o più specificatamente di “fuggire dal luogo in cui si è ristretti o sorvegliati”.

A questo punto il primo passo è quello di inserire questo significato all'interno del contesto normativo del I comma dell'articolo 385 c.p., e il risultato è il primordiale disegno dei confini del concetto di evasione o meglio della sua condotta tipica, ossia sottrarsi con azione illegittima e volontaria alla situazione di privazione della libertà personale, sia essa nella forma dell'arresto o della detenzione<sup>192</sup>.

Si ribadisce che la genericità della condotta di evasione consente di scardinare questo delitto dall'idea tradizionale dello stesso, quella secondo cui evadere significa principalmente se non unicamente fuggire dal luogo (chiuso) di detenzione.

Conseguentemente l'evasione di cui al codice penale non corrisponde esattamente all'evasione dall'interno del carcere di cui al regolamento sull'ordinamento penitenziario (d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230) ai fini disciplinari<sup>193</sup>.

L'assenza di specificazioni a riguardo consente di non accordare alcuna rilevanza a titolo di elemento tipico della condotta anche al luogo da cui il soggetto si sottrae allo stato di arresto o di detenzione. Non necessariamente deve essere un luogo completamente chiuso e sorvegliato ossia deputato all'esecuzione della pena o della misura cautelare quali l'istituto penitenziario, la stazione dei carabinieri o il

---

<sup>191</sup> B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, 302; S. ARDIZZONE, *Evasione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1988, 2.

<sup>192</sup> F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Giappichelli, Torino, 1996, 559; S. ARDIZZONE, 1988, 2.

<sup>193</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 593.

commissariato, bensì può trattarsi di un luogo esterno (cd. luogo aperto) quali un autoveicolo (utilizzato per il trasferimento del detenuto o dell'arrestato da un luogo ad un altro), una strada<sup>194</sup> (dato che è evasione anche la cd. fuga dalle mani degli agenti)<sup>195</sup>, o una stanza d'ospedale<sup>196</sup>.

Per quanto riguarda la modalità pratica con cui realizzare tale sottrazione dottrina e giurisprudenza parlano di “reato a forma libera”, proprio perché le uniche indicazioni dell'art. 385 c.p. circa il *modus* con cui evadere sono disposte a titolo di circostanze aggravanti.

Si conclude quindi che l'evasione può realizzarsi attraverso qualsiasi azione volontaria, attiva ed illegittima, anche quando essa costituisce l'evento risultante dalla condotta di chi commette i reati di cui agli artt. 386 e 387 c.p.<sup>197</sup>.

Questo significa che ai fini della punibilità della condotta è quindi irrilevante il mezzo attraverso il quale l'agente riesce ad evadere (salvo costituiscano altro delitto o una circostanza aggravante) a differenza dell'evasione del codice Zanardelli, il quale dando riconoscimento al naturale istinto dell'uomo alla riacquisizione della libertà personale, stabiliva come punibile soltanto l'evasione commessa mediante violenza, escludendo la rilevanza penale della cd. fuga dalla porta aperta.

Dal punto di vista comparatistico l'assenza di un modello legale di evasione caratterizza non solo l'ordinamento penale italiano, bensì anche quello francese (artt. 434-27 ss.) e spagnolo (artt.468-469)<sup>198</sup>, in contrapposizione a quelli che invece attribuiscono rilevanza penale alla fuga solo se commessa con determinate modalità; ad esempio il codice penale tedesco (§§ 120 e 121) punisce l'evasione come condotta monosoggettiva solo se commessa tramite l'uso della violenza; il codice penale svizzero (artt. 310 e 311) invece incrimina l'evasione come reato plurisoggettivo necessario, in cui cioè partecipano più persone ad un “ammutinamento” di detenuti.

L'evasione (propria) del codice Rocco invece è un reato a condotta libera, realizzabile con qualsiasi modalità esecutiva, ad esempio tramite destrezza,

---

<sup>194</sup> F. MINERVA, 1996, 559; S. ARDIZZONE, 2; A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 313.

<sup>195</sup> Cass., sez. VI, 14.1.1974, in *Foro it. Rep.*, 1975, voce *Evasione ed inosservanza di pena*, n.1.

<sup>196</sup> P. PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, UTET, Torino, 1990, 433.

<sup>197</sup> S. ARDIZZONE, 1988, 3; Tribunale Genova sez. I, 18/03/2021, n.1143, in *DeJure*, Redazione Giuffrè 2021.

<sup>198</sup> F. CARINGELLA, M. DE PALMA, SARA FARINI, A. TRINCI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, DIKE Giuridica editrice, Roma, 2015, 458; G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2019, 545.

travestimento, corruzione, inganno, ma anche semplicemente approfittando della deficiente sorveglianza dei custodi<sup>199</sup>.

Infine, oltre all'irrelevanza del mezzo utilizzato e del luogo da cui si evade, si segnala che a nulla rileva anche la durata della sottrazione al controllo della pubblica Autorità (purché la sottrazione sia effettiva), a differenza delle evasioni omissive le quali invece si caratterizzano proprio per il limite temporale minimo della sottrazione stabilito dalla legge; e nemmeno la distanza dello spostamento<sup>200</sup>.

#### *4.1.1. Evasione come delitto non colposo: condotta omissiva ed errore*

L'unico limite all'irrelevanza della modalità esecutiva della condotta è che non sia configurabile un'evasione commessa tramite una condotta omissiva.

Si può dire che l'evasione sia un reato a forma libera che però può essere commesso soltanto tramite azione e non anche tramite omissione, come il furto ad esempio (art. 624 c.p.)<sup>201</sup>.

La non configurabilità dell'evasione in forma omissiva è la diretta conseguenza di un importate aspetto della disciplina, ossia l'assenza di un obbligo giuridico che imponga all'evaso di attivarsi ripristinare la legittima privazione della libertà personale dalla quale per qualsiasi causa si fosse sottratto.

È proprio la mancanza di questo obbligo che determina, in determinate circostanze, l'impossibilità di configurare l'evasione nonostante sussistano tutti i presupposti del reato ed anche l'illegittima riacquisizione della libertà personale.

Questo meccanismo opera innanzitutto in quei particolari casi in cui il detenuto o l'arrestato si trova nuovamente in libertà per causa indipendente dalla sua volontà, quindi per un fatto da lui non determinato. Non viola alcun obbligo imposto dall'ordinamento giuridico la condotta omissiva "dell'evaso" con cui decide di approfittare della libertà ingiustamente ottenuta non costituendosi al fine di ristabilire il legittimo stato detentivo per la continuazione della pena o della misura cautelare.

---

<sup>199</sup> G. MINICUCCI, 2019, 545; traduzione del codice penale tedesco, in S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, 171; traduzione del codice penale svizzero, link: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19370083/index.html>.

<sup>200</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, C. F. GROSSO (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2016, 687.

<sup>201</sup> F. GIANNELLI e M. G. MAGLIO, *I delitti di evasione*, in *Rivista penale*, IV, 2009, 10.

Conseguentemente si esclude che comportamenti omissivi di tal genere siano rimproverabili a titolo di evasione<sup>202</sup>.

Tale esclusione è giustificata solo quando la sorveglianza e/o la custodia sono venute meno a causa di un fattore effettivamente esterno alla volontà dell'agente tale per cui "l'evasione" non può essere considerata come da lui voluta. Questo avviene nelle ipotesi di caso fortuito come ad esempio il crollo o l'incendio dell'istituto di pena o di una sua parte, o qualsiasi altra causa naturale che distrugga la custodia materiale rendendo impossibile la vigilanza dei custodi, ma anche il caso estremo dell'apertura dei cancelli del penitenziario da parte di una folla in tumulto, ed ancora quello di incidente stradale durante la traduzione da un luogo ad un altro<sup>203</sup>.

Oltre alla non configurabilità dell'evasione omissiva, vi sono altre due argomentazioni che giustificano l'esclusione del delitto di evasione nelle circostanze sopraindicate.

La prima la ritroviamo nell'analisi della Minerva, la quale interpreta l'illegittima liberazione determinata da circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente come condotta che difetta dell'elemento soggettivo tipico dell'evasione, ossia il dolo.

Quando la libertà è conseguenza diretta di una causa sopravvenuta che è stata da sola sufficiente a determinarla, non si può attribuire la sua illegittima riacquisizione al detenuto dato che da parte di quest'ultimo manca la volontà, l'intenzione e la rappresentazione di evadere.

Se la libertà non è stata determinata da un'azione del ristretto consapevole e voluta significa che manca il dolo di evasione e quindi l'evasione in sé dato che tale delitto è punibile esclusivamente a titolo di dolo<sup>204</sup>.

Dopo aver escluso che l'evasione sia attribuibile alla volontà del detenuto (per assenza di dolo) e che la mancata costituzione spontanea sia punibile ai sensi dell'art. 385 c.p. (perché la condotta può essere solamente attiva), vi è ancora un argomento a sostegno dell'impossibilità di configurare il delitto in tali ipotesi, ossia l'insussistenza del necessario presupposto del reato.

Una volta che il soggetto si ritrova in libertà non è più nella situazione di poter commettere l'evasione, nemmeno in senso omissivo, non solo in quanto non

---

<sup>202</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 688.

<sup>203</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 688; F. MINERVA, 1996, 563.

<sup>204</sup> F. MINERVA, 1996, 563; S. ARDIZZONE, 1988, 3.



giuridicamente obbligato a porre fine alla libertà illegittimamente acquisita, bensì anche perché il delitto in esame presuppone tipicamente uno stato di restrizione della libertà personale materialmente realizzato evidentemente assente in tali circostanze.

Nel momento in cui lo stato di coercizione della libertà personale non è più effettivo perché sia la custodia che la sorveglianza sono venute meno, logicamente esso non può essere violato e non può esserci delitto di evasione.

Il dolo dell'evasione e quindi la punibilità "dell'evaso" non sussistono per i motivi sopra indicati anche quando sia stata l'Autorità pubblica a rimettere illegittimamente in libertà l'arrestato o il detenuto a causa di un errore nella valutazione dei presupposti per farlo, quali il termine finale della pena o il limite massimo della custodia cautelare<sup>205</sup>.

Quindi se il soggetto si trova in una situazione di libertà (intesa come libertà di locomozione dovuta dalla mancanza di una custodia e di un controllo effettivo) non determinata dalla sua volontà, che sia per un caso fortuito, per una causa naturale o per un errore dell'autorità, non è rimproverabile a titolo di evasione anche se concretamente egli si è approfittato di una situazione favorevole.

Sul detenuto sull'arrestato grava l'obbligo di non eludere la custodia cui sono sottoposti, ma non quello di custodire sé stessi. Questo significa che qualora la custodia venisse meno l'illegittima libertà non può essere imputata al suo beneficiario, nemmeno a titolo di mancata attivazione per porre fine alla situazione antigiuridica<sup>206</sup>.

Un altro caso in cui manca l'elemento soggettivo del dolo è quello dell'evasione fondata sul cd. Errore di fatto dell'agente di cui al III comma dell'art. 47 c.p.

Sia Pisa che la Minerva (quest'ultima riporta l'analisi del Padovani) trattano di questo argomento e definiscono come errore sul fatto che costituisce reato l'errore sulla legittimità formale dell'arresto o della detenzione.

La fattispecie cui si riferiscono è quella del ristretto che ritiene erroneamente decorsi i termini massimi di durata della custodia cautelare o il termine di espiazione della pena detentiva a causa di una scorretta interpretazione della legge processuale in materia, quindi a causa di un precedente errore su legge extra-penale.

---

<sup>205</sup> PIOLETTI, *Evasione*, in Noviss. Dig. It., VI, Torino, 1968, 1044; P.PISA, 1990, 434.

<sup>206</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 313, nota 5.

Entrambi notano che, nonostante la tendenza dei giudici sia quella di applicare in modo molto restrittivo la disciplina sull'errore di cui al III comma dell'articolo 47 c.p., la Cassazione ne ha riconosciuto l'applicabilità all'ipotesi sopra indicata.

L'errore su legge extra-penale determina la rappresentazione di un fatto diverso da quello reale, ossia la sopravvenuta illegalità della detenzione.

Tipicamente il delitto di evasione presuppone una restrizione della libertà personale che sia legale, la quale è quindi un vero e proprio elemento tipico della fattispecie penale che quindi deve essere oggetto di rappresentazione da parte dell'agente; qualora tale rappresentazione non si fosse realizzata si dovrà escludere la sussistenza del dolo di evasione<sup>207</sup>.

Come dice la Scopinaro "il presupposto del reato deve rientrare nell'oggetto del dolo di evasione", perciò quando l'agente nel perseguire la propria libertà rappresenta erroneamente la sua detenzione come illegittima allora manca il dolo tipico dell'evasione in quanto manca la consapevolezza dell'illegittimità della sua azione<sup>208</sup>.

Un altro caso che emerso in giurisprudenza è quello dell'errore di chi ritiene che la citazione innanzi al tribunale del riesame autorizzi l'uscita per recarsi in udienza, soprattutto per lo straniero che può male comprendere il contenuto dell'atto, anche qui la Cassazione riconosce un errore giustificabile che esclude il dolo<sup>209</sup>.

Si conclude puntualizzando che l'elemento soggettivo di tutti i delitti di evasione (ad eccezione della colpa del custode *ex art. 387 c.p.*) è il dolo di tipo generico, per cui l'azione deve essere volontaria, consapevole e finalizzata ad evadere (o a far evadere, nel caso della procurata evasione *ex art. 386 c.p.*), ossia usufruire di una libertà di movimento vietata a seguito di un provvedimento penale limitativo della libertà personale stessa<sup>210</sup>.

Essendo il dolo generico non rilevano i motivi che spingono l'agente a sottrarsi alla legittima privazione della libertà personale qualsiasi essi siano<sup>211</sup>. È sufficiente la consapevolezza dell'agente di trovarsi legalmente in stato di arresto e di violare volontariamente il divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione del provvedimento

---

<sup>207</sup> Cass., sez. III, 10.1.1956, in *Giust. Pen.*, 1956, III, 400; P. PISA, 1990, 436; F. MINERVA, 1996, 563.

<sup>208</sup> L. SCOPINARO, 2009, 337.

<sup>209</sup> Cass., sez. VI, n. 4286/2014.

<sup>210</sup> M. CATENACCI, 2011, 597.

<sup>211</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 687.

restrittivo senza la prescritta autorizzazione, senza che abbiano alcun rilievo i motivi del suo comportamento<sup>212</sup>.

La giurisprudenza nega qualsiasi rilevanza anche del cd. “*animus revertendi*” ossia l’intenzione di sottoporsi nuovamente alla restrizione personale dopo esserne fuggito, alla quale invece molto spesso si appigliano gli imputati, soprattutto nelle fattispecie di evasione domiciliare, ad esempio facendo ritorno presso il luogo degli arresti domiciliari o presentare alle Forze dell’ordine per essere riaccompagnato in carcere<sup>213</sup>.

Recentemente la Cassazione ha argomentato questo principio affermando che “il dolo nel reato di evasione non si identifica nella volontà di sottrarsi definitivamente alla esecuzione della misura essendo sufficiente, a connotarlo, la conoscenza del provvedimento restrittivo e la volontà di allontanarsi dal luogo di restrizione”<sup>214</sup>.

L’irrelevanza dei motivi che hanno condotto l’agente ad evadere ha un forte impatto sulle decisioni dei giudici nell’ambito delle evasioni domiciliari, i quali infatti tendono verso un rigido rigorismo talvolta discutibile dal punto di vista dell’offensività in concreto della violazione.

#### **4.2. La consumazione del reato, quando si evade?**

Conseguenza diretta della scarsa qualificazione normativa della condotta è che la determinazione del momento consumativo del reato non risulti così semplice e immediata.

Questo aspetto infatti è fortemente dibattuto e necessita di essere chiarito ai fini applicativi del 385 c.p., ma anche della normativa sul concorso nell’evasione di cui all’articolo 386 c.p., la quale viene applicata alternativamente a quella sul favoreggiamento personale in base al momento in cui viene prestato l’aiuto del terzo, ossia se prima o dopo la consumazione dell’evasione<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Cass., sez. VI, n. 10425/2012; Cass., sez. VI, n. 19218/2012.

<sup>213</sup> Cass., sez. VI, 20.2.1992, n. 8145; Cass. Sez. VI, 6.11.2008, n. 44969; <sup>213</sup> Cass. 25.2.2016, in *Dejure*.

<sup>214</sup> Cass., sez. VI, 12/04/2022, n.18035, in *Diritto & Giustizia 2022*.

<sup>215</sup> Integra il delitto di procurata evasione l’aiuto del terzo prestato prima della consumazione dell’evasione, quindi finalizzato alla sua realizzazione; F. ANTOLISEI, 2016, 686; Cass. Sez. III, 6.03.1950, in *Giur. it.*, 1950, 289.

Dottrina e giurisprudenza nel tempo hanno oscillato tra diverse soluzioni dovendo risolvere quesiti dalla rilevanza fortemente pratica come il seguente: “Per consumare l’evasione basta che il detenuto abbia varcato la soglia dell’istituto rimanendo sotto la costante vigilanza armata del custode senza alcuna possibilità di riacquistare effettivamente la libertà di cui è stato privato?”<sup>216</sup>.

Il dibattito circa il momento consumativo dell’evasione è cresciuto con l’evoluzione del sistema penitenziario determinata dalla legge 354 del 1975 e con la presa di coscienza del fatto che l’evasione (anche quella propria) non è solamente fuga dall’istituto penitenziario quindi evasione dal luogo chiuso; tutto ciò ha contribuito a rendere più complessa la ricerca di un criterio per l’individuazione del momento consumativo valido per tutte le possibili fattispecie di evasione.

È importante però tener presente che non sussiste unanimità a favore dell’equiparazione delle fattispecie di cui all’ordinamento penitenziario a quelle codificate per mezzo dell’articolo 385 c.p.; nel senso che secondo alcuni le prime non sarebbero vere e proprie fattispecie di evasione, bensì fattispecie di reato diverse in cui il rinvio al I comma del 385 c.p. è solamente *quod poenam* quindi limitato alla cornice edittale della sanzione, rimando invece esclusi di tutti gli altri aspetti della disciplina quindi anche quello sulla consumazione del reato<sup>217</sup>.

Per tale motivo la dottrina tende in qualche modo a separare la trattazione della consumazione del reato nelle due macrocategorie “evasione propria” ed “impropria”, ragion per cui in questa sede si tratterà soltanto della prima, quindi dell’evasione classica, dato che anch’essa non risulta così lineare e scevra di dubbi come potrebbe sembrare.

È invece nell’apposito capitolo che si tratterà delle cd. Evasioni improprie secondo la classificazione “evasioni domiciliari” ed “evasioni omissive”.

#### 4.2.1. La “sottrazione alla sfera di custodia”: il confine tra consumazione e tentativo

Prima di esporre le possibili soluzioni al quesito sopra posto, si deve precisare che le diverse teorie sulla consumazione dell’evasione elaborate dalla dottrina

---

<sup>216</sup> G. MINICUCCI, 2019, 546.

<sup>217</sup> P. PISA, 1990, 433.

partono da un elemento comune, ossia il concetto di custodia, estrapolato a sua volta dalla nozione di evasione generalmente accolta dalla coscienza sociale.

Si tratta di una scelta condivisibile dato che la privazione della libertà personale involge sempre uno stato custodiale, ragion per cui in tema di delitti di evasione possono essere considerate espressioni equivalenti, indicative del presupposto necessario di qualsiasi fattispecie di evasione.

Il riferimento a quest'ultimo è fondamentale in quanto riassuntivamente si può dire che finché sussiste il rapporto custodiale, anche se in senso lato, l'evasione non si consuma.

Partendo da questo presupposto si afferma che l'elemento oggettivo del delitto in esame si traduce nella volontaria e illegittima sottrazione alla cd. sfera di custodia.<sup>218</sup>

Le teorie sul momento consumativo dell'evasione sono state modellate a partire da questo concetto di base; ciò che differenzia le une dalle altre è la modalità con cui la sfera di custodia viene declinata, e l'individuazione del momento a partire dal quale l'agente si considera effettivamente sottratto alla sfera di controllo stessa.

Al fine di rendere maggiormente chiara l'entità delle conseguenze sulla teoria della consumazione che derivano dal modo in cui la sottrazione alla sfera di custodia viene intesa, si procede ad una panoramica delle principali tipologie di indirizzo dottrinale cui anche la giurisprudenza ha fatto e continua a fare riferimento.

La sfera di custodia come limite determinante il passaggio dal tentativo alla consumazione dell'evasione può essere intesa in senso soggettivo o in senso oggettivo.

Nel primo caso il suo significato corrisponde a quello di "sfera di custodia *alla quale* il soggetto è sottoposto". Con questo si intende dire che i confini della sfera di custodia sono determinati dai custodi stessi, o meglio dal raggio della loro sorveglianza e del loro controllo sui detenuti.

Partendo dal presupposto che l'evasione è consumata non appena il detenuto o l'arrestato riesce ad uscire dalla cd. sfera di custodia, secondo la concezione soggettiva sottrarsi a quest'ultima significa sfuggire al controllo dei custodi (o del custode) in modo tale che abbiano perso le tracce del fuggitivo.

---

<sup>218</sup> U. GIULIANI, *Sull'evasione del fermato*, nota a Cass., sez. III, 24.4.1963, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, II, 1964, 827.

La soggettività di questo parametro sta proprio nel fatto che la consumazione del delitto dipende dalla capacità di vigilanza e controllo che il custode ha nel singolo caso concreto, la quale ovviamente varia in base alle caratteristiche della fattispecie concreta stessa<sup>219</sup>.

In assenza di ulteriori specificazioni a riguardo la concezione soggettiva della sfera di custodia è stata utilizzata come base argomentativa di un'interpretazione piuttosto criticabile in base alla quale il delitto sarebbe consumato anche quando l'agente si fosse sottratto al controllo dei custodi pur rimanendo all'interno dell'edificio penitenziario<sup>220</sup>. A tal proposito si segnala che la Cassazione talvolta ha deciso in tal senso, ad esempio in una pronuncia del 1983 quando ha giudicato consumata l'evasione del detenuto che, mentre era in procinto di uscire dal luogo di pena, prima di raggiungere il cancello d'uscita è stato fermato e trattenuto dagli agenti di custodia<sup>221</sup>.

Una conclusione di tal genere è comprensibile in un contesto come quello in cui l'evasione è concepita unicamente come fuga dall'istituto penitenziario, proprio come accadeva negli anni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco.

Non è più accettabile invece a posteriori dell'evoluzione normativa delle misure alternative alla detenzione, e soprattutto dopo la presa di coscienza della necessità di applicare i valori costituzionali in modo effettivo anche nell'interpretazione del delitto di evasione.

La fuga "interna" al penitenziario infatti non può considerarsi una condotta sufficientemente offensiva da giustificare la sanzione più forte di cui l'ordinamento dispone. Anche l'edificio penitenziario è senz'altro un elemento che circoscrive la sfera di vigilanza, tale per cui finché l'agente rimane al suo interno non si può affermare che quest'ultimo sia riuscito a sottrarsi alla sfera di custodia e quindi a consumare l'evasione, al più si può dire che abbia tentato di evadere.

Si ritiene che davanti a fattispecie di tal genere i giudici non possano non riconoscere come non soddisfatto il principio di offensività in senso concreto, poiché la condotta

---

<sup>219</sup> V. MANZINI, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1962, 910.

<sup>220</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, 1939, 314

<sup>221</sup> Cass., sez. I, 26.4.1983, in *Mass. Dec. pen.*, 1983, 158.669.

di chi si sottrae alla vigilanza dei custodi rimanendo all'intero del carcere non pare capace di ledere effettivamente gli interessi tutelati dalla norma incriminatrice<sup>222</sup>.

Al contrario, il concetto di evasione di cui al regolamento sull'ordinamento penitenziario include anche la fattispecie della sottrazione al controllo dei custodi all'interno del penitenziario, la quale però appunto ha una rilevanza meramente disciplinare ed è in tal modo che viene sanzionata.

Cade in errore chi utilizza l'evasione disciplinare come soluzione interpretativa alla genericità della condotta del delitto di cui all'articolo 385 c.p.<sup>223</sup>.

L'alternativa alla sfera di custodia in senso soggettivo che parte della dottrina ha individuato è quella di concepire la custodia in senso oggettivo. Tra i sostenitori di questa soluzione emerge il Conso, il quale la argomenta nei suoi "appunti sul momento consumativo del reato di evasione".

Si tratta del commento ad una pronuncia della Cassazione piuttosto risalente, in cui la Corte applica il criterio soggettivo della sottrazione alla sfera di controllo del custode tale da non poter essere più raggiunto, in quanto la fattispecie concreta aveva come agente un soggetto sottoposto alla "vigilanza all'aperto" (se invece la fuga fosse stata da un luogo chiuso, da quanto si legge, la Corte avrebbe applicato il criterio oggettivo dei limiti materiali del locale)<sup>224</sup>.

Il Conso con la propria critica alla sentenza procede in due direzioni. In primis argomenta l'inopportunità della differenziazione tra vigilanza in un luogo all'aperto da quella in luogo chiuso; e poi l'opportunità di applicare il criterio oggettivo-topografico a tutti i casi di evasione.

Il Conso infatti ritiene desiderabile un unico criterio applicabile a tutte le ipotesi di evasione. Egli ritiene che la distinzione tra detenzione al chiuso e detenzione all'aperto non sia una valida ragione per giustificare una differenza di trattamento giuridico nel sanzionare l'evasione; inoltre sottolinea che i concetti di luogo chiuso e luogo aperto non hanno una definizione legale, bensì sono rimessi all'apprezzamento degli interpreti, i quali potrebbero non intenderli sempre allo stesso modo, tale per cui il criterio sarebbe foriero di dubbi interpretativi ulteriori, come ad esempio il caso

---

<sup>222</sup> C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2017, 52 ss.

<sup>223</sup> L. SCOPINARO, 2009, 339.

<sup>224</sup> Cass., sez. III, 6.3.1950, in *Giur.it.*, 1950, II, 289.

del campo recintato, il quale alcuni lo considerano luogo chiuso, altri come aperto solo perché non coperto.

A questo punto gli procede con l'esposizione delle motivazioni poste a sostegno dell'utilizzo del solo criterio oggettivo.

Innanzitutto precisa che l'oggettività deriva dal fatto che tale criterio prescinde dalla figura dei soggetti preposti alla custodia e dalla loro vigilanza, ponendo l'attenzione solamente sul luogo nella cui sfera di custodia si trova il soggetto, egli parla infatti di "sfera di custodia *in cui* si trova il detenuto".

Sarebbe proprio il perimetro di tale luogo a segnare il limite tra tentativo e consumazione del reato. Ciò significa che l'evasione si consuma con l'allontanamento dal luogo "topografico" entro il quale il detenuto o l'arrestato deve stare e che invece quando la condotta del fuggitivo non gli consente di uscire dal perimetro topografico della custodia allora l'imputazione potrà limitarsi al tentativo.

Onde evitare qualsiasi ambiguità il Conso specifica che il confine topografico oltrepassato il quale il delitto si consuma è il confine estremo del luogo di custodia, quindi per le fattispecie di evasione dal luogo chiuso si tratta del muro di cinta dell'edificio, declassando a mero tentativo l'uscita dalla camera detentiva o da qualsiasi altro limite interno quando non sia consentito.

A favore della propria tesi il Conso si preoccupa di precisare che il criterio oggettivo è applicabile a tutte le fattispecie di evasione, quindi anche ai casi in cui il luogo della restrizione personale non sia materialmente chiuso. Egli argomenta facendo notare che anche quando l'arrestato o il detenuto si trova in un luogo "all'aperto" anche se non cintato comunque esiste un limite, un perimetro oltre il quale gli è interdetto andare (ad esempio il perimetro del luogo di lavoro o della stanza d'ospedale) e che quindi anche l'evasione dal luogo aperto comporta la valutazione dell'ambito spaziale dal quale il soggetto deve allontanarsi per potersi dire consumato il delitto.

Il vantaggio del criterio oggettivo, spiega il Conso, è l'oggettività stessa, perché i limiti di uno spazio topografico non sono relativi e discutibili, per cui per il giudice sarebbe molto più semplice capire se l'evasione si è consumata nel senso che dovrebbe solamente andare a vedere se l'agente abbia superato illegittimamente il perimetro di riferimento.

Questa è la prospettiva del Conso che - a suo dire - rende "più agevole rintracciare e precisare i limiti" della consumazione dell'evasione, dato che il confine topografico



del luogo in cui il soggetto è custodito è un parametro appunto oggettivo, non opinabile.

Secondo il Conso il criterio soggettivo in taluni casi rischia di lasciare la questione vaga e indeterminata dato che il parametro di valutazione sarebbe la prospettiva (ovviamente soggettiva) di coloro che sono deputati alla custodia dei detenuti.

Si condivide che l'aspetto maggiormente critico del criterio soggettivo sia l'impossibilità di predeterminare i limiti della sfera di custodia, e la potenziale difficoltà nell'individuarli anche a posteriori dovuta al fatto che non sempre è agevole stabilire se e dove sia vanto meno la possibilità di raggiungere il fuggitivo.

Soddisfare esigenze di certezza è la ragione che porta il Conso a non essere favorevole alla posticipazione della consumazione dell'evasione dal momento del superamento del limite topografico della custodia a quello della sopravvenuta impossibilità di controllo sull'agente da parte dei custodi, perché questo meccanismo comporta il rischio di cadere nel vago e nell'indeterminato.

A sostegno della propria tesi egli si preoccupa di verificare che ogni fattispecie possibile sia compatibile a tale criterio; ritiene compatibile la fuga da un veicolo e anche quello del detenuto che lavori all'esterno, invece per il particolare caso della fuga dalle mani degli agenti si rifà al Manzini<sup>225</sup> (anche se con perplessità) e qui si che l'evasione si consumerebbe quando il soggetto si sia sottratto alla sfera di custodia in modo tale da non poter essere immediatamente ripreso dai suoi inseguitori<sup>226</sup>.

Sicuramente apprezzabile è l'intento di garantire maggior certezza possibile attraverso la scelta di un unico criterio fondato su di un elemento oggettivo come quello del limite topografico.

Da quanto detto si comprende come l'aspetto che genera maggiori dubbi in tema di consumazione e tentativo di evasione è quella relativo all'ipotesi di evasione da luogo cd. Aperto, ossia esterno allo stabilimento penitenziario.

L'elemento materiale della fuga da un luogo chiuso (quale il superamento del perimetro) non è sufficiente ed esaustivo per indicare il momento consumativo dell'evasione in tutte le sue forme, perché sono davvero numerosi i casi concreti di

---

<sup>225</sup> G. CONSO, *Appunti sul momento consumativo del reato di evasione*, in *Giur. it.*, 1950, II, 289-290.

<sup>226</sup> V. MANZINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1950, 901.

evasione in cui il delitto non consiste nel sorpassare un limite fisicamente determinabile certo e determinato (es. fuga durante le operazioni di arresto o di fermo, fuga durante la traduzione o il ricovero presso struttura di cura).

Tale consapevolezza emerge da una pronuncia del Tribunale di Ascoli Piceno: “Il concetto di evasione non postula necessariamente la fuga da un istituto carcerario o l’allontanamento dal luogo di restrizione domiciliare, ma evadere significa eludere completamente e con qualunque mezzo la sorveglianza in atto o potenziale delle persone incaricate”<sup>227</sup>.

Si tenga comunque presente che il Conso scrive nel 1950, periodo in cui l’evasione era intesa principalmente se non esclusivamente come fuga dallo stabilimento penitenziario o dal luogo di lavoro senza alcuna autorizzazione, ossia la cd. Fuga da un luogo chiuso, anche perché tale delitto era limitato alle disposizioni codicistiche non essendo ancora entrata in vigore la legge sull’ordinamento penitenziario del ’75, la quale ha contribuito fortemente all’evoluzione del concetto di evasione in senso sempre meno “materiale” tale da rendere in criterio oggettivo non più soddisfacente<sup>228</sup>.

Si conclude con l’esposizione della teoria sulla definizione del confine consumazione-tentativo più convincente accolta dalla giurisprudenza più attenta.

Si può dire che la scelta della dottrina più recente <sup>229</sup> sia quella di escludere a priori l’applicazione del criterio oggettivo del perimetro topografico in quanto non applicabile alle numerose fattispecie (proprie ed ancor più quelle improprie) in cui il soggetto non è inserito in uno spazio precisamente determinato nei suoi confini. Conseguentemente la sottrazione alla sfera di custodia quale momento consumativo dell’evasione non viene intesa come “sottrazione alla sfera di custodia *in cui* si trova il detenuto o l’arrestato”.

L’orientamento di cui ora si espone parte dal concetto di sfera di custodia inteso in senso soggettivo.

Ciò che lo caratterizza quindi è l’ulteriore specificazione che di esso è stata fatta, tale da consentire ai giudici di poter applicare l’articolo 385 c.p. nel rispetto il principio di offensività (in concreto) del reato e attraverso un unico parametro valutativo

---

<sup>227</sup> Tribunale Ascoli Piceno, 10.10.2020, n. 480, in *Redazione Giuffrè 2020*.

<sup>228</sup> P.PISA, 1990, 433.

<sup>229</sup> M. CATENACCI, 2011, 594.

valido per tutte le fattispecie di evasione di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. siano esse dal luogo chiuso (la classica evasione dall'istituto penitenziario) o dal luogo aperto (sottrazione al controllo degli agenti durante l'arresto o il fermo, da un'auto durante il trasferimento ecc..)<sup>230</sup>.

Quelli appena esposti sono i motivi che rendono assolutamente apprezzabile questa terza modalità di applicazione dell'articolo 385 c.p.

Quest'ultima comporta che l'evasione sia consumata solo quando la sottrazione alla sfera di custodia comporti la riacquisizione della libertà personale del soggetto agente, quella libertà che fino a quel momento era stata limitata in forza di un legittimo provvedimento restrittivo e che fin quando rimane tale non consente la consumazione, semmai solamente il tentativo di evasione<sup>231</sup>.

Pisa specifica ancora di più il concetto di libertà nell'ambito dei delitti di evasione intendendola come "libertà di locomozione priva delle restrizioni tipiche – pur nella loro variabilità - dello stato di detenzione", alla quale si perviene solo attraverso una sottrazione completa allo stato coercitivo<sup>232</sup>.

Solo se intesa così può essere il parametro di valutazione della consumazione dell'evasione in tutte le sue forme.

Questa definizione è molto efficace, infatti è stata ripresa anche da altri autori proprio perché capace di includere l'evasione non solo come solitamente risulta nell'immagine comune (quindi come fuga da un luogo chiuso e sorvegliato) ma anche quando il reato si realizza con la fuga da una stanza d'ospedale, da un'auto della polizia, o dal controllo fisico instaurato dagli agenti di p.g. a titolo di fermo o di arresto (quindi come fuga da un luogo "aperto"), o da una situazione restrittiva non prettamente custodiale come quella del beneficiario di un permesso di uscita o di una licenza ecc..<sup>233</sup>.

L'evasione è consumata quando l'arrestato, il detenuto o l'internato (*ex art. 11 o.p.*) è libero, nel momento e nel luogo in cui ha riacquisito illegittimamente e volontariamente la propria libertà, sottraendosi totalmente alla sfera di custodia<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> S. ARDIZZONE, 1988, 2; P. PISA, 1990, 433.

<sup>231</sup> F. MINERVA, 1996, 559; L. SCOPINARO, 2009; S. ARDIZZONE, 1988, 4; G. FIANDACA, E. MUSCO, 307; F. ANTOLISEI, 2016, 687.

<sup>232</sup> P. PISA, 1990, 433.

<sup>233</sup> F. MINERVA, 1996, 559.

<sup>234</sup> P. PISA, 1990, 433.

Sono invece rimesse alla disciplina del tentativo tutte le condotte evasive che però non portano (a posteriori) l'agente alla conquista della libertà effettiva a causa di un evento estraneo alla sua volontà, come ad esempio l'intervento del custode nel momento in cui il detenuto stava cercando di segare le sbarre della finestra della propria camera detentiva.

Il richiamo alla riacquisizione della libertà personale è fondamentale. Si ribadisce che rimanendo nei termini del Manzini ("sottrazione alla sfera di custodia alla quale il soggetto è sottoposto" senza specificare l'elemento della necessaria riacquisizione della libertà personale) non sarebbe impedita l'interpretazione in base alla quale colui che si sia semplicemente nascosto all'interno del luogo di custodia riuscendo per un certo periodo di tempo a sottrarsi al controllo dei custodi oppure si sia trattenuto fuori dalla camera di detenzione oltre il termine concesso avrebbe consumato un'evasione anziché commesso un tentativo o un illecito disciplinare.

Che queste ipotesi non configurino l'evasione consumata è evidente non solo attraverso la lente del principio di offensività in concreto, ma anche dal punto di vista del bene giuridico tutelato dal delitto; in tal senso è assai convincente è l'argomentazione del Giunta, il quale sottolinea che l'oggetto della tutela giuridica non consiste nella mera effettività del controllo penitenziario, conseguentemente il venir meno di esso non è sufficiente per consumare il reato di cui all'art. 385 c.p. comma I<sup>235</sup>.

L'evasione quindi si consuma solo quando il soggetto riacquisisce la propria libertà sottraendosi totalmente alla sfera di custodia, intesa come comprensiva non solo di un limite fisico o topografico, bensì anche della mera sorveglianza dei custodi.

Si rimane nell'ambito del tentativo finché i custodi o le forze di polizia hanno il controllo sulla posizione dell'agente nello spazio.

Come dice l'Ardizzone, la sottrazione alla sfera di custodia si specifica in riferimento alle persone e ai luoghi che la rendono possibile, tale per cui l'evasione sussiste solo quando il fuggitivo si sottrae a tutti i componenti della sfera di custodia, siano essi fisici o meno<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> F. GIUNTA, *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in *disCrimen*, 1/2020, 3.

<sup>236</sup> S. ARDIZZONE, 1988, 2-3.

Affermare che il delitto si consumi nel momento dell'effettiva riacquisizione della libertà personale significa anche riconoscere la natura dell'evasione di reato istantaneo<sup>237</sup>; essa infatti non postula necessariamente una fuga definitiva per la sua consumazione e nemmeno il ritorno per ristabilire lo stato detentivo dell'evaso. Il reato quindi è integrato anche attraverso una sottrazione temporanea allo stato di coercizione, in quanto, come già osservato all'inizio, la durata della dell'illegittimo stato di libertà non è rilevante<sup>238</sup>.

A questo punto diventa più semplice rispondere al quesito sul caso dell'evasione dall'istituto penitenziario proposto all'inizio del paragrafo: non basta varcare la soglia dell'istituto per consumare l'evasione, infatti se l'agente è immediatamente inseguito dalla polizia il momento consumativo è posticipato fino al momento in cui il soggetto, anche se già fuori dal perimetro, riesce a eludere totalmente il controllo da parte del potere pubblico, quindi fino a quando gli inseguitori lo perdono di vista. D'altro canto, se gli inseguitori hanno ancora sott'occhio il fuggitivo non si può dire che quest'ultimo abbia riacquisito la propria libertà in modo effettivo.

Essendo l'evasione un reato a consumazione istantanea<sup>239</sup> la sua consumazione avviene con la riacquisizione della libertà personale a prescindere dalla sua durata e anche qualora dopo poco tempo le forze dell'ordine ristabilissero lo stato detentivo.

Il soggetto è punibile solo per evasione tentata solamente se durante l'inseguimento non è riuscito a sottrarsi completamente alla sfera di vigilanza degli agenti i quali non hanno mai perso cognizione della sua posizione nello spazio, anche se ha percorso alcuni metri prima di essere ripreso<sup>240</sup>.

Si conclude con un'analisi più recente, ossia quella del Minicucci, il quale condivide quanto detto e lo espone in modo molto chiaro dicendo che l'evasione propria si consuma attraverso una condotta bifasica, nel senso che vi è una prima parte ossia il superamento del confine topografico del luogo ove la libertà è confinata, e una seconda ossia il riappropriarsi della propria libertà, ovvero la sottrazione al controllo delle persone deputate alla custodia.

---

<sup>237</sup> A. PAGLIARO, 2000, 208; S. ARDIZZONE, 3; F. MINERVA, 11996, 568.

<sup>238</sup> Cass., sez. VI, 21.4.1988, in *C.E.D. Cass.*, n. 178748.

<sup>239</sup> M. CATENACCI, 2011, 594; Cass., sez. VI, 4.5.2010.

<sup>240</sup> P. PISA, 1990, 433; Cass., sez. VI, 17.10.1985, *C.E.D. Cass. Pen.* 1986, 171632.

Questo vuol dire che il reo deve sottrarsi non solo ai luoghi, bensì anche alle persone ossia alla loro sorveglianza dato che essa può andare ben oltre il confine del penitenziario, in modo che la libertà conquistata sia totale.

L'espressione "condotta bifasica" utilizzata dal Minicucci ha la sola funzione di rendere chiara la duplicità del controllo cui l'arrestato o il detenuto è sottoposto e che l'evasione è consumata soltanto se e quando tale duplicità viene del tutto elusa. La sua intenzione non è assolutamente quella di attribuire all'evasione propria l'attributo di reato permanente, infatti egli sottolinea che tale delitto si realizza solamente tramite un'azione determinante una libertà antiggiuridica, e non anche tramite l'omessa cessazione di tale stato illegittimo. Anche in questo senso si nega che la condotta di evasione possa concretarsi nell'omissione, in particolare l'omesso ripristino dello *status quo ante*, dato che non si riscontra nell'ordinamento un obbligo che imponga di sottoporsi volontariamente alla carcerazione, non solo nel caso di erronea liberazione, bensì in ogni fattispecie di evasione<sup>241</sup>.

#### 4.2.2. *Il rapporto tra la consumazione dell'evasione e l'offensività del reato*

Ci si potrebbe chiedere perché sia nel nostro interesse posticipare la consumazione del reato al momento dell'effettiva riacquisizione della libertà personale e non lasciarlo a quello del superamento del perimetro della custodia come sostiene il Conso.

Lo scopo è quello di avere coerenza nell'analisi che questa tesi propone.

Intendere il delitto di evasione come mero superamento del limite topografico del luogo di custodia, a prescindere dal fatto che il controllo sul fuggitivo continui ininterrotto anche al di fuori dello stabilimento penale, significa dimenticare tutto il ragionamento fatto sul bene giuridico tutelato attraverso la disciplina dei delitti di evasione.

Si è detto che la nuova concezione dell'evasione, quella costituzionalmente orientata, non concentra l'oggettività giuridica del reato sull'aspetto meramente formale della fuga, bensì sulle conseguenze sostanziali che essa può determinare in termini di frustrazione della funzione della pena e soprattutto della custodia cautelare.

---

<sup>241</sup> G. MINICUCCI, 2019, 548 ss.

Finché il detenuto o l'arrestato è in qualche modo sotto il controllo del potere pubblico, finché non ha ottenuto la propria libertà, il fatto di aver scavalcato il muro dello stabilimento consiste in un atto di mera disobbedienza che non è ancora in grado di pregiudicare le esigenze cautelari, retributive e special-preventive della detenzione.

Con questo non si intende dire che la fuga non sia illegittima e rimproverabile, ma che nei casi in cui essa non porta alla riacquisizione della libertà effettiva del fuggitivo non si può dire che la condotta abbia realizzato l'effetto offensivo tipico dell'evasione e quindi non può dirsi evasione consumata.

Questo significa che il perno intorno al quale ruota l'evasione non è la violazione del provvedimento restrittivo (la quale avviene non appena il limite dell'istituto penitenziario viene varcato), bensì il mantenimento dello stato di privazione della libertà personale del reo o dell'imputato; per cui quando la fuga non include nemmeno un momento di libertà effettiva perché il soggetto è rimasto sotto il costante controllo dell'autorità tanto che poi viene preso e ricondotto in carcere, allora la privazione della libertà personale non è mai effettivamente venuta meno e quindi l'evasione non si è consumata<sup>242</sup>.

Per rendere ancora più chiaro il concetto si fa richiamo a quanto sostenuto dal Giunta, ossia che l'evasione possa essere vista come l'opposto simmetrico del sequestro di persona.

L'opposta simmetria sussiste in quanto il sequestro, come delitto contro la libertà della persona, segna il passaggio dalla libertà alla costrizione; l'evasione invece implica il percorso inverso in qualità di delitto "a favore della libertà personale". Questi due reati hanno in comune il fatto che la loro consumazione avviene solo in presenza di un effettivo cambiamento della condizione personale, che nell'evasione è rappresentato dalla riacquisizione effettiva della libertà del soggetto attivo.

Il regime detentivo può quindi essere visto come un "sequestro legittimo", il quale cessa di sussistere nel momento e nel luogo in cui il soggetto sottoposto riesce a sottrarsi a qualsiasi vincolo che da esso derivi, quindi non solo quelli fisici ma anche quelli di mero controllo.

---

<sup>242</sup> G. MINICUCCI, 2019, 544 ss.

Questo è ciò che si intende quando si dice che l'elemento oggettivo del delitto di evasione di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. è l'effettiva riacquisizione della libertà personale del soggetto arrestato o detenuto<sup>243</sup>.

#### 4.2.3. *Alcune precisazioni sul tentativo di evasione*

Essendo l'evasione un delitto doloso è configurabile la sua manifestazione nella forma del tentativo (art. 56 c.p.), stessa cosa si può dire a riguardo della fattispecie concorsuale di cui all'articolo 386 c.p.; conseguentemente si afferma l'esatto contrario per la colpa del custode (art. 387 c.p.) il quale in quanto delitto colposo non può essere tentato.

È imputabile per tentativo di evasione “chiunque compie atti idonei diretti in modo non equivoco ad allontanarsi dalla sfera di custodia o procurare o agevolare l'evasione altrui”, se l'agente è il detenuto la sanzione applicabile sarà quella risultante dal combinato disposto tra l'art. 56 c.p. e il 385 c.p.; se invece è un soggetto libero la normativa sul tentativo verrà applicata in combinato con l'art. 386 c.p.

Come già accennato, nelle aule di giustizia si registrano incertezze nel distinguere il tentativo dal delitto consumato, fatto sta che sulla base della teoria sulla consumazione considerata come più convincente chi tenta ma appunto non realizza l'azione di “evadere” è quindi colui che non riesce a riacquisire la propria libertà personale nel senso sopra spiegato<sup>244</sup>.

Non si nega però che la Cassazione, soprattutto in pronunce più risalenti abbia deciso in modo discutibile affermato consumata l'evasione con la completa sottrazione alla vigilanza degli agenti, senza che sia necessaria la fuoriuscita del detenuto dal recinto dello stabilimento penitenziario<sup>245</sup>. Decisioni di questo tipo sono assolutamente criticabili anche perché rendono praticamente non configurabile il tentativo, infatti la condotta sopra descritta è sicuramente idonea a far riacquisire la libertà in modo illegittimo, ma non può dirsi che tale libertà sia stata conseguita<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> F. GIUNTA, 2020, 3.

<sup>244</sup> S. ARDIZZONE, 1988, 4.

<sup>245</sup> Cass., sez. II, 17.04.1981, n. 3504.

<sup>246</sup> F. MINERVA, 11996, 560.



Stessa cosa vale per la procurata evasione, purchè siano stati posti in essere atti idonei e univoci a procurare o ad agevolare l'evento tipico del delitto<sup>247</sup>.

Sulla base della teoria che intende la consumazione dell'evasione come sottrazione alla sfera di custodia a sua volta da intendersi come illegittimo allontanamento dal luogo di custodia e (non "o") sottrazione alla sorveglianza e al controllo della pubblica autorità, il tentativo di evasione può realizzarsi in due modalità.

La prima è il tentativo "incompiuto", ossia quello di chi abbia posto in essere atti idonei e diretti in modo univoco ad evadere ma non sia nemmeno riuscito a sottrarsi al luogo di detenzione, questo è il caso di chi prepara una corda e dopo averne sperimentato la resistenza la nasconde per poi poterla utilizzare per scalare il muro di cinta del carcere<sup>248</sup>, e di chi sia riuscito a superare solo uno o più dei limiti fisici alla riacquisizione della libertà, ad esempio uscendo dalla camera detentiva dopo averne forzato la serratura<sup>249</sup>, e di chi è rimasto bloccato in un cunicolo interno alla struttura penitenziaria<sup>250</sup>; e la seconda è il tentativo "compiuto" ossia colui che ha superato tutte le barriere sottraendosi così al limite fisico della custodia ma non riuscendo però a sottrarsi del tutto alla sua attualità perché, ad esempio, è stato inseguito ed immediatamente preso oppure perché non appena uscito dal carcere ha trovato una guardia che lo ha ricondotto all'interno<sup>251</sup>.

Questa distinzione ha il solo compito di ricordare che l'evasione consiste nella sottrazione alla custodia in tutti i suoi aspetti, non solo quella fisico determinato dai limiti topografici, bensì anche quello che si realizza attraverso la sorveglianza e il controllo da parte dei custodi o delle forze dell'ordine.

Nei casi in cui questi due aspetti sono entrambi presenti la consumazione necessita dell'elusione di entrambi, qualora invece il detenuto o l'arrestato fosse riuscito a sottrarsi solo ad uno allora commette tentativo di evasione.

Il confine tra consumazione e tentativo è già stato ampiamente discusso.

C'è però un caso concreto che ha diviso sia la giurisprudenza sia la dottrina, il quale si risolve trovando risposta al seguente quesito: è consumata l'evasione nel caso in

---

<sup>247</sup> F. MINERVA, 1996, 573.

<sup>248</sup> Cass., sez. III, 7.12.1937, in *Giust.pen.*, 1938, II, 249.

<sup>249</sup> U. GIULIANI, 1964, 827, nota 15.

<sup>250</sup> P. PISA, 1990, 433.

<sup>251</sup> G. MINICUCCI, 2019, 551; Il Catenacci osserva che in realtà parlare di tentativo compiuto e incompiuto non è del tutto corretto ammesso che è un reato di mera condotta e non di evento; infatti l'utilizzo di tali espressioni non è prettamente tecnico, bensì puramente esplicativo delle fattispecie concrete cui si riferiscono.

cui l'agente riesca temporaneamente a sottrarsi al controllo degli inseguitori, cioè per un periodo minimo di tempo, e poi venga immediatamente ripreso?

Si tratta quindi di quei casi in il soggetto non si trova in un locale chiuso o fisicamente circoscritto, quello più frequente è la cd. fuga dalle mani degli agenti durante la traduzione da un luogo ad un altro o non appena è stata realizzata l'apprensione fisica delle forze dell'ordine sull'arrestato o sul fermato; ma si potrebbe anche essere una fuga dal luogo chiuso che porta ad un inseguimento che arriva al difuori dei limiti del luogo di custodia.

Gli elementi caratterizzanti questa fattispecie sono l'immediato inseguimento del fuggitivo e il ritorno del controllo fisico sullo stesso da parte degli inseguitori.

Il problema riguarda il lasso di tempo necessario per ristabilire la materialità della restrizione della libertà personale.

Quando gli agenti di polizia riescono a riprendere immediatamente l'arrestato nel senso che quest'ultimo non si è effettivamente sottratto alla loro custodia nemmeno per un frangente, vi è un tentativo di evasione. Sorgono dubbi invece in quei casi in cui la continuità del controllo viene a mancare per un breve frangente tanto che gli agenti di polizia riescono a prendere il fuggitivo.

In queste ipotesi l'evasione è solo tentata o è consumata? Questione piuttosto delicata.

Antolisei ritiene l'evasione consumata solo quando c'è sottrazione alla custodia tale da non poter essere immediatamente ripreso<sup>252</sup>.

Dello stesso avviso sono autori come Pisa e Pagliaro, i quali ritengono che l'evasione sia consumata nonostante il detenuto o l'arrestato venga subito ripreso, purché il soggetto si sia effettivamente sottratto alla sfera di custodia degli inseguitori riacquisendo la propria libertà anche per un tempo breve, ma cronologicamente apprezzabile.

Rimane perciò tentata l'evasione di chi sfugga alle mani degli agenti ma venga ripreso nell'immediatezza del fatto, anche se durante l'inseguimento vi sono stati brevi momenti di interruzione del controllo visivo degli agenti sul fuggiasco, evidentemente quei momenti non possono definirsi di libertà personale, tanto che gli

---

<sup>252</sup> F. ANTOLISEI, 2016, 687; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli Editore, Torino, 2021, 442.

agenti non hanno perso la cognizione della localizzazione del soggetto che fuggiva<sup>253</sup>.

La posticipazione della consumazione al momento della riacquisizione di un momento cronologicamente apprezzabile di libertà sembra inoltre il significato più vicino al concetto di evasione non solo dal punto di vista giuridico ma anche in base a quello proprio dell'immaginario comune, infatti si può affermare che in entrambi i casi in assenza dell'elemento temporale spiegato la condotta sarebbe percepita come "sottrazione all'arresto" e non come vera e propria evasione<sup>254</sup>.

Con questa precisazione si richiama l'attenzione sulla linea sottile che divide la consumazione dal tentativo, ovvero la riacquisizione della libertà personale anche di breve durata.

In termini cronologici il tentativo diventa consumazione solamente quando l'agente riacquista la libertà "per un tempo apprezzabile".

Il Giunta, nel suo parallelismo tra l'evasione e il sequestro di persona, si sbilancia nell'affermare che come per la consumazione del sequestro occorre un minimo di durata, così anche per l'evasione occorre la riconquista di un minimo temporale di libertà<sup>255</sup>.

Un minimo momento di libertà è quindi necessario e sufficiente per la consumazione del delitto. Necessario perché il momento di libertà acquisito può essere breve ma non tanto da non essere inidoneo all'ottenimento della libertà effettiva dal controllo; sufficiente perché non è necessaria una particolare durata perché la libertà possa dirsi riacquistata, come già detto, basta che il fuggitivo non possa essere immediatamente ripreso.

Il parallelismo con il sequestro di persona non deve però portare alla conclusione che anche l'evasione sia un reato permanente. L'evasione propria si consuma nel preciso momento in cui l'agente acquisisce la propria libertà nei termini fin qui esposti, ossia non appena riesce a sottrarsi al "sequestro legittimo", senza la necessità che goda di un certo tempo di libertà e senza che possa essere rimproverato doppiamente, quindi anche per il fatto di non porre fine alla libertà illegittimamente conquistata.

---

<sup>253</sup> A. PAGLIARO, 2000, 208; P. PISA, 1990, 433; F. MINERVA, 1996, 560.

<sup>254</sup> P. PISA, 1990, 434.

<sup>255</sup> F. GIUNTA, 2020, 3.

Un altro argomento molto convincente contro la corrente minoritaria favorevole al reato permanente è che se così fosse si ammetterebbe che la partecipazione del terzo nell'evasione durante la fase di durata sarebbe punibile ai sensi dell'articolo 110 c.p. vanificando del tutto la fattispecie *ad hoc* del favoreggiamento personale. L'articolo 378 c.p. sarebbe inutile perché la sua applicabilità sarebbe impedita dal fatto che l'evasione permanente si consumerebbe solo dopo la cessazione dello stato di illegittima libertà, momento in cui quindi un aiuto successivo al delitto sarebbe impossibile da realizzare dato che il reo sarebbe già nuovamente sotto il controllo della pubblica Autorità.

Pacificamente si afferma che il delitto di cui all'articolo 385 c.p. I comma sia un delitto di pura condotta, a forma libera ed istantaneo<sup>256</sup>.

---

<sup>256</sup> G. MINICUCCI, 2019, 548 ss.



## V. Le evasioni cd. improprie

Consolidato è l'orientamento giurisprudenziale che considera il detenuto e l'arrestato di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. soggetti sottoposti ad uno stato custodiale prettamente carcerario, salvo quanto detto sull'evasione dal cd. luogo aperto.

Consolidato è anche il fatto che tutte le altre disposizioni di legge che fanno rinvio al I comma del 385 c.p. siano invece fattispecie di evasione cd. impropria<sup>257</sup>.

La maggior parte degli esponenti della dottrina quando affronta il tema delle evasioni improprie fa riferimento alla nozione suggerita dal Professor Pisa, ossia colui che ha coniato il *nomen* "evasioni improprie" stesso, motivo per cui si è deciso di riportarla fedelmente. Egli riconduce al concetto di evasione impropria "*situazioni diverse, caratterizzate dal denominatore comune rappresentato dal fatto che il soggetto agente, pur rivestendo formalmente la qualifica di arrestato o di detenuto, nel momento in cui si sottrae all'esecuzione della pena detentiva o alla custodia cautelare non è sottoposto alla sorveglianza diretta di altri soggetti*"<sup>258</sup>.

Si deduce che l'assenza di un rapporto di custodia di tipo diretto al momento della condotta di evasione è l'elemento fondamentale e caratterizzante le evasioni improprie, rispetto alle quali infatti il presupposto del reato si identifica in una situazione di cd. auto-custodia e di controllo occasionale dell'autorità ad esso preposta, e non in quella di custodia materialmente intesa<sup>259</sup>.

Le fattispecie di evasione impropria sono quelle più frequentemente giudicate nelle aule di giustizia, specialmente le cd. evasioni domiciliari.

Il motivo deriva semplicemente dalla caratteristica intrinseca di questa categoria di delitti, ossia l'essenza anticustodialistica del trattamento cui è sottoposto l'agente, dal quale è sicuramente più facile sottrarsi in virtù dell'assenza di controlli assidui<sup>260</sup>.

È proprio quest'essenza e le conseguenze in termini di esigenze di tutela e di funzioni del provvedimento restrittivo che determinano la necessità di una trattazione

---

<sup>257</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 592.

<sup>258</sup> P. PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, UTET, Torino, 1990, 434.

<sup>259</sup> L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, con appendice di aggiornamento di P. PISA, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2009, 340.

<sup>260</sup> F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, *I delitti di evasione*, in *Rivista penale*, IV, 2009, 401-419.

*ad hoc* delle evasioni improprie, e ciò dovrebbe essere ancor più chiaro dopo l'analisi sul momento consumativo dell'evasione propria; come si potrebbe parlare di sottrazione alla sfera di custodia anche per le evasioni improprie se la condizione di partenza del delitto si caratterizza proprio per l'assenza di uno stato custodiale strettamente inteso, essendo l'agente sottoposto ad un trattamento "*in libertà*"?

Si ribadisce che i delitti di evasione impropria sono una categoria di elaborazione dottrinale all'interno della quale ricadono le fattispecie normative di cui alla legge 354/1975 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) che fanno rinvio al I comma dell'articolo 385 c.p. e quelle di cui al III comma dell'art. 385 stesso.

Guardando al delitto di evasione così come designato nel 1930 con l'entrata in vigore del codice Rocco, si può dire che le evasioni improprie siano delitti relativamente giovani, ma non solo dal punto di vista meramente cronologico.

Esse infatti rappresentano la risposta sanzionatoria ad una fiducia che l'ordinamento può accordare al condannato e all'imputato solo a partire dal 1975<sup>261</sup> e che costituisce uno dei tentativi di applicazione effettiva del principio di cui al III comma dell'art. 27 della Costituzione al sistema penitenziario italiano.

Le misure che vengono violate con l'evasione impropria sono incentrate su di un trattamento "*in libertà*" o di cd. auto-custodia del condannato (e dell'imputato agli arresti domiciliari<sup>262</sup>) che abbia dato prova di una buona tendenza verso la risocializzazione e abbia scontato una parte consistente della pena detentiva. Si tratta di misure dalla tendenza fortemente rieducativa che hanno un'indole teleologica particolarmente diversa rispetto alla pena detentiva in carcere (motivo per cui la giurisprudenza potrebbe essere meno rigida nell'applicazione della sanzione penale)<sup>263</sup>.

Sono proprio la profonda diversità dei provvedimenti-presupposto di questi delitti rispetto a quelli riconducibili all'evasione propria e il loro contenuto teleologico che inducono a domandarsi perché il legislatore non sia stato più attento e chirurgico

---

<sup>261</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, 199; P. PISA, 1990, 436.

<sup>262</sup> Sulla base del principio di proporzionalità e di progressività delle misure cautelari.

<sup>263</sup> F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Giappichelli, Torino, 1996, 571.

nell'ideare una disciplina a tutela delle particolari e specifiche funzioni perseguite da questi diversi provvedimenti.

Le disposizioni della legge sull'ordinamento penitenziario che sono oggetto dell'analisi che segue sanzionano condotte disomogenee tra loro che però possono essere classificate in due sottocategorie di evasione impropria: le evasioni omissive e le evasioni domiciliari<sup>264</sup>.

Rimane al di fuori di questo dualismo la fattispecie di cui al VI comma dell'art. 11 o.p. relativa all'allontanamento senza giustificato motivo del detenuto (condannato o imputato) o dell'internato dal luogo di diagnosi o di cura presso il quale sia stato ricoverato.

Nell'ambito dei delitti di evasione quest'ipotesi criminosa è l'unica a colpire anche la condotta dell'internato<sup>265</sup>, il quale è solitamente escluso dal novero dei potenziali soggetti attivi del reato di evasione; inoltre dall'analisi delle principali correnti dottrinali in materia pare che, pur essendo un'evasione *extra codicem*, sia nella maggior parte dei casi ricondotta alla famiglia delle evasioni proprie, in particolare quella dal cd. luogo aperto. Si ritiene però che in assenza di piantonamento, quindi in assenza di una sorveglianza diretta e tenendo conto del fatto che la disposizione parla di *allontanamento* e non di *evadere*, anche la violazione di cui al VI comma dell'articolo 11 o.p. possa essere ricondotta alla categoria delle evasioni improprie e conseguentemente sanzionata sulla base della relativa teoria sulla consumazione del reato<sup>266</sup>.

Si può dire che non è domiciliare e nemmeno omissiva anche l'evasione di cui al III comma dell'articolo 385 c.p. relativamente al condannato ammesso al lavoro all'esterno che si allontani dal luogo ad esso deputato; in ogni caso anche qui la condotta incriminata non è quella di chi "evade", bensì quella dell'*allontanamento*, per cui si ritiene possa applicarsi quanto si dirà su tale tipologia di condotta illecita a proposito delle evasioni domiciliari.

Si può invece ricondurre alla categoria delle evasioni omissive il comportamento del detenuto che non si rechi sul posto di lavoro o che non faccia immediato rientro una volta terminato l'orario lavorativo. In tali termini, quella di cui alla II parte del III

---

<sup>264</sup> G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2019, 551.

<sup>265</sup> Purché sia imputabile.

<sup>266</sup> M. CATENACCI, 2011, 593; F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, 2009; P. PISA, 1990, 434.



comma dell'articolo 385 c.p. sarebbe una fattispecie di reato a forma libera a tutti gli effetti, senza nemmeno la preclusione della forma omissiva (a differenza della fattispecie di cui al comma I)<sup>267</sup>.

Come già detto nel capitolo I, nel descrivere la condotta delle evasioni improprie il legislatore è stato più preciso, le stesse sono infatti normativamente tipizzate in relazione alle diverse modalità esecutive della pena detentiva e della misura cautelare personale. Si anticipa però che tale specificazione è ancora connotata da una eccessiva genericità, la quale risulta evidente in riferimento alla condotta di *allontanamento*, il cui contenuto è stato ed è fortemente determinato dalle pronunce giudiziali.

Al termine dell'analisi sulle evasioni improprie risulterà molto più chiaro che anche la tipicità normativa della condotta di evasione impropria non può dirsi soddisfacente<sup>268</sup>, è infatti riconducibile alla giurisprudenza il “merito” della configurazione delle sembianze dei delitti di evasione impropria.

L'evasione impropria si realizza attraverso due principali condotte alternative, ossia l'allontanamento dal luogo di permanenza<sup>269</sup> e il mancato rientro presso lo stabilimento penitenziario o il domicilio (o altro luogo designato nel provvedimento giudiziale) entro dodici ore dal termine prestabilito. Entrambe sono condotte divergenti rispetto a quella di chi “*evade*”, infatti l'unico elemento che le accomuna a quest'ultimo è la cornice edittale della pena in virtù del rinvio al I comma dell'articolo 385 c.p.<sup>270</sup>.

Il campo di studio è costituito oltre che dalle fattispecie codicistiche dell'allontanamento dell'imputato dal luogo degli arresti domiciliari e del condannato dal luogo di lavoro esterno all'istituto penitenziario (III comma art. 385 c.p.) e quelle di allontanamento del detenuto o dell'internato dal luogo di cura (VI comma art.11 o.p.), anche da quelle di violazione del permesso (III comma art. 30 o.p.), del permesso premio (VI comma art. 30-ter o.p.), dalla violazione del divieto di allontanamento dal luogo della detenzione domiciliare ordinaria (VIII comma art. 47-

---

<sup>267</sup> Cass., sez. VI, 14.12.1984, in *Cass. pen.*, 1986, 1078.

<sup>268</sup> D. BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. Giur. umbra*, 2000, 434.

<sup>269</sup> Limitatamente alle fattispecie di cui agli artt. 47-sexies commi II e IV o.p. e di cui all'articolo 47-ter comma I l. a) e b) o.p. opera il limite minimo delle dodici ore di durata dell'allontanamento penalmente rilevante.

<sup>270</sup> L. SCOPINARO, 2009, 338.

ter o.p.) e di quella speciale (II comma art. 47-sexies) ed anche dal luogo deputato alla detenzione del soggetto affetto da AIDS o da grave deficienza immunitaria (VIII comma art. 47-quater); dall'illegittimo ritardo nel rientro del soggetto sottoposto alla semilibertà (III comma art. 51 o.p.) e del beneficiario di una licenza durante la semilibertà stessa (IV comma art. 52 o.p.).

Attesa la particolare situazione *de libertate* dei soggetti destinatari dell'applicazione degli istituti giuridici sopraindicati, tutte le forme di evasione impropria danno luogo a dei reati propri<sup>271</sup>.

### **5.1. Un'unica sanzione per la sottrazione all'auto-custodia e per l'evasione dal carcere**

La scelta del legislatore è stata quella forse più semplice e rapida consistendo essa nel sanzionare le condotte di evasione impropria per mezzo del I comma dell'articolo 385 c.p., senza soffermarsi sul fatto che l'applicazione delle misure tutelate si basa su presupposti diversi da quelli della restrizione in carcere, come ad esempio la minor intensità delle esigenze cautelari che sottostanno agli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) e gli scopi rieducativi e risocializzanti dei permessi e della semilibertà.

Questa unitarietà della tutela delle decisioni dell'autorità giudiziaria in ambito penale realizzata attraverso la previsione di una sola sanzione è criticabile<sup>272</sup>, come già accennato nel capitolo I, tanto che già nel 1988 la Corte costituzionale è stata interpellata a riguardo, limitatamente al III comma dell'articolo 385 c.p.

Il Pretore di Salò<sup>273</sup> solleva una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione "*nella parte in cui prevede il medesimo trattamento sanzionatorio per chi evade dalle carceri e per colui che si allontana, anche solo temporaneamente, dalla propria abitazione, in cui si trovava in stato di arresto domiciliare*".

Il giudice *a quo* ritiene che il secondo tipo di comportamento (l'allontanamento dell'imputato dal luogo degli arresti domiciliari) costituisce un illecito di minore

---

<sup>271</sup> F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, 2009, 16.

<sup>272</sup> D. BRUNELLI, 2000, 427 ss.

<sup>273</sup> Questione di legittimità costituzionale sollevata da Pret. Salò, 11.1.1985, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 935.

gravità<sup>274</sup> dato che gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) si concretizzano in una modalità di esecuzione della misura cautelare meno gravosa rispetto alla custodia in carcere, tale per cui anche la violazione delle prescrizioni imposte è in proporzione meno rimproverabile rispetto alla violazione della custodia penitenziaria. Sulla base di questa differenza il rimettente ritiene che il principio di eguaglianza sostanziale imponga una sanzione meno gravosa.

La Corte ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile in quanto non sindacabile dal giudice delle leggi stesso dato che, a parte ogni valutazione in ordine all'effettiva minore gravità di un tale tipo di comportamento rispetto all'evasione dal carcere, non può sostituirsi al legislatore andando a scegliere una sanzione nuova per l'evasione dagli arresti domiciliari tra la pluralità delle possibili soluzioni<sup>275</sup>.

Nel 1994 una questione simile viene proposta alla Corte costituzionale dal Pretore di Catania.

L'oggetto della questione di legittimità è nuovamente sull'equiparazione sanzionatoria dell'evasione dagli arresti domiciliari a quella dal carcere, in riferimento però agli articoli 3 e 27 della Costituzione tenuto conto della giurisprudenza costituzionale successiva secondo la quale, se appartiene alla discrezionalità del legislatore determinare la quantità e qualità della sanzione penale, rientra tra i compiti del giudice delle leggi verificare che l'uso della discrezionalità legislativa rispetti il limite della ragionevolezza, il quale esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso in modo che il sistema sanzionatorio adempia alla funzione di difesa sociale ma anche a quella di tutela delle posizioni individuali.

Il giudice rimettente ritiene che il comma III dell'art. 385 c.p. determina l'equiparazione sanzionatoria di fatti di diversa gravità, giacché l'evasione dal carcere postula la riacquisizione della libertà personale (anche provvisoria) o la fuga definitiva, mentre l'allontanamento dell'imputato dal luogo degli arresti domiciliari raramente riveste il carattere della definitività nei casi concreti che si presentano all'apprezzamento dei giudici, nella maggior parte dei casi infatti si tratta di allontanamenti minimi sia nella durata che nella distanza. Sicché la sanzione di

---

<sup>274</sup> Nel caso di specie i Carabinieri hanno trovato l'imputato a bordo di una bicicletta insieme alla sorella a cento metri dall'abitazione adibita alla misura cautelare.

<sup>275</sup> C. Cost., 07.04.1988, ord. n. 425, in *Giur. cost.*, 1988, I, 4.

quest'ultima condotta sarebbe irragionevole e comporterebbe una palese sproporzione tra la sanzione e il disvalore concreto del fatto, tale da vanificare il fine rieducativo della pena contrastando gli artt. 3 e 27 comma III della Costituzione; ragionevole sarebbe invece una cornice edittale apposita per la fattispecie di cui al III comma e meno rigorosa<sup>276</sup>.

Non è d'accordo la Corte costituzionale, la quale ritiene che l'equiparazione sanzionatoria non sia palesemente irragionevole apparendo fondata sulla valutazione di condotte egualmente lesive del dovere di rispettare analoghi provvedimenti restrittivi della libertà personale, tanto più che l'osservanza del dovere di non allontanarsi, nel caso degli arresti domiciliari, è in maggior misura affidata al responsabile comportamento di chi vi è sottoposto.

La Corte afferma che il maggior grado di responsabilizzazione dei destinatari delle misure extracarcerarie, dovuto dalla minore intensità del controllo, può giustificare un trattamento sanzionatorio eguale all'evasione dal carcere nonostante la condotta sia potenzialmente meno pericolosa o lesiva. Quindi anche se le fattispecie sono diverse può essere ritenuta eguale la loro gravità.

La Corte sottolinea che la responsabilizzazione della misura domiciliare comporta un trattamento di favore tale per cui è ragionevole che vi sia un contro altare valido e allo stesso tempo deterrente. Conclude dichiarando la questione manifestamente infondata<sup>277</sup>.

Tale decisione è condivisa dalla Minerva la quale ritiene priva di fondamento la questione di legittimità esaminata dato che l'equiparazione delle due forme di custodia cautelare è legittimata dalla stessa legge (c. V art. 284 c.p.p.<sup>278</sup>), la quale inoltre dispone che il periodo trascorso agli arresti domiciliari è computato nella durata della custodia cautelare e conseguentemente viene detratto dalla pena definitiva<sup>279</sup>.

Sul presupposto del fatto che le condotte di evasione impropria (quindi non solo quelle riconducibili al III comma dell'art. 385 c.p.) nelle aule di giustizia sono giudicate tendenzialmente nello stesso modo, nei prossimi paragrafi si intende mettere in luce il fatto che il ragionamento della Corte costituzionale è condivisibile

---

<sup>276</sup> Pret. Catania, ord. 11.10.1994, in *Dejure*.

<sup>277</sup> C. Cost., ord. 17.07.1995, n.332, in *Cass. Pen.*, 1996, 12, 13.

<sup>278</sup> “L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare”.

<sup>279</sup> F. MINERVA, 1996, 561.

solamente in astratto, non lo è invece se si prende in considerazione l'interpretazione per mezzo della quale i giudici, sia di merito che di legittimità, applicano il comma III dell'art. 385 c.p. e tutte le altre disposizioni che incriminano l'evasione impropria. Essi infatti spesso applicano la normativa in modo del tutto formale, senza considerare la possibilità che la corrispondenza del fatto concreto con il fatto tipico astratto non è garanzia della sussistenza di un'offesa effettiva al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice<sup>280</sup>. Il risultato è che condotte di allontanamento che sono solo minimamente rilevanti (il Pretore di Salò le chiama “*micro-violazioni*”<sup>281</sup>) se non addirittura inoffensive in concreto vengono sanzionate con la stessa pena di condotte di evasione che invece frustrano effettivamente il bene giuridico tutelato dal reato stesso.

## **5.2. Evasione propria ed impropria: un'equiparazione solo *quoad poenam*?**

Le cd. evasioni improprie sono delitti di evasione veri e propri?

Basta il fatto che le condotte non consistono nell'*evadere* per escluderlo?

La questione è importante, non si tratta di un quesito puramente formale poiché la risposta determina l'applicabilità dell'intera disciplina di cui all'articolo 385 c.p. alle fattispecie che vi rinviano.

Il punto è capire se le evasioni improprie, ivi comprese quelle di cui al III comma, siano equiparate solo o anche *quoad poenam* all'evasione disciplinata al I comma dell'articolo 385 c.p., questione ove non si riscontra unanimità soprattutto in dottrina e talvolta anche in giurisprudenza.

L'equiparazione che va oltre il profilo meramente sanzionatorio comporta che all'evasione di cui all'ordinamento penitenziario non si applicheranno solamente il primo e l'ultimo comma dell'articolo 385 c.p. (quelli a cui letteralmente si limita il rinvio), e alle fattispecie di cui al III comma non si applicheranno solo il I e il II.

Conseguentemente l'equiparazione limitata esclude l'applicabilità alle evasioni improprie *extra codicem* delle aggravanti speciali di cui al II comma dell'art. 385

---

<sup>280</sup> G. FORNASARI, *Evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *Giur. it.*, 2016, 191.

<sup>281</sup> Pret. Salò, ord. 11.1.1985, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1986, 935, con nota di A. MAMBRIANI, *Arresti domiciliari e reato di evasione: un problema di compatibilità costituzionale*.

c.p., e a quelle riconducibili al III comma l'applicabilità dell'attenuante speciale del VI comma.

Le conseguenze in realtà non sono limitate all'applicabilità delle norme di cui all'articolo 385 c.p., bensì riguardano anche la possibilità di punire o meno il concorrente nell'evasione impropria per mezzo dell'articolo 386 c.p., il quale subordina la consumazione del reato alla realizzazione dell'evento, ovvero l'evasione<sup>282</sup>.

Dal dato testuale si nota che nella maggior parte dei casi l'ordinamento penitenziario rinvia al I e al IV comma dell'articolo 385 c.p. (ad esempio gli articoli 30, 30-ter, 47-sexies, 51, 52 o.p.), e che il III comma dello stesso fa riferimento ai soli primi due commi e non esplicitamente anche all'ultimo.

Detto questo, attenersi al principio di legalità in senso stretto porta assumere un'interpretazione letterale in base alla quale si dovrebbe escludere l'estensione dell'intera disciplina di cui all'articolo 385 c.p. alle cd. evasioni improprie. Il risultato dell'interpretazione letterale delle disposizioni che incriminano l'evasione impropria è l'applicabilità solamente *quoad poenam* dell'art. 385 c.p. a fattispecie di reato autonome e distinte<sup>283</sup>.

Tra le conseguenze derivanti dalla consumazione del delitto di evasione vi è inoltre quella dell'arresto anche al di fuori dei casi di flagranza di cui all'art. 3 del decreto-legge 152/1991<sup>284</sup>. Rispetto a quest'ultima si ritiene che sia proprio il dato testuale a suggerire di estendere la sua applicazione anche alle evasioni improprie dato che si limita a disporre che “è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale”, e che le improprie siano punibili a norma dell'art. 385 c.p. nessuno dubita, o meglio che il rinvio sia per lo meno riferito alla sanzione è indiscutibile<sup>285</sup>.

Al professor Pisa infatti l'equiparazione soltanto *quoad poenam* non convince, soprattutto relativamente all'evasione dagli arresti domiciliari e del detenuto

---

<sup>282</sup> L. SCOPINARO, 2009, 357; l'applicabilità dell'articolo 387 c.p. non viene discussa dato che il soggetto attivo di questo delitto è colui che è preposto alla custodia dell'arrestato o del detenuto, e il rapporto custodiale cui la norma si riferisce è una condizione per definizione assente nelle fattispecie di evasione impropria.

<sup>283</sup> L. SCOPINARO, 2009, 351-352.

<sup>284</sup> Convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203 (in G.U. 12.07.1991, n.162).

<sup>285</sup> Cass., sez. VI, 04.07.2019, n.39114, in *Guida al diritto*, 2019, 43, 82.

ammesso al lavoro all'esterno dato che queste due fattispecie, pur essendo realizzabili attraverso una condotta diversa rispetto a quella di cui al I comma, sono codificate proprio all'interno della medesima disposizione del codice penale cui il legislatore ha affidato l'incriminazione del reato di evasione, nel senso che sarebbe irragionevole affermare che le fattispecie di cui al III comma non siano ipotesi di evasione e che quindi non siano *in toto* assimilabili alla disciplina di quelle del I comma. Egli inoltre argomenta che il rifiuto di considerare le improprie come delitti di evasione significa rimanere ancorati a quella concezione che vede l'evasione di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. come evasione dell'arrestato o del detenuto dal cd. luogo chiuso, una prospettiva che però è ormai superata da molto tempo come già spiegato<sup>286</sup>.

Pochi anni dopo le Sezioni Unite della Cassazione hanno definitivamente adottato la soluzione affermativa attraverso più pronunce incentrate sull'applicabilità del IV comma dell'art. 385 c.p. in cui si osserva che *“il fatto che il ravvedimento attuoso dell'evaso venga valutato favorevolmente soltanto nell'ipotesi di cui al I comma determina una evidente disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 della Costituzione”* essendo l'evasione di cui al III comma una fattispecie analoga a quella del I, soprattutto dal punto di vista dell'interesse giuridico protetto<sup>287</sup>.

In tal senso le evasioni improprie di cui al III comma della disposizione cardine non rappresentano l'incriminazione fattispecie di reato diverse dal delitto di evasione, tale per cui l'applicabilità del IV comma non deve essere esclusa<sup>288</sup>.

La validità di questa pronuncia è stata poi rafforzata dalla Corte costituzionale che un anno dopo ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale avente

---

<sup>286</sup> Nonostante la Cassazione affermasse che l'art. 385 comma 3 c.p., nel punire l'allontanamento dell'imputato sottoposto agli arresti domiciliari dalla propria abitazione, configura un'autonoma fattispecie delittuosa equiparata al delitto di evasione di cui ai precedenti commi soltanto *“quoad poenam”*, (Cass. sez. VI, 26.05.1990, in *Cass. pen.*, 1992, 645.

<sup>287</sup> Cass. Sez. un., 10.12.1993, n. 11343; le Sezioni Unite si sono pronunciate in tal senso anche nel novembre del medesimo anno: *“L'attenuante della costituzione dell'evaso in carcere prima della condanna è applicabile anche all'ipotesi, prevista dal comma 3 dell'art. 385 c.p., dell'imputato che, essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento che dispone la misura, se ne allontani”*. In questa sede hanno però specificato che non basta la mera spontaneità del rientro presso il domicilio (prima della condanna) in quanto il ravvedimento deve concretizzarsi in un comportamento assimilabile alla costituzione in carcere, come il consegnarsi ad un'autorità che abbia l'obbligo di provvedere alla successiva traduzione del reo (Cass. sez. un., 12.11.1993 in *Giur. it.*, 1994, II, 465); ma anche annunciare telefonicamente alla polizia giudiziaria il ritorno e poi di lì a poco mantenere la promessa (Cass., sez. VI, 28.09.2006, n.5780, in *Diritto e Giustizia online*, 2007).

<sup>288</sup> In tal senso Cass., sez. VI, 28.09.2006, n.5780, in *Cass. pen.*, 2007, 9, 3288.

ad oggetto il IV comma dell'art. 385 c.p. sollevata in riferimento all'art. 3 C. nella parte in cui non consente che l'attenuante ivi prevista sia applicabile anche all'ipotesi di cui al III comma per il solo fatto che la questione sia già stata opportunamente risolta dalle Sezioni unite della Cassazione recentemente intervenute a riguardo in ossequio alla funzione nomofilattica delle stesse<sup>289</sup>.

Per quanto riguarda invece le fattispecie di cui all'ordinamento penitenziario l'argomento utilizzato dal professor Pisa a favore dell'estensione dell'intera disciplina dell'evasione (art. 385 c.p.) è anch'esso letterale ma assunto da una prospettiva diversa, ossia non in riferimento alle disposizioni della legge penitenziaria stessa, bensì agli stessi artt. 385 e 386 c.p. e all'articolo 60 della legge n. 689 del 24 novembre 1981<sup>290</sup>.

L'orientamento cui Pisa fa riferimento è quello del Trapani sull'applicazione dell'articolo 60 della legge di depenalizzazione, il quale escludeva la possibilità di applicazione delle sanzioni sostitutive della pena detentiva breve alla condanna di certi reati tra i quali figurava l'evasione (art. 385 c.p.)<sup>291</sup>.

Trapani ritiene che la sanzionabilità a titolo di evasione delle condotte di mancato rientro del semilibero, del soggetto in permesso o licenza o ammesso al lavoro all'esterno, o di allontanamento dagli arresti o dalla detenzione domiciliari poteva anche non essere precisata all'interno delle singole disposizioni dell'ordinamento penitenziario, poiché tali soggetti dovrebbero essere comunque considerati evasi ai sensi dell'articolo 385 c.p. in quanto a monte essi sarebbero arrestati o detenuti ai sensi dell'articolo 385 c.p.

Egli afferma che tale qualifica di arrestati o detenuti non viene meno per il fatto che la pena detentiva o la custodia cautelare sono applicate con particolari modalità di esecuzione.

In quanto tali, la condotta con cui violano il provvedimento giudiziale costituisce un delitto di evasione vero e proprio, quindi assolutamente riconducibile al trattamento dell'arrestato o detenuto di cui all'articolo 385 c.p. senza alcuna esclusione.

---

<sup>289</sup> C. cost., 15.03.1994, n.87, in *Riv. pen.* 1994, 375, *Giur. cost.* 1994, 843, *Giust. pen.* 1994, I, 263.

<sup>290</sup> P. PISA, 1990, 439.

<sup>291</sup> L'art. 60 della l. 689/1981 è stato abrogato dall'articolo 4 comma I, lett. c) della legge 12 giugno 2003, n. 134; per l'applicazione di tale disposizione, vedi l'art. 5, comma 3 della medesima legge 134/2003.



Quest'interpretazione onnicomprensiva dell'articolo 385 c.p. può giustificare l'applicabilità di tutte le disposizioni di legge che fanno riferimento al delitto di evasione (art. 385 c.p.), ivi compreso l'articolo 60 della l. 689/1981<sup>292</sup> fin quando era in vigore, e l'art. 3 del d.l. 152/1991.

Questo ragionamento è assolutamente applicabile all'articolo 386 dato che parla genericamente di "*evasione di una persona detenuta o arrestata*" senza subordinare la rilevanza della condotta al luogo da cui l'evasione si verifica e nemmeno alla modalità con cui il soggetto evade. Per tanto siccome sia l'imputato agli arresti domiciliari, sia il condannato in detenzione domiciliare ovvero il detenuto in permesso, licenza, semilibertà o ammesso lavorare all'esterno condividono lo *status* di persone legalmente arrestate o detenute che allontanandosi o non rientrando nei termini prestabiliti realizzano un'evasione, sembrerebbe logico ritenere che chi li agevola debba rispondere a norma dell'art. 386 c.p.

Pisa conclude affermando che non solo quelle di cui al III comma dell'art. 385 c.p. sono vere e proprie fattispecie di evasione, bensì anche quelle previste dall'ordinamento penitenziario, e che l'unica differenza rispetto all'evasione di cui al I comma è la modalità di esecuzione della custodia cautelare o della pena da cui si sottrae l'evaso. Sulla base di queste premesse una differenza di trattamento circa le conseguenze del delitto tra le evasioni in generale oppure tra l'evasione impropria del III comma e quelle extra codice rimane priva di una valida giustificazione<sup>293</sup>.

Ne *i delitti di evasione* dei Giannelli e Maglio si trova un'altra argomentazione favorevole all'equiparazione "totale" delle evasioni proprie a quelle improprie.

Essi sottolineano che ogni qual volta si eludono i controlli o la custodia delle preposte Autorità si determina un'offesa nei confronti della Amministrazione della Giustizia, a prescindere dal modo con cui l'elusione si realizzi e a prescindere dalla tipologia di restrizione della libertà personale elusa. Inoltre sottolineano che l'evasione impropria presuppone sempre l'avvenuta emissione del provvedimento giudiziale (es. il provvedimento di cui all'art. 291 c.p.p.), conseguentemente la violazione delle misure in ogni caso ricade sull'autorità di una decisione giudiziaria già assunta, a differenza della fuga dall'arresto o dal fermo (di cui al I c. dell'art. 385 c.p.), la quale viene sanzionata a titolo di evasione anche se non sussiste l'effettiva

---

<sup>292</sup> M. TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, CEDAM, Padova, 1985, 40 ss.

<sup>293</sup> P. PISA, 1990, 439 ss.

violazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria dato che prima della condotta illecita non ne è stato ancora adottato uno.

Sotto questo profilo, osservano, paradossalmente le evasioni improprie talvolta sono "più proprie" di quelle riconducibili al I comma dell'art. 385 c.p.

La soluzione più ragionevole è accogliere l'equiparazione delle fattispecie "improprie" all'evasione codificata ai primi commi dell'articolo 385 c.p. con l'aggiunta di una clausola non scritta che limita l'applicazione della relativa disciplina fin dove *compatibile*<sup>294</sup>.

Considerare che *arrestati* e *detenuti* sono non solamente coloro che sono ristretti e custoditi in carcere bensì anche coloro che scontano la pena (o trascorrono la custodia cautelare) in via alternativa consente di risolvere ogni dilemma interpretativo circa il rapporto tra evasione propria e impropria.

Quindi il comma IV sarebbe applicabile non solo all'evasione di cui al I comma del 385 c.p. e a quelle dell'o.p. che vi rinviano, bensì anche all'evasione impropria di cui al comma III; le aggravanti speciali di cui al II comma e il concorso di cui all'articolo 386 c.p. sarebbero applicabili a tutte le fattispecie di evasione impropria e non solo a coloro che si allontanano dal luogo degli arresti domiciliari o dal luogo di lavoro all'esterno (III comma art. 385 c.p.).

Conformemente ha deciso la Cassazione annullando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello con cui si assolvevano gli imputati sul rilievo che il reato contestato, a causa del mancato coordinamento tra gli art. 385 comma III e 386 c.p. dopo la riforma introdotta con la l. n. 532 del 1982, era configurabile solo nel caso in cui il soggetto fosse stato legalmente detenuto o arrestato con affidamento alle forze dell'ordine o alle guardie penitenziarie. La Corte, nel caso di specie ha affermato che risponde del reato di cui all'art. 386 c.p. anche colui che abbia agevolato l'evasione di una persona in stato di arresto presso la propria abitazione<sup>295</sup>.

Anche se questa pronuncia può essere interpretata come segno di accoglimento della concezione fin ora esposta sull'evasione e sulla loro disciplina, emergono pronunce in cui invece la stessa Cassazione nega esplicitamente la qualifica di evasione ai sensi dell'articolo 385 c.p. alla condotta descritta nel comma VIII dell'art. 47-ter o.p.

---

<sup>294</sup> F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, 2009,

<sup>295</sup> Cass., sez. VI, 21.02.2006, n.14612, in *CED Cassazione penale*, 2006.

La Corte afferma che “*il delitto di evasione dalla detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma VIII, L. n. 354 del 1975), costituisce un'ipotesi autonoma di reato, equiparata solo "quoad poenam" a quella di evasione (art. 385 c.p.)*”, e che “*è consentita la sostituzione della pena detentiva (artt. 53 ss. L. n. 689 del 1981), anche in conseguenza dell'abrogazione, ad opera dell'art. 4 della L. 12 giugno 2003, n. 134, dell'art. 60 della L. n. 689 del 1981 (che escludeva oggettivamente la sostituzione della pena detentiva per il solo reato di cui all'art. 385 c.p.)*”<sup>296</sup>.

Non si capisce però perché faccia riferimento all'articolo 60 della l. 689 del 1981 (che escludeva l'articolo 385 c.p. dalla possibilità di punire il reato con una sanzione sostitutiva) se poco prima ha dato per certo che l'allontanamento dal luogo della detenzione domiciliare non costituisce un'evasione di cui all'articolo 385 c.p.

La professoressa N. Folla offre il proprio apporto interpretativo sul comma III dell'art. 385 c.p. al fine di individuare i connotati strutturali della condotta e, in subordine, delineare l'ambito di applicazione della norma. All'interno del suo commento però si sofferma anche sul rapporto dell'evasione di cui al III di cui all'art. 385 c.p. con la disciplina dell'evasione cd. propria; in particolare ritiene che l'equiparazione sia soltanto *quoad poenam*, a partire dal fatto che, essendo gli arresti domiciliari appartenenti al “*genus detentivo*”, se si considerasse l'equiparazione totale si potrebbe dire che il III comma sarebbe superfluo, ben potendo le relative fattispecie rientrare nel concetto di “detenuto” di cui al I comma. Pare quindi poco ragionevole pensare che il legislatore abbia confezionato nel III comma una norma già esistente nel I c.

Per cui l'equiparazione sarebbe limitata alla sanzione di una fattispecie di reato autonoma rispetto alla quale il legislatore avrebbe lasciato all'interprete il compito di cercare l'impostazione del reato più consona alla natura della custodia extra-carceraria<sup>297</sup>.

Nonostante la sussistenza di orientamenti contrari, è condivisibile la teoria favorevole all'equiparazione “non solo *quoad poenam*” delle evasioni improprie (*extra codicem* e non) a quelle di cui al I comma dell'articolo 385 c.p. fin dove

---

<sup>296</sup> Cass., sez. VI, 16.1.2009, n. 14199, in *CED Cassazione penale*, 2009

<sup>297</sup> N. FOLLA, *Due fattispecie in tema di evasione impropria*, in *Giur. ti.*, 1996, II, 278 ss.; in tal senso anche: CARACCIOLI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1995, 67; e A. MAMBRIANI, *Arresti domiciliari e reato di evasione un problema di compatibilità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1986, 947.

compatibili, sulla base del fatto che chi evade da una situazione di auto-custodia o di pseudo-libertà rimane riconducibile alle categorie soggettive dell'arrestato o del detenuto e che l'evasione è un reato a forma libera, tale per cui la modalità con cui l'agente si sottrae al controllo pubblico non è rilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina.

### **5.3. Evasioni domiciliari, il contrasto tra giurisprudenza e dottrina**

Con l'espressione *evasioni domiciliari* ci si riferisce alle fattispecie di cui agli artt. 385 c. III c.p. e 47-ter c. VIII dell'ordinamento penitenziario<sup>298</sup>, le quali costituiscono le fattispecie di evasione di gran lunga più frequenti, cui si aggiunge l'evasione dal regime della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-sexies commi II e IV o.p.*

Dato che il legislatore ha descritto le condotte dell'evasione dagli arresti domiciliari e dalla detenzione domiciliare in modo analogo, ossia nei termini di *allontanamento* dal domicilio (senza giustificato motivo), è possibile procedere ad una trattazione unitaria. L'orientamento della giurisprudenza muove nella medesima direzione, nel senso che le massime relative al III comma dell'art. 385 c.p. sono applicate anche nell'ambito delle altre fattispecie di evasione domiciliare (in quanto compatibili) nonostante, come già sottolineato, i provvedimenti violati siano adottati per perseguire finalità di tutela differenti e nonostante l'inosservanza degli stessi determini una frustrazione di tipo diverso quali le esigenze cautelari da un lato e le esigenze punitive, rieducative della pena dall'altro<sup>299</sup>.

La distinzione della categoria delle evasioni domiciliari deriva dalla peculiarità della situazione-presupposto di restrizione della libertà personale cui l'agente è sottoposto, la quale si concretizza nel vincolo di natura obbligatoria alla cd. auto-custodia, in contrapposizione alla detenzione intesa come restrizione "*nelle mani dello Stato*", ovvero all'interno di un istituto penitenziario<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Applicabile anche alle fattispecie di cui all'art. 47-quater (Misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria) in virtù dell'esplicito rinvio che il comma VIII fa all'art. 47-ter.

<sup>299</sup> L. SCOPINARO, 2009, 342 ss.

<sup>300</sup> Il "detenuto" infatti non è sottoposto al regime previsto dall'ordinamento penitenziario e dal suo regolamento di esecuzione (art. 47-ter comma V e art. 47-quinquies comma II o.p.).

Il soggetto attivo dell'evasione domiciliare è l'imputato o il condannato che si trova "nelle mani di sé stesso", salvi i controlli di *routine* degli organi di polizia preposti<sup>301</sup>.

La condotta penalmente rilevante è descritta dal legislatore nei termini di *allontanamento*<sup>302</sup> non autorizzato dalla propria abitazione<sup>303</sup> o dal diverso luogo designato nel provvedimento<sup>304</sup>, quali altri luoghi di privata dimora e luoghi pubblici di cura, assistenza o accoglienza<sup>305</sup>, ove il soggetto si ritrova per scontare la pena detentiva o per trascorrere la misura cautelare.

Ovviamente l'incriminazione si riferisce al solo allontanamento illegittimo, quindi non giustificato da un provvedimento autorizzativo, condizione che il Petraghani Gelosi definisce come presupposto negativo della fattispecie in esame<sup>306</sup>.

### 5.3.1. La condotta di "allontanamento" in giurisprudenza

Il dettato normativo indica che la condotta illecita consiste nell'"allontanamento dal luogo della detenzione". Si tratta di una descrizione assolutamente minimale e generica, che lascia il suo contenuto tipico risulta fortemente indeterminato, tanto che la giurisprudenza si è inevitabilmente assunta il compito di specificarlo attraverso l'individuazione del momento consumativo del reato<sup>307</sup>.

A tal proposito si segnala che l'orientamento maggioritario consolidatosi stabilisce che anche l'inosservanza di alcune delle specifiche prescrizioni relative all'autorizzazione di allontanamento o in generale all'esplicazione della misura domiciliare può tradursi in un delitto di evasione.

---

<sup>301</sup> G. MINICUCCI, 2019, 551-552.

<sup>302</sup> L'allontanamento non autorizzato come condotta integrativa del delitto di evasione non esisteva nella versione originaria dell'articolo 385 c.p.; è stata introdotta prima nel 1975 nella legge sull'ordinamento penitenziario e dopo nel 1982 all'interno del codice penale al III comma dell'articolo 385.

<sup>303</sup> *Ex art.* 385 comma III c.p.; art. 47-ter comma I o.p.; art. 47-quinquies comma I o.p.; art. 47-quarter comma I o.p.

<sup>304</sup> III comma dell'articolo 385 c.p.: "Le disposizioni precedenti si applicano anche all'imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale".

<sup>305</sup> *Ex artt.* 47-ter comma I o.p. e 47-quinquies comma I o.p.

<sup>306</sup> G. PETRAGHANI GELOSI, *I delitti di evasione*, in *trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, III, UTET giuridica, Torino, 2008, 649.

<sup>307</sup> D. BRUNELLI, 2000, 434.

Sono numerose infatti le pronunce di legittimità in cui la condotta di violazione delle prescrizioni imposte è colpita dalla sanzione penale, anziché rimanere soggetta alle sole conseguenze (gravose ed afflittive) disposte dall'articolo 276 c.p.p. comma I<sup>308</sup> per gli arresti domiciliari e dall'art. 58-quater dell'ordinamento penitenziario comma II<sup>309</sup> per la detenzione domiciliare, evitando l'imputazione di un nuovo reato in capo all'agente.

Emerge a tal proposito la condotta di mancato rientro da un "allontanamento legittimo" entro l'orario prestabilito dal provvedimento autorizzativo (a breve si farà un esempio di tal tipo), la quale è molto spesso sanzionata a titolo di evasione nella forma del reato omissivo, poiché la condotta viene giudicata potenzialmente idonea a vanificare le esigenze cautelari o quelle sottostanti la detenzione domiciliare<sup>310</sup>.

Sulla base dell'interpretazione giudiziale si afferma che anche l'eventuale autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio e il suo specifico contenuto (permesso di recarsi al lavoro; provvedere alle *indispensabili esigenze di vita* a partire dalla possibilità di uscire per fare la spesa; recarsi al Ser.T. nel caso del detenuto tossicodipendente; recarsi all'ospedale o ad effettuare una visita medica) fissa il limite entro il quale la condotta non è punibile.

Volendo definire il contenuto della condotta di evasione domiciliare sono due i concetti da specificare, quello *allontanamento* ed anche quello di *abitazione*.

In termini generali si afferma che l'allontanamento assume rilevanza penale anche se temporaneo ed anche se di breve durata, nel senso che l'evasione domiciliare non deve concretizzarsi necessariamente in una fuga definitiva dal luogo indicato nel provvedimento giudiziale.

Per quanto riguarda la distanza dell'allontanamento capace di renderlo penalmente illecito i giudici rinviando alla definizione di abitazione assunta dalla giurisprudenza in materia di violazione di domicilio, in base alla quale sarebbe :*"il luogo in cui il soggetto conduce la propria vita domestica e privata con esclusione di ogni altra*

---

<sup>308</sup> Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte: il comma I stabilisce che il giudice può sostituire la misura cautelare con una più grave in base all'entità, i motivi e le circostanze della violazione.

<sup>309</sup> Divieto di concessione dei benefici del lavoro all'esterno, permesso premio, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà (al condannato colpevole di una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 c.p.) al condannato cui è stata revocato l'affidamento in prova ai servizi sociali (c. XI art. 47 o.p.) o la detenzione domiciliare (c. VI art. 47-ter o.p.) o la semilibertà (c. I art. 51 o.p.) a causa di comportamenti illeciti ma non riconducibili quelli sanzionabili per mezzo dell'articolo 385 c.p.

<sup>310</sup> N. FOLLA, 1996,

*appartenenza come aree condominiali, giardini, cortili e simili*<sup>311</sup>; conseguentemente quando il soggetto viene colto illegittimamente in una delle aree escluse dalla nozione suddetta pur essendo le stesse fisicamente molto vicine all'abitazione strettamente intesa i giudici ritengono integrata la condotta di allontanamento dal luogo di custodia e quindi consumata l'evasione domiciliare.

La Corte di Cassazione ha stabilito che per abitazione deve intendersi unicamente il luogo in cui la persona conduce la vita domestica e privata, con esclusione di ogni altra appartenenza che non sia parte integrante o pertinenza esclusiva dell'abitazione medesima<sup>312</sup>.

Di questo segno sono numerose le pronunce di merito e di legittimità ove l'interessato trovato all'interno dell'edificio ma fuori dall'abitazione, ossia nel giardino condominiale, sul pianerottolo tra la propria abitazione e le altre, nell'abitazione di un vicino<sup>313</sup>, o sorpreso a stazionare sulla terrazza condominiale dell'edificio dov'è ubicata la sua abitazione è stato condannato per evasione.

La rigidità interpretativa assunta in sede giudiziale deriva dal fatto che l'evasione domiciliare è intesa come un'offesa al bene giuridico della reperibilità dell'imputato (o del condannato) finalizzata ad agevolare controlli di polizia, i quali sono connotati dal carattere della prontezza e della non aleatorietà<sup>314</sup>.

Secondo tale logica a maggior ragione commette evasione chi viene trovato a cento metri dall'abitazione, ma anche solo sul marciapiede antistante l'edificio deputato alla restrizione domiciliare ed anche per breve tempo<sup>315</sup>.

A parere dei giudici di legittimità è opportuno escludere l'utilizzo della più estesa nozione civilistica di pertinenza (art. 817 c.c.), sì da poter fare considerare come pertinenza dell'abitazione, ai fini penalistici, anche un orto non immediatamente contiguo all'abitazione medesima, bensì raggiungibile da questa previo attraversamento della strada e del fondo di un vicino.

Ancora nel 2007 è stato affermato che ai fini dell'apprezzamento di condotte potenzialmente elusive del regime cautelare o detentivo domiciliari non si può

---

<sup>311</sup> Cass., sez. VI, 7.01.2003, n. 15741, in *Cass. Pen.*, 2005, 59.

<sup>312</sup> Cass., sez. VI, 18.12.2007, n.3212, in *Cass. pen.* 2008, 10, 3716. Fattispecie in cui l'imputato, all'atto del controllo, si trovava in uno spazio condominiale esterno alla sua abitazione e proveniva da un altro appartamento.

<sup>313</sup> Cass., sez. VI, 11.05.2006, n. 21975, in *Riv. Pen.*, 2007, 565.

<sup>314</sup> Cass., sez. VI, 8.03.2007, n. 30983, in *Dejure*.

<sup>315</sup> Pret. Salò, 11.01.1985, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 935.

prescindere dalle esigenze applicative connesse a siffatto regime, in virtù delle quali è indispensabile che i controlli della polizia giudiziaria periodicamente o saltuariamente esperibili sulla presenza o reperibilità dell'imputato nel luogo di custodia domiciliare assumano le valenze dell'immediatezza e della non aleatorietà; tali esigenze, così afferma la Cassazione, sarebbero infatti senz'altro frustrate laddove si consentisse l'allontanamento del soggetto dallo spazio definito dalla sua stretta abitazione o dalle sue immediate adiacenze (senza alcuna frattura spaziale), sia pure per recarsi per un breve tempo in un luogo senz'altro vicino ma non visibile dalla dimora né raggiungibile né in altro modo, se non uscendo dall'alloggio e dopo un percorso di diversi metri<sup>316</sup>.

La persona sottoposta alla misura cautelare degli arresti domiciliari deve restare nel luogo indicato, perché ritenuto idoneo a soddisfare le esigenze cautelari (quelle proprie della pena e della tutela di determinate categorie soggettive nel caso della detenzione domiciliare) e nel contempo a consentire agevolmente il prescritto controllo dell'autorità<sup>317</sup>.

In questi termini è la peculiarità stessa delle misure domiciliari, ossia il regime dell'auto-custodia sotto il controllo di *routine* dell'autorità preposta, il motivo utilizzato in giurisprudenza a giustificazione del suo rigore interpretativo.

Pagliari, come portavoce della dottrina<sup>318</sup>, suggerisce un'interpretazione meno rigorosa che include nel concetto di abitazione anche le più immediate pertinenze, anche quando costituiscono oggetto di proprietà condominiale<sup>319</sup>.

Anche se poche esistono pronunce giudiziali orientate in tal senso, ad esempio la decisione con cui si sono esclusi gli estremi del reato rispetto alla condotta del sottoposto agli arresti domiciliari che sia sorpreso dalla polizia mentre si trattiene sulla soglia di ingresso dell'edificio condominiale ove sta la sua abitazione<sup>320</sup>.

È quindi possibile denunciare che il tenore letterale del III comma dell'articolo 385 c.p. e di tutte le altre disposizioni normative che incriminano *l'allontanamento dall'abitazione* è così generico da determinare la sussistenza di soluzioni

---

<sup>316</sup> Cass., sez. VI, 17.01.2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 12, 87.

<sup>317</sup> Cass., sez. VI, 27.04.1998, n.6394, in *Giust. pen.* 1999, II, 439.

<sup>318</sup> I. IAI, *Il bene giuridico leso nell'evasione impropria*, in *Giur. it.*, 1999, 1910.

<sup>319</sup> A. PAGLIARO, 2000, 201.

<sup>320</sup> App. Roma, 15.11.1996, in *C.E.D. Merito*, n. 970049.



interpretative distanti tra loro, se non addirittura contrapposte, in spregio al principio della certezza del diritto.

La professoressa N. Folla interpreta il carattere minimale dell'aggancio letterale offerto dal legislatore come un possibile incentivo per l'operatore giudiziario nel ricercare i parametri distintivi di questa condotta in modo tale da favorire la *ratio* della norma nel miglior modo possibile nel rispetto del principio di uguaglianza e di certezza giuridica. Il risultato sperato però non coincide con quello ottenuto, essendo quest'ultimo l'oscillamento di due indirizzi giurisprudenziali antitetici che in quanto tali possono determinare ingiuste disparità di trattamento.

Nel delineare l'elemento oggettivo del reato, oltre alla distanza dell'allontanamento, la giurisprudenza interpreta restrittivamente anche l'aspetto temporale.

È minoritario infatti l'orientamento in base al quale la condotta di allontanamento comporta un apprezzabile distacco topografico dal luogo della detenzione (suggerito anche dalla dottrina<sup>321</sup>); assolutamente prevalente invece è il taglio rigoristico per cui il solo superamento del confine dell'abitazione o di altro luogo di auto-custodia (sia essa per ragioni cautelari o punitive) è sufficiente ad integrare la condotta, tale per cui qualsiasi allontanamento privo di autorizzazione, anche per breve tempo e implicante uno spostamento di modesta distanza dall'abitazione ove sia ristretto consuma il reato<sup>322</sup>. In un certo senso l'allontanamento sarebbe integrato non appena il detenuto esce (e non “*si allontana*”) illegittimamente dall'abitazione.

Per quanto riguarda la misura degli arresti domiciliari, i giudici giustificano il rigore interpretativo con il fatto che si tratta di una misura sostitutiva della custodia cautelare in carcere, quindi privativa della libertà personale che si sostanzia, a norma dell'art. 284 c.p.p., nella prescrizione all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora.

Il V comma dell'art. 284 c.p.p.<sup>323</sup> infatti rimembra che quella domiciliare è una forma di detenzione in un luogo esterno ritenuto idoneo a soddisfare le esigenze cautelari e, nel contempo, a consentire agevolmente il prescritto controllo dell'autorità, sicché qualsiasi allontanamento non autorizzato del detenuto costituisce di per sé un caso di evasione<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> P. PISA, 1990, 434 ss.

<sup>322</sup> N. FOLLA, 1986, 278 ss.; Cass., sez. VI, 30.10.2014, in *Giust. Pen.*, II, 2015, 223.

<sup>323</sup> “*L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare*”.

<sup>324</sup> Cass., sez. VI, 20.09.2006, n. 37253, in *Dejure*.

La giurisprudenza ritiene che tollerare comportamenti contrari all'obbligo di isolamento solo perché di scarsa entità potrebbe in alcuni casi vanificare la possibilità dei controlli e l'efficacia della misura rispetto alle sue funzioni. In base a tale assunto la Cassazione ha ritenuto integrato il reato di evasione da parte del detenuto agli arresti domiciliari che si allontana dalla propria abitazione mezz'ora prima rispetto all'orario stabilito<sup>325</sup>.

I giudici applicano la pena in modo analogo alle fattispecie in cui il condannato (III c., art. 385 c.p.) o l'imputato agli arresti domiciliari<sup>326</sup> sia ammesso a recarsi sul posto di lavoro ai sensi dell'art. 21 dell'ordinamento penitenziario.

Si segnala a tal proposito il costante orientamento della Corte di cassazione secondo il quale integra il delitto di evasione, e non l'ipotesi di trasgressione alle prescrizioni imposte *ex art. 276 c.p.p.*<sup>327</sup>, la violazione dell'obbligo di permanenza nella forma dell'allontanamento dal luogo in cui il soggetto è autorizzato a svolgere l'attività lavorativa.

Nelle medesime circostanze, ma nell'ambito della detenzione domiciliare, l'art. 385 c.p. viene applicato in luogo delle conseguenze di cui agli artt. 47-ter c.VI (revoca della misura alternativa se il comportamento contrario alle prescrizioni viene giudicato incompatibile con la prosecuzione della stessa<sup>328</sup>) e delle preclusioni derivanti dalla revoca della detenzione domiciliare stessa ai sensi dell'articolo 58-quater comma II dell'ordinamento penitenziario (divieto di concessione dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio, dell'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà).

---

<sup>325</sup> Cass., sez. VI, 22.01.2010, n. 17224, in *Dejure*.

<sup>326</sup> Cass., sez. VI, 27.10.2004, n. 41968, in *Riv. Pen.* 2006, 106.

<sup>327</sup> La quale limita le conseguenze alla possibilità per il giudice di sostituire la misura cautelare o cumularla ad un'altra più grave.

<sup>328</sup> Sono le medesime per la violazione delle prescrizioni della detenzione domiciliare speciale ai sensi dell'art. 47-quinquies comma VI.



## VI. Considerazioni finali e prospettive *de iure*

Dopo l'analisi della disciplina e dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, si passa ad una critica conclusiva più articolata e complessa.

Essa ha ad oggetto due profili distinti, ossia l'evasione (propria) e la sua criminalizzazione; e le criticità della disciplina delle evasioni improprie, in particolare dell'evasione cd. domiciliare.

Come già illustrato, si ritiene opportuno considerare l'evasione propria, quella che ha come presupposto ontologico la privazione della libertà personale in senso prettamente custodiale, separatamente rispetto all'evasione dall'auto-custodia, proprio perché si tratta infatti di fattispecie profondamente diverse anche se accomunate dalla medesima sanzione penale.

### 6.1. Perché l'evasione semplice non dovrebbe essere un reato

*Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade, è punito con la reclusione da uno a tre anni.*

L'evasione cd. propria così codificata nel 1930 ha preso una "piega fascista" se così si può dire.

Parte della dottrina infatti riconosce che si tratta di un delitto che ha effettivamente subito l'influenza del nuovo concetto di Stato e dei rapporti tra autorità e libertà, quelli propri del fascismo<sup>329</sup>.

La vena autoritaria del reato nella sua versione originaria è determinata dall'esplicitato intento del legislatore di garantire l'assoluto rispetto della giustizia

---

<sup>329</sup> R. ISOTTON, *Brevi considerazioni in tema di "delitti di evasione" nel codice Rocco*, in *Il codice penale per il regno d'Italia (1930), Codice Rocco*, in S. VINCIGUERRA, *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, II, XXVIII, CEDAM, Padova, 2010, CXV ss.; A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 48-49.

per mezzo della sanzione penale, sanzionando la violazione del dovere di obbedienza del cittadino nei confronti dello Stato.

La giustizia intesa come forma di espressione dell'autorità dello Stato, la quale prevale su di ogni interesse di tipo individuale, dato che lo Stato stesso non è più concepito come espressione della somma degli individui che lo costituiscono, bensì come manifestazione di un potere che agisce autonomamente nel perseguimento dei suoi obiettivi, senza limiti imposti all'esigenza di salvaguardare la persona umana (quindi nemmeno della sua tendenza innata e irresistibile alla libertà)<sup>330</sup>.

Questo cambiamento, come osservato nel capitolo I, ha determinato l'emergere di una concezione secondo cui evadere sia un fatto penalmente rilevante a prescindere dalle modalità utilizzate per farlo, anche quando esse non siano dannose o pericolose; non è così invece la percezione del medesimo fatto prima del 1930, quando il disvalore della condotta è visto principalmente nella violenza od effrazione, quindi ponendo l'attenzione sulla modalità dell'azione più che sull'azione in sé.

La "nuova evasione" è coniata dal I comma dell'art. 385 c.p., il quale incrimina l'evasione escludendo la violenza personale e reale dagli elementi costitutivi della fattispecie; ciò determina un apparentemente piccolo cambiamento delle sembianze dell'incriminazione rispetto a come figuravano durante la vigenza del codice Zanardelli, ossia l'incriminazione dell'evasione cd. semplice, sul presupposto che anch'essa costituisce un attentato all'autorità dello Stato.

La rilevanza penale dell'evasione *sine vi* e conseguentemente dell'evasione in quanto tale non è compatibile invece con il diritto penale liberale<sup>331</sup> in nome del concetto fondamentale di *bene giuridico* o di interesse protetto all'interno della teoria del reato, il quale vieta la criminalizzazione della mera disobbedienza in virtù della concezione utilitaristica del diritto penale<sup>332</sup>.

Il Codice Zanardelli infatti attraverso gli artt. 226 e 227 non colpisce la pura condotta evasiva, il fatto di aver disobbedito al provvedimento di condanna o cautelare, bensì incrimina l'evasione soltanto se commessa "*usando violenza verso le persone o*

---

<sup>330</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017, 25.

<sup>331</sup> M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, 589.

<sup>332</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, 2017, 5.

*mediante rottura*”, quale condotta effettivamente offensiva di molteplici interessi meritevoli della tutela penale<sup>333</sup>.

Alla concezione liberale del diritto penale e del reato si aggiunge il riconoscimento dell’irreprimibile ed innata tendenza dell’uomo alla ricerca della propria libertà, la quale impedirebbe di sanzionare penalmente coloro che hanno deciso di seguirla essendo la stessa una prerogativa dell’essere umano, salvo i casi in cui il perseguimento della libertà si realizza in modo violento, dato che quest’ultimo mette effettivamente in pericolo e/o lede beni ed interessi giuridici meritevoli della tutela penale.

Al contrario la Scuola di Kiel (corrente dottrinale vicina al nazional-socialismo) considera il bene giuridico come incompatibile ai principi del nazional-socialismo; Il disvalore sta nel solo fatto di aver disobbedito alla norma, a prescindere dal suo contenuto e il limite garantista del bene giuridico viene svalutato. Conformemente il reato come violazione di un dovere di obbedienza all’Autorità ha preso il posto del reato offensivo<sup>334</sup>, legittimando così il reato di evasione come configurato nel ’30.

Il risultato è la codificazione nel 1930 del delitto di l’evasione commesso con violenza o rottura, proprio come in vigore dello Zanardelli anche se con un’indole diversa, affiancato dall’evasione semplice, ovvero da un delitto di mera disobbedienza.

Così strutturata la norma non poteva sopravvivere al vaglio della Costituzione, entrata in vigore diciotto anni dopo.

La ragione è che quest’ultima ha sostanzialmente ristabilito dei limiti di matrice liberale e garantista alle scelte di politica criminale del legislatore. Conseguenza di ciò è che la sanzione più gravosa di cui l’ordinamento dispone può essere utilizzata dal legislatore soltanto per fattispecie incriminatrici poste a tutela di beni giuridici meritevoli della tutela penale, in modo da garantire il rispetto del principio di offensività del reato in astratto<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939, 300 ss.; A. ZERBOGLIO, *Delitti contro la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia*, in A. ZERBOGLIO, E. FLORIAN, A. POZZOLINI, P. VIAZZI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, Dott. F. Vallardi, Milano, 1902, 442.

<sup>334</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, 2017, 5 ss.

<sup>335</sup> Il principio di offensività in astratto gode di copertura costituzionale sulla base del combinato disposto degli artt. 25 comma II e 27 comma III, in virtù del quale se la pena intervenisse per sanzionare fatti che non offendono alcun bene giuridico, la sua funzione sarebbe ridotta o alla pura

La Corte costituzionale, pur avendo riconosciuto il rango costituzionale del principio<sup>336</sup> ed essendosi presa il compito di accertarne il rispetto<sup>337</sup>, è stata più che parsimoniosa nell'utilizzo del principio, tanto che nemmeno l'evasione è stata censurata in suo nome.

Dato che nemmeno il legislatore negli anni successivi è intervenuto in tal senso, il rispetto del principio costituzionale sopra indicato è perseguito dagli interpreti, soprattutto dalla dottrina, i quali interpretano la norma penale adeguando, per come possibile, il bene tutelato dalla stessa al dettato costituzionale, in modo tale da salvarla dall'illegittimità costituzionale.

La tecnica utilizzata è quella che parte dall'individuazione di un nuovo oggetto della tutela penale realizzata dall'art. 385 c.p.

Quest'ultimo è identificato nelle specifiche funzioni che l'ordinamento persegue attraverso la restrizione della libertà personale violata con l'evasione (sia essa a titolo cautelare o di condanna definitiva), scardinando la fattispecie dalla concezione puramente formale della ribellione alla decisione dell'autorità giudiziaria<sup>338</sup>.

L'individuazione del bene giuridico infatti non è una questione meramente dogmatica relativa alla classificazione dei reati, bensì uno strumento di politica criminale e di limitazione garantista dell'intervento penale stesso<sup>339</sup>.

Sicuramente il rinnovato bene giuridico tutelato per mezzo della criminalizzazione dell'evasione è stato fondamentale ai fini dell'immediata sopravvivenza del reato all'interno del quadro giuridico post-costituzionale; con sguardo più attento e critico però ci si chiede se si possa ancora pacificamente accettare questa soluzione "salvifica".

Che l'oggetto della tutela di cui all'art. 385 c.p. sia la funzione del provvedimento ha un certo senso logico, ma risulta contraddittorio dal punto di vista sistematico, perché le stesse identiche funzioni non sono penalmente tutelate<sup>340</sup> quando la condotta che le

---

retribuzione della volontà di disobbedire o alla prevenzione di meri stati sintomatici di pericolosità sociale, in contrasto con la distinzione tra pene e misure di sicurezza. Per questo motivo il riferimento al "fatto" di cui all'art. 25 comma II C deve essere inteso come "fatto offensivo", proprio perché solo la repressione di un fatto offensivo evita che la pena si traduca in una mera retribuzione del male arrecato o in una misura di prevenzione.

<sup>336</sup> C. cost., 24.07.1995, n. 360.

<sup>337</sup> C. cost., 11.07.2000, n. 263.

<sup>338</sup> P. PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, UTET, Torino 1990, 431-432.

<sup>339</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, 2017, 31.

<sup>340</sup> Nel senso che non vi è una fattispecie incriminatrice corrispondente. Vi sono invece conseguenze penali ma di altro tipo, come ad esempio quelle derivanti dal dettato dell'art. 296 c.p.p.

elude viene realizzata prima che la restrizione personale sia materialmente eseguita<sup>341</sup>. In tal senso potremmo sottoporre il comma I dell'articolo 385 c.p. al vaglio del principio di ragionevolezza e di uguaglianza formale *ex art. 3* della Costituzione.

Se il provvedimento restrittivo viene tutelato a garanzia delle sue funzioni, risulta irragionevole se non addirittura arbitrario decidere che la tutela penale intervenga solo in determinate circostanze e si fermi invece innanzi alla “*incoercibilità di fatto della prestazione*”, ossia quando la forza pubblica non è ancora riuscita ad imporsi fisicamente sul destinatario del provvedimento tutelato<sup>342</sup>.

Questo aspetto crea senz'altro incoerenza all'interno del sistema volto alla tutela della condanna penale e degli altri provvedimenti inclusi in via interpretativa; a questo punto ci si chiede quale possa essere la soluzione per stabilire un ragionevole equilibrio della disciplina.

Si prospettano diverse soluzioni.

Una è quella di colpire le condotte non incriminate aumentando quindi l'area del penalmente rilevante<sup>343</sup>.

L'altra, di segno opposto, è quella di lasciare che lo scopo del provvedimento limitativo della libertà personale sia tutelate in sede extra-penale, in via endo-procedimentale; essenzialmente tramite l'articolo 58-quater dell'ordinamento penitenziario e l'art. 276 c.p.p., i quali prescrivono ulteriori conseguenze afflittive in aggiunta a quelle derivanti dall'inizio di un nuovo processo penale, e in seconda battuta tramite disposizioni di legge quali l'art. 133 comma II c.p., l'art. 61 n. 6 c.p. e l'art. 576 n. 3 c.p.)<sup>344</sup>.

La prima soluzione è quella sfavorita, il motivo è che si concretizzerebbe nella necessità di codificare nuove fattispecie di reato, in contrasto con il principio del diritto penale come *extrema ratio* (e non come unica *ratio*) e del diritto penale minimo<sup>345</sup>; inoltre essa non risolverebbe il dubbio circa l'effettiva validità della rilettura dell'evasione dal punto di vista del bene giuridico tutelato, dato che la

---

<sup>341</sup> P. PISA, 1990, 431.

<sup>342</sup> D. BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. Giur. umbra*, 2000, 430.

<sup>343</sup> Sulla linea del cd. progetto Pagliaro, vedi D. BRUNELLI, 2000, 436.

<sup>344</sup> G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2019, 564.

<sup>345</sup> D. BRUNELLI, 2000, 430.



provenienza processuale dell'oggetto da tutelare è già di per sé una valida fonte di tutela della decisione stessa.

D'altro canto, in questo modo verrebbe completato l'intento originario del legislatore del '30 che però *“ha soltanto timidamente attuato”*<sup>346</sup>, ossia la codificazione di una tutela onnicomprensiva dell'imperatività del provvedimento di condanna penale.

Meditando sulla seconda, si afferma che la stessa possa articolarsi in più modi, ossia eliminando *in toto* l'evasione dal catalogo dei reati e quindi lasciare che la violenza e l'effrazione siano puniti come reati quali il sequestro di persona (art. 605 c.p.), le lesioni personali (art. 582 c.p.), il danneggiamento (art. 635 c.p.) ad esempio; oppure, e questa pare la soluzione più convincente, attraverso l'abrogazione del solo comma I dell'art. 385 c.p. ossia dell'evasione semplice, mantenendo il reato solamente nella forma qualificata purché offensiva di beni giuridici meritevoli di tutela penale, proprio come disponeva il codice Zanardelli<sup>347</sup>.

A prima vista queste soluzioni possono sembrare azzardate, ma in realtà, se si guarda alle esperienze giuridiche precedenti ed anche ad alcune tutt'oggi vigenti, si comprende come questa suggestione possa validamente essere considerata in vista di una prospettiva di riforma avente ad oggetto le sembianze del reato di evasione (propria).

Oltre al codice Zanardelli, di cui si è già parlato nel capitolo I, si offrono gli esempi del diritto penale tedesco<sup>348</sup> e svizzero<sup>349</sup>, i quali limitano la sanzione penale a fattispecie di evasione particolarmente qualificate da elementi di violenza e simili costitutivi del reato, senza i quali il comportamento (riconducibile all'evasione semplice) perde rilevanza penale, proprio come avveniva dal 1889 (se non prima) al 1930 in Italia<sup>350</sup>.

Questa soluzione ha in realtà una funzione ambivalente, nel senso che può essere considerata risolutiva anche di un altro importante interrogativo in materia. In risposta (negativa) anche ad un altro quesito importante. Sulla base del fatto che l'incriminazione dell'evasione semplice è pressoché un *unicum* non solo rispetto alle codificazioni penali moderne, ma anche nei confronti di una plurisecolare dottrina

---

<sup>346</sup> D. BRUNELLI, 2000, 437.

<sup>347</sup> D. BRUNELLI, 2000, 441.

<sup>348</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

<sup>349</sup> <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20153753>

<sup>350</sup> R. ISOTTON, 2010, CXXII.

penalistica che afferma le ragioni dell'impunità dell'evasione *sine vi*<sup>351</sup>, ci si chiede se l'evasione semplice e l'atto di evadere scardinato dalla modalità esecutiva utilizzata siano effettivamente meritevoli di essere sanzionati penalmente.

La risposta del legislatore penale tedesco, svizzero e dei codificatori del 1889 sarebbe senz'altro di segno negativo, ed è proprio in tal senso che la presente tesi prosegue il suo sviluppo a favore della soluzione di riforma sopra indicata.

Il fatto che ordinamenti giuridici piuttosto vicini alla nostra tradizione giuridica, come quello svizzero ma soprattutto l'ordinamento tedesco, non incriminano l'evasione semplice e il fatto evasivo in sé fa pensare; ancor più quando si nota che la Germania stabilisce esplicitamente che il fondamento giustificativo dell'intervento penale è il bene giuridico<sup>352</sup>, proprio come avveniva in epoca liberale e come avviene tutt'oggi nel nostro ordinamento.

Può la funzione retributiva, preventiva, risocializzante essere considerata un bene giuridico meritevole della tutela penale e quindi salvare la sanzione penale che colpisce anche l'evasione semplice?

Tale dubbio non sorge solo nella presente sede, bensì anche nello studio del dott. R. Isotton sui *delitti di evasione nel codice Rocco*<sup>353</sup>, e nella rilettura della tutela pena delle decisioni giudiziali del professor D. Brunelli<sup>354</sup>; in entrambi i casi si conclude a favore della depenalizzazione dell'evasione semplice in nome della coerenza e dell'efficacia del sistema che questo cambiamento può determinare. Brunelli infatti non mette in discussione la legittimità di una tutela degli interessi coinvolti in una decisione giudiziale, bensì la legittimità del ricorso a fattispecie criminose incentrate su di una condotta di mera inosservanza, essendo queste ultime in contrasto con “*il concetto di reato come offesa ad un bene giuridico*”<sup>355</sup>.

Al fine di aumentare la solidità della base argomentativa su cui si fonda la proposta di depenalizzazione dell'evasione di cui al comma I dell'articolo 385 c.p., di seguito si offrono delle osservazioni a riguardo riconducibili ai due ordinamenti vigenti citati ove l'evasione semplice non è inclusa nel novero delle fattispecie di reato.

---

<sup>351</sup> R. ISOTTON, 2010, CXV ss.

<sup>352</sup> § 2 *Alternativ-Entwurf* (§2 del progetto alternativo di codice penale tedesco del 1966).

<sup>353</sup> R. ISOTTON, 2010, CXV ss.

<sup>354</sup> D. BRUNELLI, 2000, 427 ss.

<sup>355</sup> D. BRUNELLI, 2000, 438.

6.1.1. *L'ordinamento svizzero: la conferma della non punibilità dell'evasione semplice*

Sul piano del diritto positivo sono tre le disposizioni che il codice penale svizzero (1942)<sup>356</sup> dedica al fenomeno dell'evasione. L'articolo 310 c.p. (liberazione di detenuti) a norma del quale è punibile chiunque libera detenuti o li aiuta nell'evasione; l'art. 311 c.p. (ammutinamento di detenuti), che punisce i detenuti che evadono dal carcere nell'ambito di un ammutinamento violento dettagliatamente qualificato; e l'art. 319 c.p. (aiuto all'evasione di detenuti) destinato invece al funzionario che presta aiuto nell'evasione di un detenuto (o arrestato) o semplicemente "lo lascia evadere".

Si può facilmente concludere che rimane immune dalla sanzione penale chi evade autonomamente, tanto che una volta ricatturato costui non deve temere l'applicazione di alcuna sanzione penale.

A tal proposito nel 2015 è stata depositata una mozione (n. 15.3753) presso il Consiglio nazionale al fine di presentare al Parlamento una modifica del codice penale che garantisca la punibilità dell'evasione dal carcere (o da altro stabilimento) anche nelle forme diversamente qualificate rispetto a quella di cui all'art. 311 c.p., tra le quali anche la cd. evasione semplice.

I proponenti ritengono che sanzionando l'evasione dal carcere si otterrebbe un effetto dissuasivo e deterrente maggiore rispetto a quello che i detenuti subiscono in virtù del rischio di un inasprimento delle condizioni detentive e delle possibili ripercussioni sulla durata della pena residua.

Il Consiglio federale<sup>357</sup> però non reputa necessario legiferare ulteriormente sul tema e propone di respingere la mozione perché *"il divieto di evasione chiesto dall'autore della mozione è contrario al principio riconosciuto secondo cui l'auto-favoreggiamento non è di per sé punibile. Questo principio contraddistingue tutta la procedura penale e comporta, ad esempio, che nessuno è obbligato ad autoincriminarsi (il cd. principio nemo tenetur se detegere)"*.

---

<sup>356</sup> Anche *Code pénal* (in francese) o *Strafgesetzbuch* (in tedesco).

<sup>357</sup> Incaricato di presentare al Parlamento una modifica del codice penale che stabilisca la punibilità dell'evasione dal carcere; parere del Consiglio federale del 26.08.2015.

Sottolinea inoltre che l'evasione di un detenuto non è di per sé punibile a titolo di reato ma non resta priva di conseguenze sanzionatorie, infatti l'evaso corre il rischio di perdere eventuali agevolazioni durante l'esecuzione, di non beneficiare della liberazione condizionale, e di subire sanzioni di tipo disciplinare. Il Consiglio federale precisa poi che quando durante l'evasione l'agente ferisce delle persone o le sottopone a coercizione, o danneggia cose, allora la condotta può essere punita a titolo di ammutinamento (art. 311 c.p.)<sup>358</sup>, oppure di danneggiamento (art. 144 c.p.)<sup>359</sup> o coazione (art. 181 c.p.)<sup>360</sup>. Conclude richiamando le statistiche dell'ufficio federale di statistica (UST), le quali indicano che negli anni 2012 e 2013 i casi di evasione (propria) sono stati all'incirca una ventina, a dimostrazione dell'efficacia del sistema sanzionatorio vigente<sup>361</sup>.

Il diritto penale svizzero quindi sanziona l'evasione sulla base del divieto di applicare una pena alle condotte di auto-favoreggiamento, in virtù del quale ancora oggi rileva solamente la forma qualificata dell'ammutinamento, ossia dell'evasione violenta e commessa in concerto da detenuti assembrati.

In tutti gli altri casi l'evasione è di per sé un fatto penalmente non rilevante, sia nella forma semplice che nella forma qualificata diversa da quella descritta dall'art. 311 c.p.; essa infatti o rimane impunita, oppure quando accompagnata da condotte violente sono proprio queste ultime ad essere colpite dalla sanzione penale a titolo dei reati corrispondenti, siano essi di violenza reale o personale, lasciando escluso

---

<sup>358</sup> 1. I detenuti o le persone collocate in uno stabilimento per decisione dell'autorità, che si assembrano per aggredire di concerto i funzionari dello stabilimento od altre persone incaricate della sorveglianza, per costringere con violenza o con minaccia di violenza i funzionari dello stabilimento od altre persone incaricate della sorveglianza a fare o ad omettere un atto, per evadere violentemente, sono puniti con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria non inferiore a 30 aliquote giornaliere.

2. I compartecipi, che hanno commesso atti di violenza contro le persone o le cose, sono puniti con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria non inferiore a 90 aliquote giornaliere.

<sup>359</sup> 1. Chiunque deteriora, distrugge o rende inservibile una cosa altrui, o su cui grava un diritto d'uso o d'usufrutto a favore di altri, è punito, a querela di parte, con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2. Se il colpevole ha perpetrato il danneggiamento in occasione di un pubblico assembramento, si procede d'ufficio.

3. Il giudice può pronunciare una pena detentiva da uno a cinque anni se il colpevole ha cagionato un danno considerevole. Il perseguimento ha luogo d'ufficio.

<sup>360</sup> Chiunque, usando violenza o minaccia di grave danno contro una persona, o intralciando in altro modo la libertà d'agire di lei, la costringe a fare, omettere o tollerare un atto, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

<sup>361</sup> <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20153753>

dal penalmente rilevante l'aspetto strettamente relativo alla riacquisizione della libertà.

### 6.1.2. *L'ordinamento tedesco: l'evasione come condotta di "auto-beneficio"*

Singolare è che all'interno del codice penale tedesco (1872)<sup>362</sup> non si trova una sezione corrispondente al Titolo III della parte speciale del codice penale italiano dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia; d'altra parte il diritto penale tedesco prevede delle fattispecie criminose che, seppur classificate diversamente in base al bene giuridico tutelato, sono riconducibili ad alcune fattispecie che il codice Rocco ha collocato sotto il nome di delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie.

Nella sezione sesta dello StGB, dedicata ai delitti di "Resistenza all'autorità dello Stato", figurano il § 120<sup>363</sup> incriminante la procurata evasione, destinato a chi determina la liberazione di un detenuto, e il §121<sup>364</sup> che colpisce invece l'ammutinamento di detenuti, un'evasione plurisoggettiva in cui i detenuti uniscono le forze e agiscono in concerto.

È assente, proprio come nello StGB svizzero, una disposizione riconducibile al I comma dell'art. 385 c.p.; questa mancanza testimonia l'avvenuta valutazione di inopportunità di sanzionare penalmente l'atto di riacquisizione della libertà personale, ossia l'evasione in sé, sia essa semplice o qualificata diversamente rispetto a quella di cui al § 121. Anche qui le conseguenze penali in capo all'evaso derivano dal comportamento violento o minaccioso eventualmente posto in essere per evadere, e non dall'ottenimento illegittimo della libertà personale<sup>365</sup>.

Quest'assunto viene ribadito nel 2019 dai servizi scientifici del Bundestag tedesco essendo stati interpellati proprio in materia di *autoliberazione dei detenuti*<sup>366</sup>. Dopo

---

<sup>362</sup> *Strafgesetzbuch* (in tedesco), abbreviato in *StGB*.

<sup>363</sup> § 120 *Gefangenenbefreiung* (liberazione di detenuti), link: [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_\\_\\_120.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20\(StGB\),Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft.](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___120.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20(StGB),Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft.)

<sup>364</sup> § 121 *Gefangenenmeuterei* (Ammutinamento dei prigionieri), link: [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_\\_\\_121.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___121.html)

<sup>365</sup> G. FORNASARI, *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza giuridica tedesca*, in *Indice penale*, Gennaio-Aprile 2002, CEDAM, 829 ss.

<sup>366</sup> *Deutscher Bundestag Wissenschaftliche Dienste Ausarbeitung WD 7 - 3000 - 053/19, Zur Strafbarkeit der Gefangenenelbstbefreiung* (Servizi scientifici del Bundestag tedesco, elaborazione WD 7 - 3000 - 053/19, *Sulla punibilità dell'autoliberazione dei detenuti*), link: <https://www.bundestag.de/analysen>.

aver precisato l'oggetto della pronuncia<sup>367</sup> i servizi affermano che “*Chiunque commetta (ulteriori) reati nel corso dell'autoliberazione di un detenuto è perseguibile per tali reati*”.

Da quest'affermazione risulta ben chiaro che *L'autoliberazione forzata dei detenuti* ha rilevanza penale solo e soltanto in relazione ai reati perpetrati<sup>368</sup>, ma non anche in relazione all'evasione strettamente intesa, la quale nella forma monosoggettiva sostanzialmente non è un reato<sup>369</sup>; invece *l'autoliberazione non violenta dei detenuti* non costituisce un reato punibile. In questi termini l'evasione (semplice) di cui all'articolo comma I 385 c.p. non trova un corrispondente nemmeno nel codice penale tedesco, il quale stabilisce che al detenuto non può essere attribuito il reato per aver provveduto alla propria liberazione (salvo che la stessa sia avvenuta nelle forme di cui al § 121)<sup>370 371</sup>.

I servizi scientifici del *Bundestag* indicano come base legale della disciplina il comma V del § 258 StGB (ostruzione della pena)<sup>372</sup>, il quale dispone che “*Non è punito per eludere la punizione chi, commettendo il fatto, intenda impedirsi di essere punito o sottoposto a misura, o di farsi comminare, in tutto o in parte, una punizione o un provvedimento*”<sup>373</sup>.

Per cui la condotta di “ostruzione la pena” non comporta alcuna pena nei confronti dell'intento di trarre vantaggio a sé stessi. La responsabilità penale per l'autoliberazione del detenuto è esclusa, a differenza di quella di chi intenzionalmente o consapevolmente impedisce, in tutto o in parte, che *un'altra persona* sia punita per

---

<sup>367</sup> *Gegenstand der Ausarbeitung sind die strafrechtlichen Sanktionen für den Fall, dass sich ein Gefangener selbst befreit, entweicht oder sich auf sonstige Weise dem staatlichen Gewahrsam entzieht (im Folgenden: Gefangenenselbstbefreiung)*, (Oggetto del presente documento sono le sanzioni penali nel caso in cui un detenuto si liberi, evada o si sottragga in altro modo alla custodia dello Stato (d'ora in poi: autoliberazione del detenuto).

<sup>368</sup> Ad esempio: § 303 *Sachbeschädigung* (danni a cose); § 239 *Freiheitsberaubung* (privazione della libertà); § 223 *Körperverletzung* (danni fisici).

<sup>369</sup> Wienhausen, *Die Strafflosigkeit der Gefangenenselbstbefreiung*, Berlin 2012, 1; così anche Mayer, *Die Befreiung von Gefangenen*, Leipzig 1906, 12.

<sup>370</sup> Bosch, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 2017, § 120, n. 31.

<sup>371</sup> La Corte di giustizia federale precisa che addirittura è impunito l'atto dei detenuti che evadono insieme senza usare la forza, quando nel farlo si forniscono reciprocamente solo l'assistenza utile o ritenuta necessaria per la propria autoliberazione, Bundesgerichtshof (BGH), decisione del 20 luglio 1962, rif. 4 StR 485/61, NJW 1962, 2260.

<sup>372</sup> Servizi scientifici del Bundestag tedesco, 2019, 5.

<sup>373</sup> § 258 *Strafvereitelung* (ostruzione della pena) [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_258.html#:~:text=\(1\)%20Wer%20absichtlich%20oder%20wissentlich,Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft.](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_258.html#:~:text=(1)%20Wer%20absichtlich%20oder%20wissentlich,Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft.)

un fatto illecito o sottoposta a una misura ai sensi del diritto penale” ai sensi del comma I del § 258 stesso e del § 120 StGB.

Oltre il diritto vigente i Servizi richiamano le origini storiche dell’impunità dell’autoliberazione non violenta dei detenuti, affermando l’esistenza di una lunga tradizione orientata in tal senso<sup>374</sup> (proprio come l’Isotton rispetto all’esperienza giuridica “italiana”<sup>375</sup>), a partire dal diritto germanico<sup>376</sup>, per arrivare alla *Constitutio Criminalis Carolina* (1532, il primo codice penale generale del Sacro Romano Impero)<sup>377</sup> e al *Reichsstrafgesetzbuch* (Codice penale imperiale entrato in vigore nel 1872 ed ancora oggi applicato), tutti accomunati dall’impunità dell’autoliberazione non violenta dei prigionieri<sup>378</sup>.

Si precisa inoltre che la Corte suprema federale (BGH)<sup>379</sup> dopo la seconda guerra mondiale ha seguito la linea interpretativa assunta dalla Corte suprema del Reich (RG), la quale aveva affermato che l’impunità dell’autoliberazione del detenuto nel diritto penale tedesco si basava sul fatto che “*per ragioni umane, la legge riteneva di dover prendere in considerazione il desiderio di libertà di una persona*”<sup>380</sup>.

Fortemente rilevante è il fatto che in occasione della cd. “Grande riforma del diritto penale tedesco”<sup>381</sup> il principio in base al quale il comportamento derivante dal desiderio naturale di libertà dell’uomo non dovrebbe essere soggetto alla minaccia di una punizione è stato l’argomento fondante la bozza del 1962 nella parte in cui respinge il suggerimento di un’ulteriore estensione della punibilità all’autoliberazione dei detenuti<sup>382</sup>; nella stessa infatti si legge che si tratta di un principio radicato nella convinzione giuridica generale, motivo per cui non può essere ignorato<sup>383</sup>.

---

<sup>374</sup> Servizi scientifici del Bundestag tedesco, 2019, 6.

<sup>375</sup> R. ISOTTON, 2010, CXX ss.

<sup>376</sup> Wienhausen, *Die Strafflosigkeit der Gefangenenselbstbefreiung*, Berlino 2012, 19.

<sup>377</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Constitutio\\_Criminalis\\_Carolina](https://de.wikipedia.org/wiki/Constitutio_Criminalis_Carolina) ; R. ISOTTON, 2010, CXXIX.

<sup>378</sup> Servizi scientifici del Bundestag tedesco, 2019, 6.

<sup>379</sup> BGH, Beschluss vom 20. 07. 1962 - 4 StR 485/61 Az. 4 StR 485/61, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1962, 2260

<sup>380</sup> Reichsgericht (RG), sentenza del 29.11.1880 - 2826/80, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) 3, 140.

<sup>381</sup> *Große strafrechtsreform*, ossia la riorganizzazione fondamentale del Codice penale tedesco attuata nella Repubblica Federale tedesca negli anni '50 e '60.

Legge introduttiva al Codice penale (EGStGB) del 02.03.1974 (BGBl. I p. 469; 1975 I p. 1916; 1976 I p. 507), modificata da ultimo dall'art. 2 della legge dell'11.06.2017 (BGBl. I p. 1612), disponibile su: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgbeg/BJNR004690974.html>.

<sup>382</sup> Wienhausen, *Die Strafflosigkeit der Gefangenenselbstbefreiung*, Berlino 2012, 48.

<sup>383</sup> BT-Drucks. 04/650, 610, link: <http://dip21.bundestag.btg/dip21/btd/04/006/0400650.pdf>

Nella letteratura tedesca sulla regolamentazione dell'autoliberazione dei detenuti si legge che: "*Mentre un sistema penale di orientamento prevalentemente liberale, che tiene maggiormente conto degli interessi dell'individuo, tenderà a trattare con clemenza l'autoliberazione del detenuto, la penalizzazione dell'autoliberazione è inerente a un tratto autoritario del pensiero politico penale. (...) La formulazione concreta del § 120 StGB può quindi essere intesa come un impegno a favore di un sistema di giustizia penale umano e liberale*"<sup>384</sup>.

Questo assunto pare riassumere quanto si sta cercando di chiarire con la presente tesi. Ostendorf considera la norma di cui al §120 StGB come “*un’emanazione del principio dell’auto-beneficio*”<sup>385</sup>; è il rispetto della dignità umana, tutelata e garantita dal §1 comma I della Legge fondamentale (Grundgesetz)<sup>386</sup> a impedire che il naturale sforzo umano di evitare le sofferenze punitive possa diventare il punto di partenza per nuove punizioni<sup>387</sup>.

I *Servizi del Bundestag* affermano che le considerazioni storiche sull'esenzione dei detenuti dalle pene non possono essere ignorate, motivo per cui è stato ritenuto utile farvi un sintetico richiamo anche all'interno della presente scritto.

Quanto riportato è condivisibile limitatamente all'evasione cd. propria, infatti gli stessi Servizi precisano che il sistema penale è cambiato notevolmente per quanto riguarda gli istituti penitenziari, il diritto alla risocializzazione, l'uscita dal carcere, ecc. tale per cui in certi casi l'esenzione dei prigionieri dalla pena potrebbe far apparire dubbio un tale sistema penale<sup>388</sup>.

### 6.1.3. *La depenalizzazione dell'evasione semplice*

Alla fine di questi *excursus* si arriva alla conclusione.

Inizialmente ci si interrogava sulla ragionevolezza della disparità del trattamento giuridico della fuga precedente all'esecuzione materiale di un legittimo

---

<sup>384</sup> SHNELDER, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, Berlin 1991, 188.

<sup>385</sup> OSTENDORF, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Kommentar zum StGB*, 2017, § 120, n. 1.

<sup>386</sup> Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania nella versione adattata pubblicata nella Gazzetta ufficiale federale, parte III, sezione numero 1001, modificata da ultimo dall'articolo 1 della legge del 13 luglio 2017 (Gazzetta ufficiale federale I pag. 2347), disponibile all'indirizzo <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR00010949.html>.

<sup>387</sup> OSTENDORF, *Das Verbot einer strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Ahndung der Gefangenenselbstbefreiung*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2007, 313 (316).

<sup>388</sup> Servizi scientifici del Bundestag tedesco, 2019, 10.



provvedimento restrittivo della libertà personale rispetto a quella commessa successivamente all'impossessamento fisico del destinatario da parte del potere pubblico; come già osservato, il diritto vigente dispone che solo nel secondo caso l'agente commette un illecito penale vero e proprio, anche quando la fuga o il tentativo sono non violenti, in virtù dell'introduzione nel 1930 del reato di evasione anche nella forma cd. semplice.

Si tratta di una tutela irragionevolmente (se non arbitrariamente) parziale, che costituisce un ossimoro, come dice il professor Brunelli, dal momento che l'esigenza di tutela "o c'è o non c'è, mentre non è ammissibile una sua esistenza episodica e puntiforme"<sup>389</sup>.

L'incoerenza del sistema, dovuta al fatto che non sempre l'inosservanza del precetto giudiziale viene criminalizzata, è accompagnata dalla fragilità della legittimazione dell'incriminazione dell'evasione semplice e quindi dell'evasione in quanto tale, ossia a prescindere dalla modalità utilizzata nel realizzarla. Come sottolinea da anni la dottrina tale fragilità deriva dalle sembianze originarie del delitto in esame, incompatibili con i valori ed i principi che permeano il diritto penale a partire dall'entrata in vigore della Costituzione (*in primis* il principio di offensività del reato) le quali hanno infatti portato ad un adattamento costituzionalmente orientato dell'oggettività giuridica dell'evasione.

L'incoerenza del sistema volto alla tutela delle funzioni perseguite attraverso i provvedimenti tutelati per mezzo del delitto di evasione e il carattere forzato della soluzione interpretativa che fin ora ha consentito la sopravvivenza dell'articolo 385 (specialmente il comma I) possono essere considerati validi argomenti per l'apertura di un dibattito relativo all'eventualità di una modifica del contenuto normativo dell'articolo 385 c.p. o in generale dei tratti somatici del delitto di evasione propria.

Risolverebbe qualsiasi dubbio e tensione interpretativa relativamente all'effettiva offensività della condotta di evasione (propria), specialmente per quanto riguarda l'evasione semplice<sup>390</sup>, una soluzione ispirata ai principi illuministico-liberali che hanno determinato la disciplina del codice Zanardelli e i codici dei due ordinamenti stranieri richiamati.

---

<sup>389</sup> D. BRUNELLI, 2000, 429.

<sup>390</sup> Dato che non vi sono dubbi circa la potenzialità offensiva dell'evasione cd. qualificata.

Ciò che accomuna queste codificazioni e che le differenzia dall'evasione del codice Rocco è la scelta di codificare come reato solamente l'evasione qualificata, sia essa nella forma plurisoggettiva dell'ammutinamento violento (§121 StGB e art. 311 c.p. svizzero) o monosoggettiva (artt. 226 e 227 codice Zanardelli), e di lasciare spazio alle altre disposizioni del codice penale relativamente alla repressione di eventuali condotte violente perpetrate al fine di evadere.

Il richiamo comparatistico non vuole essere l'indicazione di una precisa soluzione, ma semplicemente l'offerta di ulteriori spunti riflessione e basi argomentative utili a chi abbia sensibilità tale da cogliere il problema prospettato e da tentare la prospettazione di una nuova soluzione.

A sostegno dell'opportunità di revisione del reato in esame si ribadisce che, nell'ambito dell'esperienza giuridica italiana, l'incriminazione del puro fatto evasivo (ed in generale la tutela penale del momento esecutivo del processo) è stata introdotta per la prima volta proprio dal codice Rocco<sup>391</sup>, un codice nato come fascista e successivamente adattato al dettato costituzionale talvolta solo per mezzo dell'interpretazione, proprio come è successo per l'articolo 385 c.p.

L'incriminazione della sola evasione qualificata risulta molto più conforme ai principi fondanti l'ordinamento giuridico vigente, i quali sono sostanzialmente i medesimi che hanno ispirato l'evasione del codice Zanardelli e che dopo il 1948 hanno iniziato nuovamente a caratterizzare in modo imperativo e cogente l'ordinamento italiano.

Si tratta di principi quali la possibilità di subordinare un interesse dello Stato a diritti e/o interessi individuali, in virtù del quale potrebbe trovare riconoscimento la naturale ed insopprimibile tendenza dell'essere umano alla riacquisizione della sua libertà; si tratta poi del fondamentale concetto di bene giuridico all'interno della teoria generale del reato e del connesso principio di offensività in astratto del reato, i quali rappresentano il limite fondamentale alla discrezionalità del legislatore penale; ed ancora il bene costituzionale della dignità umana, il cui rispetto impedirebbe la criminalizzazione del cd. auto-beneficio<sup>392</sup> od auto-favoreggiamento; particolarmente convincente è il corollario del principio di offensività del cd. diritto penale del fatto e non d'autore, sulla base del quale sarebbe illegittimo sanzionare penalmente chi

---

<sup>391</sup> D. BRUNELLI, 2000, 427.

<sup>392</sup> OSTENDORF, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Kommentar zum StGB*, 2017, § 120, n. 1.

fugge da una restrizione personale materialmente realizzata per questo solo fatto ed escludere chi invece fugge senza aver ancora subito l'apprensione fisica da parte del potere pubblico; senza dubbio il principio del *nemo tenetur se detegere* rientra nell'alveo dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano tale per cui ci si chiede perché non potrebbe anch'esso essere considerato per argomentare l'esclusione della pena per l'evasione semplice.

Se non bastasse, l'Isotton ha opportunamente sottolineato come l'incriminazione dell'evasione in quanto tale sia sostanzialmente un unicum anche nell'ambito del diritto penale preunitario, tale per cui, salvo il Codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819 e il codice giuseppino del 1787, fino al 1930 non sembra accolta in altra codificazione la soluzione adottata dai due codici sopraindicati<sup>393</sup>; a suo dire, anche rispetto al diritto romano<sup>394</sup>, il quale puniva con l'estremo supplizio l'evasione con effrazione<sup>395</sup>.

Lo stesso Zerboglio mette in luce che la legge penale dei codici precedenti all'unificazione non puniscono colui che evade, il quale sarà reo dei delitti perpetrati per evadere, ma comminano le pene al custode ed ai terzi che hanno agevolato o determinato l'evasione dei detenuti<sup>396</sup>.

È importante tener presente che l'ipotetica esclusione dell'evasione semplice dal catalogo dei delitti previsti dal codice penale italiano, non lascerebbe la suddetta condotta priva di conseguenze giuridiche, proprio come ha precisato il Consiglio Federale della Svizzera nel respingere la mozione sopra indicata.

Con questo si precisa che la presente non intende mettere in discussione l'opportunità di tutelare gli interessi coinvolti nell'esecuzione della pena o della misura cautelare, bensì il modo con cui la tutela si realizza.

Si ritiene opportuna una "ritirata del diritto penale"<sup>397</sup> a favore di quegli strumenti che determinano l'alterazione fattuale delle condizioni dell'evaso. Tra di essi emerge l'art. 58-quater o.p., che dispone il divieto triennale di concessione di alcuni benefici penitenziari destinato a color che sono riconosciuti colpevoli di *una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 c.p.*, quali l'assegnazione del lavoro all'esterno, i

---

<sup>393</sup> R. ISOTTON, 2010, CXX ss.

<sup>394</sup> R. ISOTTON, 2010, CXXXV.

<sup>395</sup> A. ZERBOGLIO, 1902, 437.

<sup>396</sup> A. ZERBOGLIO, 1902, 446.

<sup>397</sup> D. BRUNELLI, 2000, 440.

permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Questa soluzione comporta l'inevitabile conseguenza della depenalizzazione dell'evasione commessa senza alcuna modalità violenta, proprio perché chi pone in essere la condotta di violazione del mero *patti* non sembra meritevole di subire la sanzione penale<sup>398</sup>.

Da una prospettiva più cauta si può immaginare che l'evasione semplice sia decriminalizzata solo in riferimento all'evasione del condannato, lasciando la rilevanza penale all'evasione dell'imputato in virtù della tutela delle esigenze cautelari, la cui frustrazione è senz'altro più dannosa o pericolosa rispetto a quella delle funzioni proprio della pena detentiva dato che può colpire l'andamento e le risultanze del processo. Soluzione appetibile se si considera insufficiente la forza deterrente e punitiva del I comma dell'art. 276 c.p.p. (provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte durante la misura cautelare), il quale stabilisce la possibilità per il giudice di disporre la sostituzione o il cumulo della misura cautelare con un'altra più grave<sup>399</sup>.

Guardano la disciplina dei delitti di evasione da una prospettiva più ampia è possibile affermare inoltre che in qualche modo anche il legislatore pensa che chi evade non sia così tanto rimproverabile, dando una certa riconoscenza all'istinto di chi cerca di recuperare la propria libertà compromessa dall'esecuzione penitenziaria; infatti la pena inizialmente prevista dal codice era di massimo sei mesi e l'art. 386 c.p. stabilisce per l'*estraneus* che procura l'evasione una pena molto di più alta rispetto a quella destinata all'evaso<sup>400</sup>. Inoltre, anche l'inosservanza di pena pecuniaria è punita con pena più alta (da 6 mesi a 3 anni) nonostante l'evasione sia posta a tutela del più grave provvedimento sanzionatorio previsto dall'ordinamento<sup>401</sup>.

Dopo tutte queste osservazioni pare lecito proporre al lettore il seguente quesito: è fondata e legittima la scelta assunta dal codice Rocco di punire con la sanzione penale la risposta alla naturale tendenza dell'uomo alla libertà?

---

<sup>398</sup> D. BRUNELLI, 2000, 441.

<sup>399</sup> P. PISA, 1990, 431.

<sup>400</sup> D. BRUNELLI, 2000, 429.

<sup>401</sup> L. SCOPINARO, 2009, 320; P. PISA, 1990, 431.

## **6.2. Il deficit di tipicità come causa di un'interpretazione ai limiti della legittimità costituzionale**

L'altro tema su cui ci si è soffermati è la grande *genus* dell'evasione impropria. L'aspetto che si ritiene meritevole di ulteriore riflessione è la scelta del legislatore di colpire le condotte ad essa riconducibili per mezzo della medesima sanzione che il I comma dell'art. 385 c.p. destina all'evasione propria (ossia l'evasione dal carcere e quella dal cd. luogo aperto), senza alcuna differenziazione, salvo il limite delle dodici ore posto nell'interesse del minore (V, § 5.3.2.) e caratterizzante le evasioni omissive.

La scelta dell'unitarietà e semplificazione è stata opportunamente definita da molti come connotata da pigrizia se non addirittura non curanza.

Questi giudizi partono dalla considerazione del fatto che al mutamento del contenuto della condanna penale non ha fatto seguito un corrispondente adattamento normativo della tutela (penale) della condanna stessa.

La riforma dell'ordinamento penitenziario del '75 ha infatti dato inizio ad uno sviluppo di stampo risocializzante in virtù del quale la pena non si riduce più soltanto nella mera soggezione passiva del destinatario, bensì presuppone dei momenti in cui l'esecuzione avviene all'esterno del perimetro penitenziario. In tale frangente l'ordinamento richiede una certa collaborazione al condannato, il quale è tenuto a rispettare precise prescrizioni imperative di fare e di non fare in vista della sua stessa rieducazione<sup>402</sup>.

L'indole teleologica di matrice responsabilizzante e risocializzante delle nuove misure trattamentali è il motivo per cui si dubita della scelta assunta dal legislatore.

Ci si chiede cioè se sia ragionevole ed efficiente che provvedimenti disponenti misure extra-murarie, siano tutelati per mezzo della medesima sanzione destinata all'evasione tradizionalmente intesa, ossia da uno stato puramente custodiale, più semplicemente se sia condivisibile l'equiparazione dell'evasione propria all'evasione impropria.

---

<sup>402</sup> D. BRUNELLI, 2000, 431- 432.

I dubbi a riguardo sono legittimi se si pensa al fatto che la violazione di tali misure determina la commissione di un illecito dai presupposti e dalla condotta non assimilabili a quella di cui al comma I dell'art. 385 c.p., tanto che alcuni, in riferimento all'evasione domiciliare, l'hanno definita addirittura meno grave rispetto all'evasione dal carcere.

Così il Pretore di Salò (1985) e il Pretore di Catania (1994) i quali sono però stati smentiti dalla Corte costituzionale, la quale pur riconoscendo che i provvedimenti violati dalla condotta di evasione impropria sono dotati di una portata restrittiva più blanda e che tale condotta è potenzialmente meno pericolosa e/o dannosa, ha giudicato non irragionevole l'estensione della pena di cui al I comma dell'art. 385 c.p.

Il giudizio della Consulta vuole che l'evasione propria e quella impropria siano connotate dalla medesima gravità (anche se derivante da fattori diversi), nel senso che l'apparente minor gravità dell'evasione impropria in realtà non sussiste in virtù del tradimento della fiducia accordata al beneficiario della misura alternativa o del beneficio penitenziario<sup>403</sup>.

Il punto di vista della Corte costituzionale è condivisibile se non fosse che la giurisprudenza di merito e di legittimità interpreta l'evasione domiciliare in modo discutibile dal punto di vista del principio di offensività del reato in concreto, con l'effetto di destinare la sanzione di cui al I comma dell'art. 385 c.p. a condotte che sono effettivamente meno gravi e rimproverabili rispetto alla condotta ad esso riconducibile. L'errore perpetrato sta nel giudicare la condotta di *allontanamento* integrata anche dalla semplice *uscita* dall'abitazione. Si tratta di un "errore" in quanto il risultato di questa interpretazione consiste nell'introduzione di una fattispecie reato di mera disobbedienza, e quindi l'imputazione di un delitto per il solo fatto di non aver adempiuto alle prescrizioni di un provvedimento dell'Autorità, assolutamente incompatibile con i valori liberali caratterizzanti il diritto penale post-costituzionale.

Il degenero di tale indirizzo interpretativo è il risultato dell'aspetto probabilmente più criticabile della disciplina, che non è il carattere unitario della stessa, bensì

---

<sup>403</sup> C. cost., ord. 17.07.1995, n.332, in *Cass. Pen.*, 1996, 12, 13; così anche: C. cost., 17.12.1997, n. 406, in *giurcost.org*.

l'eccessiva genericità della descrizione della condotta nei termini di *allontanamento* dal luogo della detenzione o degli arresti domiciliari.

La scarsa tipicità della condotta ha sfociato in un'applicazione giurisprudenziale molto rigida e prettamente formale tale da sanzionare a titolo di reato condotte in concreto inoffensive, esempio per tutti il caso in cui è stata affermata la responsabilità penale nei confronti del condannato che ha ritirato la posta dalla cassetta delle lettere nella scala condominiale.

Nell'ambito dell'evasione domiciliare si può dire che il rimprovero principale nei confronti del legislatore sia quello che Brunelli chiama *deficit* di tipicità della condotta<sup>404</sup>.

Probabilmente l'intenzione originaria era quella di lasciare ai giudici la possibilità di adattare al meglio la legge alla realtà dei fatti concreti, sfortunatamente il risultato ottenuto è un'applicazione eccessivamente rigorosa e generalizzata della sanzione di cui al I comma dell'art. 385 c.p.

La condivisibile critica della dottrina maggioritaria muove dalla preoccupazione di un utilizzo inopportuno della sanzione penale; si tratta pur sempre della sanzione più gravosa di cui l'ordinamento giuridico dispone, la quale non deve essere comminata come fosse l'unica che quest'ultimo mette a disposizione.

Sono infatti altrettanto afflittive ed efficaci le sanzioni endo-procedimentali di cui agli artt. 58-quater dell'ordinamento penitenziario e 276 c.p.p., delle quali la giurisprudenza non dovrebbe dimenticare, riservando l'applicazione della pena ai casi effettivamente meritevoli di essere puniti a titolo di reato.

Da questa prospettiva è possibile indirizzare la critica non tanto all'unicità della sanzione penale, la quale potrebbe essere stemperata da un'applicazione più parsimoniosa da parte dei giudici, bensì alla genericità dei termini utilizzati nel descrivere la condotta di evasione domiciliare.

La tendenza applicativa inopportuna formale descritta nel capitolo V costituisce il fallimento del tentativo di affidare ai giudici il compito di calibrare al meglio la portata della sanzione penale di cui al comma I dell'articolo 385 c.p.

La prassi applicativa infatti mostra che la giurisprudenza si sia dimenticata dell'efficacia delle sanzioni endo-procedimentali, alle quali non viene lasciato il

---

<sup>404</sup> D. BRUNELLI, 2000, 434.

giusto margine applicativo in contrasto con il principio del diritto penale minimo e dell'offensività in concreto.

Il monito è indirizzato *in primis* alla giurisprudenza, la quale ha il potere di cambiare le sorti della disciplina abbandonando quella consolidata tendenza che porta ancora oggi ad intendere l'evasione domiciliare come la pura inosservanza di un precetto dell'Autorità pubblica.

La dottrina suggerisce di limitare il reato alle condotte di allontanamento ove sia realizzato un apprezzabile distacco dal luogo della detenzione o degli arresti domiciliari o del lavoro all'esterno<sup>405</sup>.

Da escludere invece è la soluzione<sup>406</sup> di convertire il dolo generico in dolo specifico dando rilevanza al cd. *animus revertendi*<sup>407</sup>.

Una lettura ancora più evoluta è quella in base alla quale il reato è integrato soltanto da condotte che ostacolano attivamente il controllo cui è sottoposto il condannato, rimettendo tutte le altre forme di allontanamento alla sanzione di cui agli artt. 58-quater o.p. e 276 c.p.p. in nome della dimostrata indisponibilità al trattamento più favorevole. I giudici non devono avere sfiducia in queste sanzioni, le quali sono senz'altro ditata di una certa efficacia deterrente, forse maggiore rispetto alla prospettazione di una modesta ulteriore condanna.

D'altra parte, l'inerzia della giurisprudenza e l'anacronismo caratterizzante la *ratio* giustificativa del reato di evasione di cui all'art. 385 c.p. porta a sollecitare anche il legislatore, il quale potrebbe porre fine alla deleteria incertezza derivante dalla genericità del dettato normativo.

Con ciò si intende dire che è auspicabile una specificazione del contenuto della condotta penalmente rilevante in modo tale da rendere parsimonioso l'utilizzo della sanzione di cui all'art. 385 c.p., possibilmente limitato ai comportamenti connotati da un forte disvalore rispetto alla pretesa punitiva della misura domiciliare. Penalmente illecito non dovrebbe essere qualsiasi inadempimento, bensì soltanto quello connotato da certe modalità esecutive.

La pena non è infatti l'unico mezzo di coercizione indiretta e di persuasione di cui l'ordinamento dispone, si ritiene equo lasciare lo spazio alle sanzioni endo-

---

<sup>405</sup> P. PISA, 1990, 435.

<sup>406</sup> P. PISA, 1990, 435.

<sup>407</sup> A. MAMBRIANI, *Arresti domiciliari e reato di evasione un problema di compatibilità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1986, 935 ss.



procedimentali in modo tale da avere una disciplina sanzionatoria della illegittima acquisizione della libertà personale che sia conforme ai principi del diritto penale contemporaneo, a partire dall'offensività, dalla determinatezza, al diritto penale minimo e della certezza del diritto.

Un ulteriore cambiamento che il legislatore potrebbe considerare al fine di rimuovere più difficoltà possibili all'autorità giudiziaria è quello di far parzialmente ritorno alla frammentarietà tipica del codice Zanardelli in particolare circa la differenziazione dell'evasione del condannato da quella dell'imputato. Infatti, la preoccupazione di salvaguardare le esigenze cautelari è uno dei motivi che talvolta spinge i giudici verso un'applicazione più rigorosa della disciplina sull'evasione domiciliare; d'altra parte, nonostante la previa valutazione dall'esito positivo a riguardo, è innegabile che l'evasione dell'imputato sia potenzialmente più dannosa rispetto a quella del condannato in termini di andamento del processo<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup> Il Concas ad esempio suggerisce una categoria di reati di pericolo presunto, ossia un'evasione impropria a titolo cautelare la cui offensività in concreto deve essere accertata dal giudice, vedi L. CONCAS, *Aspetti problematici dell'evasione (impropria) negli arresti domiciliari: soggetto attivo e condotta tipica*, in *Riv. Giur. sarda*, 2002, 826 - 827.



## BIBLIOGRAFIA

- §120 StGB,  
[https://www.gesetzeiminternet.de/stgb/\\_120.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20\(StGB\),Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft](https://www.gesetzeiminternet.de/stgb/_120.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20(StGB),Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft) (30.08.2022).
- § 121 StGB, [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_121.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_121.html) , (30.08.2022).
- A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2021, Fascicolo 1.
- A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, sub art. 385, II, CEDAM, Padova, 1999.
- A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, sub art. 385, III, CEDAM, Padova, 2014.
- A. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in E. FLORIAN (coordinato da) *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, 1939.
- A. MAMBRIANI, *Arresti domiciliari e reato di evasione un problema di compatibilità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1986.
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000.
- A. ZACCHIA, *L'elemento soggettivo del delitto di evasione dagli arresti domiciliari*, in *Cass. pen.*, VI, 2013.
- A. ZERBOGLIO, E. FLORIAN, A. POZZOLINI, P. VIAZZI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, Dott. F. Vallardi, Milano, 1902.
- Atti della Commissione Parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul Progetto di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori al codice penale*, VI, Roma, 1930.
- B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
- B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.
- BOSCH, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 2017.
- C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- Codice penale svizzero, link: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19370083/index.html>, (20.08.2022).

Codice penale tedesco (StGB), <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, (30.08.2022).

*Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI, Padova, 2005.

Constitutio Criminalis Carolina, [https://de.wikipedia.org/wiki/Constitutio\\_Criminalis\\_Carolina](https://de.wikipedia.org/wiki/Constitutio_Criminalis_Carolina), (30.08.2022).

D. BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. Giur. umbra*, 2000.

*Deutscher Bundestag Wissenschaftliche Dienste Ausarbeitung WD 7 - 3000 - 053/19, Zur Strafbarkeit der Gefangenenselbstbefreiung* (Servizi scientifici del Bundestag tedesco elaborazione WD 7 – 3000 – 053/19, *Sulla punibilità dell'autoliberazione dei detenuti*), link: <https://www.bundestag.de/analysen>, (23.08.2022).

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, L. CONTI (a cura di), Giuffrè editore, Milano, 2003.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Giuffrè, Milano, 1997.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, II*, C. F. GROSSO (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2016.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Giuffrè, Milano, 2003.

F. ANTOLISEI, *Rigorismi giurisprudenziali in materia di concorso tra reati*, in *Giur.it.*, II, 1949.

F. CARINELLA, M. DE PALMA, S. FARINI, A. TRINCI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Dike Giuridica Editrice, S.r.l., Roma, 2016.

F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

F. DELLA CASA, A. PRESUTTI, Sub art. 51, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, Padova, 2019.

F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, *I delitti di evasione*, in *Rivista penale*, IV, 2009.

F. GIUNTA, *Strano ma vero. Capire tu non puoi, tu chiamale, se vuoi, evasioni*, in *dis-Crimen*, 1/2020.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, III, CEDAM, Padova, 1992.

F. MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, CEDAM, Padova, 1988.

F. MINERVA, *Evasione, procurata evasione e colpa del custode*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Giappichelli, Torino, 1996.

F. SIRACUSANO, *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Torino, 2005.

G. CONSO, *Appunti sul momento consumativo del reato di evasione*, in *Giur. it.*, II, 1950.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2012.

G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli Editore, Torino, 2021.

G. FORNASARI, *Evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *Giur. it.*, 2016.

G. FORNASARI, *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza giuridica tedesca*, in *Indice penale*, Gennaio-Aprile 2002, CEDAM.

G. MARINO, Nota a: Corte cost., 22.11.2018, n.211, in *Diritto & Giustizia*, fascicolo 207, 2018.

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

G. MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2019.

G. PETRAGNANI GELOSI, *I delitti di evasione*, in *trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, III, UTET giuridica, Torino, 2008.

G. VELOTTI, *In tema di evasione*, in *Rassegna di studi penitenziari*, Roma: Ministero di grazia e giustizia, 1951.

G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018.

*Gazzetta Ufficiale* n. 15 del 18.01.1977.

*Gazzetta Ufficiale* n. 281 del 1.12.2010.

*Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* n. 251 del 26.10.1930.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania) <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> , (30.08.2022).

[https://www.gesetzeiminternet.de/stgb/\\_258.html#:~:text=\(1\)%20Wer%20absichtlich%20oder%20wissentlich,Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft](https://www.gesetzeiminternet.de/stgb/_258.html#:~:text=(1)%20Wer%20absichtlich%20oder%20wissentlich,Jahren%20oder%20mit%20Geldstrafe%20bestraft)

I. CARACCIOLI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 1995.

I. IAI, *Il bene giuridico leso nell'evasione impropria*, in *Giur. it.*, 1999.

L. CONCAS, *Aspetti problematici dell'evasione (impropria) negli arresti domiciliari: soggetto attivo e condotta tipica*, in *Riv. Giur. sarda*, 2002.

L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in E. CALCAGNO, A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, con appendice di aggiornamento di P. PISA, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2009.

*Lavori preparatori al codice penale*, IV, parte I, Roma, 1929.

*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, 2, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, Roma, 1929.

M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli Editore, Torino, 2015.

M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011.

M. SBRICCOLI, *Crimen laesae majestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi a cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999.

M. TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, CEDAM, Padova, 1985.

MAYER, *Die Befreiung von Gefangenen*, Leipzig 1906.

MAZZANTI, *Evasione*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, I, *Relazione introduttiva di S. E. GIOVANNI APPIANI, Presidente della Commissione*, Roma, 1929.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, *Verbali delle sedute della Commissione e Relazione riassuntiva della Commissione*, Roma, 1929.

N. FOLLA, *Due fattispecie in tema di evasione cosiddetta impropria*, in *Giur. it.*, 1996, fasc. 5, II.

- Novissimo Digesto Italiano*, VI, UTET, Torino, 1968.
- Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, CEDAM, Padova, 2019.
- OSTENDORF, *Das Verbot einer strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Ahndung der Gefangenen selbstbefreiung*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2007.
- OSTENDORF, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Kommentar zum StGB*, 2017, § 120, n. 1.
- P. MOSCARINI, *Momento iniziale della custodia preventiva e reato di evasione*, nota a Cass., sez. V, 16.1.1978, in *Giurisprudenza italiana*, II, 1979.
- P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, CEDAM, Padova, 2003.
- P. PISA, voce *Evasione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, UTET, Torino, 1990.
- P. VOENA, Atti, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, Padova, 2008.
- Parlamento svizzero, <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153753>, (20.08.2022).
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.
- R. ISOTTON, *Brevi considerazioni in tema di "delitti di evasione" nel codice Rocco*, in *Il codice penale per il regno d'Italia (1930)*, *Codice Rocco*, in S. VINCIGUERRA, *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, II, XXVIII, CEDAM, Padova, 2010.
- Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia del 1930*, vol. VI.
- Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del nuovo codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, Roma 1929.
- S. ARDIZZONE, *Evasione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1989.
- S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.
- SHNELDER, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, Berlin 1991.
- U. GIULIANI, *Sull'evasione del fermato*, nota a Cass., sez. III, 24.4.1963, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, II, 1964.
- V. MANZINI, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. NUVOLONE, V ed., aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, UTET, Torino, 1982.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, V, Torino, 1935.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, V, 1962.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1913.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano: secondo il codice del 1930*, V, UTET, Torino, 1933-1939.

WIENHAUSEN, *Die Strafflosigkeit der Gefangenenselbstbefreiung*, Berlin 2012.



