

## 1. Nozioni preliminari.

Deve rammentarsi, anzitutto, quanto già si evidenziava già all'inizio del corso di parte generale, vale a dire il rapporto di gerarchia che dovrebbe sussistere fra **criminologia** (conoscenza del fenomeno criminale con riguardo ai contesti di manifestazione dei singoli reati e alle caratteristiche personali degli autori), **politica criminale** (intesa come strategia *complessiva* di contrasto della criminalità, non riferita soltanto alla previsione di reati) e **diritto penale**.

L'aver ritenuto per secoli scontata la caratterizzazione retributiva della giustizia (secondo cui tutto quel che c'è da fare nei confronti dei reati è prevedere ritorsioni per il caso della loro commissione) ha condotto ampiamente a trascurare, tuttavia, la conoscenza dei contesti in cui si producono i reati (*criminologia*) e la progettazione di strategie complessive di contrasto del fenomeno criminale (*politica criminale*) che non si riducano all'intervento penale (e a un intervento penale che ha utilizzato pressoché esclusivamente la condanna a pena detentiva).

Si consideri che fenomeni criminali pur riconducibili alla medesima fattispecie di reato possono risultare, dal punto di vista criminologico, del tutto diversi fra loro (si pensi, fra gli stessi fatti gravi, a un omicidio nell'ambito di relazioni personali deteriorate, a un omicidio di stampo mafioso o a un omicidio per finalità di terrorismo): il che dovrebbe potersi riflettere sia sulle strategie di prevenzione, sia sulle modalità sanzionatorie.

Circa l'**impianto di parte speciale** del codice penale vigente (il codice Rocco, risalente nel suo impianto al 1930), con riguardo al libro secondo, relativo ai delitti, e nel libro terzo, relativo alle contravvenzioni, emerge la preminenza in essi accordata alla tutela di interessi pubblici, nel quadro di un'enfaticizzazione del ruolo dello Stato rispetto a quello della persona (ciò emerge anche attraverso le priorità topografiche tra i vari titoli, per cui i delitti contro la persona si trovano solo al penultimo posto, seguiti soltanto dai delitti contro il patrimonio: il che ha pur sempre un peso non trascurabile sul piano dell'orientamento comportamentale).

Tutto questo impone una **rilettura in senso garantistico** circa l'estensione **dei beni tutelati**, alla luce della Costituzione (se ne considererà una esemplificazione *infra*, in tema di delitti contro la pubblica amministrazione e, in particolare, di peculato).

Va posta in evidenza, altresì, la non ricomprensione nel codice penale, ma in altre leggi (c.d. **leggi penali speciali**), di numerosissimi reati e, in particolare, dell'intero settore riguardante i capitoli classici (societario, bancario, dei mercati finanziari, fallimentare, del lavoro, tributario, ecc.) afferenti al diritto penale commerciale (o dell'economia).

L'eccessiva frammentazione delle norme penali in un gran numero di leggi ha peraltro condotto all'introduzione nel codice penale (**art. 3-bis c.p.**), avvenuta con d.lgs. n. 21/2018, del **principio della riserva di codice**, secondo il quale nuove disposizioni che prevedano

reati possano essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale o sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia cui quei reati si riferiscano.

Con ciò si vorrebbe che la materia penale non sia dispersa in troppe leggi afferenti ai più diversi settori del diritto e si renda più adeguatamente riconoscibile, anche in considerazione del principio di cui all'art. 5 c.p.

L'art. 3-bis c.p. costituisce tuttavia una norma meramente programmatica, risultando derogabile da qualsiasi legge, posto che lo stesso codice penale è una legge e, dunque, non ha rango sovraordinato rispetto alle altre leggi.

Si tenga tuttavia presente che, ai sensi dell'**art. 16 c.p.**, le disposizioni del codice penale (e pertanto, in particolare, della parte generale) si applicano «anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti»;

Deve ricordarsi inoltre come esistano **norme di parte generale le quali**, a ben vedere, **introducono fattispecie di parte speciale** (assumendo in tal senso *funzione incriminatrice*): le quali, cioè, rendono penalmente rilevanti condotte che, in assenza di quelle norme, non lo sarebbero.

Si tratta in particolare dell'**art. 56 c.p.**, con riguardo agli «**atti idonei diretti in modo non equivoco** a commettere un delitto» per quanto concerne **il delitto tentato**, dell'**art. 110 c.p.**, con riguardo al **rilievo di condotte anche atipiche nell'ambito del concorso di persone**, e dell'**art. 40, co. 2, c.p.**, con riguardo al **rilievo, nell'ambito del reato omissivo improprio, di condotte meramente omissive** ai fini della responsabilità per reati descritti dalla legge in forma commissiva.

## 1. La problematica relativa alla causazione di un evento lesivo non voluto.

Ciò premesso, scegliamo – per addentrarci nello studio delle fattispecie penali e nell'approfondimento dei temi di teoria generale – la problematica, di particolare interesse ai fini della 'parte speciale', costituita dalla **gestione penalistica dell'evento non voluto**, che riferiremo essenzialmente, per esigenze di sintesi, all'evento morte (e in subordine all'evento di lesioni).

Simile casistica è presa in considerazione nell'ambito di più norme:

*a)* dalla fattispecie di **omicidio colposo (art. 589 c.p.)**, in cui l'evento morte è prodotto da una violazione non costituente, di per sé, reato (oppure costituente un reato contravvenzionale);

*b)* dalla fattispecie di **morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.)** in quanto norma generale – ma con le amplissime eccezioni delle quali cui subito diremo – relativa al caso in cui l'evento morte sia prodotto da una condotta base costituente delitto doloso: norma la cui disciplina fa riferimento all'art. 83, co. 2, c.p. (*aberratio delicti*), con l'unica differenza di un aumento obbligatoria della pena prevista per i delitti di omicidio o lesione colposi che concorrono con il delitto voluto;

*c)* dalla fattispecie di **omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)**, nel quale l'evento morte è cagionato dai delitti dolosi base, previsti agli artt. 581 e 582 c.p., di percosse o lesioni (ma anche da *atti diretti* alla commissione degli stessi: v. *infra*), con una previsione

sanzionatoria enormemente superiore a quella base prevista per l'omicidio colposo;

d) dalle molteplici fattispecie che seguono lo schema dei c.d. **delitti aggravati dall'evento** e da ulteriori disposizioni originariamente rispondenti al modello della responsabilità oggettiva (v. *infra*).

1.2. La causazione dell'evento non voluto come conseguenza di un delitto doloso: in particolare, l'omicidio preterintenzionale e il superamento delle casistiche di responsabilità oggettiva.

Prima di soffermarci sulle fattispecie di omicidio e lesioni colpose, consideriamo – in merito alla causazione di un evento penalmente rilevante non voluto a seguito di una condotta che costituisca delitto doloso – la norma generale di cui all'**art. 586 c.p.** (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto), che, come s'è detto, rimanda alla disciplina prevista dall'art. 83, co. 2, c.p. (*aberratio delicti* plurilesiva), vale a dire all'applicazione delle regole concernenti il concorso di reati (reato doloso e omicidio o lesioni colpose), con la sola differenza di un aumento obbligatorio della pena prevista per lesioni o omicidio colposi.

Si tratta, dunque, di una disciplina non particolarmente derogatoria rispetto all'operatività delle regole di parte generale.

Questa normativa generale trova tuttavia delle relevantissime eccezioni, implicanti conseguenze sanzionatorie relative alla causazione dell'evento non voluto assai più gravi di quelle concernenti l'omicidio o le lesioni colpose semplici.

La prima di tali eccezioni è data dal delitto di **omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)**, in cui l'evento morte è conseguenza di atti idonei a commettere i delitti dolosi di percosse (art. 581 c.p.) o di lesioni (art. 582 c.p.) e la pena unitariamente prevista è quella, assai pesante, della reclusione da dieci a diciotto anni.

Ci si deve chiedere, prioritariamente, se la **nozione di atti diretti** intenda ricomprendere tutti gli elementi del delitto tentato (v. art. 56 c.p.), compresa l'*idoneità*, non richiamata, di tali atti: la risposta non può che essere nel senso (più favorevole) affermativo, soprattutto in forza del fatto che gli atti rilevanti ai fini dell'omicidio preterintenzionale devono quantomeno aver creato un pericolo concreto di causazione dell'evento non voluto.

La **preterintenzione** viene formalmente presentata dall'art. 43 c.p. come terza tipologia dell'elemento soggettivo, oltre al dolo e alla colpa. Di una simile terza tipologia, peraltro, manca qualsiasi elemento qualificante autonomo. Tanto è vero che l'omicidio preterintenzionale è stato tradizionalmente inteso, nel passato, come fattispecie implicante il dolo dei due delitti presupposti e la *responsabilità oggettiva*, come tale fondata sul mero nesso di causalità, rispetto al prodursi dell'evento non voluto.

Come ben si sa, tuttavia, con **sentenza n. 364/1988** (poi integrata dalla sentenza n. 1085/1988) la Corte costituzionale ha riconosciuto la vigenza nel nostro ordinamento penale del **principio di colpevolezza**, desumendolo dall'**art. 27, co. 1, Cost.**

Attraverso tale sentenza, infatti, la Corte costituzionale ha inteso la responsabilità "personale", di cui a tale norma della Costituzione, cioè la responsabilità tipica degli esseri umani (a differenza di quella che attribuiamo, sulla base del mero nesso causale, agli agenti naturalistici o agli animali) come responsabilità "colpevole" e, dunque, come responsabilità

riferita a una capacità esigibile di dominio del fatto di reato (v. *infra*) da parte del soggetto agente.

Dal che è derivata la **dichiarazione di incostituzionalità**, con riguardo per l'appunto all'art. 27, co. 1 Cost., **dell'art. 5 c.p., in tema di ignoranza o errore sulla norma penale**, nella parte in cui non escludeva la punibilità del soggetto agente ove l'errore fosse da ritenersi *inevitabile*. Ma è derivata altresì, *a fortiori*, l'incostituzionalità di qualsiasi attribuzione della responsabilità penale senza colpevolezza e, dunque delle ipotesi di responsabilità senza dolo o colpa (responsabilità oggettiva).

Posto, peraltro, che secondo **Corte cost. n. 322/2007** l'avvenuto riconoscimento del **principio di colpevolezza** costituisce anche un **canone interpretativo per il giudice**, ai fini di una rilettura giudiziaria conforme a quel principio delle ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel codice penale, in termini tali da esigere quantomeno la colpa (e dunque la *prevedibilità*: v. *infra*) in rapporto al prodursi dell'evento non voluto (senza necessità, dunque, di ulteriori, specifiche pronunce di illegittimità da parte della Corte costituzionale), anche la fattispecie di omicidio preterintenzionale dev'essere interpretata salvaguardando il rispetto del principio di colpevolezza.

Sussiste dunque **l'esigenza, per il configurarsi dell'omicidio preterintenzionale, che l'evento non voluto** causato dagli atti diretti a commettere il delitto di cui agli artt. 581 e 582 **risulti** coperto dalla colpa e, pertanto, **prevedibile** (posto che il sussistere dell'ulteriore paradigma accertativo della responsabilità per colpa, costituito dalla *evitabilità* della condotta base [v. *infra*], è difficilmente discutibile, trattandosi di una condotta orientata alla commissione di un delitto doloso).

Si devono far presenti fin d'ora, peraltro, i limiti, che abbiamo considerato in *parte generale*, riferibili dal punto di vista garantistico al concetto di *prevedibilità*, anche per quanto concerne il livello della prevedibilità rilevante. Vi è il pericolo, infatti, di vere e proprie presunzioni rispetto a quest'ultima, che ricondurrebbero, di fatto, alla responsabilità oggettiva: p. es., ove si giunga ad affermare che tutte le volte in cui venga *attinto* il corpo di un'altra persona il prodursi di una lesione sarebbe sempre prevedibile (secondo una logica di prevedibilità in astratto, piuttosto che in concreto) ; oppure che «la disposizione di cui all'art. 43 assorbe la prevedibilità di (un) evento più grave nell'intenzione di risultato» (così una sentenza della Cassazione nel 2006).

Ed è anche per questo che un significativo studio monografico in materia ha proposto che debba essere accertata, ai fini di un rispetto sostanziale del principio di colpevolezza con riguardo all'art. 584 c.p., non la mera prevedibilità, bensì la *previsione* dell'evento morte da parte del soggetto incriminato.

### 1.3. La diversa struttura della responsabilità dolosa e di quella colposa.

Torniamo, ora, all'ipotesi base costituita dalla **fattispecie di omicidio colposo** (art. 589 c.p.), la quale – pur essendo formulata in maniera speculare a quella dell'omicidio doloso (art. 575 c.p.), con l'unica differenza, apparentemente, di una diversa gravità dell'elemento soggettivo (nessun rilievo assume invece, è ovvio, il ricorso nella prima norma al termine *persona* e nell'altra al termine *uomo*) – **attiene a una realtà sostanziale del tutto diversa da**

**quella dell'omicidio doloso** (il che vale anche per il rapporto tra le fattispecie di lesioni personali volontarie, *ex art. 582 c.p.*, e di lesioni colpose, *ex art. 590 c.p.*);

**Nel contesto del reato doloso**, infatti, **la condotta è prescelta al fine di cagionare l'evento** e, pertanto, fra quelle che possano avere un'idoneità elevata a conseguire tale scopo: **laddove invece nel contesto colposo**, e in particolare nel contesto della colpa cosciente, **la condotta che cagiona l'evento non voluto manifesta**, di regola (specie quando si tratti di colpa cosciente), **una modesta idoneità *ex ante* a cagionarlo, non essendo stata prescelta per quel fine.**

La segnalata **diversità strutturale** tra reati colposi e reati dolosi emerge, del resto, **anche con riguardo all'accertamento del nesso di causalità** fra condotta ed evento, ove si consideri che problemi relativi a tale accertamento emergono, nella prassi, con riguardo pressoché esclusivo al reato colposo: posto, infatti, che la condotta dolosa mira a immutare, affinché si produca l'evento, un contesto situazionale nel quale, altrimenti, l'evento stesso pressoché certamente non si produrrebbe, è quasi impossibile che, ove l'evento si sia prodotto e vi sia stato il dolo di produrlo, possano esservi dei dubbi sulla causalità della condotta; mentre ove l'evento si sia prodotto, ma nessuna condotta sia stata prescelta proprio per produrlo (cioè non vi sia dolo intenzionale), può darsi assai più facilmente il dubbio che l'evento sia stato prodotto, piuttosto che dalla condotta pericolosa (colposa) che sia stata posta in essere, da qualche altra sequenza causale.

Possiamo rappresentare anche graficamente la differenza fra lo schema della responsabilità dolosa e lo schema della responsabilità colposa (ma quest'ultimo schema, come vedremo, vale anche con riguardo al dolo eventuale e al diretto), muovendo dalla constatazione del dato per cui **le condotte umane hanno carattere finalistico.**

Ciascuna condotta umana consapevole e volontaria (v. art. 42, co. 1), infatti, è *conseguenza* di una *prospettiva mentale* finalistica (cioè dell'instaurarsi attuale nella mente dell'intento di perseguire un certo risultato), orientata o a una modifica del mondo esterno, o alla modifica di una condizione soggettiva (quale si realizza, poniamo, attraverso la condotta dello studiare): ciò secondo lo **schema  $P_x \rightarrow C \rightarrow X$**  (essendo P la prospettiva mentale, C la condotta, ed X il risultato oggetto della prospettiva mentale).

Si noti che le prospettive mentali (le *intenzioni*) sono *realtà*, sebbene realtà di tipo non empirico, cioè non constatabili sul piano di un accertamento materiale: può dirsi, anzi, che costituiscono le realtà più significative della vicenda umana, posto che tutto ciò che gli esseri umani hanno realizzato, nel bene e nel male, lungo la storia costituisce l'effetto di prospettive mentali e di condotte scelte e adottate per conseguire l'oggetto di tali prospettive.

Questi, dunque, gli schemi, rispettivamente, della produzione di eventi voluti e non voluti (ove E indica l'evento penalmente significativo):

**responsabilità dolosa** (intenzionale):  $P_{x=E} \rightarrow C \rightarrow X=E$

**responsabilità colposa:**  $P_x \rightarrow C \downarrow_E \rightarrow X;$

Nel primo schema l'oggetto della prospettiva mentale è proprio l'evento penalmente rilevante causato dalla condotta.

Nel secondo schema l'oggetto della prospettiva mentale è un risultato diverso (X) dall'evento penalmente rilevante (E), ma la condotta C cagiona l'evento E come risultato non voluto (dovrà trattarsi, come vedremo, di una condotta che crea un rischio non

consentito della causazione di E, vale a dire che viola una regola finalizzata a evitare l'evento E).

Come già sappiamo, **si collocano**, peraltro, **nel secondo schema anche le figure del dolo diretto e del dolo eventuale**: figure, queste ultime, di creazione dottrinale e giurisprudenziale (cioè non previste dal codice penale) nelle quali l'evento, in realtà, non è voluto (non è oggetto di *intenzione*).

#### 1.4. I profili di contraddittorietà del modello punitivo concernente la responsabilità colposa.

Da quanto più sopra s'è detto emerge il carattere di ambiguità insito nel fatto che il reato colposo si caratterizzi per un modello di costruzione della fattispecie criminosa identico a quello del reato di evento *doloso*.

Emerge, in particolare, quella che possiamo definire un'**aporia** di fondo relativa allo schema **del reato colposo di evento**, vale a dire un'intrinseca contraddittorietà del medesimo sia dal punto di vista della ragionevolezza preventiva, sia con riguardo al principio di colpevolezza: **il reato colposo, infatti, colpisce il soggetto più sfortunato fra molti trasgressori egualmente rimproverabili**, vale a dire il solo soggetto la cui condotta antidoverosa (e pericolosa) sfocia effettivamente nel prodursi dell'evento lesivo (fra molte altre, di regola, che non vedono realizzarsi un tale effetto).

Ciò, innanzitutto, non può produrre una prevenzione efficace, in quanto il soggetto che agisce consapevolmente in modo pericoloso farà ampiamente conto, oltre che sull'incidenza della cifra oscura (cioè sulla possibilità, che caratterizza tutti i reati, di non essere individuato come trasgressore), sulla probabilità, ordinariamente elevata rispetto alla singola condotta pericolosa (tanto più se cosciente), che l'evento lesivo non si realizzi.

Ciò, inoltre, si pone in **contrasto** (secondo un'accezione più estesa rispetto a quella tradizionale) **con il principio di colpevolezza**, dato che non appare accettabile il fatto per cui, a parità di condotta colpevole (del c.d. disvalore della condotta), l'assenza di conseguenze penali – non essendosi verificato l'evento lesivo – o il configurarsi di conseguenze penali talora drammatiche – ove l'evento lesivo si sia verificato – venga a dipendere *dal caso*: potrebbe in tal senso parlarsi di una *responsabilità oggettiva mascherata*.

Il problema risultava meno grave fino ad alcuni anni orsono, in quanto il reato colposo di evento non conduceva pressoché mai, nella pratica, a scontare una pena detentiva (grazie, soprattutto, all'applicabilità in caso di condanna della sospensione condizionale o dell'affidamento in prova): ma oggi, come più oltre si vedrà, non è più così, posto che il reato colposo può talora comportare detenzioni di lunga o anche lunghissima durata, come tali incompatibili con l'applicabilità degli istituti richiamati.

Potrebbe obiettarsi che il caso agisce anche nel rapporto tra reato consumato e tentativo (soprattutto compiuto), e altresì nel rapporto tra reato consumato e reato impossibile per intervenuta inesistenza dell'oggetto: ma resta il fatto che nel tentativo il mancato realizzarsi dell'evento costituisce l'eccezione, posto che la condotta è stata pianificata affinché l'evento si realizzi, mentre nel reato colposo l'eccezione è costituita dal realizzarsi dell'evento, posto che la condotta non è stata pianificata per quel fine.

Onde realizzare una buona prevenzione vi è l'esigenza di operare, piuttosto, un **intervento anticipato rispetto al momento in cui una certa condotta pericolosa cagioni un evento lesivo**: vale a dire un intervento riferito già alla realizzazione delle condotte pericolose, attraverso, soprattutto, sanzioni amministrative o sanzioni penali non detentive (si pensi alle sanzioni concernenti la violazione delle norme sulla circolazione stradale o delle norme – v. *infra* – intese alla prevenzione degli infortuni sul lavoro).

È dunque opportuno sottolineare incidentalmente che **non devono confondersi** tra di loro (nonostante alcune interazioni) **il concetto appena richiamato di prevenzione anticipata** (che concerne il contrasto delle condotte dalle quali potrebbe derivare l'evento rilevante ai fini penali) e **il concetto di prevenzione primaria** (che concerne, come già sappiamo, l'intervento sui fattori che favoriscono la criminalità, rilevanti prima dell'attivazione di condotte penalmente significative).

Risulta peraltro **disfunzionale** ai fini di una buona prevenzione anticipata **la mancanza di un apparato di pene principali non detentive** (si consideri, a tal proposito, che l'alternativa tra la qualificazione di un illecito non sanzionato in modo detentivo come illecito penale – oggi sanzionabile, in Italia, soltanto con la pena pecuniaria della multa o dell'ammenda – o come illecito amministrativo dipende soprattutto da considerazioni riguardanti l'opportunità dell'affidare o meno alla pubblica amministrazione, piuttosto che alla magistratura penale, la gestione di determinati contenziosi, vale a dire da considerazioni riguardanti la sussistenza o meno della necessità di fare affidamento, circa una data materia, ai maggiori poteri di indagine, per un verso, nonché alle maggiori garanzie e alla maggiore indipendenza, per l'altro verso, che caratterizzano l'esercizio della giustizia penale).

Ciò a parte, risulta dunque riscontrabile una vera e propria c.d. **schizofrenia del legislatore penale**, che ha agito negli ultimi decenni in modo ambivalente: ha sì rafforzato, infatti, talune discipline finalizzate all'intervento diretto sulle condotte pericolose, cioè di c.d. prevenzione *anticipata* (si pensi per esempio, soltanto, al d.lgs. n. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: v. *infra*); ma nel contempo **ha progressivamente enfatizzato, in alcuni settori, il livello della pena applicabile nel caso della produzione di un evento non voluto**, come accade nelle ipotesi aggravate delle lesioni e dell'omicidio colposi o in quelle dell'omicidio stradale e delle lesioni stradali (v. *infra*): fino a livelli di pena vicini a quelli dei corrispondenti delitti dolosi (si rammenti, a tal proposito, ciò che già osservavamo in tema di c.d. *populismo penale*).

Già conosciamo del resto, dal corso di *parte generale*, il caso estremo di alcune sentenze che sono pervenute ad applicare, perfino nel caso di causazione dell'evento non voluto a seguito della violazione di regole cautelari relative a condotte in sé lecite, le pene previste per la causazione dolosa dell'evento, facendo ricorso all'imputazione per **dolo eventuale**: orientamento, quest'ultimo, cui si confida abbia posto freno Cass. s.u. 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp), che ha espresso un orientamento molto chiaro in merito alla volontà come fondamento del dolo, in contrasto con le tendenze alla *normativizzazione* del medesimo, e ha delineato una definizione del dolo eventuale che valorizza lo stato psicologico espresso dalla formula di Frank.

### 1.5. La responsabilità per colpa del medico e il problema della medicina «difensiva».

Una esemplificazione particolarmente significativa di responsabilità per la causazione colposa di un evento morte non voluto (art. 589, co. 1, c.p.), o comunque per la causazione colposa di lesioni lievi, gravi o gravissime (art. 590 c.p.), è data dall'ipotesi nella quale l'evento consegue all'esercizio di attività medica.

A tal proposito va preliminarmente segnalata la **particolare esposizione del medico a un rimprovero di colpa per c.d. malpractice**, connessa alla eventualità che dal suo agire siano derivati *eventi avversi* lesivi dell'incolumità del paziente. **Il medico**, del resto, **pone in essere condotte intrinsecamente pericolose**, i cui rischi per il paziente (in termini di entità e di probabilità) devono configurarsi ragionevoli con riguardo ai benefici (essi pure valutati in termini di entità e di probabilità) che il paziente stesso confida di conseguire attraverso tali condotte. Da ciò si deduce che il medico – al pari di altri professionisti i quali agiscono nell'interesse altrui: operatori della protezione civile, assistenti di volo, ecc. – **non tiene le suddette condotte** intrinsecamente pericolose (assumendo le decisioni necessarie per la loro adozione) **nel suo interesse personale**, bensì nell'interesse dello stesso soggetto che da quelle condotte potrebbe patire, talora, un nocimento. Diversamente, dunque, da chi compia del pari attività pericolose, ma agendo, almeno in modo prioritario, nell'interesse proprio (come l'automobilista, l'imprenditore, ecc.).

Ciò premesso, la suddetta particolare esposizione a contestazioni giudiziarie emerge

- sia in quanto, nel caso di evento avverso, **potrebbe facilmente aprirsi un procedimento civile o penale a carico del medico, per lesioni e omicidio colposi, pur ove il medesimo abbia agito in modo del tutto corretto**: anche nel caso in cui, tuttavia, il processo si concluda con l'esclusione di qualsiasi responsabilità, esso avrà egualmente rappresentato per il medico un onere psicologico, economico e reputazionale assai gravoso (una pena *di fatto*);

- sia in quanto **il medico è soggetto, più di altri professionisti, a commettere errori**, data la frequenza delle decisioni diagnostico-terapeutiche che è chiamato ad assumere e dato, altresì, il contesto spesso difficile, anche dal punto di vista del breve spazio temporale disponibile, in cui tali decisioni devono realizzarsi;

- sia in quanto **il medico rischia di trovarsi a rispondere anche in conseguenza di carenze organizzative** che precedono il suo agire **sul piano dell'organizzazione delle istituzioni sanitarie** (ponendosi i problemi connessi alla c.d. colpa di organizzazione: v. *infra*).

Da ciò consegue il pericolo che un eccesso dell'esposizione indominabile del medico all'eventualità di un contenzioso – civile e/o penale – possa avere effetti controproducenti, di carattere criminogeno, favorendo la c.d. **medicina difensiva**,

- di natura **attiva** (consistente nell'utilizzazione di mezzi diagnostici o terapeutici inutili o addirittura dannosi, onde minimizzare il rischio di contestazioni o escludere ogni responsabilità esclusivamente propria: con notevole aggravio della spesa pubblica),

- oppure, soprattutto, di natura **omissiva o astensionistica** (consistente nella rinuncia a proporre in favore del malato una risorsa sanitaria utile, e ciò per il timore che ne possano derivare eventi avversi cui faccia seguito un contenzioso civile o penale).



Specie in quest'ultimo caso, peraltro, il medico non è esente da rischi: potrebbe infatti configurarsi, nel caso di lesioni o di morte del paziente, un'ipotesi di responsabilità omissiva impropria del medico stesso, ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p. Ma si tratterebbe di provare oltre ogni ragionevole dubbio, cosa alquanto difficoltosa, il nesso di causalità tra l'omissione e l'evento offensivo, cioè di provare che, se il medico avesse agito, simile evento non si sarebbe verificato (v. *infra*). Come pure potrebbe non escludersi nell'ambito del servizio pubblico, ove un'omissione dolosa sia provata (cosa ancora una volta difficoltosa), la configurabilità del delitto di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.: v. *infra*).

Ed è proprio per il contrasto della medicina difensiva che un progetto elaborato presso l'Università Cattolica aveva ipotizzato, nel 2010, una procedura obbligatoria di mediazione relativa a questioni di responsabilità colposa del medico suscettibile di evitare, in casi di esito positivo, l'attivazione del processo civile e/o di quello penale (cfr. G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso [a cura di], *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010).

#### 1.5.1. La normativa specifica sulla responsabilità colposa del medico in ambito penale.

Per far fronte alle problematiche suesposte il legislatore è intervenuto dapprima con l'art. 3, co. 1, **d.l. (Balduzzi)** n. 158/2012, conv. con l. n. 159/2012, che così si esprimeva: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile».

Tale comma, tuttavia, è stato abrogato, solo quattro anni dopo, dall'art. 6, co. 2, l. **8 marzo 2017, n. 24** (la **c.d. legge Gelli-Bianco**, recante «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di **responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie**»), soprattutto in rapporto alla mancata chiarificazione di quali fossero i requisiti identificativi delle linee guida rilevanti e i soggetti idonei a emanarle, come altresì del rapporto tra l'applicazione delle linee guida e l'incidenza delle caratteristiche peculiari di ciascun paziente.

Per cui in luogo di quel comma l'art. 6, co. 1, l. n. 24/2017 ha introdotto il vigente **art. 590-sexies c.p.**, il quale – ribadito al primo comma che ai fini della responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario si applicano gli artt. 589 e 590 c.p., salvo quanto disposto dal comma successivo – prevede, al secondo comma, che «qualora l'evento si sia verificato a causa di **imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida** come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, **sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto**».

Ciò sul presupposto di cui all'art. 5, co. 1, l. n. 24/2017, secondo cui: «**Gli esercenti le professioni sanitarie**, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie *con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale*, **si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida** pubblicate

ai sensi del comma 3 (...). In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

Diversamente, dunque, da quanto previsto nel decreto Balduzzi, secondo la lettera dell'art. 590-*sexies* **il rispetto, da parte del medico, dei criteri comportamentali ivi indicati** non esclude la sola colpa lieve, bensì **esclude tout court la punibilità**. Risulta pertanto superato, almeno a prima vista (v. *infra* C s.u. 21-12-2017), il problema inteso a definire il concetto di colpa lieve, ma – stante ora il riferimento ai soli casi di **imperizia** – sorge il problema, per gran parte inedito, della non semplice delimitazione tra negligenza, imprudenza e imperizia (altrove accomunati, senza distinzioni che necessitassero di tracciare confini rigidi, nella nozione di colpa generica).

Emerge peraltro quale nodo problematico cardine, anche in sede processuale, quello relativo al giudizio sul sussistere o meno di **specificità del caso concreto** che avrebbero dovuto imporre deroghe al mero rispetto delle raccomandazioni desumibili da linee guida. Stante l'esigenza di valutare l'adeguatezza di tali raccomandazioni alle suddette specificità, deve in ogni caso tenersi per fermo che **le raccomandazioni di cui alle linee guida non costituiscono regole cautelari** (come quelle rilevanti in materia di colpa specifica), bensì orientamenti volti ad aiutare il medico nell'individuare, in scienza e coscienza, la migliore proposta terapeutica, o in altre parole volti a ottimizzare l'opzione terapeutica (diversamente, si porrebbe in discussione il principio, ribadito dalla Corte costituzionale, della competenza del medico nel definire le scelte terapeutiche)-

Il riferimento alle linee guida si fonda, ora, su un complesso sistema organizzativo in due fasi, descritto dall'art. 5 l. n. 24/2017, che prevede: *a*) la determinazione di un elenco dei soggetti abilitati a elaborare linee guida rilevanti ai fini di tale legge; *b*) un **Sistema nazionale delle linee guida (SNLG)** finalizzato a pubblicare, previa verifica e validazione, le linee guida riferibili a specifiche attività mediche, e i relativi aggiornamenti, su un apposito sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità. Rimanendo aperto l'interrogativo sui tempi necessari per giungere alla pubblicazione di un numero consistente di linee guida, come altresì sul carattere più o meno specifico, rispetto ai molteplici contesti di una medesima patologia, delle linee guida che saranno pubblicate: fermo che, in assenza di linee guida formalizzate per una data patologia, vale il rimando alle «buone pratiche clinico-assistenziali».

Si noti che il requisito dell'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto indica che **le scelte del medico devono tenere conto esclusivamente di considerazioni inerenti all'ottimizzazione dell'intervento sanitario nell'interesse del paziente, e non di altre considerazioni come quelle economiche**, riferibili alla ripartizione delle risorse sanitarie (considerazioni che potrebbero aver inciso, peraltro, nella stesura stessa delle linee guida, con la delicatissima esigenza di distinguere tra inevitabili valutazioni dipendenti dalla necessità di effettuare una ripartizione equa delle risorse economiche disponibili e valutazioni ingiuste che discriminino le categorie di malati più deboli).

Si noti, inoltre, che la legge n. 24/2017 prevede, agli articoli da 1 a 3, un impianto che può definirsi di *prevenzione primaria*, inteso alla **prevenzione del rischio in ambito sanitario**, anche attraverso la raccolta a livello regionale e centrale (richiedente la collaborazione di tutto il personale sanitario e delle strutture sanitarie sia pubbliche che private) dei dati relativi ai rischi, agli eventi avversi e al contenzioso. A tali fini, è prevista in particolare la

costituzione di un **Osservatorio nazionale** delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità (art. 3) avente il fine di individuare fra l'altro, anche attraverso la predisposizione di linee di indirizzo, «idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure». Appare opportuno notare, altresì, che *solo* ai fini della sicurezza delle cure e della prevenzione dei rischi si parla, nella legge, di un utilizzo appropriato (termine, questo, che può concernere anche il piano economico) «delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (art. 1, co. 2).

#### 1.5.2. L'interpretazione della non punibilità del medico ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p.

Il principale problema della previsione di non punibilità del medico introdotta nel 2017 concerne, peraltro, la **formulazione non chiara del già richiamato 2° co. dell'art. 590-*sexies* c.p.**: che cosa significa affermare che il medico, quando provoca un danno per imperizia, non risponde se ha rispettato linee guida adeguate al caso concreto (ovvero, in assenza, le norme di buona pratica clinica)? Significa, come la lettera della norma sembrerebbe indicare, che ove il medico abbia scelto di seguire linee guida, o norme di buona pratica, effettivamente corrette rispetto al caso concreto, risulta esonerato da responsabilità per colpa qualsiasi errore abbia compiuto, per imperizia, nella loro applicazione?

*a)* La Cassazione è intervenuta, in proposito, con una prima sentenza (De Luca-Tarabori, del 20-4-2017), proponendo un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* suscettibile di renderlo, ove ci si limiti ad essa, nella sostanza inutile, poiché riferisce la non punibilità ai soli casi in cui le linee guida siano «state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto naturalmente riguardo alle contingenze del caso concreto»: conclusione già desumibile secondo i principi generali sulla responsabilità colposa (salvo solo il recupero di determinatezza derivante, una volta che il sistema delle linee guida sia a regime, dal diritto del medico di «vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione»). Mentre resterebbero estranee alla sfera applicativa dell'art. 590-*sexies* condotte le quali, «sebbene poste in essere nell'ambito di una relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo» (si pensi al caso del medico che, pur operando nell'ambito di linee guida pertinenti, recida per errore un'arteria).

Simile lettura dell'art. 590-*sexies* è stata valutata come espressiva di un'analogia *in malam partem* da autorevole dottrina (in effetti, tale norma non si limita a dire che sarebbe illegittimo, com'è ovvio, fondare un rimprovero d'imperizia sull'aver seguito linee guida pertinenti al caso concreto): per cui il dubbio sulla ragionevolezza di quanto dispone l'art. 590-*sexies* c.p. avrebbe dovuto condurre, piuttosto, a sollevare una questione di legittimità costituzionale.

La medesima sentenza, tuttavia, opera un'opportuna rivalutazione dell'**art. 2236 cod. civ.** (responsabilità per sola **colpa grave**) quale criterio di cui auspica un'**applicabilità generale** anche **in ambito penalistico**: «come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di **imperizia**, qualora il caso concreto [secondo ciò che prevede l'art. 2236 cit.] imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà»: con ciò recuperandosi

l'orientamento, successivamente disatteso, il quale faceva leva su Corte cost. n. 166/1973, in materia di graduazione dell'imperizia.

Una scelta, questa, di tanto maggiore rilievo in quanto supera la prospettiva di un'applicabilità del principio di cui all'art. 2236 cod. civ. alla sola problematica della responsabilità medica, con le correlate discussioni in merito al rispetto del principio di uguaglianza (pur sussistendo in contrario, come s'è visto, molte ragioni idonee a motivare la natura particolare dell'attività sanitaria).

Inoltre, la citata sentenza ritiene, giustamente, che il sanitario non possa essere destinatario di addebiti nel caso in cui abbia adottato **presidi cautelari** riconosciuti in ambito scientifico-professionale come **più efficienti, o più appropriati** al caso concreto, rispetto a quelli previsti nella regola formalizzata («il catalogo delle linee guida non può esaurire del tutto i parametri di valutazione»: «è ben naturale, infatti, che il terapeuta possa invocare in qualche caso particolare quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica»).

b) In senso diametralmente opposto alla sentenza De Luca-Tarabori si è espressa alcuni mesi dopo, circa l'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., una seconda sentenza della Cassazione (Cavazza, 19-10-2017). Sulla base di un approccio letterale all'art. 590-*sexies* c.p., essa, infatti, ha ritenuto che, una volta scelte correttamente le linee guida da applicarsi nel caso concreto, qualsiasi errore applicativo per imperizia del medico nella loro applicazione non risulterebbe rilevante sul piano penale (con ciò riconoscendosi l'introduzione di una speciale guarentigia per gli esercenti professioni sanitarie, data la particolarità del loro ruolo).

c) Un simile contrasto ha condotto alla pronuncia delle **Sezioni Unite 21-12-2017** (dep. 22-2-2018, Mariotti), la quale, per via interpretativa (ma con una innegabile componente creativa che pone problemi, a sua volta, in rapporto al divieto di analogia *in malam partem*), è tornata a dare rilievo alla colpa lieve, ritenendo, in particolare, che **il medico non risponde per (sola) colpa lieve** (mentre risponde ove la colpa sia grave) «**dovuta ad imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida** o nelle buone pratiche clinico-assistenziali pertinenti rispetto al caso concreto, avuto riguardo alle speciali difficoltà dell'atto medico» (tale pronuncia concorda dunque con la sentenza De Luca-Tarabori per quanto concerne la valorizzazione anche sul piano penale del criterio di accertamento della colpa previsto dall'art. 2236 cod. civ.).

### 1.5.3. La responsabilità del medico per violazioni relative al consenso del paziente.

Si configura, tuttavia, una seconda problematica concernente la responsabilità medica, relativa all'**attività medica svolta in assenza di un consenso validamente espresso del paziente**, ove il consenso sia necessario (non lo è, per esempio, quando il malato non sia in grado di prestarlo, nel qual caso il medico agirà, salva la problematica relativa alle disposizioni anticipate di trattamento (v. *infra*), secondo il c.d. principio di beneficialità, vale a dire secondo le modalità più idonee per la tutela della salute del paziente).

Il tema risulta, ancora una volta delicato. Il consenso del paziente all'attività sanitaria è valido, infatti, solo se **si fonda su un'adeguata informazione medica** circa la patologia cui tale attività si riferisce, circa le risorse disponibili in generale per affrontarla (non solo, dunque, riferita alle risorse di cui dispongano il medico o il presidio sanitario interpellati), circa i benefici che simile attività possa produrre e circa le eventuali menomazioni o gli eventi avversi che ne possano derivare, come pure circa il significato dei riscontri diagnostici effettuati. Di conseguenza, può accadere che l'informazione medica assuma caratteri ipertecnici attraverso una modulistica completa, ma di difficile lettura da parte di chi non abbia specifiche competenze in materia: per cui si dice, giustamente, che l'informazione dev'essere resa comprensibile al soggetto interessato, secondo le sue condizioni e la sua cultura. Tuttavia, non è facile far combaciare le esigenze di completezza e di comprensibilità dell'informazione, così che il medico avverte sovente notevole incertezza quanto al poter far conto sulla non censurabilità, a posteriori, delle modalità informative adottate: non senza il **rischio di un terrorismo informativo motivato, ancora, da propositi difensivi**, che non va di certo a beneficio del malato.

Va in ogni caso precisato che **l'attività medica non ha carattere meramente contrattualistico**, in quanto può essere esercitata, già lo si è detto, solo entro i binari di linee guida accreditate (salve le esigenze connesse alle specificità del caso concreto) o delle norme di buona pratica clinica: come si evince anche dall'art. 1, co. 6., l. n. 219/2017, ai sensi del quale «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Non è dunque sufficiente l'incontro fra il consenso della persona interessata e il consenso del medico affinché un atto posto in essere da quest'ultimo sul corpo di quella persona possa dirsi, per ciò solo, lecito; si considerino, in proposito, gli stessi artt. 583-*bis* c.p. (mutilazione organi genitali femminili), 579 c.p. (omicidio del consenziente) e 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio, su cui v., tuttavia, *infra*).

Ciò premesso, **dev'essere sottoposto a critica l'orientamento, datato, che considerava l'attività medica come intrinsecamente illecita e come tale scriminata (cioè resa lecita) solo dal consenso** del paziente: così che, secondo tale orientamento, l'attività medico-chirurgica non coperta dal consenso darebbe luogo sempre (anche quando abbia prodotto un miglioramento delle condizioni di salute del paziente) a una malattia – intesa come mera *alterazione anatomica* dei tessuti (il mero taglio chirurgico) – e addirittura, ove il medico fosse stato consapevole di agire senza consenso, a lesioni (non già colpose, ma) volontarie, ai sensi dell'art. 582 c.p. Con la conseguenza per cui, ove sfortunatamente ne sia derivata la morte del paziente, si realizzerebbe la fattispecie di omicidio preterintenzionale prevista dall'art. 584 c.p.: esito, quest'ultimo, cui in effetti era giunta C 21-4-1992 (**caso Massimo**), forse condizionata, tuttavia, dal dubbio sulla conformità, in quel caso, alla stessa *lex artis* (scil., alla buone pratiche cliniche) dell'attività svolta dal medico *oltre* il consenso.

Altre sentenze successive erano giunte invece a mitigare questo orientamento estremo, escludendo nel caso in oggetto la volontarietà delle lesioni e, pertanto, l'eventuale configurabilità dell'omicidio preterintenzionale; mentre ulteriori sentenze avevano messo in discussione lo stesso assunto di fondo del suddetto orientamento, secondo cui l'atto medico carente di consenso darebbe luogo per ciò solo a una lesione, anche quando,

pertanto, risulti conforme all'indicazione medica e produttivo di benefici per la salute del paziente.

L'iter argomentativo descritto è stato peraltro espressamente confutato da **Cass. s.u. 21 gennaio 2009, n. 2447** (caso *Giulini*): tale sentenza considera, giustamente, l'attività medica come *in sé lecita* ove posta in essere conformemente alla *lex artis* (cioè in modo appropriato al contrasto di una data patologia, vale a dire all'indicazione terapeutica e, dunque, alle buone pratiche cliniche), sebbene richieda, come molte altre attività in sé lecite, il rispetto di determinate prescrizioni e in particolare, ai nostri fini, il sussistere del consenso, ove necessario. Ne deriva che nel caso in cui il medico operi senza o, più probabilmente, *oltre* il consenso, ma in conformità alla *lex artis*, non produce, di regola, una **malattia** (che in tal senso dev'essere intesa non come *alterazione anatomica* dei tessuti, ma **come alterazione funzionale dell'organismo**) e, dunque, non realizza il delitto di lesioni: posto che dà luogo, di regola, a un miglioramento delle condizioni di salute del paziente.

In tal caso, osserva la sentenza Giulini, il medico non realizza un'offesa del bene giuridico costituito dall'incolumità personale, bensì esclusivamente del bene costituito dalla sua *libertà morale*. Un bene, quest'ultimo, in effetti tutelato dalla fattispecie di violenza privata prevista all'**art. 610 c.p.**: della quale tuttavia, nel nostro caso, non si realizzano, secondo la medesima sentenza, gli elementi costitutivi (manca un atto di violenza o minaccia e manca, comunque, la distinzione tra un simile atto e una condotta consequenziale del soggetto passivo). Per cui – si conclude – la violazione del consenso, ove l'atto medico risulti conforme alla *lex artis*, non dà luogo a responsabilità penale, ma rileva sul piano della responsabilità civile e della responsabilità deontologico-professionale (una limitazione, questa, che appare opportuna onde contrastare, ancora una volta, atteggiamenti di medicina difensiva prodotti, come già si rilevava, dalla facilità con cui possono essere messe in discussione la completezza e, in genere, la validità del consenso).

Potrebbe porsi tuttavia l'interrogativo sul caso in cui, avendo il medico agito senza consenso ma secondo la *lex artis*, si sia tuttavia prodotto, sfortunatamente, un evento avverso: caso nel quale, in effetti, la condotta del medico risulta causale rispetto al determinarsi di una malattia (*alterazione funzionale dell'organismo*) e dunque di lesioni (non volontarie). Si deve tuttavia concludere che anche in questo caso il medico non risponde di lesioni, o omicidio, colposi, in quanto ha sì violato una regola (quella relativa alla necessità del consenso), ma non *una regola finalizzata ad evitare l'evento* prodottosi (v. *infra*), vale a dire l'evento lesivo dell'incolumità personale: al contrario, il medico – sulla base delle argomentazioni svolte dalla sentenza Giulini – ha tenuto esattamente la condotta che, *ex ante*, era da ritenersi idonea a salvaguardare nel modo migliore tale incolumità (per cui quell'evento non può essere definito come la *concretizzazione* di un rischio del suo prodursi attivato dal medico). Sarebbe assurdo, del resto, che il medico, avendo agito secondo la *lex artis*, sebbene in assenza di un consenso valido, non sia punibile, o invece lo sia, a seconda del determinarsi casuale di uno degli eventi avversi che sono inevitabilmente possibili anche con riguardo a un'attività medica del tutto conforme alla *lex artis*. È dunque per quanto s'è detto – e non sulla base soltanto di un contingente errore scusabile sul consenso, come sembrerebbe concludere sul punto la stessa sentenza Giulini – che il medico nel caso considerato dovrebbe essere assolto.

## 1.6. Diritto penale e infortuni sul lavoro.

Nonostante le richiamate contraddizioni, dal punto di vista preventivo (v. *supra*), del reato colposo di evento, che colpisce, per lo più, il trasgressore *più sfortunato* tra moltissimi altri trasgressori egualmente responsabili che non vedono realizzarsi l'evento a seguito della violazione della norma finalizzata a evitarlo, **il diritto penale ha enfatizzato a partire dal 2006, in alcuni ambiti di particolare sensibilità sociale, l'entità della pena detentiva prevista in rapporto al prodursi dell'evento non voluto, fino a comminare pene di entità non lontana a quella prevista per i corrispondenti delitti dolosi** e potenzialmente superiori a quelle previste per i corrispondenti delitti dolosi tentati; con un già richiamato **atteggiamento c.d. schizofrenico del legislatore** rispetto alla parallela valorizzazione, negli anni recenti, di un sistema orientato al contrasto, in quei medesimi ambiti, delle condotte pericolose (v. *infra*): sistema costituente l'unico strumento in grado di influire davvero sulla causazione, per colpa, di eventi offensivi non voluti.

Vanno menzionati, in particolare, i delitti di **omicidio colposo aggravato** e di **lesioni colpose aggravate** per violazione delle norme relative alla **prevenzione degli infortuni sul lavoro**: il primo punito con la reclusione da due a sette anni, con cumulo giuridico a partire dalla pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle **violazioni** aumentabile fino al triplo, fermo il **limite massimo di quindici anni**, nel caso di morte di più persone o di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone (**art. 589, co. 2 e 4, c.p.**); il secondo punito con reclusione da tre mesi a un anno, o multa, nel caso di lesioni gravi e da uno a tre anni nel caso di lesioni gravissime, con cumulo giuridico a partire dalla pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni aumentabile fino al triplo, fermo il limite massimo di cinque anni (**art. 590, co. 3 e 5, c.p.**).

Il carattere fallimentare di un simile approccio circa il contrasto degli eventi lesivi sul lavoro si evince facilmente dal permanere, anche dopo la sua introduzione, di tassi relativi a simile infortunistica assolutamente inaccettabili e anzi in aumento. Il che si riconosce dovuto alle carenze, accentuatesi negli ultimi anni, dei controlli in merito al rispetto delle norme antinfortunistiche, divenuti in molti casi del tutto sporadici: fatto, questo, che conferma come la prevenzione efficace di eventi dolorosi attenga al contrasto effettivo, di carattere soprattutto extrapenalistico, delle condotte pericolose, e non alla punizione eclatante, con intenti di esemplarità, di uno tra i molti trasgressori quando l'evento lesivo, purtroppo, si sia già verificato.

Si consideri che una ulteriore aggravante, con pene ancor più severe, era stata prevista, rispetto a entrambi gli articoli, in materia di omicidio e lesioni stradali: aggravante rimasta vigente fino all'introduzione, nel 2016, dei delitti autonomi di omicidio e di lesioni colposi stradali (v. *infra*), concernenti la violazione delle norme relative alla disciplina della circolazione stradale.

Un regime sanzionatorio ancor più aggravato concerne i medesimi **fatti commessi «nell'esercizio abusivo di una professione che richiede una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria»**: con pene rispettivamente della reclusione da tre a dieci anni (art. 589, co. 3, c.p.) e della reclusione da sei mesi a due anni per le lesioni gravi e da un anno e sei mesi a quattro anni per le lesioni gravissime (art. 590, co. 4, c.p.), oltre all'applicabilità

della regola sopra richiamata per il caso della produzione di eventi plurimi. Ipotesi, questa, nella quale – si noti – la condotta colposa in quanto violazione di una regola cautelare, non coincide affatto con l'esercizio abusivo della professione o di un'arte sanitaria, ma deve aggiungersi ad esso.

Circa l'intera problematica deve segnalarsi, in aggiunta il **carattere, comunque, alquanto discutibile della selezione operata attraverso le ipotesi summenzionate di omicidio o lesioni colposi** – onde applicare rispetto ad esse pene più gravi di quelle previste per le ipotesi base di cui agli artt. 589 e 590 c.p. – rispetto ad altre condotte colpose egualmente praticate nell'ambito di attività pericolose rispondenti all'interesse del soggetto che agisce.

### 1.7. L'omicidio e le lesioni stradali.

Ciò premesso, vanno considerate le fattispecie autonome di **omicidio stradale (art. 589-bis, co. 1, c.p.)** e di **lesioni stradali (art. 590-bis, co. 1, c.p.)**, in rapporto al complesso sistema di **casistiche punite ai commi successivi con pene più elevate**, casistiche costruite – con ulteriore maggiorazione delle pene – sul modello dell'omicidio e delle lesioni aggravati in tema di violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro.

Attraverso simili fattispecie si raggiunge l'apice di una normativa penale demagogica e del tutto irrazionale sul piano preventivo.

Sotto il profilo tecnico, si noti come alle suddette casistiche venga riferita espressamente dall'art. 590-*quater* c.p. (v. *infra*) la qualifica, altrimenti discutibile, di **circostanze aggravanti rispetto ai due reati base**, puniti con reclusione da due a sette anni per l'omicidio stradale e con reclusione da tre mesi a un anno nel caso di lesioni gravi e con reclusione da uno a tre anni nel caso di lesioni gravissime (si rammenti, a tal proposito, il diverso rilievo delle ipotesi circostanziate per quanto concerne l'elemento soggettivo, ai sensi dell'art. 59, co. 2, c.p. (che richiede la colpa) rispetto al caso in cui le medesime ipotesi fossero ricostruite come reati autonomi (richiedendo come tali di essere coperte dal dolo).

L'aggravamento maggiore della pena (in caso di morte, **reclusione da otto a dodici anni**) è previsto nel caso di guida in stato di ebbrezza alcolica *ex art. 186, co. 2, lett. c)*, c. strad. (tasso alcolemico superiore a 1.5 g/l) o di guida in stato di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, *ex art. 187 c.strad.*, ma anche nel caso di guida in stato di ebbrezza alcolica *ex art. 186, co. 2, lett. b)*, c.strad. (tasso alcolemico superiore a 0,8 g/l) con riguardo a conducenti che esercitino l'attività di trasporto di persone, di trasporto di cose o di autoveicoli pesanti secondo i criteri indicati all'art. 186-*bis*, co. 1, lett. *b)*, *c)* e *d)*, c.strad.

Salvo che per questi ultimi conducenti, la pena prevista nel caso di morte è, invece, della **reclusione da cinque a dieci anni**, sia nel caso di guida in stato di ebbrezza alcolica *ex art. 186, co. 2, lett. b)*, c.strad. (tasso alcolemico superiore a 0.8 g/l), sia con riguardo a una serie di specifiche violazioni (velocità doppia a quella consentita e comunque superiore a 70 km/h, in un centro urbano, o maggiore di 50 km/h rispetto a quella consentita su strade extraurbane, attraversamento con semaforo rosso o circolando contromano, inversione del senso di marcia in prossimità di incroci, curve o dossi, sorpasso in corrispondenza di attraversamento pedonale o di linea continua).



È previsto un ulteriore aggravamento obbligatorio di pena (artt. 589, co. 6, e 590, co. 6. c.p.) in caso di guida senza patente o con patente scaduta o revocata (ipotesi, invero, fra loro alquanto diverse) oppure essendo il veicolo di proprietà dell'autore del fatto sprovvisto di assicurazione obbligatoria (fatto, questo, che invero non manifesta correlazione alcuna rispetto ai beni tutelati, la vita e l'incolumità, dai delitti in esame).

Come altresì un'altra aggravante obbligatoria concerne, ex artt. 589-ter e 590-ter, il caso in cui il conducente «si dia alla **fuga**»: il che non può che presupporre il dolo di rendersi irreperibile rispetto all'aver cagionato un incidente e alla probabilità di aver provocato il ferimento di qualcuno. L'aggravante comporta l'aumento della pena da un terzo a due terzi e prevede, altresì, che nel caso di fuga la pena non possa essere inferiore, comunque, a cinque anni per l'omicidio colposo e a tre anni per le lesioni colpose: il che appare del tutto irragionevole rispetto al minimo di pena previsto per l'omicidio stradale semplice nonché, con ulteriori problemi di raccordo, rispetto alle diverse tipologie di lesioni stradali semplici. La medesima aggravante, inoltre, dovrebbe essere ritenuta in rapporto di specialità, ove applicabile, rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 189, co. 6, c.strad. (trasgressione dell'obbligo di fermarsi in caso di incidente ricollegabile al suo comportamento), ma altresì tale da assorbire, stante la sua collocazione tra i delitti contro la vita e l'incolumità, la stessa fattispecie di cui all'art. 189, co. 7, c.strad. (trasgressione dell'obbligo di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite).

Nel caso di **eventi plurimi** è previsto un regime di cumulo giuridico analogo a quello già considerato a proposito degli artt. 589 e 590 c.p., con **limite edittale massimo che giunge**, con riguardo all'art. 589-bis, **a diciotto anni di reclusione**.

Una diminuzione della pena *fino* alla metà è prevista, per ciascuna delle singole ipotesi di omicidio o lesioni stradali, nel caso di concorso di colpa della vittima (artt. 589-bis, co. 7, e 590-bis, co. 7, c.p.).

### 1.7.1. Delitti stradali e art. 69 c.p.

Va inoltre tenuta presente, ai sensi dell'**art. 590-quater c.p.**, **l'esclusione delle summenzionate aggravanti** previste agli artt. 589-bis e 590-bis c.p. (commi da 2 a 6) nonché agli artt. 589-ter e 590-ter c.p. **dal giudizio di prevalenza ed equivalenza nel caso di concorso con circostanze attenuanti** (salve sole quelle concernenti la minore età e il contributo di minima importanza nel concorso di persone).

Come si ricorderà, secondo tale giudizio – che non viene fatto dipendere dal confronto fra il *numero* delle aggravanti e quello delle attenuanti – il giudice può valutare fra loro equivalenti le aggravanti e le attenuanti, disapplicandole (così determinerà la pena entro l'ambito edittale previsto per il reato base), oppure può ritenere prevalenti le une o le altre, disapplicando quelle soccombenti.

E si ricorderà altresì che la possibilità di tale giudizio era stata estesa, con l'importante riforma di cui al **d.l. n. 99/1974**, a tutte le tipologie di circostanze aggravanti, vale a dire anche alle circostanze *indipendenti* (che prevedono uno spazio edittale per l'appunto indipendente rispetto a quello del reato base) e alle circostanze *autonome* (che prevedono

una pena di specie diversa da quella del reato base), circa le quali, in precedenza, simile giudizio era escluso.

Una riforma, quella del 1974, che, nella riconosciuta impossibilità politica di addivenire a una riforma organica del codice penale, aveva optato per ampliare con finalità mitigative la discrezionalità giudiziaria inerente all'applicazione delle sanzioni (caratterizzate nel codice Rocco secondo un regime assai severo), prevedendo, altresì, l'**estensione del cumulo giuridico** al concorso formale e al reato continuato fra reati eterogenei, *ex art. 81 c.p.*, nonché l'abolizione degli aumenti obbligatori di pena in caso di **recidiva** (l'ipotesi di recidiva reiterata obbligatoria, successivamente reintrodotta, di cui all'art. 99, co. 5., c.p. è venuto nuovamente meno a seguito di Corte cost. n. 185/2015).

Da molti anni, tuttavia, il legislatore, in **controtendenza**, è tornato a precludere il giudizio di cui all'art. 69 c.p., nell'ottica di un diffuso revival retributivo, rispetto alle circostanze aggravanti che riguardino specifici reati (v. per ulteriori esempi *infra*): rendendo dunque il regime sanzionatorio complessivo, rispetto ad essi, molto più duro.

Del resto, come già segnalavamo, si rende da tempo manifesta una **tendenza all'abuso nella previsione legislativa delle circostanze aggravanti, il cui regime complessivo appare oggi disorganico e quasi ingovernabile**: anche in rapporto al ruolo nella sostanza marginale che assumono le circostanze del reato in altri ordinamenti penali europei (a titolo di esempio, si consideri la dichiarata incostituzionalità, ai sensi di Corte cost. n. 249/2010, dell'art. 61, co. 11-*bis*, c.p., introdotto nel 2008, concernente «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»: condizione, questa, del tutto svincolata dal fatto di reato, così che la circostanza in parola veniva a costituire una vera e propria ipotesi di *colpa d'autore*).

### 1.7.2. Delitti stradali e presunzioni dell'imputabilità.

Dato il quadro normativo summenzionato inerente ai delitti stradali, va posto altresì in evidenza – nei casi in cui l'aumento di pena derivi dall'aver guidato in **stato di ebbrezza** o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di **sostanze stupefacenti** o psicotrope (artt. 589-*bis*, co. 2, e art. 590-*bis*, co. 2, c.p.) – il sovrapporsi della problematica di parte generale relativa alle c.d. *presunzioni*, o *finzioni*, di imputabilità (artt. 92 e 93 c.p.), in rapporto al principio di colpevolezza.

Se risulta più facilmente comprensibile l'irragionevolezza del punire per un reato doloso chi al momento del fatto fosse, effettivamente, non capace di intendere e di volere per ubriachezza o assunzione di stupefacenti, deve riconoscersi la maggiore difficoltà di gestire in modo coerente con il principio di colpevolezza gli eventi colposi cagionati in quelle condizioni: per esempio, l'aver violato una regola del traffico provocando un sinistro avendo deliberatamente assunto alcol o stupefacenti pur sapendo che, poi, ci si sarebbe posti alla guida: di certo, tuttavia, deve ritenersi inaccettabile la gestione di quei casi attraverso una *fictio* circa il reale stato psicologico del soggetto agente al momento del fatto.

Si considerino, per confronto, le **sanzioni previste per il caso di guida in stato di ebbrezza o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti dagli artt. 186 e 187 c.strad.**: per il primo caso (e salve le ulteriori specificazioni normative, di cui anche

all'art. 186-*bis* c.p.), se il tasso alcolemico è ricompreso fra 0,5 e 0,8 g/l, è prevista una sanzione amministrativa; se il tasso alcolemico è ricompreso fra 0,8 e 1,5 g/l, è prevista la pena dell'arresto fino a sei mesi e dell'ammenda, con sospensione della patente da sei mesi a un anno; se il tasso alcolemico è supera 1,5 g/l, è prevista la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda, con sospensione della patente di guida da uno a due anni e la confisca del veicolo (con aumento delle sanzioni ove sia derivato un incidente stradale e, altresì, con aumento della pena dell'ammenda, escluso dal giudizio di prevalenza ed equivalenza fra circostanze, ove il fatto sia stato commesso tra le ore 22 e le ore 7).

Si consideri altresì che, fuori dal caso in cui sia derivato un incidente stradale, **le richiamate pene detentive e pecuniarie possono essere sostituite dal lavoro di pubblica utilità**, secondo le modalità e gli effetti di cui all'art. 186, co. 9-*bis*, c.p. Le medesime pene possono essere sostituite, in assenza di incidente stradale, dal lavoro di pubblica utilità, secondo le modalità e gli effetti di cui all'art. 187, co. 8-*bis*, c.strad., anche nell'ipotesi di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, ipotesi per la quale si prevedono (salve le ulteriori specificazioni normative) arresto da sei mesi a un anno e ammenda, con sospensione della patente da uno a due anni e sequestro del veicolo. Situazioni, queste, che hanno costituito, finora, la casistica di maggiore applicazione, in quanto pena sostitutiva, del lavoro di pubblica utilità.

### 1.8. I delitti aggravati dall'evento.

Riprendendo ora il tema dell'evento non voluto prodotto dalla commissione di un delitto doloso (v. *supra*, circa gli artt. 586 e 584 c.p.), va tenuto presente come la responsabilità oggettiva fosse stata tradizionalmente ritenuta criterio di imputazione dell'evento non voluto anche con riguardo alla seconda eccezione nei confronti di quanto dispone l'art. 586 c.p., rappresentata da quelli tra i c.d. **delitti aggravati dall'evento** che non esigono il dolo rispetto all'evento aggravante, cioè che prevedono un reato base, con relativa pena, e pene più elevate nell'ipotesi in cui dalla commissione di tale reato base derivino come conseguenza non voluta (o che può anche essere non voluta), per esempio, la morte o la lesione di un determinato individuo.

Esempi in tal senso sono offerti, fra i molti altri, dagli **artt. 571** (*abuso dei mezzi di correzione*), **572** (*maltrattamenti contro familiari e conviventi*), **591** (*abbandono di persone minorenni o incapaci*) e **593 c.p.** (*omissione di soccorso*), in rapporto ai quali si raffrontino i rapporti alquanto diversi, nel minimo e nel massimo, tra le pene base e le pene previste nel caso in cui si verifichi l'evento aggravante: indizio, questo, di scelte sanzionatorie definite caso per caso senza motivazioni comprensibili e in modo avulso da qualsiasi logica di sistema.

In merito a tale tipologia di reati si deve tuttavia tener presente l'avvenuto superamento anche in giurisprudenza, da diversi decenni, dell'indirizzo che riteneva i delitti aggravati dall'evento come ipotesi autonome di reato, caratterizzate dal dolo rispetto al reato base e dalla responsabilità oggettiva con riguardo all'evento aggravante. Così che da tempo il prodursi di quest'ultimo viene ritenuto costituire, a tutti gli effetti, una circostanza aggravante.

Con la conseguenza che si rende comunque applicabile all'evento non voluto, in quanto aggravante, l'**art. 59, co. 2, c.p.**: il quale a seguito della riforma del 1990 **ha espressamente superato la rilevanza oggettiva delle circostanze aggravanti** (già peraltro desumibile dall'avvenuto riconoscimento del principio di colpevolezza: v. *infra*), richiedendo che queste ultime debbano essere conosciute o conoscibili – «conosciute, o ignorate per colpa, o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa» – e, dunque, che siano coperte dalla colpa.

E con l'ulteriore conseguenza per cui, in tal modo, si è reso altresì applicabile anche rispetto all'evento aggravante nei delitti in esame (salvo eccezioni espresse: v. *supra*) l'**art. 69 c.p.**, relativo al già menzionato giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee: così che la pena prevista con riguardo al verificarsi dell'evento non voluto può essere compensata dalla presenza di una o più attenuanti, col ritorno all'applicazione della pena prevista per la fattispecie base (diminuita ove si riconosca la prevalenza dell'attenuante).

#### 1.9. Il ruolo dell'evento non voluto (e di quello voluto) nel delitto di attentato per fini di terrorismo

Eventi aggravanti sono previsti anche con riguardo, per esempio, all'**art. 280 c.p.** (**attentato per finalità terroristiche** o di eversione dell'ordine democratico). Si tratta tuttavia di una fattispecie particolare, che configura un c.d. **delitto di attentato**: in essa, infatti, le fattispecie base (attentato all'incolumità o alla vita) sono costruite in base alle caratteristiche del *tentativo*, e non, come accade ordinariamente, in rapporto alla causazione di un evento offensivo (che in questo caso funge, piuttosto, da evento aggravante). Mentre dunque, di solito, un reato è descritto dalla legge nei termini della causazione di un evento, così che la pena è diminuita da un terzo a due terzi quando l'evento non si realizzi, ma sussistano i requisiti del delitto tentato, la fattispecie base dell'art. 280 c.p. consiste nel *tentare* di ledere o di uccidere, così che ove l'evento si realizzi il delitto è aggravato.

Nel caso di morte la quale consegua a un attentato nei confronti dell'incolumità si riproporrà l'esigenza di evitare il configurarsi della responsabilità oggettiva, dovendosi richiedere quantomeno, pertanto, la **prevedibilità** di un simile evento: ma nel caso di attentato alla vita seguito da morte (o di attentato all'incolumità seguito da lesioni) il configurarsi dell'evento aggravante richiederà, come appare ovvio, il dolo.

Va inoltre evidenziato che nell'ipotesi di realizzazione dell'evento morte voluto (a seguito di attentato alla vita) o non voluto (a seguito di attentato all'incolumità, sono comminate dall'art. 280 c.p. **pene fisse (ergastolo e reclusione di trenta anni)**, cioè pene prive di un ambito edittale.

Si tratta di una modalità sanzionatoria la quale pone evidenti **problemi di compatibilità sia con il co. 1, sia con il co. 3 dell'art. 27 Cost.**: le pene *fisse*, infatti, non consentono al giudice di tener conto, nel momento in cui determina la pena, né della diversa colpevolezza che può manifestarsi anche rispetto a simili fattispecie, né della finalità rieducativa cui la pena inflitta nel caso concreto dovrebbe assolvere.

Ma si consideri anche il contrasto della previsione di pene  *fisse*  con **Corte cost. n. 313/1990**, secondo cui la funzione rieducativa deve caratterizzare la pena non solo nella fase esecutiva, ma anche nella fase di determinazione legislativa e di inflizione giudiziaria.

1.10. Un esempio di prevenzione dell'evento non voluto attraverso il controllo delle condotte pericolose: la normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Onde esemplificare la strategia alternativa, e più razionale, per la prevenzione degli eventi lesivi non voluti facciamo riferimento al **d.lgs. n. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro**, in cui si sostanzia una strategia di *tutela anticipata* dei beni costituiti dalla salute, dall'incolumità e dalla vita dei lavoratori (in rapporto al possibile verificarsi di eventi lesivi rilevanti, *a posteriori*, per colpa).

Si segnalano, in particolare, le scelte fondamentali del suddetto decreto legislativo a fini di prevenzione: in particolare il fatto che esso, al pari di altre normative recenti, non si limita a dettare prescrizioni cautelari, ma investe il datore di lavoro, di un ruolo *attivo*, consistente soprattutto, *ex art. 15 d.lgs. n. 81/2008*, nella valutazione dei rischi attinenti all'attività svolta, nella programmazione della prevenzione e nell'eliminazione di tali rischi (oppure, ove ciò non sia possibile, nella loro riduzione), risultando altresì regolamentata la delega di funzioni (art. 16): fatta salva la valutazione dei rischi e il documento successivo a tale valutazione (art. 28), nonché la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, che non sono delegabili (art. 17).

Si consideri, inoltre, che il decreto attribuisce obblighi per finalità preventiva agli stessi lavoratori (art. 20) e prevede la nomina di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (artt. 47 e 50).

Significativamente, le norme che sanzionano le violazioni agli obblighi fissati dal decreto in oggetto (che si articola in numerose sessioni attinenti a diversi settori lavorativi, ciascuno con particolari modalità di traduzione delle norme generali) prevedono sanzioni di carattere penale-contravvenzionale e amministrativo (artt. 55-59): il che attesta l'importanza di sanzioni, soprattutto non detentive, diverse da quelle che enfatizzano l'intervento punitivo dopo l'avvenuto realizzarsi dell'evento offensivo non voluto, ai fini di una prevenzione davvero efficace, *ex ante*, degli eventi di quel tipo.

Si consideri anche il parallelismo tra la valutazione dei rischi di cui agli artt. 28-33 d.lgs. n. 81/2008 e le norme analoghe di cui al **d.lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità per reato degli enti** (*v. infra*): tuttavia, mentre l'adozione dei «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati» di cui all'art. 6, co. 1, lett. *a*), d.lgs. n. 231/2001, non è prevista come obbligatoria ai fini di tale decreto, lo è ai fini del d.lgs. n. 81/2008, secondo quanto richiesto dall'art. 30 del medesimo.

Ulteriore ambito di prevenzione anticipata del prodursi di eventi lesivi non voluti è dato, ovviamente, da molte delle norme previste dal già menzionato *codice della strada* (d.lgs. n. 285/1992).

## DELITTI CONTRO L'ONORE E CAUSE DI NON PUNIBILITÀ

### 2.1. Ingiuria, diffamazione, prova liberatoria.

L'esame dei due illeciti classici contro l'onore consentirà di riprendere ulteriori distinzioni fondamentali in materia di teoria del reato.

Va segnalata, in primo luogo, l'intervenuta **abrogazione dell'art. 594 c.p.** relativo all'**ingiuria** (che consiste nell'offesa dell'onore o del decoro di una persona *presente*), come pure degli artt. 485 (falsità in scrittura privata), 486 (falsità in foglio firmato in bianco, 627 (sottrazione di cose comuni: v. *infra*) e 647 (appropriazione di cose smarrite ecc.) c.p., ad opera dell'art. 1 d.lgs. n. 7/2016: così che l'ingiuria, si configura esclusivamente, oggi, come illecito civile. Tuttavia, con la novità per l'ordinamento italiano rappresentata dal fatto che il summenzionato decreto legislativo prevede, per l'ingiuria e per altri illeciti oggi rilevanti solo sul piano civile la condanna, oltre che al risarcimento nei confronti della persona offesa, anche al **pagamento di una sanzione pecuniaria civile** in favore della Cassa delle ammende (artt. 3, 4, co. 1. lett. *a*) e 10 d.lgs. n. 7/2016).

Abbiamo dunque, oggi, illeciti civili dei quali si riconosce un rilievo di interesse, altresì, pubblico, segnalato dall'obbligo del suddetto pagamento (per i criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria civile si veda l'art. 5 d.lgs. n. 7/2016).

Si tratta della versione italiana di un istituto diffuso nei sistemi di *common law*, e in particolare negli Stati Uniti, costituito dai *punitive* (o *exemplary*) **damages (danni punitivi)**, i quali però, a differenza di quanto previsto in Italia, vanno a beneficio, essi pure, del soggetto privato: consistono infatti, nel caso di responsabilità extracontrattuale, in un risarcimento ulteriore a quello concernente il danno subito (*compensatory damages*), ove si provi che la controparte abbia agito con *malice* o *gross negligence*.

Rimane invece delitto la **diffamazione (art. 595 c.p.)**, che consiste nell'offesa arrecata all'altrui reputazione comunicando con più persone, in relazione a una persona non presente, ed è procedibile a querela, *ex art. 597 c.p.* anche nelle ipotesi aggravate (fra le altre, l'attribuzione di un fatto determinato e l'essere l'offesa arrecata col mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità, o in atto pubblico).

Si segnala in particolare – già alla lettura dell'art. 595 c.p. e come ribadito esplicitamente dall'art. 596, co. 1, c.p. – l'**irrilevanza in linea di principio della verità** o della notorietà **del fatto addebitato**, che nella disciplina originaria del codice trovava un contemperamento di facciata, implicante la non punibilità ove la verità del fatto risultasse provata, solo nel caso dell'accordo tra offeso e offensore per deferire la questione a un c.d. *giurì d'onore*, del quale non si ha notizia, peraltro, di alcuna convocazione.

Attraverso l'esclusione, pertanto, di qualsiasi rilievo della c.d. **prova liberatoria** riferita alla veridicità dell'addebito, il legislatore totalitario del 1930 otteneva in pratica la **negazione della libertà di stampa** e di qualsiasi forma di critica al regime, posto che chiunque avesse agito in tal senso, anche solo sul piano critico, sarebbe stato perseguibile per diffamazione (e per il resto non essendo pensabile che l'eventuale soggetto pubblico destinatario di addebiti veri avrebbe optato per il *giurì d'onore*).

Risulta pertanto molto significativo, pertanto, che le **tre ipotesi di prova liberatoria** ora

previste dall'art. 596, co. 3, c.p. siano state **introdotte** già con **d.lgs. luogotenenziale n. 288 del 14 settembre 1944**, dopo la caduta del regime fascista avvenuta, com'è noto, il 25 luglio 1943: nonostante l'Italia divisa e la guerra sul territorio nazionale, dunque, s'intese segnalare, ad opera del governo dell'Italia liberata, il ripristino di un ambito significativo di libera manifestazione del pensiero.

Si tratta, *ex art. 596, co. 3, c.p.*, del fatto attribuito a un pubblico ufficiale con riguardo all'esercizio delle sue funzioni (n. 1), del fatto per il quale è aperto o si inizierà un procedimento penale nei confronti della persona offesa (n. 2), nonché del caso in cui il querelante conceda la c.d. ampia facoltà di prova, cioè domandi formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto addebitato (n. 3): ipotesi nelle quali la prova della veridicità di quest'ultimo ha effetto, per l'appunto, liberatorio, escludendo che l'addebito possa essere punito.

L'ambito di non punibilità della diffamazione, tuttavia, va ben oltre, oggi, i casi contemplati espressamente dalla norma appena citata, e ciò a seguito dell'avvenuto riconoscimento, *ex art. 21 Cost.*, del principio di libera manifestazione del pensiero, che la giurisprudenza ha suddiviso in un **diritto di cronaca, di critica e di satira**.

È mancata, tuttavia, una precisazione legislativa del contenuto, e dunque dei limiti, di tali diritti in quanto espressione del suddetto principio costituzionale, vale a dire dei casi in cui la pubblicazione di determinate espressioni, notizie o immagini rimanga rilevante ai fini del delitto di diffamazione: così che simili limiti, da modularsi anche in merito al ruolo pubblico che rivestano o assumano determinate persone, sono di fatto ricavabili soltanto da copiosa elaborazione giurisprudenziale in materia.

Deve in ogni caso concludersi che le ipotesi in cui fatti offensivi della reputazione non sono punibili a seguito della rilevanza attribuita alla prova liberatoria, sia ai sensi dell'art. 596 c.p. (a parte il caso a sé stante della concessione dell'ampia facoltà di prova), sia in forza dei diritti di critica, cronaca e satira vanno annoverate come **cause di giustificazione**, posto che attraverso di esse risulta attribuita preminenza a interessi di rilievo pubblico generale (interesse alla trasparenza relativa all'esercizio delle pubbliche funzioni, all'emergere di fatti almeno potenzialmente costituenti reato, alla libera manifestazione del pensiero) rispetto alla tutela del bene confliggente rappresentato dall'onore personale.

## 2.2. Le diverse cause (o circostanze) di non punibilità.

È ben noto, infatti, che il tema delle **cause di non punibilità** (ovvero, secondo la terminologia utilizzata dal codice penale, delle diverse *circostanze che escludono la pena*), richiede di distinguere tre diverse forme della medesima, a seconda della loro differente *ratio*:

- Le **cause di giustificazione**, che rendono *lecito*, cioè non antigiusuridico, il fatto tipico, presupponendo una scelta operata dall'ordinamento giuridico tra beni in conflitto.

- Le **cause di esclusione della colpevolezza**, in presenza delle quali il fatto resta *illecito*, ma si configura *non colpevole*, per *inesigibilità*, in situazioni particolari, del comportamento ordinariamente richiesto (v. *supra*, § 8.2., anche con riguardo all'esemplificazione concernente l'art. 384 c.p.), oppure, altresì, per mancanza di

imputabilità del soggetto agente. Va annoverato in questa categoria anche lo **stato di necessità** (art. 54 c.p.), quando il medesimo sia **fatto valere** dal soggetto agente **per la tutela di sé stesso** (e non di un'altra persona: v. *infra*), posto che in tal caso – ove chi subisce un danno, a differenza della legittima difesa, non è un aggressore, ma una persona del tutto *innocente* – l'ordinamento giuridico non opera certamente una scelta di tutela privilegiata di un individuo rispetto a un altro (nell'esempio tradizionale, dell'un naufrago rispetto all'altro, che venga compromesso dal primo per salvare la propria vita), ma dà rilievo, ritenendo in quel caso di non poter punire, alla situazione eccezionale di «pericolo attuale di danno grave alla persona» in cui si sia trovato chi, per farvi fronte, abbia posto in essere un fatto tipico a discapito di altri, sempre che (così l'art. 54 c.p.) il pericolo non sia stato da lui volontariamente cagionato, né fosse altrimenti evitabile, e che il fatto sia *proporzionato* al pericolo.

- Le **cause di non punibilità in senso stretto**, in presenza delle quali il fatto resta *illecito e colpevole*, ma non è punibile in forza di una valutazione politico-criminale di non opportunità dell'intervento penale in un dato contesto (come nel caso della non punibilità *ex art. 649, co. 1*, concernente i delitti contro il patrimonio commessi nei confronti dei congiunti ivi indicati: il fatto non viene punito perché l'ordinamento giuridico ritiene sproporzionato intervenire con lo strumento divisivo costituito dalla condanna penale nell'ambito di una famiglia per la tutela di beni meramente patrimoniali).

Si consideri che sono da ricomprendersi nella terza di tali categorie anche le **cause di non punibilità di natura premiale** (cioè quelle correlate a un comportamento *post delictum* che il diritto penale intende promuovere), come quelle previste, per esempio, da entrambi i commi degli artt. **308 e 309 c.p.** in riferimento ai delitti di cospirazione e di banda armata. La disposizione del secondo comma di entrambe le norme prevede, in particolare, una conseguenza di maggior favore rispetto all'applicabilità dell'attenuante generale di cui all'art. 56, co. 4, c.p.

Su queste basi, ci si può interrogare circa le ulteriori ipotesi di non punibilità concernenti gli illeciti contro l'onore:

- la **provocazione**, riferita al fatto commesso «nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso» (art. 599, co. 2, per la diffamazione e art. 4, co. 3 e 8, d.lgs. n. 7/2016, per l'ingiuria), appare da configurarsi come causa di esclusione della colpevolezza, stante la considerazione della particolare condizione personale in cui si è venuto a trovare l'offensore;

- mentre la **ritorsione**, riferita all'ingiuria con riguardo al caso in cui le offese risultino reciproche, e rispetto alla quale la scelta della non punibilità è rimessa alla valutazione del giudice, che può applicarla a entrambi o anche a uno soltanto degli offensori (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 7/2016): viene per lo più ritenuta una causa di non punibilità in senso stretto.

La distinzione fra le diverse situazioni di non punibilità assume rilievo, soprattutto, con riguardo al **concorso di persone, ex art. 119 c.p.**: si applicano rispetto a tutti i concorrenti solo le cause di non punibilità aventi natura *oggettiva*, quali sono senza dubbio le cause di giustificazione; mentre si applicano soltanto al concorrente cui si riferiscano le cause di non punibilità aventi natura *soggettiva*, quali sono quelle che escludono la colpevolezza. Circa la qualifica oggettiva o soggettiva delle cause di non punibilità in senso stretto ci si deve



chiedere se la non punibilità risulti riferita a certe caratteristiche del fatto in quanto tale oppure al tipo di condotta o alla situazione personale di uno specifico concorrente: valutando in ogni caso se, punendo il concorrente, si comprometta il fine che la previsione della causa di non punibilità intendeva perseguire (per esempio, con riguardo al cit. art. 649, co. 1, c.p., la salvaguardia dei legami familiari nei delitti contro il patrimonio).

Non risulta accettabile, invece, l'opinione secondo cui la differenza fra le tre diverse categorie di non punibilità rilevarebbe anche con riguardo all'**art. 59, commi 1 e 4, c.p.**, commi i quali prevedono, rispettivamente, come ben si sa, la **rilevanza oggettiva**, vale a dire anche se non conosciute dal soggetto agente, **delle cause** (o circostanze) **di esclusione della punibilità** (oltre che delle circostanze attenuanti del reato), e la non punibilità dell'**erronea supposizione dell'esistenza di una causa** (o circostanza) **di esclusione della punibilità**, salvo che l'errore compiuto sulle circostanze fattuali di tale esistenza sia determinato da colpa e il reato sia punibile anche per colpa (al pari di quanto previsto dall'art. 47, co. 1, c.p., con riguardo all'errore di fatto).

Secondo tale opinione, infatti, il co. 1 di tale articolo non sarebbe applicabile alle cause di esclusione della colpevolezza (si osserva che se una di tale cause non è percepita dal soggetto agente, questa non può averne condizionato il comportamento), mentre il co. 4 non sarebbe applicabile alle cause di non punibilità in senso stretto (si osserva che se obiettivamente non si realizza la situazione di non punibilità, solo supposta dal soggetto agente, verrebbe meno il motivo della non punibilità). Ma conclusioni di questo tipo, per quanto possano avere motivazioni plausibili, costituirebbero una palese e inammissibile forzatura *in malam partem* del principio di legalità, forzatura che violerebbe, in particolare, il *divieto di analogia* (l'art. 59 c.p. non fa distinzione fra le diverse situazioni di non punibilità, la cui differenza, del resto, non è esplicitata dal codice penale ed è percepibile soltanto da giuristi esperti). Inoltre, la seconda di tali conclusioni non appare del tutto convincente nei suoi stessi presupposti, posto che, ad esempio, punire il figlio per avere rubato una cosa, risultando provato il suo aver ritenuto essere quella cosa del padre, della madre o di un fratello, significherebbe pur sempre attivare un procedimento penale assai destabilizzante rispetto ai legami familiari).

### 3.1 La normativa in materia di furto e di appropriazione indebita.

La disciplina del **furto** – che consiste nell’impossessamento della cosa mobile altrui derivante dalla parallela sottrazione della cosa alla sfera di dominio di un’altra persona, con dolo specifico di profitto – si segnala immediatamente per la sua severità. Se infatti la fattispecie base è punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, il furto aggravato, ai sensi di una delle aggravanti specifiche di cui all’**art. 625 c.p.** è punito con la reclusione da due a sei anni (si noti che le aggravanti aggiunte nel 2009 e nel 2013 appaiono palesemente costituire risposte semplicistiche a fatti di cronaca: furto di fili elettrici ferroviari in rame, furti in autobus o in treno, furti nei confronti di chi si sia appena servito di un bancomat); e se una delle suddette aggravanti concorre con una o più delle medesime oppure con «altra fra quelle indicate nell’art. 61» la reclusione comminata va da tre a dieci anni (in tutte le ipotesi è aggiunta la pena della multa, con un mancato coordinamento, rispetto alle ipotesi aggravate, delle entità, a seguito dell’intervento di riforma del 2017): ma il fatto è che commettere un furto il quale non sia (addirittura) pluriaggravato ai sensi delle molteplici aggravanti di cui sopra è piuttosto difficile. Il furto è punibile a querela della persona offesa, salvo, tuttavia, che ricorra «una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, n. 7 (danno di rilevante gravità), e 625 c.p.».

Un regime, si noti, che rende problematico applicare al furto lo stesso art. 131-*bis*, concernente l’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, posto che ciò rimane possibile solo nel caso in cui non vengano contestate aggravanti (trattandosi, nel nostro caso, di aggravanti a effetto speciale: v. artt. 131-*bis*, co. 4, e 63, co. 3, c.p.).

Tutto questo evidenzia, da un lato, come il codice Rocco, che in sostanza non prevedeva delitti in materia economica, vale a dire delitti tipici dei *colletti bianchi* (v. *infra*), perseguisse, invece, molto duramente quei soggetti poco socializzati che sono gli autori più frequenti dei furti. Dall’altro come sia risultata importante, proprio rispetto al furto (ma non è così, come vedremo, circa le ipotesi di cui all’art. 624-*bis*), la estensione a tutte le aggravanti (anche a quelle che prevedano, come nel furto, un ambito edittale indipendente da quello relativo alla fattispecie base) il giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee di cui all’art. 69 c.p.

Il furto si differenzia dall’**appropriazione indebita (art. 646 c.p.)** per il fatto che quest’ultima concerne la condotta di chi passi ad atteggiarsi come proprietario verso il danaro o la cosa mobile altrui di cui già abbia il possesso, sempre per fine di profitto (nell’appropriazione indebita, dunque, non si realizza un impossessamento della cosa mediante sottrazione, ma una c.d. *interversio possessionis*).

La pena edittale dell’appropriazione indebita, precedentemente prevista per l’ipotesi base nella reclusione fino a tre anni e nella multa fino a euro 1032, è stata alquanto inasprita dalla l. n. 3/2019 (v. *infra*, con riguardo alla corruzione), consistendo ora nella reclusione da due a cinque anni e nella multa da euro 1.000 a euro 3.000.

Ciò peraltro ha rovesciato il rapporto tra furto e appropriazione indebita, posto che quest’ultima era stata sempre ritenuta *meno grave* del furto, in considerazione del fatto in

essa il soggetto attivo risulta già possessore della cosa. Mentre ora, quanto all'ipotesi base, l'appropriazione indebita è punita assai più severamente del furto. Il che, ancora una volta, manifesta tutti i limiti di una legislazione penale nient'affatto sistematica e tutta imperniata sull'appagamento che si vorrebbe offrire all'opinione pubblica attraverso gli inasprimenti sanzionatori.

Ne deriva l'intervenuta problematicità della riflessione che aveva condotto a una lettura della **nozione di possesso**, nell'ambito dell'art. 646 c.p., *più estesa* di quella civilistica, cioè tale da ricomprendere anche la detenzione che operi fuori dalla sfera di controllo diretto del proprietario: secondo una lettura analogica *in bonam partem* del concetto penalistico di possesso, in quanto finalizzata a evitare di punire in modo più grave (allora), per furto, la condotta appropriativa di un soggetto, come il detentore di cui s'è detto, che si trovi in una situazione sostanzialmente analoga, per i fini penalistici, a quella del possessore in senso tecnico. Ora una simile lettura, onde rimanere *in bonam partem* e non collidere con il principio di legalità, esige di valutare se *in concreto*, cioè in rapporto anche alle circostanze aggravanti previste per il furto, sia più favorevole al soggetto agente la punizione per appropriazione indebita o per furto.

Risulterebbe comunque non compatibile, invece, con il principio di legalità, dati i suoi effetti *in malam partem*, una lettura estensiva del **concetto di altruità** nel furto, onde ad esempio punire per furto il proprietario che si reimpossessi della cosa propria sottraendola a chi la detenga: soluzione la quale, del resto, configurerebbe una palese contraddizione rispetto al caso (più grave) della sottrazione di una cosa comune da parte del comproprietario, già punita *ex art. 627 c.p.* in misura inferiore rispetto al furto e ora non più costituente reato ai sensi dell'**art. 1, co. 1d, d.lgs. n. 7/2016** (che lo ha ricompreso fra i casi di illecito civile per i quali è previsto il pagamento di una sanzione pecuniaria civile in favore dello Stato, oltre al risarcimento del danno: v. *supra*).

Si noti che tra i furti minori meno severamente puniti, a querela della persona offesa, *ex art. 626 c.p.* è previsto, oltre al furto «*su cose di tenue valore, per provvedere ad un grave ed urgente bisogno*», anche il c.d. **furto d'uso** (consistente nel fatto di chi «*ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita*» oppure, ai sensi di Corte cost. n. 1085/1998, non è stata restituita per caso fortuito o forza maggiore), mentre non è prevista una disposizione analoga circa l'appropriazione indebita. Se ne deduce che un'appropriazione consistente nell'uso della cosa posseduta in termini difformi al titolo del possesso (appropriazione d'uso) non dovrebbe ritenersi punita (simile deduzione non appare superabile, in assenza di un'espressa volontà legislativa, per il fatto contingente che l'appropriazione indebita sia considerata ora più grave del furto, e tanto più considerando che ciò vale soltanto con riguardo al caso, raro, del furto non aggravato).

Si è discusso di come valutare l'appropriazione nel caso del possesso c.d. *sprangato*, cioè nel caso del possesso di un contenitore chiuso, rispetto al contenuto, pervenendosi per lo più, in dottrina, a considerare pur sempre tale caso come una (sempre meno grave, fino al 2019) appropriazione indebita, posto che affidare il possesso del contenitore chiuso implicherebbe affidare anche il contenuto. Ma pure con riguardo a questa conclusione (non accolta, in favore del furto, da notevole parte della giurisprudenza), incide, ora il segnalato

mutamento delle scelte sanzionatorie (peraltro da valutarsi, come s'è detto, anche tenendo conto delle aggravanti del furto).

### 3.2. La trasformazione del furto in abitazione e del furto con strappo in reati autonomi.

Nel 2001, con l. n. 128, il legislatore ha trasformato le due ipotesi aggravate costituite dal **furto presso il domicilio** e dal **furto con strappo** (cioè con violenza sulle cose, posto che nel caso in cui la sottrazione fosse realizzata con violenza sulla persona si avrebbe rapina: v. *infra*) in **reati autonomi**, attraverso l'introduzione dell'**art. 624-bis c.p.** (pur avendo mantenuto, inizialmente, le stesse pene previste per il furto aggravato).

In tal modo si è realizzata una modifica in senso *sfavorevole* al soggetto agente, in quanto, non configurandosi più nelle suddette ipotesi circostanze aggravanti del furto, **non potrà più effettuarsi** rispetto ad esse il **giudizio di equivalenza o prevalenza**, *ex art. 69 c.p.*, con eventuali circostanze attenuanti, e dunque non potrà più tornarsi ad applicare, nel caso di riconosciuta equivalenza, la pena prevista per il reato base di furto, né la pena base del furto diminuita nel caso di riconosciuta prevalenza delle attenuanti. Così che il legislatore consegue, in tal modo, lo stesso risultato che ha perseguito in altri casi (v. già *supra*) sottraendo determinate circostanze aggravanti al giudizio previsto *ex art. 69 c.p.*, dopo il 1974, per tutte le circostanze eterogenee.

A seguito dell'intervento di riforma, pertanto, eventuali circostanze rilevanti rispetto al furto presso il domicilio o rispetto al furto con strappo risultano applicabili solo muovendo dalla pena prevista (in termini ben più elevati rispetto al furto base) per i reati autonomi di cui all'**art. 624-bis c.p.**

Dal punto di vista teorico, peraltro, la riforma operata potrebbe avere anche un effetto *favorevole* per il soggetto agente: quello per cui gli elementi in discussione (l'essere il furto effettuato presso il domicilio o con strappo), quando erano circostanze aggravanti, richiedevano la colpa, cioè la loro mera *conoscibilità*, ai sensi dell'**art. 59, co. 2, c.p.**, mentre ora, in quanto elementi di un delitto doloso, richiedono la *conoscenza*, secondo quanto s'è visto circa l'oggetto del dolo.

Tale effetto, tuttavia, non ha nel nostro caso alcun rilievo pratico, posto che l'attuare uno *strappo* o l'agire presso un domicilio altrui si realizzano sempre, in concreto, con dolo.

Il regime sanzionatorio dell'**art. 624-bis** è stato reso ancor più pesante inoltre, in quanto il terzo comma prevede una pena (detentiva e pecuniaria) maggiore per il caso in cui ricorrano una o più delle circostanze **aggravanti** del furto previste dall'**art. 625, co. 1** (sono quelle circostanze, cioè, di cui facevano parte anche il furto presso il domicilio o con strappo, fino al 2001), oppure una o più delle circostanze aggravanti comuni di cui all'**art. 61 c.p.**

Con l'aggiunta che le circostanze **aggravanti di cui all'art. 625** (non, dunque, quelle comuni), sono **escluse**, ai sensi del quarto comma, **dal giudizio di equivalenza o di prevalenza** rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, a parte solo l'attenuante della minore età (**art. 88 c.p.**) e quella di cui all'**art. 625-bis**.

Si tratta di un'attenuante, quella di cui all'**art. 625-bis**, che dà rilievo sia per quanto concerne l'**art. 624-bis**, sia per quanto concerne l'**art. 624** (che tuttavia non prevede, circa le aggravanti che ad esso si riferiscano, l'esclusione dal giudizio di cui all'**art. 69 c.p.**), alla

collaborazione di giustizia, fra l'altro riferita solo alla chiamata in correità di altri colpevoli (nonché di favoreggiatori o ricettatori): in sostanza, per quanto concerne l'art. 624-*bis* c.p. si fa dipendere esclusivamente dalla collaborazione di giustizia, nei termini molto rigidi predetti, la possibilità di evitare la pena prevista per l'ipotesi aggravata di tale norma ai sensi dell'art. 625 c.p., o, in caso di riconosciuta prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 625-*bis* c.p., di beneficiare di una pena *ex* 624-*bis*, commi 1 e 2, diminuita.

Si consideri, poi, che, successivamente alla riforma del 2001, le **pene previste dall'art. 624-*bis*** sono state rese più gravi, nel 2017, rispetto a quelle previste per il furto aggravato, fino a essere portate, con la l. n. 36/2019, al livello ricompreso tra quattro e sette anni per le ipotesi base e tra cinque e dieci anni per quelle di furto in abitazione o con strappo aggravate (si sono parallelamente elevate anche le pene previste per la **violazione di domicilio** semplice e aggravata, ai sensi dell'**art. 614 c.p.**). Il tutto risultando ulteriormente appesantito da quanto poco sopra s'è detto circa le preclusioni, concernenti le ipotesi aggravate, circa il giudizio di equivalenza o equivalenza *ex* art. 69 c.p.

### 3.3 Il regime delle lesioni volontarie aggravate.

Rispetto a quanto esposto, è interessante constatare come una proposta intesa a trasformare ipotesi di delitto aggravato in reati fra loro autonomi, formulata in altra epoca storica e, dunque, nell'ambito di un diverso quadro normativo di parte generale, veniva ad avere un significato del tutto differente da quanto poco sopra s'è visto con riguardo all'introduzione dell'art. 624-*bis* c.p., vale a dire un significato *favorevole* per il soggetto agente.

Vengono in considerazione, a tal proposito, gli artt. 582-3 c.p. (**lesioni volontarie e lesioni volontarie aggravate**) e, dunque, la suddistinzione fra **lesioni** base **lievi** (punibili a querela *se lievissime*) e lesioni aggravate **gravi e gravissime**.

Orbene, la rilevanza oggettiva delle circostanze aggravanti prima della riforma dell'art. 59 c.p. nel 1990 e l'esclusione, prima del 1974 (v. *supra*), dal giudizio di equivalenza o prevalenza *ex* art. 69 c.p. delle circostanze aggravanti c.d. indipendenti facevano sì che assumesse un significato *favorevole* per il soggetto agente, in un tale contesto normativo, la proposta del prof. Antolisei intesa a considerare le lesioni gravi e gravissime come *delitti autonomi*, così da esigere il dolo per tutti gli elementi delle relative fattispecie.

Evitandosi, per tale via, una tra le ipotesi più gravose, allora, di responsabilità oggettiva, riconducibile alla prospettiva del *versari in re illicita*: quella in forza della quale chi avesse agito col dolo di cagionare una lesione lieve o lievissima, producendo tuttavia conseguenze non volute annoverabili tra quelle ricomprese nell'art. 583 c.p., sarebbe stato assoggettato, sulla base del mero nesso di causalità, a pene di gran lunga più severe di quelle previste per il reato base e, comunque, per le lesioni aggravate colpose.

Senza che il venir meno del carattere grave o gravissimo di quelle lesioni come aggravanti privasse il soggetto agente della possibilità di fruire del giudizio *ex* art. 69 c.p., posto che quest'ultimo, come si ricordava, non era allora esperibile con riguardo ad aggravanti c.d. indipendenti. Secondo l'impostazione del prof. Antolisei, dunque, nel caso in cui in cui lesioni volontarie avessero prodotto come conseguenza non voluta lesioni gravi

o lesioni gravissime (e lo stesso per le lesioni volontarie gravi rispetto alle gravissime) si sarebbe dovuto applicare l'art. 586 c.p (v. *supra*), che per l'appunto recita «morte o lesioni come conseguenza di altro delitto».

Attualmente la giurisprudenza è orientata a considerare le disposizioni dell'art. 583 c.p. secondo la rubrica di tale norma, vale a dire come circostanze aggravanti. In dottrina permangono alcune posizioni che si rifanno a quanto sostenuto dal prof. Antolisei, osservando che tali aggravanti, o almeno talune di esse, non costituirebbero un mero *quid pluris* rispetto al reato base: per cui nel caso di lesioni volontarie che producano lesioni gravi o gravissime non volute si risponderebbe di lesioni volontarie *ex art.* 582 c.p. in concorso (formale), ove prevedibili, con lesioni gravi o gravissime colpose aggravate, *ex art.* 586 c.p.). Altri Autori rimarcano invece che nelle ipotesi di cui all'art. 583 c.p. è comunque richiesto, senza eccezioni, il verificarsi in tutti i suoi aspetti di quanto previsto nel reato base di lesioni (art. 582 c.p.), posto, fra l'altro, che esse fanno riferimento alla derivazione delle conseguenze dal *fatto* base (per cui nel caso di lesioni volontarie che producano lesioni gravi o gravissime non volute si risponderebbe, ove le conseguenze non volute fossero prevedibili, *ex art.* 583 c.p., ma con la possibilità del ritorno al reato base, o al reato base diminuito, in forza dell'eventuale concorso con circostanze attenuanti, in forza del giudizio di cui all'art. 69 c.p.).

Si consideri, poi, che l'art. 583-*quater* c.p., inserito nel 2007, prevede pene detentive ancor più gravi (rispettivamente, da quattro a dieci anni e da otto a sedici anni) per le lesioni gravi o gravissime, ove provocate a un **pubblico ufficiale** in servizio di ordine pubblico **in occasione di manifestazioni sportive** (oppure anche, ai sensi del d.l. n. 182/2010, conv. in l. n. 217/2010 agli addetti ai controlli dei luoghi delle medesime manifestazioni). Anche rispetto a simile previsione ci si potrebbe interrogare, di conseguenza, circa il suo configurarsi come fattispecie aggravata rispetto all'art. 582 c.p. o come fattispecie autonoma: ma ciò che, comunque, non sarebbe sostenibile, alla luce del testo della norma, è trarre per essa una conclusione differente rispetto a quella che si sia recepita in rapporto all'art. 583 c.p. In ogni caso, il disposto dell'art. 583-*quater* c.p. assorbe l'aggravante di cui all'art. 61, n. 10 c.p.

Resta in proposito irragionevole il trattamento penale differenziato, in tema di lesioni, rispetto a una tra le tante tipologie di servizio dei pubblici ufficiali: col rischio, tuttavia, che la norma faccia da traino per inasprimenti sanzionatori, in materia, ulteriormente estesi. Ancora una volta, si manifesta nell'art. 583-*quater* una modalità d'intervento da parte del legislatore di carattere episodico, giocata sul *quantum* della pena minacciata, rispetto a fatti specifici di particolare impatto sociale.

Deve considerarsi, inoltre, che ai sensi dell'art. 585 c.p. le **pene** detentive previste dagli articoli precedentemente citati per le lesioni base o aggravate, ma anche la pena prevista per l'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.), sono **ulteriormente aumentate** (da un terzo alla metà) se ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste per l'omicidio volontario dall'art. 576 c.p., oppure (fino a un terzo) se ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste per l'omicidio volontario dall'art. 577 c.p. o se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, o da persona travisata o da più persone riunite.

A quest'ultimo proposito è da segnalare come talora **definizioni di rilievo generale** si

ritrovino **inserite in norme del tutto particolari**: proprio all'art. 585, co. 2, c.p. è reperibile, per esempio la nozione di **armi** rilevante agli effetti della legge penale (da integrarsi con l'ulteriore definizione di cui all'art. 704 c.p.). Ciò vale altresì, per esempio, circa la nozione di **latitante**, fornita dall'art. 576, co. 2, c.p., che richiama le condizioni indicate all'art. 61, n. 6; oppure per la definizione di **prossimi congiunti**, contenuta nell'art. 307, co. 4, c.p. (v. *infra*).

### 3. 4. Lesioni personali costituenti reati autonomi.

Anche in materia di lesioni personali volontarie talune modalità delle medesime costituiscono oggi reati autonomi, rispetto al reato base di lesioni. Ma nel secondo dei due casi che illustreremo emergono problemi interpretativi.

#### 3.4.1. La mutilazione degli organi genitali femminili.

Si tratta di delitto, previsto dall'**art. 583-bis**, che punisce chiunque cagioni simili pratiche nell'assenza di esigenze terapeutiche e la cui violazione risulta pesantemente sanzionata: nell'ipotesi base, che specifica, indicandole, quali condotte rilevino, la reclusione da quattro a dodici anni; nell'ipotesi di cui al secondo comma, che fa generico riferimento al procurare lesioni diverse agli organi genitali femminili da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, ma richiedendo il fine di menomare le funzioni sessuali (fine, peraltro, di interpretazione non facile, e che non è detto costituisca sempre la finalità delle lesioni), con la reclusione da tre a sette anni, salva la diminuzione fino a due terzi se la lesione è di lieve entità. Essendo previsto per entrambe le ipotesi l'aumento obbligatorio della pena di un terzo se i fatti sono commessi su minorenni o per fini di lucro, nonché le pene accessorie, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, della decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale e l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno. Ed essendo altresì prevista **ex art. 583-ter c.p.**, per l'esercente una professione sanitaria che sia condannato per uno dei delitti previsti dall'art. 583-bis c.p., l'interdizione dalla professione da tre a dieci anni.

Tale norma fa emergere la problematica, divenuta tanto maggiormente significativa negli ultimi decenni in rapporto al carattere sempre più multietnico delle nostre società, dei c.d. **reati culturalmente motivati** e delle modalità che si debbano ritenere più eque e opportune per il loro contrasto: ciò, ovviamente, con riguardo al caso in cui tale motivazione riguardi il soggetto attivo.

Il problema è di come tener conto del fatto che una persona, in rapporto alla propria cultura, possa non percepire il disvalore di determinate condotte che invece l'ordinamento penale del paese in cui si trasferisce considera illecite: venendo in collisione le esigenze di orientamento, anche attraverso le norme penali, a recepire quel disvalore, quando ve ne siano le ragioni, e la necessità di considerare l'effettiva condizione personale del soggetto agente al momento della condotta.

S'è dunque discusso, alla luce delle categorie dogmatiche di cui più sopra s'è detto, circa

l'eventualità di introdurre in materia ipotesi di esclusione o di attenuazione della colpevolezza da ascrivere al quel soggetto (risultando più problematico configurare esclusioni dell'antigiuridicità) o di introdurre specifiche circostanze attenuanti, oppure circa la possibilità di valutare se sussistano, in alcuni casi, i presupposti per riconoscere un errore inevitabile sul divieto penale (ai sensi dell'art. 5 c.p. come riletto da Corte cost. n. 364/1988). Rimanendo quantomeno, in ogni caso, l'esigenza di tenere conto della condizione in parola ai fini della determinazione della pena, *ex art. 133 c.p.*

Il legislatore, finora, non ha considerato esplicitamente simile problematica. Anzi, con la norma in esame dell'art. 583-*bis* c.p. è sembrato optare per una gestione molto tradizionale della medesima, imperniata su una severa minaccia detentiva, senza distinzioni riferibili ai soggetti attivi. Una linea che può avere anche effetti controproducenti, favorendo dinamiche di resistenza alla integrazione derivanti da una percezione di ingiustizia della sanzione, vuoi perché non se ne comprendano le ragioni, vuoi perché appaia eccessiva se inflitta a persone che non manifestino stili di vita antisociali.

Resta indiscutibile nel caso dell'art. 583-*bis* c.p. la gravità dei fatti ivi previsti: ma il problema è di come attuarne una prevenzione *effettiva*, problema che non si risolve prevedendo una severa norma simbolica, di prevedibile impatto pratico minimo: la cui natura simbolica trova conferma nello stesso inserimento dei delitti di mutilazione degli organi genitali femminili tra quelli rilevanti anche ai fini della responsabilità per reato degli enti giuridici, *ex art. 25-quater.1 d.lgs. n. 231/2001!*

Ma si potrebbe valutare nella medesima prospettiva anche il fatto che l'art. 583-*bis* c.p. deroga, attraverso il **co. 5**, alla disciplina generale in tema di **reato commesso all'estero** fissata agli artt. 7 ss. c.p., prevedendo l'applicabilità dell'articolo in esame al fatto commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia, purché sussista in entrambe le ipotesi (cosa poco comprensibile) la richiesta del Ministro della giustizia e senza esigere la presenza dell'autore del delitto nel territorio dello Stato (prevista invece dagli artt. 9 e 10 c.p.).

La condanna ai sensi dell'art. 583-*bis* c.p., del resto, potrebbe creare talora, a sua volta, problemi delicati. Si pensi al caso di una donna che non venga affatto costretta alle mutilazioni, ma le viva come una tradizione familiare e che venga accompagnata da un congiunto (poniamo, lo stesso marito) dove la mutilazione verrà effettuata: quel congiunto potrebbe essere condannato a una pena di entità tale da sconvolgere gli equilibri familiari (anche rispetto ad eventuali minorenni) e gli stessi equilibri economici della famiglia, con tutti gli effetti anche criminogeni di simili esiti.

Ed è proprio per evitare effetti indesiderabili delle forme classiche di penalizzazione con riguardo ai reati culturalmente motivati che potrebbe apparire particolarmente interessante il ricorso in materia a forme di giustizia riparativa e, segnatamente, di *mediazione penale* (v. *infra*): in quanto particolarmente idonee, come si dirà, a costruire consenso intorno ai precetti penalmente sanzionati, valorizzando un orientamento costruttivo e dialogico, piuttosto che divisivo, dell'intervento penale.

### 3.4.2. La deformazione dell'aspetto mediante lesioni del viso.



Con legge n. 69/2019 (v. *infra*) si è abrogata la rilevanza ai fini delle lesioni gravissime della deformazione o dello sfregio permanente del viso (art. 583, co. 2, n. 4, c.p.) e si è nel contempo introdotta la nuova fattispecie autonoma in oggetto (**art. 583-quinquies c.p.**).

La formulazione di tale fattispecie suscita alcuni problemi interpretativi. Risulta infatti espressa come segue: «chiunque cagiona ad alcuno lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso è punito» (con la reclusione da otto a quattordici anni, dunque più elevata di quella relativa alle lesioni volontarie gravissime, con l'aggiunta in caso di condanna o di patteggiamento, e senza correlazione alla tipologia del soggetto passivo, della pena accessoria consistente nell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno).

Si è dunque passati da un rilievo della deformazione o dello sfregio come circostanza aggravante (almeno secondo l'opinione maggioritaria) a un rilievo di tali medesimi esiti nell'ambito di un reato autonomo, tuttavia costruito secondo una formulazione analoga a quella dei delitti aggravati dall'evento.

Se, dunque, viene in considerazione un delitto aggravato dall'evento, non appare ben chiara la ragione dogmatica perché si sia voluto introdurre, con l'art. 583-*quinquies*, un reato autonomo: posto che il regime di rilevanza dell'evento derivato rimane, come per le aggravanti, quello per cui è necessaria, rispetto ad esso, almeno la colpa, in termini di prevedibilità (o di previsione, ove si accetti la tesi in tal senso illustrata con riguardo all'omicidio preterintenzionale). Con riconduzione a un medesimo ambito edittale – al pari di quanto accade per tutte le lesioni aggravate, ma non per l'omicidio preterintenzionale – sia del caso in cui l'evento provocato dalle lesioni sia coperto dal dolo, sia del caso in cui il medesimo sia coperto soltanto dalla colpa (il che invero, lo si osservava in precedenza, pone problemi di rapporto con il principio di colpevolezza, ove non inteso in un senso solo minimale). Ma altresì con la possibilità di operare il giudizio di equivalenza o di prevalenza rispetto a eventuali attenuanti, *ex art. 69 c.p.*: il che può comportare effetti favorevoli di notevole rilievo, consistenti nella possibilità di punire ai sensi del solo art. 582 c.p. o della stessa norma con pena diminuita (salvo che si ritenga di poter operare quel giudizio, se ne sussistano i requisiti, rispetto alle fattispecie di lesioni gravi o gravissime, in quanto considerate, secondo l'opinione minoritaria, come reati autonomi).

Nel caso in cui, invece, si intendesse valorizzare la costruzione della fattispecie come delitto autonomo ne deriverebbe che tutti gli elementi della fattispecie, quindi anche la deformazione o lo sfregio, dovrebbero essere coperti dal dolo (volontà delle lesioni e consapevolezza che ne derivino la deformazione o lo sfregio).

Una simile lettura potrebbe avere un risvolto a prima vista favorevole, escludendo la rilevanza della deformazione e dello sfregio colposi (anche in considerazione dell'entità della pena edittale prevista). Ma prevarrebbe di gran lunga l'esito sfavorevole costituito dal venir meno del possibile giudizio *ex art. 69 c.p.* tra la deformazione e lo sfregio intesi come fattori aggravanti ed eventuali circostanze attenuanti (anche generiche). Tanto più in quanto l'esito favorevole sarebbe più teorico che reale (similmente a quanto già si diceva circa l'art. 624-*bis* c.p.) rispetto alla casistica di realizzazione, può ritenersi, prevalente della fattispecie in esame (e che ha fatto da presupposto per la sua introduzione), da individuarsi nelle c.d. aggressioni con l'acido: circa le quali è lecito supporre che il dolo di deformazione o di sfregio del viso sussista pressoché sempre.

Nell'ambito di una simile lettura rimarrebbe del resto l'interrogativo circa il rilievo da attribuire alla deformazione o allo sfregio derivanti da una lesione volontaria, ma non voluti sebbene ascrivibili per colpa. Una casistica, parrebbe di poter dire, del tutto marginale rispetto a quella di cui sopra (del tipo: A vuole ferire B in modo lieve, ma accidentalmente, sebbene colpevolmente, il mezzo che usa sfregia il viso), che potrebbe essere tuttora ricondotte, com'era prima dell'entrata in vigore della legge n. 69/2019, alle lesioni gravissime di cui all'art. 583 c.p. solo operando una lettura in senso lato del concetto di malattia, con (auspicabile) contemporanea applicazione del giudizio ex art. 69 c.p.

La casistica delle *aggressioni con l'acido* offre l'occasione, infine, per un rilievo di carattere politico-criminale: si tratta di un **comportamento** che si manifesta di carattere **fortemente emulativo**: per cui – come rispetto a tutti i comportamenti consimili, in cui la tendenza emulativa non sembra per nulla compensata dal timore della pena – sarebbe necessario riflettere sulla esigenza di cautela nella enfattizzazione attraverso i mass-media di casistiche criminose del tipo descritto (specie quando rappresentino, per così dire, un *novum* rispetto al passato).

#### 3.4.2.1. Alcune questioni in parte analoghe concernenti il delitto di strage.

In un altro settore dell'ordinamento, quello dei delitti contro l'incolumità pubblica, si pongono, con riguardo al delitto di **strage** (art. 422 c.p.) alcuni problemi interpretativi per qualche verso paragonabili a quelli appena considerati.

La fattispecie in oggetto, di pericolo concreto e alquanto indeterminata nella descrizione della condotta, risulta essa pure redatta al primo comma, infatti, utilizzando la formulazione tipica dei delitti aggravati dall'evento (chiunque, «*al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità è punito, se dal fatto deriva la morte di più persone*»): mancando, tuttavia, la descrizione di una fattispecie base autonoma. Così che il prodursi della morte di più persone parrebbe a prima vista configurarsi, nondimeno, come l'evento di un delitto a sé stante, tale da esigere la consapevolezza del fatto che si sarebbe ucciso (come appare, del resto, assai probabile stante il fine di uccidere) e punito, a seguito dell'avvenuta abrogazione della pena di morte originariamente prevista, con l'ergastolo.

Allo stesso modo dell'ipotesi, prevista dall'art. 422, co. 2, prima parte, c.p. secondo comma, parte prima e punita *ab origine* con l'ergastolo, identica alla precedente salvo che per l'evento costituito dalla morte «*di una sola persona*».

È andato peraltro consolidandosi, in proposito, l'orientamento, da preferirsi, secondo cui la norma base rispetto alle due ipotesi menzionate – le quali in questo senso verrebbero a riacquisire, in sostanza, la configurazione di aggravanti – sia reperibile nell'ulteriore previsione (punita con la reclusione non inferiore a quindici anni) di cui all'art. 422, co. 2, seconda parte, c.p., concernente «ogni altro caso» (diverso, cioè, da quello in cui la condotta abbia provocato la morte di una o di più persone) e tale da configurare una tutela anticipata rispetto ad eventi di morte.

Questa interpretazione consente infatti, in presenza di almeno un'attenuante, l'applicazione del giudizio di equivalenza o prevalenza ex art. 69 c.p. rispetto alle due ipotesi punite con l'ergastolo, con possibile condanna alla sola pena prevista dal cit. co. 2, seconda

parte, eventualmente diminuita: e ciò senza sostanziali effetti *in malam partem* dal punto di vista dell'elemento soggettivo (rilevando le aggravanti anche sulla base della colpa), data, comunque, la quasi automaticità del sussistere del dolo rispetto alla morte di chi sia rimasto ucciso nelle medesime ipotesi.

### 3.5. Il caso della rissa.

Anche nel caso del delitto di **rissa (art. 588 c.p.)** viene in considerazione il verificarsi della morte o della lesione di taluno sul presupposto della realizzazione di una fattispecie base, che è data, nel primo comma, dalla *partecipazione* a una rissa (non meglio descritta), punita con la pena della multa.

Al secondo comma è infatti previsto, per l'appunto, che «*se nella rissa taluno rimane ucciso, o riporta lesione personale*», il partecipante alla rissa è punito «*per il solo fatto della partecipazione*» con la reclusione da tre mesi a cinque anni (come pure nel caso in cui l'uccisione o la lesione avvengano «immediatamente dopo la rissa e in conseguenza di essa»): impregiudicata, ovviamente, la responsabilità per i delitti di lesione o di omicidio per chi li abbia provocati.

La peculiarità della disciplina voluta in materia dal codice Rocco stava dunque nel fatto che il secondo comma non soltanto prevedeva una responsabilità oggettiva del mero partecipante alla rissa circa il prodursi della lesione o della morte di taluno, bensì addirittura una sua **responsabilità di posizione**, vale a dire senza neppure la necessità del nesso causale tra la sua partecipazione alla rissa e simili accadimenti. Ciò in deroga a quanto prevede lo stesso art. 42, co. 3, c.p., in merito ai casi, oggi come sappiamo non più prospettabili, di responsabilità senza dolo o senza colpa: deroga, peraltro, ininfluente, posto che la norma citata non ha carattere sovraordinato rispetto all'identica natura di *legge* dell'art. 588, co. 2, c.p..

Il che oggi richiederebbe una lettura adeguatrice del comma suddetto al principio della responsabilità penale personale da due punti di vista: sia esigendo, indubitabilmente, la colpa rispetto al prodursi dell'evento non voluto, sia esigendo il nesso causale tra ciò per cui il partecipante alla rissa viene (maggiormente) punito e la sua condotta partecipativa.

Tuttavia la seconda esigenza renderebbe inutile il suddetto secondo comma, dato che l'apporto causale alla lesione o all'omicidio prevedibili renderebbe applicabili le fattispecie di lesioni colpose o di omicidio colposo.

Resta peraltro inaccettabile che la mera prevedibilità (concetto, come sappiamo, dai criteri di accertamento piuttosto problematici) del verificarsi dei suddetti eventi ad opera di un'altra persona possa da sola legittimare la maggior pena a seguito del verificarsi di quegli stessi eventi per il partecipante alla rissa che non vi abbia contribuito: diversamente, si noti, da quanto prevede lo stesso art. 116 c.p. (reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti), che quantomeno richiedeva, fin dalla sua introduzione, l'apporto causale del concorrente chiamato a rispondere dell'evento non voluto.

## DELITTI SESSUALI, IMPIANTO DI “PARTE SPECIALE” E PLURIVOCITÀ DELL’INTERVENTO PENALE

### 4.1. I delitti sessuali e le ‘gerarchie’ del codice penale. La riserva di codice.

Con la riforma di cui alla l. n. 66/1996 i **delitti in materia sessuale (artt. 609-bis ss. c.p.)** sono stati collocati, secondo una ridefinizione complessiva dei loro contenuti, nel titolo XII del libro II c.p. (*delitti contro la persona*) e segnatamente nella sezione II (*delitti contro la libertà personale*) del capo I (*delitti contro la libertà individuale*), posto che il codice Rocco li aveva previsti al capo primo (costituito dagli artt. 519-526 c.p., abrogati), nel precedente titolo IX (*delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*).

Ciò offre l’opportunità per porre in evidenza come l’**impianto di parte speciale** del tuttora vigente codice Rocco, che risale come ben si sa al 1930, privilegi nel libro II, relativo ai delitti (mentre il terzo inerisce alle contravvenzioni), la **tutela di interessi pubblici**, nel quadro di un’enfaticizzazione del ruolo dello Stato rispetto a quello della persona tale per cui sono stati ricompresi nell’ambito di tutela dei suddetti interessi anche illeciti, come i delitti in materia sessuale, palesemente incidenti sui diritti individuali.

Simile visione propria del codice Rocco emerge, peraltro, anche attraverso le scelte di precedenza in esso operate tra i vari titoli del libro II, per cui i delitti contro la persona si trovano situati al penultimo posto, seguiti soltanto dai delitti contro il patrimonio (previsti al titolo XIII): il che ha pur sempre un peso non trascurabile sul piano della funzione di orientamento comportamentale riconducibile ai precetti penali.

L’orientamento, nelle loro rubriche, dei suddetti titoli alla protezione di interessi dello Stato, o comunque di carattere pubblico, impone peraltro una **rilettura in senso garantistico dei beni tutelati dal codice, alla luce della Costituzione**: tenendo conto del fatto che quest’ultima, nel momento in cui dà rilievo a beni giuridici di rilievo generale suscettibili di tutela (anche) penale, lo fa sempre in funzione della salvaguardia, immediata o meno immediata, dei diritti umani fondamentali o, comunque, di interessi individuali. Per cui, ad esempio, i delitti contro la pubblica amministrazione (titolo II) non devono intendersi come volti alla tutela in sé di un’entità astratta e superindividuale (lo Stato, i pubblici poteri), quasi che essa venga ad assumere una configurazione antropomorfa di cui potrebbe intendersi lesa il mero prestigio, ma devono essere riferiti alla sola tutela dell’interesse di ciascun cittadino all’efficienza e all’imparzialità della pubblica amministrazione, secondo quanto afferma l’art. 97, co. 2, Cost.

Deve altresì constatarsi la non ricomprensione nel codice penale di numerosissimi reati e, in particolare, dell’intero settore riguardante i capitoli classici – societario, bancario, dei mercati finanziari, della crisi d’impresa (già *fallimentare*), del lavoro, tributario, ecc. – afferenti al diritto penale dell’economia (v. *infra*).

#### 4.1.1. Il principio della riserva di codice.

Proprio a quest’ultimo proposito va considerata l’introduzione nel codice penale (**art.**

**3-bis**), con d.lgs. n. 21/2018, del **principio della riserva di codice**, secondo il quale «*nuove disposizioni che prevedono reati possano essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale o sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*» cui quei reati si riferiscano.

Con ciò si vorrebbe che la materia penale non risulti dispersa in un gran numero di leggi e si renda più adeguatamente riconoscibile, anche in considerazione del principio di cui all'art. 5 c.p.

Si tratta, tuttavia, di una norma meramente programmatica, risultando derogabile da qualsiasi legge, posto che lo stesso codice penale non ha carattere sovraordinato, ma ha il valore di una legge ordinaria.

Si rammenti, in ogni caso, che **le norme di parte generale, di cui al libro I del codice penale, si applicano a tutte le fattispecie penali**, anche se non ricomprese nel codice penale, salvo diversa disposizione (**art. 16 c.p.**).

4.2. La definizione della violenza sessuale e i problemi inerenti alla sua scarsa determinatezza.

Con la segnalata riforma del 1996 si sono assai discutibilmente ricondotte a un'unica fattispecie, espressa dall'**art. 609-bis, co. 1, c.p.**, e dunque a un unico ambito della pena edittale (detenzione da sei a dodici anni: v. *infra*), la condotta di violenza carnale e quella relativa ad atti di libidine violenti, rispettivamente punite in precedenza dagli abrogati artt. 519 e 521 c.p.: risultando caratterizzata la prima, a differenza della seconda, dalla congiunzione carnale (vale a dire dalla c.d. *penetrazione* di cui ai testi normativi sovranazionali).

In questo senso la condotta unitaria rilevante è oggi incentrata sul concetto oltremodo generico del costringimento a fare o subire **atti sessuali**, locuzione quest'ultima oltremodo generica soprattutto con riguardo alla soglia inferiore degli atti rilevanti (si pensi, per esempio, alle forme del bacio o delle carezze), con evidenti criticità in merito al rispetto del principio di legalità sotto il profilo della *determinatezza*. Un problema tanto maggiore ove si consideri il livello elevatissimo della pena edittale minima, solo in parte ridimensionato dall'applicabilità dell'attenuante di cui al terzo comma (v. *infra*).

A ciò si aggiungono le **particolari difficoltà di accertamento** che caratterizzano il suddetto delitto: si parla in proposito di un reato frequentemente *inframurario*, e dunque posto in essere senza testimoni, nonché tale che spesso non lascia tracce oggettivamente riscontrabili. Dovendosi altresì osservare che si tratta di un delitto che può prestarsi, talora, a denunce strumentali.

La gravità dei comportamenti di violenza sessuale, tuttavia, non può costituire un motivo per accettare carenze circa il rispetto del principio di legalità o circa il rigore dei riscontri probatori.

Considerazione, quest'ultima, la quale offre l'occasione per ricordare che ai fini di una condanna penale deve realizzarsi un **livello probatorio**, circa i diversi elementi da cui dipende l'esistenza del reato, **oltre ogni ragionevole dubbio** (**art. 533, co. 1, c.p.p.**): non si può mai correre il rischio di condannare un innocente, e ciò anche a costo del rischio di

assolvere un colpevole.

Proprio per arginare i rischi connessi alle problematiche probatorie appena evidenziate, e sebbene l'intento della norma possa essere riconosciuto in quello di evitare ogni *costrizione* nell'ambito sessuale (vale a dire qualsiasi coinvolgimento di una persona in atti di rilievo sessuale compiuti senza il suo consenso liberamente prestato), l'art. 609-bis, co. 1, c.p., arricchisce gli elementi della condotta rispetto al mero costringimento, richiedendo che quest'ultimo si realizzi «*con violenza, minaccia o abuso di autorità*» (come già, per quanto concerne i primi due elementi, l'abrogato art. 519, co. 1, c.p.).

La costrizione, in altre parole, dev'essersi realizzata, e richiede di essere attestata, attraverso una di tali modalità. Ma se le nozioni di minaccia e di abuso dell'autorità, almeno sul piano concettuale, sono abbastanza chiare (la minaccia implica il far emergere, in caso di rifiuto dell'attività sessuale, la prospettiva concreta di un danno ingiusto, l'abuso implica che il sussistere oggettivo di un rapporto di autorità tra un soggetto e l'altro, il che non è da solo sufficiente a provare la violenza, sia utilizzato dal soggetto che si trova in una posizione privilegiata per ottenere dall'altro l'adesione all'attività sessuale: così che, dunque, i confini rispetto alla minaccia si rendono sfumati), problemi maggiori si pongono con riguardo alla **violenza**.

Il codice pensava, originariamente, a una violenza *fisica*, tale da contrapporsi alla minaccia. Nel senso per cui l'attività sessuale, per configurarsi come *violenza* sessuale, debba essersi realizzata attraverso una previa o contestuale violenza costringitiva sul corpo della vittima. Tuttavia il concetto di violenza è stato sovente inteso, negli ultimi decenni, anche come violenza *psichica*, ritenendo che l'autodeterminazione della vittima possa essere stata violata pure attraverso modalità di pressione psicologica: con un inevitabile affidamento al giudice (assai delicato sul piano della determinatezza) del compito di individuare il confine rilevante fra modalità relazionali lecite e illecite. Deve riconoscersi, peraltro, che in questo senso la portata delimitativa perseguita dal codice penale, e confermata anche attraverso la riforma del 1996, del concetto di violenza rispetto a quello di costrizione tende ad annullarsi (non senza la possibilità di effetti, in pratica, dilatativi rispetto al concetto stesso di costrizione).

Si noti che l'art. 609-bis, co. 2, c.p. sostituisce al rilievo della costrizione quello della **induzione** quando uno dei due soggetti si trovi in condizioni di vulnerabilità: richiedendosi in tal caso (n. 1) che l'induzione avvenga «*abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto*» (al che si aggiunge l'ipotesi, prevista dal n. 2, dell'inganno attraverso sostituzione di persona, che sarebbe del tutto indebito estendere, come ha sostenuto un indirizzo del tutto minoritario, all'inganno realizzato attraverso la rappresentazione di proprie attribuzioni o qualità inesistenti).

Il delitto, ai sensi dell'art. 609-septies c.p. e fatte salve le eccezioni di cui al co. 2, è perseguibile a **querela**, che può essere presentata entro il termine di dodici mesi e non è revocabile.

4.3. La violenza sessuale aggravata e gli atti sessuali posti in essere con un consenso invalido.

L'art. 609-ter c.p. (come più volte modificato) ricomprende le ipotesi di **violenza sessuale**

**aggravata**, per le quali è previsto l'aumento della pena di un terzo. Anche tale delitto, ai sensi dell'art. 609-*septies* c.p. e fatte salve le eccezioni di cui al co. 2, è perseguibile a querela, che può essere presentata entro il termine di dodici mesi e non è revocabile.

L'ipotesi aggravante di maggior rilievo sistematico è quella riferita a una **persona** offesa infradiciottenne e, pertanto, **minore d'età** (co. 1, n. 5): aggravante che prima della modifica intervenuta con l. n. 69/2019 era riferita alla sola persona offesa infraquattordicenne, caso rispetto al quale la medesima legge ha previsto che la pena sia aumentata, invece, della metà e che sia raddoppiata (precedentemente era prevista la reclusione da dodici a quattordici anni) nel caso in cui la vittima sia minore degli anni dieci.

Risulta particolarmente delicata, sul piano della determinatezza, l'aggravante di cui al co. 1, n. 5-*sexies*, c.p. (introdotta nel 2014), riferita al reato commesso con violenze *gravi* e al caso in cui dal fatto derivi al minore «*a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave*»

Come altresì risulta del pari delicata, sul piano accertativo e, ancora, sul piano della determinatezza, l'aggravante di cui al co. 1, n. 5-*quater* (introdotta nel 2013), riferita al caso in cui il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero chi sia o sia stato legato alla persona offesa «*da una relazione affettiva, anche senza convivenza*»: si tratterà di valutare con molta cura, rispetto a simili casi, se effettivamente all'epoca dei fatti fosse venuto meno il consenso agli atti sessuali, oltre al sussistere degli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 609-*bis* c.p., come altresì di ricostruire l'esistenza, ove rilevi, di una effettiva *relazione*.

Una riflessione appare utile, inoltre, con riguardo all'aggravante di cui al co. 1, n. 5-*bis* (introdotta nel 2009) che concerne il caso in cui il reato sia avvenuto «*all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto di istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa*»: alla luce dello scopo evidente perseguito dalla aggravante (e alla luce, pertanto, di un riferimento in senso garantistico al bene tutelato) non dovrà trattarsi di una vicinanza meramente topografica del luogo in cui sia avvenuto il delitto con l'istituto frequentato dalla vittima, ma di una vicinanza che abbia favorito la commissione del delitto stesso.

Ulteriori aggravanti concernono il colpevole che sia ascendente, genitore o tutore della vittima, oppure che sia membro di una associazione per delinquere e abbia agito al fine di agevolare l'attività; l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti oppure di altri strumenti o sostanze gravemente nocivi per la salute; il caso in cui la vittima sia persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale o sia una donna in stato di gravidanza.

Del tutto diversa è la situazione cui si riferisce, invece, l'art. 609-*quater* c.p. (**atti sessuali con minorenni**), che prevede l'applicazione della pena stabilita per la violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* c.p. (ma non delle relative aggravanti di cui all'art. 609-*ter*, non essendo le medesime richiamate) nei confronti del soggetto che compia **atti sessuali con un minorenni il cui consenso sussista, ma non sia ritenuto valido** da tale norma. A seguito della l. n. 69/2019, il delitto non è più perseguibile, in nessun caso, a **querela** della persona offesa.

Ciò riguarda innanzitutto il consenso dell'**infraquattordicenne** (co. 1, n. 1, con pena aumentata ai sensi del co. 3, introdotto con l. n. 69/2019, nel caso in cui gli atti sessuali siano avvenuti «*in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi*»), salva l'eccezione di cui al co. 4, che prevede la non punibilità del minorenni rispetto ad atti sessuali posti in essere con altro minorenni il quale abbia compiuto tredici anni, nel caso in cui la differenza

d'età non sia superiore a quattro anni (ambito modificato dalla l. n. 69/2019, posto che precedentemente era fissato in tre anni). Deve ritenersi che si tratta di una *causa di non punibilità in senso stretto* a rilievo soggettivo, posto che la scelta generale dell'ordinamento, espressa al predetto co. 1, n. 1, di non ritenere l'infraquattordicenne sufficientemente maturo per il coinvolgimento in atti sessuali non può venir meno in forza della limitata differenza d'età rispetto all'altro soggetto.

Il sussistere o meno del consenso ad atti sessuali dell'infraquattordicenne, dunque, ha rilievo: se manca, si applicherà, infatti, l'art. 609-ter c.p., mentre se sussiste si applicherà l'art. 609-bis c.p.

Tale consenso, tuttavia, non avrà alcun rilievo, ai sensi dell'art. 609-quater, co. 6, rispetto alla **persona che non abbia compiuto gli anni dieci**, posto che in tal caso si applicherà comunque la pena aggravata ai sensi dell'**art. 609-ter, co. 2, c.p.**

L'ambito dell'età rilevante ai fini dell'art. 609-quater c.p. diventa più ampio (non compimento dei **sedici anni**), ai sensi del co. 2, n. 2, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore o il di lui convivente o il tutore o persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia o persona che abbia con il medesimo una relazione di convivenza.

Mentre se vi sia stato *abuso* delle medesime posizioni onde ottenere il consenso del minore, e sempre che non sussistano le condizioni rilevanti ai fini dell'art. 609-bis c.p., rileva anche **l'età ricompresa tra sedici e diciotto anni**, ma la pena è della reclusione da tre a sei anni (art. 609-quater, co. 2, c.p.).

Anche rispetto all'applicabilità delle pene previste dall'art. 609-quater c.p. circa gli atti sessuali con minorenni con minorenni è prevista (co. 5) la medesima circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, co. 3, c.p.

#### 4.4. La fattispecie alquanto problematica costituita dalla violenza sessuale di gruppo.

L'art. 609-octies c.p. (**violenza sessuale di gruppo**) configura come reato autonomo – del quale non è chiara la *ratio*, che appare rispondere a intenti essenzialmente simbolici – una forma di partecipazione qualificata, per cui è prevista la pena della reclusione (resa più aspra ai sensi della l. n. 69/2019) da otto a quattordici anni, alla violenza sessuale, ponendo problemi interpretativi circa il rapporto con il concorso nella violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p.

La definizione della condotta rilevante risulta infatti alquanto indeterminata, essendo descritta come mera «partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale».

Per quanto riguarda il numero dei partecipanti, sebbene non si usi nella norma, come invece in altre fattispecie (per esempio l'art. 416 c.p., in tema di associazione per delinquere), l'espressione «tre o più persone», deve ritenersi che non sia sufficiente, circa il sussistere del delitto in esame, la compresenza di sole due persone. Ciò sia per l'elemento interpretativo desumibile dalla rubrica (nella lingua italiana la parola «gruppo» non identifica la mera dualità), sia per la riferibilità socio-criminologica del reato a comportamenti tenuti nell'ambito c.d. di un *branco*, sia in rapporto all'entità della pena, che dovrebbe condurre, quantomeno, a identificare condotte sostanzialmente diverse da quelle proprie di un



ordinario concorso di persone.

Sotto quest'ultimo profilo, assume rilievo l'aggettivo *riunite*, riferito alle persone partecipanti, che non può avere un valore meramente pleonastico. Sarà pertanto necessaria, secondo quanto riconosciuto anche in giurisprudenza, la simultanea ed effettiva compresenza dei compartecipi nel momento e nel luogo di consumazione del delitto. Come altresì sarà necessario che i diversi soggetti abbiano voluto realizzare una loro reciproca interazione (l'essere riuniti) proprio al fine di commettere atti di violenza sessuale.

Dovranno comunque sussistere i requisiti del concorso di persone (v. *supra*). Risulterà insufficiente, pertanto, il mero accordo non sfociato neppure in un tentativo incompiuto. Mentre il contributo partecipativo si sarà dovuto manifestare rilevante sul piano causale. Da cui deriva, per esempio, che non potrà rispondere del delitto, a titolo di omissione, la persona che si ritrovi in gruppo con altre, ma che rimanga del tutto inerte, senza alcun apporto *hic et nunc* istigativo, rispetto al delitto e che, in tal modo, non si sia *riunita* con esse (a parte ogni altra considerazione *ex art. 40, co. 2, c.p.*) per la commissione del medesimo.

Deve evidenziarsi, infine, che l'art. 609-*octies*, co. 3, prevede l'applicabilità delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-*ter* c.p.; **non risulta richiamata, invece, l'attenuante obbligatoria («in misura non eccedente i due terzi» prevista per i casi di minore gravità dagli art. 609-*bis*, co. 3, e 609-*quater*, co. 5, c.p., in materia di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne**: quasi che la natura *di gruppo*, tanto genericamente definita, come s'è visto, del delitto in esame possa togliere rilievo al fatto che gli atti sessuali posti in essere risultino di limitata gravità e ben diversi da uno stupro. Il che solleva palesi censure di violazione dei principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza, tanto più ove si consideri la **ricomprensione della violenza sessuale di gruppo (v. *infra*) tra i reati c.d. ostativi di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.**: censure, tuttavia, che la Corte costituzionale non ha ritenuto finora, di recepire.

Rilevano infatti, *ex art. 609-*octies*, co. 4, c.p.*, ai fini di una attenuante comune obbligatoria, solo il **contributo di minima importanza**, in analogia a quanto previsto dall'art. 114 c.p. (che tuttavia è riferito, per l'appunto, al contributo del partecipe, e non alla minore gravità del fatto in sé, sebbene la norma possa prestarsi a interpretazioni equitative), nonché i casi in cui il partecipe sia stato soggetto passivo di uno dei comportamenti di determinazione indicati all'art. 112, co. 1, nn. 3 e 4, c.p., e i casi in cui taluno si sia avvalso del medesimo secondo quanto previsto dal terzo comma del medesimo articolo.

L'altisonante qualificazione «di gruppo» della violenza sessuale presa in considerazione dall'art. 609-*octies* c.p. ha finito, in effetti, per giustificare, probabilmente anche agli occhi di parlamentari poco attenti al contenuto tecnico delle norme, un **regime punitivo del tutto incomprensibile rispetto, almeno, alla fascia inferiore di gravità delle condotte** che possono essere ricomprese in tale fattispecie delittuosa (e a maggior ragione nel caso in cui non si delimitino nel senso in precedenza indicato i requisiti necessari per il configurarsi della medesima).

#### 4.5. L'errore sull'età rilevante ai fini degli atti sessuali.

Con riguardo all'**errore** (di fatto) **sull'età** della persona offesa che risulti significativo ai

fini dei delitti sopra richiamati (ma anche ai fini dell'art. 609-*quinquies*: *corruzione* di minorenni) era prevista dall'art. 609-*sexies* c.p. l'irrilevanza senza eccezione dell'errore medesimo (ma solo per l'età inferiore a quattordici anni). Tale regime è venuto meno in forza della legge n. 172/2012 (*ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa, c.d. di Lanzarote, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale*), che ha attribuito rilievo scusante, per evitare l'incompatibilità col principio di colpevolezza, al caso dell'**errore inevitabile** (come già avvenuto per il disposto dell'art. 5 c.p. in materia di errore di diritto su norma penale, ai sensi di Corte cost. n. 364/1988), estendendo peraltro l'ambito applicativo dell'art. 609-*sexies* c.p. a qualsiasi errore significativo concernente l'età inferiore ad anni diciotto, nonché al delitto di cui all'art. 609-*undecies* (adescamento di minorenni). Si noti, tuttavia, che già Corte cost. n. 322/2007, in una sentenza di inammissibilità della questione proposta, aveva suffragato l'interpretazione conforme al suddetto principio della norma in oggetto, nel senso poi tradotto in legge.

Deve comunque osservarsi, in proposito, che la **disciplina** oggi risultante dall'art. 609-*sexies* c.p. rimane **diversa da quella generale sull'errore di fatto prevista dall'art. 47, co. 1, c.p.**: se infatti la disciplina è divenuta identica circa l'irrilevanza dell'errore inevitabile, non è così circa la rilevanza dell'errore colposo, che ai sensi del cit. art. 47, co. 1, lascia sussistere la sola responsabilità per colpa quando la fattispecie colposa sia prevista dalla legge, mentre ai sensi dell'art. 609-*sexies* c.p. lascia sussistere la responsabilità per i delitti dolosi sopra richiamati (con le problematiche già evidenziate, in proposito, *supra*).

4.6. Profili critici del regime sanzionatorio complessivamente molto duro in materia di delitti sessuali.

Si sono già richiamati gli ambiti edittali molto severi previsti in merito ai delitti sessuali e alle relative aggravanti: ambiti estremamente problematici per quanto riguarda, soprattutto, i minimi edittali, che come sappiamo, a differenza dei massimi, vincolano il giudice (salvo il rilievo di eventuali attenuanti), in rapporto all'esigenza di un'adeguata considerazione dei casi meno gravi, stante fra l'altro l'applicabilità molto difficile dell'art. 131-*bis* c.p. (possibile solo nei casi in cui sia riconosciuta, ove prevista, la citata attenuante relativa ai casi di minore gravità, in assenza di aggravanti a effetto speciale).

Né del resto la problematica può dirsi superata in rapporto all'applicabilità della medesima attenuante (pur sempre tale da non consentire una pena inferiore ai due anni di reclusione), tanto più in ragione del fatto che essa può rientrare, di per sé, in un giudizio di equivalenza o di prevalenza con eventuali aggravanti.

A tutto questo deve aggiungersi, peraltro, l'esigenza di tenere conto dell'intero quadro dei provvedimenti di natura lato *sensu penale* limitativi, in materia, dei diritti individuali: ciò da cui si evince che **il carico sanzionatorio penale applicabile di fatto** circa la commissione, accertata o anche solo ipotizzata, di un certo reato non attiene alla sola entità della pena principale comminata e successivamente inflitta, ma **dipende anche**, oltre che dalle circostanze aggravanti o attenuanti, **dalle pene accessorie, dai provvedimenti processuali, dalle norme di diritto penitenziario, da eventuali misure di sicurezza applicabili e dalle misure di prevenzione.**

Un quadro che, rispetto ai delitti in materia sessuale contiene molti significativi inasprimenti rispetto alle norme ordinarie:

- Ai sensi dell'art. 157, co. 6, c.p., i termini di **prescrizione** previsti, fra altri reati, con riguardo agli 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies c.p. sono raddoppiati;

- L'art. 275, co. 3, c.p.p. prevede che quando sussistano gravi indizi di colpevolezza circa i delitti, fra gli altri, di cui agli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., e non ricorrano le attenuanti dagli stessi contemplate, «è applicata la **custodia in carcere**, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Si noti che solo con l. n. 47/2015 si è introdotta quest'ultima precisazione, adeguando la norma a una serie di pregressi interventi della Corte costituzionale: in questo modo attenuandosi un regime che prevedeva un automatismo difficilmente vincibile di ricorso immediato alla carcerazione sulla base della mera imputazione per uno dei reati predetti.

- Ai sensi dell'art. 444, co. 1-bis, c.p.p., i delitti previsti dagli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies sono esclusi dall'applicazione del c.d. **patteggiamento**, qualora la pena, diminuita di un terzo, superi due anni di reclusione (invece dei cinque ordinariamente previsti);

- Ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1-quater, ord. penit. per i delitti di cui agli artt. 609-bis (salvo l'ipotesi attenuata), 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies c.p. l'applicabilità dei **benefici penitenziari**, tranne la liberazione anticipata (v. art. 4, co. 1, ord. penit.), richiede un'osservazione della personalità condotta in carcere per almeno un anno.

- Ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1-ter, ord. penit. in caso di associazione per delinquere finalizzata a commettere i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p. l'applicabilità dei suddetti benefici richiede che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»;

- Ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., per il delitto di cui all'art. 609-octies c.p. i benefici summenzionati possono essere concessi solo a seguito di collaborazione con la giustizia, secondo quanto previsto dall'art. 58-ter ord. penit., salvo quanto previsto al comma 1-bis dell'art. 4-bis cit.

Come già si osservava, pertanto, la violenza sessuale di gruppo viene inserita nell'ambito dei reati c.d. *ostativi* (v. *infra*).

- Si considerino, inoltre, le pene accessorie e gli altri effetti penali di cui all'art. 609-novies, nonché, rispetto ai delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies c.p., l'aumento della pena in misura non superiore alla metà previsto dall'art. 609-duodecies c.p.

Norme, tutte queste, rispetto alle quali si pongono i più forti dubbi circa l'adeguatezza preventiva di un sistema, ancorché ritenuto gradito alla pubblica opinione, tutto fondato sulla comminazione e sulla esecuzione di pene detentive caratterizzate dalla lunga durata (le quali hanno trovato nel 2019 un ulteriore incremento edittale), con scarsa attenzione per le stesse vittime, e tale da produrre, fra l'altro, una facile assimilazione fra condotte di gravità oggettivamente diversa.

## I reati associativi.

### 5.1. Sulla *ratio* della previsione di reati associativi.

Passiamo ora allo studio di una tipologia di delitti con significative peculiarità, anche in rapporto alle nozioni che conosciamo di teoria del reato, vale a dire dei **delitti di carattere associativo**, che puniscono l'avvenuta costituzione di un apparato organizzativo avente per fine la commissione di delitti, ma anche, talora, la realizzazione di altri obiettivi illeciti o, perfino, di obiettivi leciti, dei quali si considera illecito il perseguimento attraverso determinate modalità associative, e ciò a prescindere dall'avvenuto accertamento del realizzarsi di simili eventi.

Il reato associativo si configura pertanto, a prima vista, come rispondente a finalità di *tutela anticipata* di simili eventi-scopo.

Deve tuttavia constatarsi come risulti raro che un'associazione per delinquere venga colpita prima che almeno alcuni dei suddetti eventi-scopo si sia realizzato. Il che lascia intendere come la funzione prioritaria dei reati associativi risulti, in effetti, diversa da quella di cui s'è detto e consista nel **rendere possibile perseguire** – provando che siano membri dell'apparato associativo – **anche soggetti** (sovente soggetti apicali dell'organizzazione) **di cui non si riesce a dimostrare il concorso, materiale o morale, nella realizzazione di delitti** (o eventi) **scopo** (il che, peraltro, ha l'effetto parallelo di comportare una duplice penalizzazione degli associati, talora gregari, che invece risultino altresì autori, o co-autori, di delitti-scopo (v. anche *infra*, in tema di associazione finalizzata allo spaccio di stupefacenti).

Il che spiega perché non siano state accolte, finora, proposte intese a eliminare i reati associati, sostituendoli con l'applicazione di un'aggravante nel caso in cui un certo reato sia stato posto in essere avvalendosi del supporto di un'organizzazione per delinquere.

### 5.2. La fattispecie base di associazione per delinquere.

La fattispecie base di riferimento è costituita, in proposito, dal delitto di **associazione per delinquere** di cui all'**art. 416 c.p.** (inquadrate nell'ambito del titolo V, libro II, c.p., dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico), il cui testo lascia emergere in modo chiaro il problema fondamentale di determinatezza che contraddistingue tale disposizione: problema tanto più delicato in ragione delle gravi conseguenze sanzionatorie previste, e che si ripropone con riguardo a svariate fattispecie associative speciali (v. *infra*): l'art. 416 c.p. identifica infatti la fattispecie associativa, in senso pressoché tautologico, nel mero fatto che «tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti».

In tal senso, l'associazione per delinquere deve distinguersi sia dalle ipotesi di **mero accordo**, ordinariamente non punibili salva l'applicabilità di una misura di sicurezza nel caso in cui si tratti di accordo per commettere un delitto (art. 115, co. 1 e 2 c.p.), sia dal semplice **concorso** (*ex art. 110 c.p.*) nella realizzazione di determinati delitti.

Data, dunque, la carente determinatezza della fattispecie, i criteri di accertamento del rapporto associativo finiscono per essere forniti dalla giurisprudenza, risultando imperniati sul concetto di **organizzazione stabile nel tempo finalizzata a commettere un numero indeterminato di delitti**: organizzazione che tuttavia, per distinguersi dall'accordo, dovrebbe ricomprendere un apparato strumentale alla commissione di tali delitti che si manifesti materialmente constatabile.

Si ripropone pertanto la questione per cui, dinnanzi a formulazioni generiche del legislatore penale, il confine del penalmente rilevante finisce per essere fissato in larga parte, nonostante il principio di legalità, dalla giurisprudenza, vale a dire dal c.d. (già menzionato) diritto *vivente*: col pericolo, fra l'altro, che ciò avvenga caso per caso, cioè *a posteriori* rispetto alla tenuta della condotta oggetto di valutazione.

Il che spiega altresì la **facilità con cui si constata, oggi, l'aggiungersi all'incriminazione di più persone per concorso in un determinato delitto anche quella per associazione, fra tali persone, finalizzata a commettere delitti del medesimo tipo**: in ragione, per lo più, degli effetti che ciò produce ai fini dell'utilizzabilità di determinati strumenti processuali (effetti sui quali, ovviamente, non avrà effetto alcuno l'eventuale caduta, in sede di condanna, dell'accusa di associazione).

### 5.2.1. Considerazioni sul dolo specifico.

La conformazione del delitto di cui all'art. 416 c.p. come delitto a **dolo specifico** ci porta a rammentare che i delitti di questo tipo richiedono l'intenzionalità rispetto al perseguimento del fine cui la norma attribuisce rilievo, ma non il realizzarsi di quel fine (come avviene invece per i reati di evento).

Rimane tuttavia da ritenersi problematica, con riguardo al principio di materialità, l'ipotesi di fattispecie incriminatrici il cui disvalore penale risulti individuabile *esclusivamente* in una data finalità perseguita dal soggetto agente, dato il carattere interiore di simile requisito.

Vi è comunque la necessità di provare sempre, circa i reati a dolo specifico, non soltanto il sussistere della finalità richiesta, bensì anche l'**idoneità oggettiva** *ex ante* della condotta a conseguire tale scopo (gli aspetti soggettivi di una fattispecie criminosa non possono essere disancorati, infatti, da un corrispondente profilo oggettivo).

Nel caso in cui invece la fattispecie richieda (non il dolo specifico, ma) l'idoneità oggettiva della condotta a produrre un certo evento, senza che necessiti, anche in questo caso, l'effettivo prodursi di tale evento, simile idoneità dovrà costituire, per quanto riguarda i delitti, oggetto del dolo (nei termini, ordinariamente, di una consapevolezza certa della medesima).

### 5.3. L'associazione di tipo mafioso.

L'associazione di tipo mafioso, prevista dall'**art. 416-bis c.p.**, si caratterizza per il fatto che gli obiettivi della medesima non sono perseguiti sfruttando soltanto le sue risorse

organizzative, bensì anche avvalendosi della «**forza di intimidazione**» che essa sia in grado di esercitare in un dato territorio, nonché «della **condizione di assoggettamento e di omertà** che ne deriva» (co. 3).

A differenza, inoltre, dell'art. 416 c.p., rilevano finalità dell'associazione ulteriori rispetto al solo commettere delitti: fra le altre, anche finalità in sé lecite, ma rese antiggiuridiche dall'essere perseguite attraverso il metodo mafioso (co. 3). Per cui, in quest'ultimo caso, non potrà parlarsi di una fattispecie intesa a realizzare una tutela *anticipata* rispetto alla commissione di delitti, bensì di una fattispecie di pericolo intesa a scongiurare il conseguimento di risultati resi illeciti dal ricorso, per il loro perseguimento, al metodo mafioso.

La pena base prevista è la reclusione da dieci a quindi anni per i partecipi (co. 1), e da dodici a diciotto anni per coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione (co. 2).

Risulta precisato, al co. 8, che le disposizioni dell'art. 416-*bis* si applicano pure ad associazioni diverse da quelle qualificabile per tradizione come mafiose, «comunque localmente denominate» e «anche straniere», le quali perseguano scopi corrispondenti a quelli di cui sopra «valendosi della forza intimidativa del vincolo associativo»: viene omesso il riferimento aggiuntivo alla «condizione di assoggettamento e di omertà», che tuttavia dev'essere dato per implicito (stante, in caso contrario, un'insostenibile differenziazione della disciplina).

Circa la forza di intimidazione, è emerso negli ultimi anni il problema di come configurare – se come associazioni semplici o come associazioni di tipo mafioso – realtà associative gemmate da associazioni effettivamente mafiose, ma in territori differenti da quelli tradizionali in cui l'efficacia intimidativa delle medesime risulta consolidata; oppure realtà associative nuove, che cerchino di riprodurre nel loro operare il metodo mafioso; oppure casistiche (relative a c.d. **mafie silenti**) in cui manchi una richiesta intimidativa esplicita o anche implicita (p. es. camuffata attraverso la tradizionale domanda di contribuzione per le famiglie dei detenuti, essendo risaputo che si tratta di un'estorsione), sussistendo, poniamo, il mero fatto che la fama mafiosa di un certo soggetto abbia indotto altre persone a un dato atteggiamento per esse dannoso (per esempio, ritirarsi da una gara di appalto).

Ciò che va in ogni caso rimarcato, a tal proposito, è che ai fini dell'incriminazione per associazione di tipo mafioso deve già essersi determinato un reale stato di intimidazione ed assoggettamento riguardante un numero di soggetti passivi non a priori determinato nel contesto territoriale od economico di operatività dell'associazione medesima. Se l'intimidazione, in altre parole, può anche non essere esplicita, essa, tuttavia, non può essere addirittura presunta, e dev'essere comprovata nelle sue modalità (del resto, occorre una certa cautela nel dichiarare che una realtà criminosa ha già raggiunto, in un dato contesto, una forza generalizzata di intimidazione, perché questo, a sua volta, può accreditare in quel contesto simile capacità coercitiva).

È previsto come elemento aggravante, con ridefinizione indipendente delle pene, il carattere armato dell'associazione (co. 4). Mentre il **co. 6** prevede la c.d. **aggravante di riciclaggio**, inerente al caso in cui gli associati risultino aver finanziato con proventi da delitti le attività economiche di cui abbiano inteso assumere o mantenere il controllo («se le

attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà».

Si considerino altresì la **confisca obbligatoria** (v. *supra*) prevista, circa il delitto in oggetto, dall'art. 416-bis, co. 7, c.p., e le disposizioni dell'art. **416-bis1 c.p.** (introdotto dal d.lgs. n. 21/2018), che prevede una circostanza **aggravante** concernente i delitti «commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo», anche con riguardo alla deroga, prevista al co. 2, rispetto alla esperibilità del giudizio di prevalenza ed equivalenza tra circostanze eterogenee di cui all'art. 69 c.p.

Il delitto rileva (come anche i delitti di cui agli artt. 416, co. 6, 416-ter e 630 c.p.) ai fini della responsabilità per reato degli enti, ai sensi dell'art. **24-ter, co. 1, d.lgs. n. 231/2001**.

Va tenuto presente, altresì, l'**art. 416-ter c.p. (scambio elettorale politico-mafioso)**, il quale punisce chi accetta la promessa, e chi promette, di procurare voti attraverso le modalità proprie del metodo mafioso in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di danaro o di «altra» utilità (specificazione, quest'ultima, introdotta nel 1992 e decisiva circa la sfera applicativa concreta della fattispecie: in merito alla quale s'è peraltro revocata in dubbio la ragionevolezza della sua collocazione all'interno del titolo concernente la tutela dell'ordine pubblico).

#### 5.4. Il problema del concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso.

Si è posto com'è ben noto, con specifico riguardo all'associazione di tipo mafioso, l'interrogativo inerente all'**applicabilità del concorso** (materiale) **di persone** (art. 110 c.p.) ai reati associativi, il che dà luogo alla figura, accolta in giurisprudenza, del c.d. **concorso esterno**.

Tale figura implica che del delitto di cui all'art. 416-bis c.p. possa risponderci sia quando si ritengano sussistere i requisiti necessari per contribuire come associati all'esistenza del sodalizio mafioso, sia quando si ritengano sussistere i requisiti reputati sufficienti per contribuire come concorrenti, *ex art. 110 c.p.*, alle attività del medesimo sodalizio, senza esserne membri.

Il che delinea una singolare estensione plurisoggettiva – secondo la formula molto generica dell'art. 110 c.p., riferibile anche a condotte atipiche («quando più persone concorrono» – della realizzabilità di un delitto, l'associazione di tipo mafioso, già plurisoggettivo (costruito sulla formula, essa pure alquanto generica, «quando tre o più persone si associano»).

Va in ogni caso precisato, onde evitare equivoci, che il fenomeno colto, di fatto, attraverso la figura del concorso esterno – vale a dire l'interazione criminosa fra agglomerati di tipo mafioso e altre realtà – costituisce un fenomeno senza dubbio grave, rispetto al quale l'ordinamento giuridico non può non intervenire: si tratta di domandarsi, semmai, se lo strumento a tal fine adeguato sia quello, per l'appunto, della configurazione di un concorso c.d. esterno nel delitto di cui all'art. 416-bis o se, invece, sia auspicabile (v. *infra*) un intervento *ad hoc* del legislatore.

Il rischio è che l'ammissione del concorso c.d. esterno dia luogo a un'estensione alquanto indeterminata – poiché riferita al contributo *atipico*, e anche non continuativo, *ex art. 110 c.p.* di chi sia stato riconosciuto *estraneo* all'organizzazione criminosa – della sfera concreta di operatività dell'art. 416-*bis*: fermo che, come già si segnalava, anche il concorrente esterno risponde a tutti gli effetti – sebbene come concorrente e non come compartecipe – del medesimo reato associativo.

Un'estensione tanto più delicata in quanto il reato associativo già di per sé estende – attraverso l'anticipazione dell'intervento penale rispetto al verificarsi degli eventi-scopo che si vogliono scongiurare – l'ambito del punibile.

In teoria, del resto, la configurazione del concorso c.d. esterno appare in grado di dar luogo a una catena infinita, circa il fenomeno in oggetto, dell'intervento penale: potrebbe configurarsi, infatti, anche un'autonoma associazione fra i concorrenti esterni (all'associazione di tipo mafioso), come pure, poi, un concorso esterno a tale associazione, e così via).

Di fatto, attraverso la figura del concorso *esterno* si risponde, almeno in certa misura, alla possibile difficoltà che la pubblica opinione potrebbe manifestare comprendere l'eventuale condanna per associazione di tipo mafioso di chi, pur avendo effettivamente e consapevolmente contribuito all'apparato organizzativo e intimidativo della medesima, non ne risulti far parte dal punto di vista sociologico: peraltro, con i rischi dilatativi della punibilità poco sopra segnalati.

Ragione per la quale è possibile che finiscano per prevalere, onde identificare l'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, caratteristiche della suddetta appartenenza aventi carattere sociologico (riti di iniziazione, riconoscimento pubblico di taluno come «uomo d'onore», ecc.) rispetto al (necessario) accertamento di uno specifico apporto causale circa l'operatività dell'associazione medesima.

Così che il configurarsi del concorso *esterno* viene, almeno in parte, a dipendere dalla maggiore o minore ampiezza dei requisiti giudicati sufficienti per configurare la partecipazione di un dato individuo, attraverso un autonomo contributo causale, allo stesso reato associativo.

Anche con riguardo all'**apporto del concorrente esterno**, in ogni caso, deve pur sempre essere provato – come richiesto dalla stessa giurisprudenza della Cassazione – il **nesso causale** del contributo rispetto all'attività dell'associazione mafiosa, vale a dire il sussistere di un apporto che sia risultato (*ex post*) necessario, cioè *condicio sine qua non*, rispetto alle modalità con cui l'associazione opera, *hic et nunc*, in un dato contesto (apparendo tuttavia superato in giurisprudenza l'iniziale riferimento a un contributo che s'inserisca in una fase di anormalità della vita dell'associazione).

Dovendosi richiamare, a tal proposito, quanto più sopra esposto circa le peculiarità dell'accertamento causale rispetto a reati plurisoggettivi.

Si è altresì discusso circa l'**elemento soggettivo del concorrente esterno**: fermo che quest'ultimo dovrebbe avere, in ogni caso, avere la piena consapevolezza dei fini perseguiti dall'associazione, ci si è domandati se e in quale misura quei fini debbano risultare esser stati fatti propri anche dal concorrente esterno: si ripropone, in proposito, la problematica generale della partecipazione con dolo generico a reati che richiedono il dolo specifico.

Posto, comunque, che l'art. 416-*bis* identifica un reato a dolo specifico, **non** sarebbe in



ogni caso configurabile (concordi le Sezioni Unite) un concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso a titolo di **dolo eventuale**.

#### 5.5. Concorso esterno e rilievo di mutamenti degli indirizzi giurisprudenziali.

È interessante considerare come la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 14 aprile 2015 (**caso Contrada**), abbia ritenuto di poter qualificare il concorso esterno in associazione mafiosa come istituto di creazione giurisprudenziale (conclusione peraltro negata, successivamente dalla Cassazione): derivandone l'inapplicabilità del medesimo a fatti, come quelli oggetto di giudizio, commessi anteriormente al momento in cui simile figura giuridica è stata recepita, nel modo più autorevole, dalla giurisprudenza italiana (il che viene fatto risalire alla sentenza delle Sezioni unite *Demistry* del 5 ottobre 1994).

Al di là della problematica specificamente riferita al concorso esterno in associazione di tipo mafioso, la Corte EDU ha dunque esteso in tale sentenza il principio di **irretroattività** della legge penale, previsto dagli artt. 25, co. 2, Cost. e 2, co. 1, c.p., ai **mutamenti non prevedibili dell'orientamento giurisprudenziale**;

Ciò rende opportuno riprendere sinteticamente la disciplina dell'art. 2 c.p., anche in rapporto ad alcune problematiche interpretative assai delicate.

Tale norma, come ben si sa, prevede innanzitutto l'**irretroattività** delle norme penali, da riferirsi alle norme incriminatrici o, comunque, *in malam partem* (co. 1).

Prevede inoltre, per il caso dell'**abrogazione di norme penali**, che, ove il reato sia stato commesso nella vigenza della norma abrogata, esso non può essere punito e, se vi è stata condanna (definitiva), cessano l'esecuzione della pena e gli altri effetti penali (co. 2).

Mentre per il caso della **successione di norme penali** dispone che, se il reato è stato commesso prima dell'intervenuta modifica normativa, si applicano le disposizioni (in concreto) più favorevoli (co. 4);

Nell'ipotesi, pertanto, nella quale una certa materia già rilevante ai fini penali sia regolata da nuove norme penali **si tratta di chiedersi se le vecchie norme siano state abrogate e ci si trovi di fronte a norme nuove da esse autonome**, nel qual caso i fatti commessi prima del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina non potranno più essere puniti, o se invece tra le vecchie e le nuove norme vi sia una continuità di fondo nella costruzione del reato, nel qual caso i fatti pregressi alla riforma rimarranno pur sempre punibili, sebbene secondo la disciplina, fra le due, più favorevole.

Sorgono peraltro alcune ulteriori questioni:

a) Come ci si comporta quando successivamente alla tenuta di una determinata condotta si sia avuto un **mutamento** di fondo, **in senso sfavorevole, nell'interpretazione giurisprudenziale** (*scil.*, nel diritto *vivente*) della fattispecie incriminatrice interessata, per cui al momento della condotta il soggetto agente poteva far conto sull'irrilevanza (o sulla minor rilevanza) penale del suo agire?

La Corte EDU, come s'è visto, ha riconosciuto che anche in questi casi debba valere, ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. («*nulla poena sine lege*») il principio di irretroattività, ritenendo nella sentenza sopra citata che non si sarebbe dovuto condannare l'imputato per concorso esterno

in associazione mafiosa in quanto, all'epoca dei fatti (1979/1988), il rilievo del concorso c.d. esterno ai fini del reato associativo «non era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti».

b) Sembrerebbe logico, inoltre, superare altresì la rigidità dell'**art. 2, co. 4, c.p.**, il quale prevede, circa la successione di norma penale più favorevole, che ove comunque sia intervenuta una **sentenza irrevocabile di condanna** con riguardo a un fatto commesso nella vigenza della disciplina pregressa, tale medesima condanna mantiene i suoi effetti (salva l'ipotesi, di cui al co. 3, nella quale vi sia stata condanna a pena detentiva e la nuova disciplina preveda la sola pena pecuniaria, ipotesi nella quale la pena detentiva si converte immediatamente in quella pecuniaria, secondo il criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p.).

La scelta dell'intangibilità del giudicato nel caso di successione di norme penali, in effetti, è giustamente criticata in dottrina e ha trovato aperture nella giurisprudenza, fra l'altro, della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Un possibile rimedio può essere costituito dalla procedura di revisione del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

c) Si pone altresì la questione, circa la quale si segnalano ancora una volta sentenze significative delle Corti europee, inerente al rilievo che dovrebbe essere attribuito, nei confronti del giudicato, ai **mutamenti favorevoli nell'interpretazione giurisprudenziale** (anche a seguito di sentenze della Corte EDU) di una data norma penali: si pensi, per esempio, alle sentenze passate in giudicato indicate anche in modo espresso come scorrette nella sentenza (v. *supra*) delle Sezioni unite in tema di dolo eventuale, relativamente al caso ThyssenKrupp.

Va rammentata, inoltre, l'inapplicabilità delle disposizioni richiamate dell'art. 2 c.p. alle **leggi eccezionali o temporanee** (art. 2, co. 5, c.p.).

## 5.6. Indicazioni minime *de iure condendo*.

Anche quanto s'è detto nell'ultimo paragrafo depone, peraltro, nel senso secondo cui **risulterebbe preferibile, in luogo del ricorso alla figura del concorso esterno, la configurazione di fattispecie apposite da parte del legislatore** le quali precisino i requisiti delle condotte di sostegno a un'associazione criminosa che s'intendano incriminare, con previsioni sanzionatorie specifiche (in questo senso si esprime anche il manuale di Fiandaca e Musco).

Un esempio a tal fine potrebbe per certi versi essere reperito nella fattispecie autonoma di cui all'**art. 418 c.p.** (aiuto agli associati), che tuttavia non concerne un apporto alle attività dell'associazione, bensì l'aiuto a singoli membri dell'associazione stessa (di tale norma constateremo alcune ipotesi parallele nel paragrafo seguente).

Più in generale, si segnala l'orientamento inteso a superare la configurazione di una disposizione generale sull'associazione per delinquere (l'art. 416 c.p.), la cui descrizione molto generica del rapporto associativo è ripresa nelle ulteriori fattispecie associative, per

addivenire, eventualmente, a descrivere con migliore determinatezza ipotesi associative specifiche, riferite alla prevenzione di determinate tipologie di delitti o di eventi.

#### 5.7. Cenni sui reati associativi ricompresi tra i delitti contro la personalità dello Stato.

Diversi reati associativi speciali sono ricompresi nel titolo I del libro II c.p. (delitti contro la personalità dello Stato).

Nel caso in cui la finalità del legame associativo sia quella di commettere delitti di quel tipo come indicati all'art. 302 c.p., la fattispecie base assume, ai sensi dell'**art. 305 c.p.**, il nome di **cospirazione** (mediante associazione), cui si aggiunge la fattispecie speciale di banda armata (art. 306 c.p.).

In proposito, va evidenziato il parallelo con l'**art. 304 c.p. (cospirazione mediante accordo)**, che costituisce un'eccezione rispetto al principio generale di cui all'art. 115 c.p., in quanto prevede la punibilità del mero accordo per commettere i summenzionati delitti (v. *supra*).

Ulteriori delitti associativi sono previsti agli **artt. 270 c.p.** (associazioni sovversive) e **270-bis c.p.** (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico).

Circa la **finalità di terrorismo** può essere interessante leggerne la definizione, che vorrebbe assicurare determinatezza, di cui all'**art. 270-sexies c.p.** Presa alla lettera, infatti, tale norma attribuisce rilievo, fra l'altro, anche a «condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute [...] allo scopo di [...] costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto». È ovvio, tuttavia, che non potrebbe considerarsi terroristica l'organizzazione, poniamo, di un boicottaggio dei prodotti di un certo Paese per indurlo ad astenersi da atti di tortura. Ma a un simile risultato non riusciamo a pervenire sulla base della mera formulazione di cui sopra, bensì ponendo attenzione in funzione limitativa (se ne ricordi l'importanza: v. *supra*) al bene giuridico (prioritariamente) tutelato dalle norme sul terrorismo, che è costituito dalla pubblica incolumità: per cui gli atti definibili di terrorismo (salvo previsioni specifiche in altro senso) non potranno che essere caratterizzati dall'uso della violenza.

Tutto questo conferma, peraltro, una frequente superficialità nella redazione legislativa delle norme penali (che si manifesta non di rado anche utilizzando a fini penali norme di rilievo internazionale riferite a contesti diversi).

Come anticipavamo al paragrafo precedente, vanno menzionate, poi, le ulteriori fattispecie di assistenza agli associati previste dagli **artt. 270-ter e 307 c.p.**, che si aggiungono a quella, già menzionata, di cui all'art. 418 c.p.

Si noti, con riguardo a tutte e tre le fattispecie da ultimo richiamate, **l'esclusione della punibilità per chi abbia commesso il fatto in favore di un prossimo congiunto**, secondo una ratio analoga (che configura una *causa di esclusione della colpevolezza*: v. *supra*) a quella di cui all'art. 384 c.p., concernente i delitti contro l'amministrazione della giustizia.

E si osservi, altresì, come la definizione di **prossimi congiunti**, «agli effetti della legge penale», sia contenuta proprio nell'art. 307 c.p., al co. 4.

Il che rende manifesto come in alcuni casi definizioni di rilievo generale si ritrovino inserite in norme del tutto particolari, come accade altresì per la definizione di **armi, reperibile** agli artt. 585, co. 2, e 704 c.p.

Da ultimo, si consideri la **circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p.**, riferita alla lieve entità dei fatti preveduti dal titolo I del libro II c.p., desumibile (fra l'altro) anche dalla particolare tenuità del danno o del pericolo: attenuante che, tuttavia, non esclude l'eventuale applicabilità della non *punibilità*, successivamente introdotta nel 2015, per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Lo sguardo dedicato ai reati associativi ha peraltro tralasciato la fattispecie particolarmente importante di associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti (art. 74 t.u. n. 309/1990), che ritroveremo nel capitolo seguente.

## Poteri dello Stato e amministrazione della giustizia.

### 6.1. Il favoreggiamento personale.

Nell'ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (titolo II del libro II c.p.) assume un ruolo particolarmente significativo, anche per le implicazioni teoriche, il delitto di **favoreggiamento personale (art. 378 c.p.)**, le cui condotte tipiche consistono (co. 1) nell'**aiutare taluno a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'Autorità** (oppure di organi della Corte penale internazionale).

Necessita, peraltro, che il favoreggiamento personale si riferisca a un delitto e che questo sia stato effettivamente commesso, in quanto il già citato comma 1, ripreso anche dal comma 3 del medesimo articolo, richiede che le summenzionate condotte siano state poste in essere **«dopo che fu commesso un delitto»**.

Non risponde, in ogni caso, di favoreggiamento personale il concorrente nel delitto summenzionato, stante la riserva che si sostanzia nelle parole «fuori dai casi di concorso» (co. 1): posto che il favoreggiamento tra compartecipi si configura, per così dire, *in re ipsa*.

La fattispecie risulta applicabile anche «quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto»: una scelta, la seconda, che nella sua absolutezza desta notevoli perplessità, non avendo davvero lo stesso disvalore – salvo esasperare in senso statalistico la tutela dell'organizzazione giudiziaria come tale – l'aver favorito un colpevole o una persona di cui si fosse conosciuta l'innocenza.

Stanti le caratteristiche summenzionate, il delitto in esame si distingue da quello di **favoreggiamento reale (art. 379 c.p.)**, che consiste nell'aiutare taluno ad assicurare il prodotto, il profitto o il prezzo di un reato (e non soltanto di un *delitto*), senza che sia richiesto (a differenza dalla ricettazione: v. *infra*), un dolo specifico.

Si è posto **l'interrogativo circa la configurabilità di un favoreggiamento personale omissivo**, in forza dell'art. 40, co. 2, c.p. Interrogativo rispetto al quale potrebbe assumere un rilievo preliminare la discussione circa l'inquadramento del delitto in esame come reato di condotta oppure di evento, posto che, secondo una lettura rigorosa del suddetto art. 42, co. 2, c.p. (v. *supra*) il reato omissivo improprio dovrebbe essere riferibile soltanto a reati con evento naturalistico.

In effetti il favoreggiamento personale è stato tradizionalmente considerato, anche in giurisprudenza, come reato di condotta, sebbene un'autorevole posizione dottrinale (Pulitanò) opti per la soluzione opposta, richiedendo la prova di un ostacolo all'amministrazione della giustizia concretamente realizzatosi. Tuttavia, anche a seguire quest'ultima impostazione più garantistica in termini probatori, manca ai fini della configurabilità di un favoreggiamento omissivo da parte di ciascun singolo individuo il requisito centrale richiesto dall'art. 40, co. 2, c.p., vale a dire l'obbligo, avente fonte giuridica, di impedire l'evento.

Il che trova conferma nella circostanza per cui, consistendo in pratica un ipotetico favoreggiamento omissivo nel fatto di chi non abbia denunciato la persona che egli sappia indagata o latitante, risulta esclusa nel nostro ordinamento la rilevanza penale della

mancata denuncia da parte di un qualsiasi cittadino: posto che l'**art. 364 c.p.** punisce, per l'appunto, l'**omessa denuncia di reato da parte del cittadino** solo nel caso di delitto contro la personalità dello Stato punito con la pena dell'ergastolo (cui si aggiunge l'ipotesi di omessa denuncia in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione previsto dall'**art. 3 d.l. n. 8/1991**, conv. in l. n. 82/1991).

Si consideri inoltre, anche con riguardo al favoreggiamento personale – come altresì con riguardo agli artt. (che in parte abbiamo già considerato e in parte esamineremo di seguito) 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373 e 374 c.p., **la causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, c.p.** (qualificabile come *causa di esclusione della colpevolezza*), che dichiara non punibile chi abbia commesso tali delitti l'amministrazione della giustizia «per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

È bene constatare, inoltre, l'esistenza di una forma molto particolare di favoreggiamento latamente inteso prevista dall'**art. 375 c.p. (frode in processo penale e depistaggio)**, severamente punita, quale reato proprio del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, secondo varie modalità di condotta – ove sussista il dolo specifico di «impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale» – e con la previsione di ipotesi aggravate sottratte al giudizio di cui all'art. 69 c.p.

## 6.2. Gli obblighi di denuncia.

Quanto detto ci porta a considerare i reati che, sempre nell'ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, puniscono la violazione degli obblighi di denuncia: si tratta, in primo luogo, delle fattispecie di **omessa denuncia** «all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a questa abbia l'obbligo di riferirne» **da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) e da parte di un incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.)**, con riguardo a reato non punibile a querela di cui l'omittente abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio: in entrambe le ipotesi base la pena è pecuniaria (multa), mentre diviene detentiva (reclusione fino a un anno), per il primo caso, rispetto a ufficiali o agenti di polizia giudiziaria (essendo poi prevista dall'art. 363 c.p. una specifica ipotesi aggravata, punita con pena detentiva, ove il favoreggiamento riguardi un delitto contro la personalità dello Stato).

Si è già detto di come l'ordinamento penale italiano non attribuisca alcuna funzione filtro circa l'attivazione di un procedimento penale né ai pubblici ministeri, *ex art. 112 Cost.*, né dunque *a fortiori* – come si evince dalle fattispecie di cui sopra – all'autorità di polizia.

Salva sola l'eccezione, già richiamata, di cui all'art. 362, co. 2, c.p. in favore dei **responsabili di comunità terapeutiche socio-riabilitative**.

Ciò a riprova di come l'ordinamento penale si apra a comprendere, seppur con difficoltà e in maniera molto parziale, che un'instaurazione generalizzata, attraverso la denuncia, del processo penale (stante l'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sancito dall'art. 112 Cost.: v. *supra*) può risultare controproducente, in certi casi, dal punto di vista preventivo, vanificando altre forme, più efficaci, di prevenzione: come

quella che si realizza, per l'appunto, attraverso l'opera degli educatori in una comunità di recupero o terapeutico-riabilitativa (ma ciò potrebbe valere anche con riguardo all'opportunità di poter attivare forme di mediazione prepenalistica, come si è proposto – v. *supra* – in merito alla responsabilità medica, idonee ad evitare l'attivazione di un procedimento penale).

A sua volta, l'**art. 365 c.p. (omissione di referto)** punisce con la multa l'**esercente una professione sanitaria** il quale, avendo «prestato la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto pel quale si debba procedere d'ufficio», ometta o ritardi di riferirne alle autorità di cui sopra. Tuttavia con la precisazione (già menzionata nel precedente capitolo) di cui al secondo comma, ai sensi della quale **simile «disposizione non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale»**.

### 6.3. Gli obblighi di testimonianza e la tutela del segreto professionale.

Se pertanto il semplice cittadino non ha obblighi di denuncia (a parte i due casi dei quali s'è detto), ha tuttavia di regola un **obbligo di testimonianza in sede processuale**, peraltro con una serie di eccezioni.

Parallelamente, peraltro, si deve rilevare come sussistano altresì ambiti rispetto ai quali è previsto l'obbligo di non divulgare una notizia o un'informazione.

Sotto questo profilo assume rilievo, in primo luogo, la fattispecie prevista dall'**art. 622 c.p. di rivelazione del segreto professionale**, che punisce a querela della persona offesa con multa o reclusione fino a un anno chiunque, avendo notizia per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte di un segreto, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto».

A questi fini, pur emergendo un evidente problema inerente al principio di determinatezza, va considerato come **segreto** – purché acquisito nei modi di cui sopra – ciò che un altro soggetto ha legittimamente interesse a mantenere riservato.

Si noti come il limite della **giusta causa di rivelazione** non possa essere riferito soltanto ai casi in cui la rivelazione sia richiesta o consentita dalla legge (altrimenti il legislatore avrebbe scritto, poniamo "salvo i casi ammessi dalla legge"), ma anche ai casi in cui solo attraverso la rivelazione del segreto, da effettuarsi pur sempre nei termini più limitati possibile, si è in grado di evitare l'offesa di un bene giuridico avente maggior rilievo (come la vita e la salute) rispetto ai beni (l'onorabilità e la riservatezza) tutelati mediante il segreto: la questione, per esempio, era insorta anni orsono circa la rivelazione al partner della sieropositività HIV di soggetto che non desse garanzie credibili di assumere condotte adeguate a garantire la non trasmissione della malattia.

Si noti altresì come proprio alla norma in esame si sia fatto tradizionalmente riferimento anche per la tutela del **segreto bancario** (fatte salve tutte le limitazioni previste dalla legge per fini giudiziari o tributari), stante il rapporto di tipo professionale tra istituto di credito e cliente.

Al delitto suesposto (che prevede al secondo comma un'aggravante per il caso in cui la condotta di rivelazione sia stata posta in essere da soggetti con posizioni rilevanti in ambito

societario) si aggiunge l'art. 623 c.p., inerente alla rivelazione di segreti scientifici o commerciali.

Altra ipotesi fondamentale in materia di segreto, che ai nostri fini va almeno ricordata, è quella prevista nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (v. *infra*) dall'**art. 326 c.p. (rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio)**, che punisce (co. 1), anche nella forma colposa (co. 2), «il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza», come altresì i medesimi soggetti che si avvalgano «illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete», con diversa entità sanzionatoria a seconda del dolo specifico costituito dal fine di profitto patrimoniale o di altrui danno ingiusto (co. 3): norma la quale suscita a sua volta notevoli interrogativi circa la delimitazione delle notizie segrete rilevanti, al di là dei casi di previsioni di legge espresse. Come pure vanno menzionati, nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato, i delitti di **rivelazione di segreto di Stato (art. 261 c.p.)**, il quale recupera, in quel caso, un certo grado di determinatezza delle notizie di carattere segreto rimandando alla definizione che ne è data all'art. 256 c.p.), di «rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione» (art. 262 c.p.) e di «utilizzazione dei segreti di Stato» (art. 263 c.p.).

Né può essere infine trascurata, ai fini di uno sguardo sistematico sul tema in esame (e anche per il rapporto di fatto con possibili pregresse violazioni del predetto art. 326 c.p.), l'importante contravvenzione di cui all'**art. 684 c.p. (pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale)**, che punisce con l'arresto fino a trenta giorni o con l'ammenda «chiunque pubblica, in tutto o in parte, anche per riassunto o a guisa d'informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione», in rapporto, soprattutto, al complesso disposto dell'**art. 114 c.p.p. (divieto di pubblicazione di atti o di immagini)**: norma circa il cui ambito applicativo si pongono delicatissimi problemi di rapporto tra l'esercizio del diritto di cronaca, le esigenze di riservatezza delle indagini e la tutela dell'onorabilità delle persone indiziate o imputate.

Parallelamente, l'ulteriore contravvenzione di cui all'**art. 685 c.p.** – che è utile sia presente a tutti gli operatori della nostra materia – punisce con l'arresto fino a quindici giorni o con l'ammenda «chiunque pubblica i nomi dei giudici, con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale».

Quanto agli **obblighi di testimonianza**, va segnalato innanzitutto come essi trovino il loro limite in esigenze normativamente riconosciute di tutela di beni ritenuti preminenti nel bilanciamento con le esigenze immediate di amministrazione della giustizia. I **limiti** più tradizionali sono quelli reperibili all'**art. 200 c.p.p.**, secondo il quale «non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: *a)* i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; *b)* gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai; *c)* i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria» (co. 1), cui si aggiungono i «giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario



nell'esercizio della loro professione» (salva la precisazione secondo cui «se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni») (co. 2).

La lettera *d*) del già citato comma 1 esonera inoltre dall'obbligo anche «gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale»: vi sono ricompresi, fra gli altri, i dottori commercialisti e gli assistenti sociali iscritti ai relativi albi, così come, secondo quanto già sappiamo, gli operatori del SERT e delle comunità terapeutiche e socio-riabilitative ai sensi dell'art. 120, co. 7, t.u. stup.).

Ciò premesso, la violazione dell'obbligo di testimonianza (qui intesa in senso lato) è punita dall'**art. 371-bis (false informazioni al pubblico ministero** o al procuratore della Corte penale internazionale), riferita a chi «rende dichiarazioni false ovvero tale, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito», e dall'**art. 372 c.p. (falsa testimonianza** del testimone davanti all'Autorità giudiziaria, norma presente nel codice fin dal 1930), riferita a chi «afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato» (essendo poi prevista all'art. 374-bis una fattispecie di false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati alla Corte penale internazionale).

Ma si noti che sussiste altresì il delitto di **false dichiarazioni al difensore (art. 371-ter c.p.)**, il quale si ricollega alla possibilità del difensore di ricevere dichiarazioni e assumere informazioni nella fase delle indagini prevista dall'art. 391-bis c.p.p.: si consideri peraltro che l'interpellato, ai sensi del co. 3, lett. *d*) della medesima norma, ha «facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione», nel qual caso il difensore potrà tuttavia richiedere che il medesimo sia sentito come testimone. Ove tuttavia l'interpellato accetti di rispondere è punito ai sensi del predetto art. 371-ter c.p. limitatamente al caso in cui «rende dichiarazioni false».

Si pone il problema delle dichiarazioni rese alla polizia che agisca al di fuori di un incarico ricevuto dal pubblico ministero, e quindi al di fuori dei casi che rientrano nell'ambito applicativo del citato art. 371-bis c.p.

Il tacere quale comportamento omissivo, in quel caso, non può essere considerato penalmente rilevante (né ai fini della norma succitata, né, come s'è visto, ai fini del favoreggiamento personale), posto che, in caso contrario, si attribuirebbe all'autorità di pubblica sicurezza un autonomo diritto generalizzato di interrogare cittadini sulla base del generico riferimento a mere indagini di polizia in corso.

Diversamente potrebbero stare le cose, tuttavia, ove il soggetto interrogato desse informazioni fuorvianti (comportamento attivo), posto che in quel caso potrebbe discutersi di un eventuale favoreggiamento personale, che verrebbe a dipendere dall'estensione che si attribuisca all'espressione «investigazioni dell'Autorità» di cui all'art. 378 c.p.

#### 6.4. Autorità di pubblica sicurezza e libertà personale.

Quanto appena s'è detto induce a osservare che nei casi in cui l'**autorità di polizia** non opera come *longa manus* dell'autorità giudiziaria, e dunque indipendentemente dall'esecuzione di un incarico che quest'ultima le abbia affidato, essa agisce non già come espressione del potere giudiziario, bensì come espressione del **potere esecutivo**, vale a dire della pubblica amministrazione che ha al suo vertice il Governo.

Il che rende opportuno richiamare, sebbene ciò attenga a una problematica prioritariamente processuale, l'**art. 13 Cost.**, il quale esige che i **provvedimenti restrittivi della libertà personale** possano essere adottati «nei soli casi e modi previsti dalla legge» ed esclusivamente «per **atto motivato dall'autorità giudiziaria**».

Scelta, quest'ultima, con cui si vuole garantire, come esigenza identificativa dello Stato di diritto, che le limitazioni della libertà personale siano assunte, sulla base della legge, soltanto dal potere giudiziario in quanto indipendente dall'autorità di governo, che è autorità politica.

In altre parole si vuole che quest'ultima non possa in alcun modo interferire nelle decisioni inerenti alla libertà personale, o comunque condizionarle, al pari di quanto concerne l'esercizio della giurisdizione.

È ben nota, in proposito, l'eccezione, cui si riferisce senza menzionarla (insieme al *fermo*) la stessa norma costituzionale, dall'**arresto in flagranza** obbligatorio o facoltativo (artt. 380 ss. c.p.p.), che è effettuato dall'autorità di polizia senza, ovviamente, un previo provvedimento dell'autorità giudiziaria. Ragione per cui lo stesso art. 13 Cost. prevede l'**informazione** (entro quarantotto ore), divenuta **immediata** con l'art. 386 c.p.p., al **pubblico ministero**, con successiva fissazione di un'**udienza di convalida** (art. 391 c.p.p.), davanti al GIP, **entro quattro giorni** dall'arresto, intesa a verificare la legittimità di quest'ultimo: udienza nella quale, in caso di convalida, potranno essere disposte (ma non necessariamente) misure cautelari. In attesa della convalida l'arrestato è trattenuto in carcere o, su disposizione del pubblico ministero, presso idonee strutture nella disponibilità dell'autorità di polizia oppure obbligato a non allontanarsi dall'abitazione (art. 386 c.p.p., commi 4 e 5, e norme ivi richiamate): ciò onde evitare la possibilità di permanenze in carcere brevissime, con gravosi oneri per l'amministrazione ed effetti desocializzanti per l'arrestato.

Si segnalano altresì le norme sull'**arresto e sull'accompagnamento** (sempre facoltativi) previste per il caso di **flagranza del minorenni** autore di reato, costituite dagli artt. 16 e 18 (*arresto*) e 18-*bis* (*accompagnamento* a seguito di flagranza) d.P.R. 448/1988, norme le quali estendono l'obbligo informativo immediato, oltre che al pubblico ministero, anche ai genitori e ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (l'introduzione dell'art. 18-*bis* ha consentito l'intervento sul minorenni con riguardo a reati puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni, laddove quella sull'arresto la limitava ai reati puniti con pena non inferiore nel massimo a nove anni). Il termine accompagnamento indica che in quel caso, di regola, il minorenni è accompagnato presso gli uffici di polizia e riconsegnato entro dodici ore ai genitori, in vista dell'incontro con il pubblico ministero e dell'udienza di convalida, salvo, ove ciò risulti impossibile, il collocamento temporaneo del medesimo in comunità o in un centro di prima accoglienza: invece nel caso di arresto simile collocamento rappresenta l'ipotesi prevista come ordinaria, salva la decisione del pubblico

ministero di riaffidare il minorenne arrestato ai genitori.

## 6.5. Il delitto di tortura.

In merito al rapporto tra libertà personale e poteri dello Stato si deve altresì segnalare l'avvenuta introduzione, nel luglio 2017, del delitto di **tortura (art. 613-bis c.p.)**, il cui ambito applicativo naturale (anche in rapporto alla **convenzione** adottata dall'assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1984 **contro la tortura** ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti) avrebbe dovuto essere specificamente riferito – come *reato proprio* del pubblico ufficiale – alla tutela delle persona private della libertà personale e, quindi, non in grado di difendersi da eventuali soprusi.

È del resto significativo a tal proposito – già lo si era segnalato – che il solo caso in cui la **Costituzione** richiede espressamente una previsione sanzionatoria di natura penale è quello di cui all'**art. 13, co. 4** («è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà): se, infatti, lo Stato può privare un individuo della libertà personale ponendolo nella condizione di non potersi difendere, deve rendersi garante della sua incolumità.

Una lunghissima querelle politica e sindacale in sede di elaborazione del testo normativo ha fatto sì, tuttavia, che la fattispecie base configuri un **reato comune**: mentre soltanto l'ipotesi aggravata di cui al co. 2 è riferita alla condotta posta in essere da un pubblico ufficiale, cui viene aggiunto l'incaricato di pubblico servizio (con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio);

La formulazione della fattispecie pone in ogni caso notevoli problemi di ricostruzione interpretativa:

il delitto è di evento, costituito dal cagionare «acute sofferenze fisiche» o «un verificabile trauma psichico» «a una persona privata della libertà personale o affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» del soggetto agente, «ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa»;

la condotta è data da «violenze o minacce gravi» «ovvero» (col dubbio se sia da intendersi in senso disgiuntivo come *oppure*, o in senso esplicativo come *ossia*) dall'aver agito «con crudeltà»;

e l'ultima parte del primo comma richiede, altresì, che il delitto sia stato commesso mediante *più condotte*, «ovvero» (con i medesimi problemi ermeneutici di cui sopra), quale ulteriore elemento significativo sul piano dell'evento, che abbia comportato «un trattamento inumano e degradante per l'incolumità della persona» (sebbene, secondo l'impianto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tali trattamenti rappresentino un *minus* rispetto alla tortura).

Sebbene in assenza di dati testuali circa la delimitazione dell'ambito di responsabilità per dolo, deve ritenersi da escludere la compatibilità del delitto in oggetto con il *dolo eventuale* (in conformità con gli strumenti del diritto internazionale e la giurisprudenza della Corte EDU): diversamente, del resto, l'ambito applicativo della norma rimarrebbe esposto a un surplus di incertezze, anche con riguardo al confine con altri reati, come p. es., quello di maltrattamenti, *ex art. 572 c.p.*;

## 6.6. L'attivazione del diritto penale attraverso la fattispecie di atti persecutori (stalking).

Il merito al problema complessivo, poco sopra considerato, riguardante l'attivazione di procedimenti penali è interessante considerare a questo punto la fattispecie perseguibile a querela (e collocata nel titolo XII del libro II c.p.) di **atti persecutori** – vale a dire, secondo il linguaggio corrente, di **'stalking'** – prevista dall'**art. 612-bis c.p.** e introdotta mediante d.l. n. 11/2009, conv. con l. n. 38/2009: fattispecie che si distingue sia dai delitti di **violenza privata (art. 610 c.p.)** e di **minaccia (art. 612 c.p.)**, sia dalla contravvenzione di **molestia (art. 660 c.p.)**.

Le questioni aperte, rispetto a simile delitto, riguardano essenzialmente la scarsa determinatezza e accertabilità dei requisiti rilevanti, ampiamente costruiti su percezioni soggettive (con **violazione del principio di materialità**). Questo, infatti, il testo della fattispecie incriminatrice (co. 1): «salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate [se ne evince il carattere di reato *abituale*], minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita» (laddove è l'avverbio *fondato* aggiunto alla seconda delle modalità rilevanti che rivela, tentando di opporvi un flebile limite, la consapevolezza del legislatore circa l'aleatorietà definitoria).

Nondimeno, Corte cost. n. 172/2014 ha sorprendentemente salvato il delitto, salve solo alcune generiche precisazioni interpretative, dalle censure di incostituzionalità sollevate nei suoi confronti con riguardo, come risulta ovvio, all'art. 25 Cost.

Il delitto di cui all'art. 612-bis c.p. è percepito socialmente come un presidio di tutela anticipata per far sì che non si pervenga a fatti di violenza fisica o sessuale. Tuttavia il carattere così generico della fattispecie – che non richiede al giudice la verifica del sussistere di un pericolo concreto che le condotte rilevanti possano condurre a simili esiti (come del resto corrisponde al suo inserimento tra i delitti contro la libertà morale) – può condurre a esiti controproducenti.

Se infatti in alcuni casi gravi il drastico intervento del diritto penale circa gli atti definiti persecutori è forse in grado di fungere da argine rispetto ai summenzionati sviluppi offensivi, in altri vi è il **rischio che la denuncia per stalking** – dato il *carattere divisivo*, e per nulla pacificativo che tuttora caratterizza il ricorso (stigmatizzante) al diritto penale – **possa assumere un ruolo criminogeno**, favorendo in contesti psicologici non equilibrati reazioni violente al fatto della denuncia (vista come riprova di un supposto atteggiamento ostile).

Risulterebbe ragionevole, pertanto, che rispetto ad alcune almeno delle condotte qualificate come persecutorie possano essere valorizzati, quando ve ne siano le condizioni, strumenti di giustizia riparativa e, in particolare, di mediazione penale. Mentre, al contrario, **s'è ritenuto**, successivamente all'introduzione della fattispecie in esame, **di escludere**, dopo alcuni giorni di campagna mediatica a tal proposito, **l'applicabilità in materia dello stesso art. 162-ter c.p.**, relativo all'estinzione del reato per condotte riparatorie (che pure non implica una mera monetizzazione del fatto sottratta al giudizio del tribunale): ciò

introducendo l'attuale comma 4 del suddetto articolo con l. n. 172/2017, che ha inserito simile disposizione attraverso l'aggiunta di un apposito co. 2 all'art. 1 (unico di tale legge), il quale, mediante il co. 1, realizzava la conversione del d.l. n. 148/2017 recante «disposizioni urgenti in materia finanziaria» (in termini, dunque, elusivi, v. *supra*, di quanto prevede l'art. 77 Cost.).

Che tuttavia il problema si ponga è attestato indirettamente dall'**inedita previsione nel panorama penalistico contenuta all'art. 8** del già menzionato **d.l. n. 11/2009**, secondo cui «fino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di **ammonimento** nei confronti dell'autore della condotta (co. 1). Con la conseguenza che «il questore, assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, ove ritenga fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo processo verbale», nonché adottando i previsti provvedimenti in materia di armi e munizioni (co. 2).

Si tratta di un **inedito strumento di esplicita valorizzazione del ruolo dell'autorità di polizia** – con finalità di filtro rispetto all'avvio di un procedimento penale e, auspicabilmente, di composizione delle questioni sollevate – che potrebbe costituire modello per eventuali sviluppi futuri anche in altri settori. Sebbene, invero, l'autorità di polizia già potrebbe agire in tal senso (talora avviene) rispetto ai reati perseguibili a querela, per i quali non ha l'obbligo di denuncia. E sebbene, per altro verso, il coinvolgimento diretto del questore, senza alcun rimando a profili di mediazione, non si presti particolarmente a intenti conciliativi.

Un limite teorico della disciplina resta peraltro costituito dal rilievo come aggravante del pregresso ammonimento, ai fini di una condanna per stalking («la pena per il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. è aumentata se il fatto è commesso da soggetto già ammonito ai sensi del presente articolo»: co. 3): posto che tale aggravante obbligatoria, sebbene riferita a un avvenuto accertamento del reato predetto da parte del giudice, è pur sempre applicata sulla base di una procedura amministrativa priva delle garanzie processuali penali.

#### 6.7. Alcuni profili di interesse del delitto di calunnia.

Tornando ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, merita un cenno, ai nostri fini, anche il delitto di **calunnia**, di cui all'**art. 368 c.p.**, che nell'ipotesi base punisce «chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne o alla Corte penale internazionale, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato» con la reclusione da due a sei anni.

Si tratta di un reato di pericolo, il quale richiede peraltro che a seguito di esso si sia comunque dovuta iniziare una qualche effettiva attività d'indagine.

E, come si evince dal testo, dalla classica calunnia *formale* va distinta quella c.d. *materiale*, avente a che fare con la condotta di simulazione.

Risulta necessario, in ogni caso, che si evinca dalle condotte di calunnia l'indicazione di

un determinato individuo come autore del reato (a differenza dell'ipotesi parallela, **simulazione di reato**, di cui all'**art. 367 c.p.**).

Circa il fatto addebitato, esso dovrà assumere rilievo penale, sia in termini di tipicità e di antigiuridicità, sia sotto il profilo delle altre situazioni di non punibilità. Del pari, si dovrà trattare di un reato che non risulti perseguibile a querela della persona offesa.

Quanto al dolo, va prestata particolare attenzione alla lettura delle parole «**che egli sa innocente**, di cui alla formulazione sopra riportata: parole dalle quali si evince la **non punibilità della calunnia per dolo eventuale** (il che vale anche per il delitto di **autocalunnia** di cui all'**art. 369 c.p.**).

Si discute circa il problema del **dubbio** non esplicitato circa la colpevolezza o l'innocenza della persona destinataria dell'addebito: di per sé, come s'è visto, la fattispecie richiede la coscienza, nel soggetto agente, di accusare un innocente, ma sussistono posizioni che tendono a estendere l'ambito della punibilità, facendo leva sul fatto che il dubbio, per non rilevare, debba evincersi da elementi certi, concreti e verificabili. In ogni caso, ma è profilo diverso almeno sul piano teorico, non potrebbe risultare annullata in materia di calunnia la disciplina dell'**errore di fatto**. Tutto questo ovviamente nulla toglie alla circostanza che un'incolpazione la quale non espliciti il dubbio sulla responsabilità dell'incolpato costituisce un **atto molto grave dal punto di vista deontologico**.

Va considerato inoltre che il **diritto di difesa**, anche nell'ambito di un interrogatorio o nell'ambito delle attività svolte in sede processuale dal difensore, può sì implicare la negazione pur falsa degli addebiti, in forza del principio *nemo tenetur se detegere*, ma non può giungere a un'iniziativa di accusa, per motivi difensivi, verso una persona che si sa innocente: il che integrerebbe il delitto di calunnia.

Può essere altresì opportuno segnalare come sovente chi segnali fatti che possano avere rilievo penale all'autorità giudiziaria preferisca, onde allontanare il rischio di incorrere nel delitto di calunnia, lo strumento di un **esposto**, consistente nell'illustrazione, per l'appunto, di accadimenti rimessi alla valutazione del pubblico ministero, senza avventurarsi nell'attribuzione esplicita di responsabilità penali. Deve tuttavia considerarsi che il ricorso a simile strumento, dal quale potrebbe comunque evincersi l'attribuzione implicita della commissione di reati a persone specifiche, non garantisce automaticamente l'esonero da responsabilità per calunnia.

Va segnalato, infine, come l'**art. 370 c.p.** preveda una diminuzione obbligatoria della pena per il caso in cui il fatto oggetto di simulazione, calunnia o autocalunnia costituisca una contravvenzione.

I delitti in materia di religione. Il sindacato di costituzionalità su norme penali favorevoli.

### 7.1. Il bene tutelato e l'esigenza di una tutela egualitaria.

Oggi la tutela del sentimento religioso non può che essere intesa come salvaguardia del diritto di ciascuno di professare liberamente la propria fede religiosa secondo quanto previsto dall'**art. 19 Cost.** Mentre non si può negare che nel passato la previsione come oggetto di tutela penale di specifici contenuti religiosi sia stato utilizzato anche come fattore di ordine, anche attraverso la collocazione dei relativi delitti all'inizio del codice penale o a fianco dei delitti di c.d. lesa maestà.

Affrontare questo capitolo è dunque significativo sia perché coglie un'esigenza importante nella società multiculturale, sia per quanto concerne il ruolo del diritto penale e delle sue modalità sanzionatorie, sia in rapporto alle modalità con cui la Corte costituzionale è intervenuta sui delitti originariamente previsti in materia dal codice Rocco, che li ha collocati al titolo IV del libro II c.p.: subito dopo, quindi, i titoli immediatamente rivolti, nell'ottica del legislatore totalitario, alla tutela di prerogative dello Stato.

L'impianto complessivo di simili delitti si realizzava, anzitutto, attraverso una sola fattispecie, l'**art. 402 c.p.**, fondata sul vilipendio della religione in quanto tale, ma limitatamente a quella che allora costituiva la religione dello Stato (vale a dire la religione cattolica), nonché in tre ulteriori delitti, di cui agli **artt. 403, 404 e 405 c.p.**, rivolti a punire offese *mediate* della religione attraverso il vilipendio di persone o di cose, oppure il turbamento di funzioni (la c.d. *turbatio sacrorum*): delitti essi pure riferiti soltanto alla tutela della c.d. religione dello Stato, ma resi applicabili pure se commessi «contro un culto ammesso dalla Stato» (e pertanto anche nei riguardi di altre religioni) dall'**art. 406 c.p.**, sebbene con una diminuzione (obbligatoria) della pena applicata.

In questo contesto fu portato innanzitutto al vaglio della **Corte costituzionale**, in quanto norma discriminatoria, l'**art. 402 c.p.** (l'unico, fra l'altro, imperniato sulla tutela di contenuti religiosi come tali). Ma, in una prima pronuncia, la n. 39/1965, la questione di legittimità costituzionale di tale norma non fu accolta, in base al rilievo secondo cui la tutela penale rafforzata della religione cattolica avrebbe trovato giustificazione nel fatto che la medesima risulta professata dalla maggioranza dei cittadini, e dunque nella «maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali alle offese» rivolte contro di essa: intendendo che l'espressione «religione dello Stato» – non più compatibile con la Costituzione (e successivamente venuta meno anche in modo formale attraverso con la modifica intervenuta nel 1984 del Concordato tra Santa Sede e Italia) – fosse da ritenersi una mera modalità espressiva per indicare la religione cattolica. Invece con sentenza n. 508/2000 la medesima Corte ha dichiarato incostituzionale il suddetto **art. 402 c.p.** per violazione degli **artt. 3 e 8 Cost.**, abrogandola.

Si noti che per ripristinare un'eguale tutela di qualsiasi confessione religiosa si sarebbero potute abrogare, semplicemente, nell'**art. 402 c.p.** (che recitava «chiunque pubblicamente vilipende la religione dello Stato è punito») le parole «dello Stato», estendendo la tutela a tutte le religioni: il che, tuttavia, avrebbe ampliato per via giurisdizionale l'ambito del punibile, in contrasto con il principio della **riserva di legge**.

Del pari, ad analoghe questioni di legittimità sollevate nei confronti degli artt. **artt. 403, 404, 405 c.p.** la Corte costituzionale rispose accogliendo le questioni (con le sentenze nn. 168/2005, 329/1997 e 327/2002) attraverso una singolare uniformazione *al ribasso* delle pene applicabili, vale a dire imponendo la riduzione di pena di cui all'art. 406 c.p., prevista in rapporto alle condotte riguardanti gli (ex) culti ammessi, pure in rapporto alle condotte riguardanti la religione cattolica (e in tal modo rendendo sempre inapplicabili le pene-base previste dalle tre fattispecie suddette): ciò onde garantire, anche in questo caso, la compatibilità della pronuncia con il principio della riserva di legge.

Una modalità per affrontare il problema inerente a disuguaglianze nella tutela penale riferita alla materia religiosa che peraltro non ha riguardato, in precedenza, la pronuncia di illegittimità costituzionale della fattispecie prevista dall'**art. 724, co. 1, c.p.** in tema di **bestemmia**, in quanto originariamente limitata alla punizione di chi «chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato»: il recupero dell'uguaglianza di trattamento è stato infatti ottenuto, in tale caso, da Corte cost. n. 440/1995 *al rialzo*, vale a dire dichiarando l'illegittimità della norma limitatamente alle parole «o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» (si tenga presente che l'art. 724 c.p. è stato successivamente depenalizzato dall'art. 57 d.lgs. n. 507/1999).

## 7.2. L'assetto attuale dei delitti in materia di religione.

L'intera materia dei delitti in materia di religione è stata riformata con **l. n. 85/2006**, che ha mantenuto, riscrivendole, le sole fattispecie di cui agli artt. 403, 404 e 405 c.p. escludendo qualsiasi diversità di tutela fra le confessioni religiose.

Non si è compiutamente svolto, peraltro, il passaggio sul piano del bene rilevante a una tutela esplicita della *libertà religiosa*, parlandosi sia nell'art. 403 che nell'art. 404 c.p. dell'offesa di una «**confessione religiosa**» (invero non esplicitata nell'art. 404, co. 2), mediante vilipendio di persone, oppure mediante vilipendio o danneggiamento di cose; nozione che del resto rimane rilevante anche ai fini dell'art. 405 c.p. ove la *turbatio* è riferita pur sempre a «funzioni, cerimonie o pratiche religiose del culto di una confessione religiosa», purché compiute con l'assistenza di un ministro della medesima.

Il che, fra l'altro, suscita problemi con riguardo ai criteri di definizione del concetto di confessione religiosa, non potendosi ritenere sufficiente, riterremmo, l'autodefinizione in tal senso da parte di un qualsiasi gruppo associato, bensì risultando necessario fare riferimento, purché senza intenti discriminatori, a elementi in qualche modo obiettivizzabili (per esempio, il fatto che la ragion d'essere di quel gruppo investa questioni concernenti il significato ultimo della vita umana: a meno di non esigere un avvenuto riconoscimento del carattere religioso di un certo sistema di pensiero sul piano storico o nell'ambito di accreditate organizzazioni sovranazionali).

Come altresì si pone l'interrogativo, che riguarda tutti i reati di opinione (v. *supra* in merito alla diffamazione), concernente il confine tra il (mero) vilipendio e il diritto di critica e di satira riconducibile all'art. 21 Cost.

E, in proposito, va posta in evidenza la scelta operata dalle norme vigenti di sanzionare



nelle fattispecie richiamate con sola pena pecuniaria il (mero) vilipendio e di prevedere, invece, pur modeste pene detentive con riguardo alle offese arrecate attraverso persone, cose o turbamento di funzioni.

Il che rimanda all'esigenza di valutare l'opportunità di utilizzare *de iure condendo* – rispetto a gesti di offesa antisolidaristica particolarmente delicati, anche per le loro possibili conseguenze, in contesti, come quelli odierni, globalizzati e multiculturali – sanzioni non a loro volta divisive come quelle tradizionali tipiche del diritto penale, bensì orientate, finché possibile, al modello della giustizia riparativa e della mediazione.

Si consideri, infine, che la fattispecie di *turbatio sacrorum* di cui all'art. 405 è aggravata con pena detentiva indipendente (co. 2) «se concorrono fatti di violenza alle persone o di minaccia»: il che assorbe, ovviamente, i delitti di cui artt. 610 e 612 c.p.

### 7.3. Il quesito concernente il vaglio costituzionale delle norme penali di favore.

Gli interventi della Corte costituzionale sopra segnalati che non hanno inteso dichiarare incostituzionali ambiti di esclusione della punibilità (come quelli concernenti il vilipendio di religioni acattoliche) o ambiti di minore punibilità (come quelli a suo tempo previsti dall'art. 406 c.p., sempre in rapporto a culti acattolici) – vale a dire scelte di restrizione dei contesti di punibilità sebbene discriminatorie sotto il profilo della tutela di un certo bene, e ciò, come s'è detto, allo scopo di non estendere per via meramente giudiziaria la sfera del punibile – ci porta a considerare il problema inerente ai limiti **di ammissibilità del sindacato da parte della Corte costituzionale circa disposizioni penali** (o, comunque, assetti penalistici) **favorevoli**.

Rispetto all'ammissibilità di simile sindacato sorgono, infatti, due problemi:

- quello dell'irrilevanza dell'eventuale pronuncia nel processo *a quo*, posto che anche nel caso di accoglimento del ricorso bisognerebbe pur sempre applicare, nel processo *a quo*, la norma favorevole dichiarata incostituzionale, e ciò in forza del principio di irretroattività delle innovazioni normative *in malam partem*;

- quello, inoltre, già menzionato, per cui un accoglimento del ricorso comporterebbe un'espansione dell'ambito del punibile non avente base legislativa, in contrasto con il principio della riserva di legge espresso dall'art. 25 Cost.

L'esito di una totale sottrazione al giudizio della Corte costituzionale di simili norme appare tuttavia inaccettabile (rimarrebbe escluso, per esempio, qualsiasi sindacato sulle norme di non punibilità dell'aborto, come altresì, del resto, il sindacato su ipotetiche norme favorevoli di ingiustificato privilegio).

Ne deriva che, per un verso, la rilevanza nel processo *a quo* potrebbe essere intesa come rilevanza della questione in termini di principio, vale a dire nei termini secondo cui essa rilevarebbe in quel processo se non si dovesse rispettare il principio di irretroattività.

Mentre per il secondo profilo problematico appare doversi ritenere ammissibile la dichiarazione di **incostituzionalità** quanto la norma di favore (rispetto alla scelta legislativa di penalizzare in un dato modo un certo fatto illecito) non appaia *ragionevole*, violando pertanto il principio di uguaglianza: cioè **quando la sua motivazione non possa essere riferita ad alcuna esigenza costituzionalmente significativa**.

In altre parole, il legislatore è relativamente libero di configurare determinate condotte come rilevanti ai fini penali, secondo una scelta insindacabile nel merito dalla Corte costituzionale (con il limite, tuttavia, inerente al rispetto della conformità di tale scelta sia alla teoria del bene giuridico, sia al principio di *extrema ratio* dell'intervento penale): ma, una volta che abbia compiuto una simile scelta, il legislatore è tenuto a configurare in modo ragionevole eventuali esclusioni o differenziazioni riguardanti la punibilità.

La Corte costituzionale ha affrontato il tema, negli ultimi decenni, attraverso non poche sentenze. Per cui può essere interessante riportare le conclusioni che la medesima propone nella sentenza n. 37/2019 con riguardo a una questione rientrante nella problematica delineata (vengono esclusi i rimandi a pronunce pregresse):

«In linea di principio, sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata, dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante. Principio, quest'ultimo, che determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore, ovvero ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato.

Come ribadito anche di recente da questa Corte, peraltro, tali principi non sono senza eccezioni.

Anzitutto, può venire in considerazione la necessità di evitare la creazione di "zone franche" immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Un controllo di legittimità con potenziali effetti *in malam partem* deve altresì ritenersi ammissibile quando a essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo: da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale; da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega; ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge. In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata.

Un effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria in materia penale conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale è stato, altresì, ritenuto ammissibile allorché esso si configuri come «mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale», derivante «dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale».

Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost., ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunito «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

## I delitti dei soggetti con qualifiche pubbliche.

### 8.1. Il concetto di pubblica amministrazione e le qualifiche soggettive rilevanti.

Un'altra categoria di reati avente particolare interesse e attualità è quella che concerne i **delitti dei pubblici ufficiali** (e di altre figure qualificate, come in particolare gli incaricati di pubblico servizio) **contro la pubblica amministrazione** (p.a.): delitti previsti al titolo II, libro II, capo I, c.p.

Si tratta di delitti (propri) posti a tutela del bene costituente oggetto dell'**art. 97, co. 2, Cost.:** vale a dire il **buon andamento** (cioè l'efficienza, in rapporto alla proficua gestione, soprattutto economia, dei beni pubblici, compreso, ovviamente, il danaro pubblico) e **l'imparzialità dell'amministrazione pubblica**.

Tenere conto di ciò risulta importante sul piano interpretativo, al fine di delimitare la sfera applicativa dei delitti in oggetto (v. *supra*): non potendosi più ritenere rilevante, a tal fine, una condotta che incida soltanto su un generico *prestigio* della pubblica amministrazione, come si poteva ritenere secondo l'impianto originario del codice Rocco (ne deriva che se, per esempio, un pubblico ufficiale si appropria di un quadro proveniente da un museo statale o comunale e non suscettibile di essere venduto da parte della p.a., il quale sia stato collocato nel suo ufficio soltanto per ragioni estetiche, realizza il reato di appropriazione indebita e non quello di peculato).

Tutto questo consente di rammentare quanto s'è detto nel capitolo dedicato alla riflessione sul bene giuridico, e dunque il fatto che **la Costituzione impone di rileggere i beni tutelati dal codice penale come pur sempre riferiti alla salvaguardia**, diretta o indiretta, **di diritti** dei cittadini (*scil.*, **delle persone**), così da superarsi la visione statalistica del codice Rocco che privilegiava la tutela di entità giuridiche (lo Stato, la pubblica amministrazione, ecc.) di carattere sovraindividuale.

Le qualifiche soggettive rilevanti ai fini dei delitti predetti sono espresse agli art. 357 ss. c.p.:

- La definizione del **pubblico ufficiale** (**art. 357, co. 1, c.p.**) risulta imperniata, a differenza di quanto avveniva prima della riforma complessiva del capo in oggetto avvenuta nel 1990 (salvo poi numerosi interventi successivi del legislatore), non già su profili di investitura formale (la mera nomina), bensì sull'esercizio *sostanziale* di una **«pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa»**.

E se, a tal proposito, i concetti di funzione legislativa e giudiziaria sono abbastanza chiari (sebbene non manchino interrogativi di confine), lo è meno il concetto di **funzione amministrativa**, cui pertanto è appositamente dedicato il co. 2 della medesima norma (dato anche che la casistica rilevante riguarda in misura del tutto preponderante proprio l'esercizio di quest'ultima funzione).

I requisiti perché una data funzione possa dirsi amministrativa sono costituiti *a)* dal fatto che simile funzione sia **disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi** (cioè da atti di un soggetto superiore cui le norme di diritto pubblico attribuiscono il potere di porli in essere) e *b)* dal fatto che attraverso quella funzione si manifesti una delle tre caratteristiche classiche dell'esercizio, per l'appunto, di una pubblica funzione: quella per

cui l'attività svolta costituisca «**manifestazione della volontà della pubblica amministrazione**» e, pertanto, risulti immediatamente riferibile a quest'ultima; quella per cui essa si svolge «**per mezzo di poteri autoritativi**», cioè secondo la capacità di obbligare propria del potere esecutivo; ovvero quella per cui si svolga, invece, «**per mezzo di poteri certificativi**», cioè in termini tali da fare pubblica fede (salva la proposizione di un incidente o di una querela di falso).

- La definizione di **incaricato di pubblico servizio** è ricavata ai sensi dell'**art. 358, co. 2, c.p.** in termini di mera sottrazione dalla precedente: per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme di cui alla lettera *a)* di cui sopra, ma senza l'espressione di alcuno dei tre poteri richiamati alla lettera *b)*.

- Infine, le **persone che esercitano un servizio di pubblica necessità**, ai sensi dell'**art. 359 c.p.**, sono, anzitutto, «i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi» (concetto, quest'ultimo, di ricostruzione talora problematica) e, inoltre, i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un **servizio dichiarato di pubblica necessità** mediante un atto della pubblica Amministrazione» (con tutta una delicata problematica tradizionale inerente al rapporto tra esercizio di un'attività in concessione, che integrerebbe un pubblico servizio, ovvero sulla base di una autorizzazione pubblica, il che sarebbe riconducibile alla nozione in esame: pur risultando i confini tra le summenzionate categorie tutt'altro che pacifici).

## 8.2. La fattispecie base costituita dall'abuso d'ufficio.

In origine l'art. 323 c.p. (**abuso d'ufficio**), concepito come delitto dallo spettro applicativo alquanto esteso, si fondava sul generico rimando a una condotta di abuso (per l'appunto) dell'ufficio, con il mero elemento delimitativo rappresentato dal dolo specifico di vantaggio o di danno: alquanto esposto, come bene può comprendersi, a logiche presuntive (ciò secondo la seguente formulazione: «Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito...»).

Una modalità di penalizzazione, questa, tutt'altro che proficua dal punto di vista politico-criminale: il descrivere in modo del tutto generico la condotta rilevante ai fini penali implica, infatti, un rischio troppo elevato, per lo stesso operatore pubblico onesto, di trovarsi continuamente esposto a procedimenti giudiziari (un po' come accade per il medico pur bravo), con un possibile esito di disaffezione, proprio da parte dei cittadini più volenterosi e disinteressati, dall'assumere cariche pubbliche (per esempio, quella di assessore in un comune). In pratica, sulla base di quella iniziale descrizione dell'abuso d'ufficio ogni atto riconducibile, sul piano amministrativo, a un abuso di potere, cioè a un utilizzo inadeguato della discrezionalità amministrativa, esponeva il soggetto agente al pericolo di un'incriminazione, stante la facilità di ravvisare sempre qualche vantaggio o danno derivante dalla condotta, il cui perseguimento poteva supporre come motivo della

medesima. Del resto, assimilare in un medesimo ambito punitivo fatti marginali e fatti rilevanti rende meno facilmente individuabili questi ultimi.

La riforma del 1990 non incide sulla costruzione della fattispecie, che tuttavia finisce per assorbire, in forza delle scelte operate dal legislatore, l'ambito applicativo di altri delitti (l'abrogato art. 324 c.p. in tema di interesse privato in atti di ufficio e una parte delle condotte già riconducibili agli artt. 314, 315 e 328 c.p.: v. *infra*). La punibilità, peraltro, viene estesa all'incaricato di pubblico servizio.

È invece con un ulteriore intervento di riforma del 1997 che si procede a ridefinire con intenti di maggiore determinatezza la condotta rilevante, sebbene gli effetti volti a delimitare l'attivazione di un procedimento penale ai sensi dell'art. 323 c.p. siano rimasti inferiori alle attese (dati ancor recenti indicherebbero che, rispetto a decine di migliaia di denunce, nel 60% circa dei casi lo stesso p.m. chiede il proscioglimento, nel 20% dei casi il gip proscioglie, nel 18% dei casi si giunge a dibattimento e solo nel 2% dei casi si perviene a una condanna).

Il **testo dell'art. 323 c.p.** che ne deriva e che, salvo l'appesantimento della pena introdotto nel 2012, è quello oggi in vigore («1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. – 2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità») manifesta le seguenti trasformazioni:

- Definisce **due modalità della condotta**, sebbene il recupero di determinatezza della prima sia piuttosto modesto. La seconda (che, si noti, non è omissiva: è riferita al caso del soggetto attivo che agisca nonostante il suo obbligo di astenersi) risulta invece sostitutiva del delitto abrogato, come già si segnalava, di interesse privato in atti d'ufficio.

- Trasforma la fattispecie (che era di condotta) in un **reato di evento**, con due eventi fra loro alternativi (ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto), a differenza di quanto accade per l'estorsione. Vantaggio e danno, dunque, costituiscono ora eventi del reato, e non più oggetto di un dolo specifico.

- Attraverso l'**avverbio intenzionalmente esclude** la rilevanza della causazione dell'evento per **dolo eventuale o dolo diretto**, richiedendo, pertanto, il sussistere del dolo intenzionale. Che l'abuso d'ufficio richieda il dolo rispetto agli eventi cui attribuisce rilievo deriva, infatti, già dalla sua natura di *delitto*: il ricorso all'avverbio *intenzionalmente* riflette pertanto – al pari di quanto accade con espressioni simili in alcuni altri casi – la consapevolezza del legislatore in merito all'esistenza nel *diritto vivente* della figura del dolo eventuale (cui si aggiunge quella del dolo diretto) e la volontà del medesimo di punire l'abuso d'ufficio solo quando posto in essere con la precisa intenzione di produrre danno o vantaggio.

A quest'ultimo proposito si consideri, inoltre, che il concetto di **vantaggio** ha un'estensione maggiore rispetto a quello di profitto (patrimoniale).

### 8.3. Il peculato e la problematica della distrazione.

Il delitto di **peculato punisce** ai sensi dell'art. 314, co. 1, c.p. «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria». Il minimo edittale della pena è stato elevato da tre a quattro anni di reclusione con l. n. 150/2012, mentre il massimo edittale è stato portato al livello di dieci anni e sei mesi di reclusione con l. n. 69/2015: nel solco di una politica di forte inasprimento simbolico delle pene che ha caratterizzato l'intero settore dei delitti in esame negli ultimi anni, e sulla quale ritorneremo.

Sulla configurazione di tale delitto ha inciso fortemente la citata riforma del 1990, che per un verso ha condotto ad assorbire in esso la malversazione a danno di privati essendo stato abrogato l'art. 415 c.p. (così che ora il possesso o la disponibilità sono riferiti a danaro o altra cosa mobile *altrui*, e non soltanto, come in precedenza, appartenenti alla p.a.); mentre per altro verso ha escluso l'antecedente rilevanza, circa il peculato, anche della condotta di **distrazione**, limitandola a quella di appropriazione.

Con ciò s'intendeva ricondurre le condotte di distrazione (cioè di utilizzo del denaro o delle altre cose per fini diversi da quelli loro propri) all'ambito applicativo del (nuovo) art. 323 c.p. (v. *supra*), sussistendo i requisiti che lo caratterizzano. Una scelta la quale, in sé, aveva la sua logica, posto che altro è appropriarsi di qualcosa, altro farne un utilizzo distrattivo.

Ciò tuttavia ha avuto l'effetto di far sì che appropriazioni di valore minimo (si pensi all'appropriazione di qualche risma di carta da parte di un funzionario pubblico, o a qualche telefonata personale dall'ufficio) finiscono per essere punibili – non risultando del resto applicabile nemmeno l'art. 131-bis c.p. – sulla base di uno spazio edittale ben più severo di quello riferibile a un abuso d'ufficio il quale abbia procurato vantaggi economici di gran lunga superiori: il che solleva una questione di irragionevolezza per mancanza di proporzionalità delle conseguenze sanzionatorie per alcune tipologie di peculato.

Suscita, peraltro, gravi perplessità la risoluzione (*in malam partem*) del problema per via giurisprudenziale: vale a dire attraverso la scelta di punire tuttora per peculato quando la distrazione, pur non avendo dato luogo a un'appropriazione, abbia rappresentato un radicale distorcimento nell'utilizzo dei beni disponibili, così che essa non risulti più rispondere a interessi riconducibili, comunque, della p.a. (così che il soggetto agente avrebbe disposto dei beni, nel momento della sua condotta, come se costituissero "cosa propria").

Non si può infatti disconoscere che una tale linea interpretativa finisca per forzare il principio di legalità sia sotto il profilo del divieto di analogia, sia della riserva di legge, sia della determinatezza. Tanto più in rapporto a una scelta legislativa *espressa*: la distrazione era precedentemente ricompresa nel peculato e il legislatore l'ha deliberatamente esclusa.

Certamente il problema segnalato sussiste: ma lo si sarebbe potuto affrontare più correttamente o attraverso un nuovo intervento autonomo del legislatore, oppure sollevando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 314, co. 1, c.p. (per violazione, quantomeno, dell'art. 3 Cost.), nella parte in cui consente un livello sproporzionato per eccesso della pena, rispetto a casi più gravi puniti meno severamente ai sensi dell'art. 323

c.p. (stante l'apertura ormai consolidata della Corte costituzionale a operare valutazioni di ragionevolezza e di reciproca proporzionalità in merito alle previsioni sanzionatorie).

Del resto, far leva sul parallelo col fatto che si sia talora ammessa (questione dibattuta) un'**appropriazione indebita** (art. 646 c.p.: v. *infra*) per *distrazione* non potrebbe essere accettato, trattandosi di due contesti diversi (oltre che di conseguenze sanzionatorie ben diverse). Posto che nell'ipotesi della *distrazione* ad opera dell'agente pubblico una fattispecie diversa dal peculato la quale sia applicabile (per volontà stessa del legislatore) circa le *distrazioni* comunque esiste, ed è l'abuso di ufficio: diversamente da quanto invece può dirsi, ove non si applichi l'art. 646 c.p., per la *distrazione* posta in essere dal privato.

Tenendo conto, ancora, del confronto con il delitto di appropriazione indebita (v., a tal proposito, *supra*), va altresì rilevato come l'art. 314 c.p. estenda esplicitamente il concetto di **possesso** a quello di **disponibilità** del denaro o della cosa: un'estensione che se, al contrario, si fosse operata per via meramente giudiziaria attraverso un'estensione del concetto di possesso sarebbe risultata inaccettabile, in quanto si sarebbe trattato di una lettura analogica *in malam partem* di quel medesimo concetto.

Si consideri, infine, che l'art. 314, co. 2, c.p. prevede come figura autonoma il c.d. **peculato d'uso**, punito secondo un ambito edittale minore (reclusione da sei mesi a tre anni) con riguardo al caso in cui il colpevole abbia agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa e questa, dopo l'uso momentaneo, sia stata immediatamente restituita.

#### 8.4. I delitti di concussione e di corruzione.

Si tratta dei delitti di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio che implicano l'interazione con un soggetto privato onde ottenere, da quest'ultimo denaro o altra utilità: dunque, di reati necessariamente plurisoggettivi, rispetto ai quali tuttavia, nel caso di concussione, il soggetto privato non risponde, essendo considerato vittima.

La **concussione**, infatti, è caratterizzata dalla costrizione nei confronti del soggetto privato, vale a dire dalla minaccia nei suoi confronti di un male ingiusto (si tratta di una minaccia-mezzo, avente per oggetto un danno) nel caso in cui non ceda alla pretesa: il che lo pone in una posizione di sudditanza rispetto all'agente pubblico. Così recita, infatti, l'**art. 317 c.p.**: «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

È facile notare, in proposito, l'anticipazione del momento consumativo all'atto della *promessa* di danaro o di altra utilità (promessa la quale da sola, diversamente, configurerebbe un tentativo).

L'abuso è riferito alla qualità, cioè all'ambito di competenza del soggetto pubblico, o all'esercizio dei suoi poteri: dovrà trattarsi, cioè, di una costrizione abusiva (dato che possono ben esservi costrizioni legali da parte della pubblica autorità), cui è necessario si accompagni il carattere indebito della dazione o della promessa effettuata dal privato (sul ricorso all'avverbio *indebitamente*, in questa e in altre norme del sistema penale, v. *infra*).

Va segnalato che riferibilità del delitto anche all'incaricato di pubblico servizio, che era

venuta meno con la riforma, relativa ai delitti in esame, del 2012, è stata reintrodotta con l'ulteriore intervento di riforma del 2015.

Si è posto il problema della c.d. **concussione ambientale**, cioè del caso in cui non sussista la prova materiale di una costrizione, ma si ritenga notorio il darsi di un danno, ad opera del soggetto pubblico, nel caso in cui non si paghino, per esempio, delle tangenti. Ora, in proposito si deve ripetere quanto già osservato in riferimento alle modalità operative delle nuove mafie, e in particolare delle c.d. mafie *silenti*: se la costrizione non necessita di esplicitarsi soltanto attraverso una richiesta scritta o orale, occorrerà che essa comunque risulti in base a fattori univoci e obiettivamente constatabili: non potendosi giungere a configurare, in dati contesti, una costrizione meramente presunta.

Si considerino, poi, gli elementi condivisi tra il delitto proprio di concussione e quello comune di estorsione, di cui all'art. 629 c.p. (v. *infra*).

I delitti di **corruzione** (artt. 318 ss. c.p.) si differenziano dalla concussione in quanto sussiste in essi una **posizione paritaria tra il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio** (v., circa l'estensione a quest'ultimo della punibilità, l'art. 320 c.p.) e il **soggetto privato**, vale a dire tra il corrotto e il corruttore. Tra questi ultimi viene pertanto a configurarsi – in assenza della costrizione, che resta l'elemento distintivo cardine rispetto alla concussione – una reciprocità degli interessi e dei benefici tra le parti coinvolte.

Ne deriva l'**eguale punibilità**, secondo un'identica previsione edittale, **sia del corrotto che del corruttore** (art. 321 c.p.): il che, peraltro, crea un sodalizio di interesse a non rivelare tra corrotto e corruttore, che ostacola l'emergere dei fatti di corruzione (v. *infra*). D'altra parte, se si prevedesse l'impunità per il soggetto privato corruttore, questi sarebbe sempre nella condizione di poter tentare di corrompere e, ove in un caso vi fosse riuscito, potrebbe poi ricattare all'infinito il pubblico funzionario, chiedendogli qualsiasi cosa sotto la minaccia di una denuncia.

La **distinzione fra concussione e corruzione**, pur risultando piuttosto nitida sul piano concettuale, risulta peraltro **assai più problematica in sede di giudizio**, che è quanto dire ai fini probatori, come è emerso in particolare (ma non soltanto) nei procedimenti milanesi relativi alle c.d. vicende di tangentopoli. È chiaro infatti che il soggetto privato avrà interesse a sostenere, ove siano state versate tangenti, di aver subito una costrizione: per cui il distinguo tra i due delitti dipenderà dai riscontri concreti inerenti al sussistere di quest'ultima (il che rimarca la delicatezza della questione sopra segnalata relativa alla c.d. concussione *ambientale*, come pure la necessità di molta cura circa la verifica di un'eventuale errore di fatto del privato in merito alla sussistenza della costrizione medesima).

La fattispecie base, quanto alle fattispecie corruttive, è data dalla la c.d. **corruzione propria** di cui all'art. 319 c.p., cioè la corruzione **per atto contrario ai doveri d'ufficio** (con pena della reclusione da sei a dieci anni) che si realizza nel momento in cui il soggetto pubblico «riceve per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa» da parte del soggetto privato, ma senza costrizione e con una delle seguenti motivazioni: per compiere (in futuro, il che dà luogo a un dolo specifico), o per aver già compiuto, un atto contrario ai doveri d'ufficio, oppure per omettere o ritardare (in futuro, il che, ancora, dà luogo a un dolo specifico), o per aver già omissso o ritardato, un atto del suo ufficio. Non si specifica come indebita la prestazione del soggetto privato, diversamente da quanto avviene



per la concussione, in quanto la natura indebita di tale prestazione è implicita nel mercimonio riferito all'agire del soggetto pubblico.

Alla suddetta fattispecie si affianca quella di c.d. **corruzione impropria** di cui al precedente **art. 318 c.p.**, cioè la **corruzione per l'esercizio della funzione**, meno grave in quanto attraverso di essa non si realizza un'alterazione delle corrette modalità di esercizio della funzione pubblica, intendendosi evitare, piuttosto, che il soggetto pubblico persegua un beneficio indebito dal privato, per un'attività doverosa. Ai sensi dunque della norma suddetta il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio (v. art. 320 c.p.) che «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da tre a otto anni».

Su tale norma ha inciso fortemente la riforma attuata con l. n. 190/2012, in forza della quale simile fattispecie corruttiva non richiede più che la corruzione sia riferita a uno specifico "**atto**" dell'ufficio formalmente inteso, dando invece rilievo a qualsiasi estrinsecazione delle **funzioni o dei poteri** dell'ufficio (essendosi con ciò recepito a livello legislativo un orientamento che già la giurisprudenza, nonostante il vecchio testo, aveva fatto proprio). Del pari la prestazione del privato non è più descritta, com'era in precedenza, nei termini di una *retribuzione* per l'atto compiuto.

Si consideri altresì, a proposito della corruzione impropria, che l'avvenuta abrogazione, nel 2012, del secondo comma del citato art. 318 c.p., il quale puniva con pena della reclusione fino a un anno la c.d. **corruzione impropria successiva** (cioè l'aver ricevuto, allora, una retribuzione per un atto già correttamente posto in essere), ha fatto sorgere l'interrogativo se l'attuale formulazione dell'art. 318 c.p. attraverso il suo unico comma residuo debba intendersi come riferita (stanti le parole «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri») a sole funzioni tuttora da espletare o anche a funzioni già espletate.

La lettura *in bonam partem* (cioè nel senso di un'avvenuta depenalizzazione del caso in esame) si impone, data l'assenza di qualsiasi espressione della volontà legislativa in senso diverso a fronte della esplicita avvenuta abrogazione del secondo comma dell'art. 318 c.p. e data, altresì, l'offensività, quantomeno assai più limitata, di una corruzione impropria successiva rispetto a quella antecedente. Diversamente, la mancata riproposizione del secondo comma dell'art. 318 c.p. con la riforma del 2015 si risolverebbe in un drastico aumento della pena applicabile in tale situazione, attraverso un'irragionevole equiparazione della medesima alla corruzione impropria antecedente, in contrasto con lo stesso assetto ante riforma dell'art. 318 c.p.

Va tenuta presente, inoltre, la fattispecie di **corruzione in atti giudiziari** (**art. 319-ter c.p.**), che si ha quando i fatti di cui agli artt. 318 e 319 sono commessi «per favorire o danneggiare una parte in un processo». La pena edittalmente comminata è la medesima di quella prevista per la concussione, aumentata in modo indipendente ai sensi, del secondo comma, «se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno».

Va riguardato altresì con attenzione l'**art. 322 c.p. (istigazione alla corruzione)**, il quale si occupa di condotte – sia del soggetto pubblico, sia del soggetto privato – le quali diversamente, e sussistendone tutte le condizioni necessarie, potrebbero costituire forme di tentativo di corruzione impropria (commi 1 e 3) o di corruzione propria (commi 2 e 4).

La lettura, in particolare, dei commi 3 e 4, i quali riguardano il soggetto pubblico che

«sollecita una promessa o dazione di denaro», chiarifica come l'elemento decisivo per distinguere una concussione da una corruzione non sia da rinvenirsi in chi, tra i due soggetti, prenda l'iniziativa (in termini di offerta o sollecitazione), bensì dal sussistere o meno del fattore costrittivo.

Ai sensi di tali commi, infatti, una mera sollecitazione da parte del soggetto pubblico nei confronti del privato – senza costrizione e, dunque, senza alcuna minaccia di un danno per il caso del non accoglimento – rimane un'istigazione alla corruzione, e non configura, invece, una concussione tentata.

#### 8.4.1. Sul delitto di corruzione tra privati.

Una digressione, a questo punto, può essere utile onde considerare come il fenomeno corruttivo possa ben riguardare anche ambiti che non coinvolgono la pubblica amministrazione: si pensi alla corruzione del dirigente preposto da una azienda privata a valutare le offerte nella gara concernente determinate forniture: in tal caso, ovviamente, non sono lesi beni afferenti alla p.a., ma sono pur sempre offesi beni socialmente significativi, come la correttezza della concorrenza e l'esigenza di evitare, comunque, inquinamenti del mercato attraverso capitali illeciti.

Risulta pertanto previsto, nell'ambito dei reati societari di cui al titolo VI del libro VI del codice civile, il **delitto di corruzione tra privati (art. 2635 c. civ.)**, come ora risulta in base all'ultima revisione del testo operata con l. n. 38/2017 (mentre fu originariamente introdotto con d.lgs. n. 62/2002, attraverso la denominazione di «infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità»). Esso si realizza quando gli amministratori e altri soggetti apicali in ambito societario, «anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà», essendo è punito con la reclusione da uno a tre anni (co. 1). Le medesime condotte sono punite con pena inferiore (reclusione fino a un anno e sei mesi) «se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei soggetti indicati al primo comma» (co. 2).

Viene egualmente punito anche il corruttore, vale dire «chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma», vale a dire il corruttore (co. 3).

Le pene previste, inoltre, sono raddoppiate, ai sensi del co. 4, in relazione a società quotate.

La richiesta della causazione di un documento alla società è venuta meno a seguito della precedente riforma del delitto in oggetto attuata con l. n. 190/2012.

Si noti che la condotta istigatoria posta in essere da chi «offre o promette denaro o altra utilità non dovuti» ai soggetti e per i fini di cui all'art. 2635, co. 1., oppure posta in essere in termini di sollecitazione da quei medesimi soggetti e per gli stessi fini verso un altro soggetto è punita, ove non sia stata accettata dalla controparte, ai sensi **dell'art. 2635-bis c. civ. (istigazione alla corruzione tra privati)**, con la pena stabilita dall'art. 2635, co. 1, c. civ. ridotta di un terzo. Ciò da cui si desume che i termini *sollecitano* e *offre* di cui rispettivamente ai commi 1 e 3 dell'art. 2635 c. civ. hanno riguardo alla sollecitazione o all'offerta che siano

state accolte.

Per entrambi i delitti richiamati la perseguibilità a querela è stata abolita dalla l. n. 3/2019 (v. *infra*).

È prevista per i medesimi delitti la confisca estesa ai profitti, anche per equivalente (*ex art. 2641 c. civ.*, con la precisazione di cui all'art. 2635, co. 6, c. civ.).

### 8.5. Il ruolo del delitto di induzione indebita.

Con. L. n. 190/2012 ai delitti di concussione e di corruzione è stato affiancato quello di **induzione indebita** a dare o promettere utilità (**art. 319-quater c.p.**), il quale punisce, con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi, «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, **induce** taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità»: essendo tuttavia **punito** in questo caso, sebbene in misura inferiore (reclusione fino a tre anni), **anche il soggetto privato che «dà o promette»**. Laddove invece l'induzione, prima della riforma del 2012, si affiancava alla costrizione dell'ambito della concussione (senza punibilità del soggetto privato).

Tale fattispecie, che si colloca a un livello *intermedio* tra concussione e corruzione, fu intesa come risposta del legislatore italiano alla censura di fonte europea secondo cui nel nostro Paese sarebbe risultato troppo ampio lo spazio di impunità del soggetto privato che aderisse a pressioni indebite del soggetto pubblico. Per cui si è pervenuti a configurare, con il delitto in esame, un vero e proprio **dovere del privato di resistere**, e dunque di non aderire, a simili pretese, quando esse non raggiungano la soglia della costrizione: dovere la cui violazione, come s'è detto, è sanzionata penalmente;

S'è dunque immediatamente posto a seguito di tale innovazione legislativa, il problema di delineare i confini tra condotte riconducibili, in particolare, alla concussione o all'induzione indebita, essendo subito emerse posizioni diverse nelle stesse pronunce della Corte di cassazione. Dal che è derivata una pronuncia delle Sezioni Unite, invero non del tutto risolutiva, che descriviamo nei suoi tratti fondamentali.

Si tratta di **Cass. s.u. 24.10. 2013, n. 12228 (Maldera)**, ai sensi della quale ciò che caratterizza la concussione è, in particolare, l'elemento della minaccia (nel solco dei casi di c.d. minaccia-mezzo), mentre la **induzione** rappresenterebbe una forma di pressione meno intensa, cui il privato avrebbe il dovere di resistere:

«Il reato di cui all'art. 319-quater c.p., introdotto dalla l. n. 190 del 2012, è designato dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in induzione in errore sulla doverosità della dazione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione» (n. 25).

Desta peraltro molte perplessità, sotto il profilo dell'ampio spazio purtuttavia lasciato

alla discrezionalità giudiziaria (con le correlate conseguenze sotto il profilo della riserva di legge), l'assunto successivo della medesima sentenza:

«Nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita (la c.d. zona grigia dell'abuso della qualità, della prospettazione di un male indeterminato, della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere discrezionale, del bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale), i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti» (n. 25).

In ogni caso, non potranno ricondursi al nuovo delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p., che prevede anche la punizione del soggetto privato, tutte le modalità di condotta le quali, prima della riforma del 2012, venivano ricomprese nel concetto di induzione e, dunque, ricondotte alla sfera applicativa della concussione.

Ciò riguarda, in particolare, la condotta del soggetto pubblico che induca quello privato «a dare o a promettere» attraverso l'**inganno**, posto che sarebbe assurdo punire, *ex art. 319-*quater**, il soggetto privato che abbia subito l'inganno (il caso appare semmai riconducibile, sussistendone gli ulteriori presupposti, alla sfera applicativa della truffa: v. *infra*).

#### 8.6. Il regime sanzionatorio di estrema durezza e gli interventi di cui alla l. n. 3/2019.

In merito ai profili sanzionatori, si tenga presente che le **pene** della reclusione **previste per i delitti sopra menzionati contro la pubblica amministrazione** sono state fortemente inasprite nel 2012 e poi nel 2015, il che risulta particolarmente delicato, come sappiamo, con riguardo ai minimi edittali. Riprendiamo alcuni esempi concernenti le ipotesi base: da quattro anni a dieci anni e sei mesi per il **peculato**, da sei a dodici anni per la **concussione** (sia rispetto al soggetto pubblico), da sei a dieci anni per la **corruzione propria** e per la **corruzione in atti giudiziari**, da sei anni a dieci anni a sei mesi per l'**induzione indebita** (rispetto al soggetto pubblico).

È prevista una diminuzione di pena per particolare tenuità dei fatti all'**art. 323-bis c.p.** (v. anche *supra*), che ricomprende altresì al secondo comma una norma premiale di diminuzione della pena inerente alla collaborazione di giustizia.

Va considerata, altresì, l'addirittura **quadruplici reazione di natura patrimoniale** che risulta prevista con riguardo ai reati in oggetto: oltre al **risarcimento civilistico del danno**, la **confisca, anche per equivalente**, dei profitti o del prezzo relativi al reato (**art. 322-*ter* c.p.**), la **riparazione pecuniaria**, che consiste nel pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato in favore della pubblica amministrazione lesa (**art. 322-*quater* c.p.**, come modif. *ex l. n. 3/2019*: v. *infra*; tale pagamento è inoltre necessario per l'eventuale sospensione condizionale della pena: art. 165, co. 4, c.p., come modif. *ex l. n. 3/2019*: v. *infra*), la ulteriore **confisca**, essa pure anche per equivalente, **dei beni di cui il condannato disponga in modo sproporzionato** al reddito o alla propria attività economica e dei quali non possa giustificare la provenienza legittima (art. 240-bis c.p.);

Sulla disciplina della corruzione, e soprattutto sul complessivo regime sanzionatorio ad essa relativo, è peraltro intervenuta la **legge n. 3/2019**, del tutto inopportunamente qualificata nei mass-media come legge *spazzacorrotti*.

Tale normativa ha aggravato la pena edittale prevista per la **corruzione impropria**, di cui all'art. 318 c.p. (v. *supra*), in precedenza consistente nella reclusione da uno a sei anni e ora consistente nella **reclusione da due a otto anni** (come pure ha inasprito la pena edittale prevista per l'appropriazione indebita, di cui all'art. 646 c.p.: v. *infra*).

Ha inoltre reso più severo il regime sanzionatorio concernente l'**art. 316-ter c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato)**, prevedendo che «la pena è della **reclusione da uno a quattro anni** se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri» (e abrogando il rilievo di una situazione meno grave, precedentemente sanzionata sul piano amministrativo).

Simile legge, peraltro, non incide soltanto su alcune pene principali, ma anche sulle conseguenze sanzionatorie più complessivamente intese e su provvedimenti di carattere processuale.

Viene riformato, in questo senso, l'art. 317-*bis* c.p. in materia di **pene accessorie** prevedendo per i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*quater*, primo comma, e altri sia l'**interdizione perpetua dai pubblici uffici**, sia l'**incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione**, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (da cinque a sette anni se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-*bis*, primo comma).

Prevedendosi poi per la prima volta rispetto a tali sanzioni, con modifica dell'art. 166 c.p., la **possibilità per il giudice di escludere l'estendersi della sospensione condizionale alle pene accessorie**. Ma anche escludendosi che la **riabilitazione**, possibile ai sensi dell'art. 179 c.p. una volta decorsi tre anni dopo l'esecuzione della pena o la sua estinzione, si estenda alle pene accessorie perpetue: che possono essere dichiarate estinte solo una volta decorsi sette anni dalla avvenuta riabilitazione (nuovo co. 7 dell'art. 179 c.p.).

Soprattutto, inoltre, la l. n. 3/2019 **inserisce i delitti in oggetto tra quelli (i c.d. reati ostativi) per i quali l'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. (v. *supra*) esclude l'applicazione dei benefici penitenziari** diversi dalla liberazione anticipata (già si segnalava l'estensione alla liberazione condizionale *ex art. 2, co. 1, d.l. n. 152/1991 conv. in l. n. 2013/1991*), a meno che vi sia stata una collaborazione di giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. o dell'art. 323-*bis*, co. 2, c.p., salvo che questa risulti impossibile o sussistano le ulteriori condizioni di cui all'art. 4, co. 1-*bis*, ord. penit. (v. *supra*).

La medesima legge introduce, altresì, una **inedita causa di non punibilità**, attraverso l'**art. 323-*ter* c.p., con la quale si vorrebbe incrinare il comune interesse al silenzio fra corrotto e corruttore**. Questo il testo: «Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-*bis* e 354 c.p. se, **prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini** in relazione a tali fatti e, comunque, **entro quattro mesi** dalla commissione del fatto, lo **denuncia** volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. – La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di

valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. – La causa di non punibilità **non si applica quando la denuncia** di cui al primo comma è **preordinata** rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146».

Si possono nutrire peraltro **molti dubbi** circa il fatto che possano sussistere in concreto motivazioni alla denuncia secondo le condizioni previste. Come pure appare molto problematico l'accertamento in merito all'eventuale preordinazione della denuncia stessa.

Inoltre, la l. n. 3/2019 aggiunge l'ipotesi in cui sia stata ordinata la confisca *ex art. 322-ter* c.p. (v. *supra*) all'ipotesi in cui sia stata ordinata la confisca *ex art. 240-bis* c.p. (v. *supra*), con riguardo al disposto secondo il quale **l'estinzione del reato dichiarata per prescrizione o amnistia** consente pur sempre al giudice di appello o alla cassazione di decidere ai soli effetti della **confisca**, previo accertamento della responsabilità dell'imputato (**art. 578-bis c.p.p.**, nuovo testo).

**Sul piano processuale**, poi, la l. n. 3/2019, modificando l'art. 266, co. 2-*bis*, c.p.p. ammette **l'intercettazione** di comunicazioni tra presenti **mediante** inserimento di **captatore** informatico su dispositivo elettronico portatile anche nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4 c.p.p.

E consente altresì, rispetto ai delitti in oggetto e ad altri (attraverso la modifica dell'**art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146/2016**) l'effettuazione di **operazioni sotto copertura: deve trattarsi, tuttavia, di operazioni afferenti alla fase del processo** e segnatamente delle indagini preliminari, nonché relative a un accordo illecito *già stipulato* da altri: dunque di un'attività finalizzata a raccogliere le prove, attraverso tecniche di infiltrazione, di un'attività *già in corso* costituente reato: **non, invece, di un'attività che abbia per oggetto l'istigazione a commettere reati o che implichi la causazione dei medesimi (attraverso il c.d. agente provocatore)**. Va segnalato, peraltro, che ai sensi della legge n. 146/2006 ci si dovrebbe avvalere di ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti a strutture specializzate per realizzare attività sotto copertura nei diversi settori previsti: strutture che tuttavia, per ora, non risultano esistere con riguardo alla corruzione. Il che, del resto, suscita l'interrogativo di come simili attività potrebbero inserirsi nell'ambito di trattative illecite tra singoli (maggiore spazio potrebbe esserci, forse, per individuare contesti di concussione).

Questo il testo della norma richiamata: «Fermo quanto disposto dall'articolo 51 c.p. non sono punibili ... gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, [*etc.* ...] anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni, ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta

o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali».

La l. n. 3/2019, infine, ha abrogato l'art. 346 c.p. (millantato credito) e ha ridefinito, soprattutto per quanto concerne il co. 1, l'**art. 346-bis (traffico di influenze illecite)**, senza peraltro superare significativi problemi di determinatezza della condotta punibile. Questo il testo: «Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi». – La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità. – La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. – Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio».

Alcune modifiche hanno riguardato, circa i reati in esame, anche la responsabilità per reato degli enti (d.lgs. n. 231/2001), specie con riguardo alle sanzioni pecuniarie e alla confisca.

**Complessivamente** si può osservare circa gli interventi in tema di corruzione di cui alla l. n. 3/2019 come essi – sebbene alcune scelte in termini di razionalizzazione degli strumenti non detentivi di contrasto del fenomeno manifestino profili di interesse – restino ancorati a **una visione meramente repressiva in senso tradizionale** (ma lo stesso si può dire, rispetto all'intera materia, per quanto concerne le riforme del 2012 e del 2015), che, incentrata, secondo l'ottica intimidativa, sull'entità delle pene comminate e sul forte irrigidimento della possibilità di accedere alle misure alternative (legato, in particolare, all'entità dei minimi edittali e all'applicabilità dell'art. 4-bis ord. penit.), con un sostanziale disinteresse per l'orientamento alla rieducazione, come pure per gli strumenti riparativi. E ciò proprio nel momento in cui si ipotizza l'allentamento, in materia, di alcune regole fondamentali orientate alla prevenzione primaria, come quelle che attengono alla disciplina degli appalti;

Il tutto secondo l'ottica, semplificatoria, di un **trasferimento all'ambito della disciplina penalistica riguardante la corruzione di strumenti pensati e costruiti**, nel passato, **per il contrasto della criminalità associativa di tipo mafioso**.

Si ha dunque la netta impressione che la gran parte delle scelte operate con la l. n. 3/2019 venga ad assumere più il carattere di un accentuato orientamento alla ritorsione nei

confronti dell'autore di reato, che quello di un'equilibrata rispondenza a esigenze preventive (che andrebbero finalmente percepite come non coincidenti con il ricorso alla minaccia di una lunga permanenza in carcere). Col rischio che, in tal modo, si colpiscano fenomeni di rilievo limitato attraverso condanne esemplari, trascurando, per esempio, fenomeni assai delicati di condizionamento legati a **strategie di lobbying** (circa le quali manca una regolamentazione complessiva, ulteriore ad alcune regole fissate dall'autorità anticorruzione).

Lo sguardo che abbiamo dedicato alla l. n. 3/2019 conferma del resto, ai nostri fini didattici, come la ricostruzione della risposta sanzionatoria nei confronti dell'una o dell'altra categoria di reati imponga una disamina di norme che necessita di andare ben oltre la mera considerazione delle pene edittali comminate.

### 8.7. Rifiuto e omissione di atti d'ufficio. I casi di c.d. anti giuridicità speciale.

Concludendo con ciò l'esame di alcuni delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, prendiamo in considerazione l'**art. 328 c.p. (rifiuto atti d'ufficio – omissione)**.

Tale norma è stata profondamente modificata attraverso interventi legislativi di riforma nel 1988 e nel 1990, rispetto alla formulazione originaria la quale puniva il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che indebitamente avesse rifiutato, omesso o ritardato un atto dell'ufficio o del servizio: definendo dunque la condotta rilevante in modo alquanto generico e, in tal modo, rendendo molto facile l'apertura di procedimenti penali ad essa relativi (con gli stessi effetti controproducenti che abbiamo illustrato con riguardo all'evoluzione della fattispecie di abuso d'ufficio).

La formulazione attuale distingue due contesti.

Innanzitutto, il co. 1, prende in considerazione il caso del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico il quale rifiuti indebitamente «un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo», punendolo con la reclusione da sei mesi a due anni.

Vengono dunque selezionati cinque ambiti (o di fatto due, tutela sociale e salute), circa i quali è punito, senza ulteriori requisiti, il suddetto **rifiuto indebito** di atti urgenti, vale a dire di atti i cui scopi (v. *supra*) sarebbero vanificati dal ritardo: cioè di atti caratterizzati da un termine, almeno implicito, di carattere perentorio e non puramente ordinatorio.

L'utilizzo del verbo *rifiuta*, piuttosto che del verbo *omette*, implica che deve esservi stata comunque una richiesta dell'atto, da parte di autorità preposte o di chi vi abbia interesse, e altresì forse, pure sulla base di una norma che puntualizzi in modo preciso i presupposti in presenza dei quali l'atto debba essere adottato.

La disciplina dell'**art. 328, co. 2, c.p.** rappresenta, invece, una modalità inedita di gestione penale del mancato compimento di atti diversi da quelli selezionati nel co. 1.

Viene infatti costruita da tale comma una **procedura di messa in mora del soggetto pubblico** rispetto al mancato compimento di tali atti, solo sul presupposto della quale può addivenirsi alla responsabilità penale («Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico



ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che **entro trenta giorni dalla richiesta** di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa»).

Onde evitare il configurarsi della fattispecie è peraltro sufficiente che il soggetto pubblico risponda alla richiesta, senza che sia previsto un sindacato sulla congruità della motivazione adottata: che potrà anche essere, inevitabilmente, quella riferita alla mole degli adempimenti arretrati.

In effetti, con la riforma di cui sopra un legislatore demagogico aveva lasciato credere che sarebbe bastato un artificio penale per risolvere il problema dell'elefantismo burocratico italiano. Ma si trattava, ancora una volta, di velleitarismo, tanto che il ricorso alla messa in mora si è rivelato, in questi anni, del tutto marginale (la riforma dell'organizzazione amministrativa necessita di normative sostanziali, e non di scorciatoie penalistiche).

In ogni caso, si evince dal suddetto co. 2 che gli atti ai suoi fini rilevanti sono quelli che assumono un rilievo esterno alla p.a., e non gli atti di mero carattere organizzativo interno.

Si noti che la pena prevista dal medesimo integra uno dei non molti casi in cui è affidata alla discrezionalità del giudice l'alternativa tra il ricorso alla pena detentiva e quello alla pena pecuniaria.

#### 8.7.1. I casi di c.d. antigiuridicità speciale.

Il disposto di cui all'art. 328, co. 1, c.p. (v. *supra*) esige di considerare altresì l'avverbio **indebitamente** con cui risulta qualificata la tenuta della condotta significativa ai fini penali: il che ci permette di richiamare, non solo con riguardo all'art. 328, co. 1, c.p., il sussistere dei casi di c.d. **antigiuridicità** (o illiceità) **speciale**.

Quest'ultima si ravvisa nel momento in cui il legislatore – inserendo, nel descrivere la condotta rilevante ai fini penali, avverbi del tipo *indebitamente*, *abusivamente*, *arbitrariamente*, *illecitamente*, ecc. – prevede in modo espresso l'antigiuridicità della condotta stessa come elemento della fattispecie tipica: il quale dunque, al pari di ogni altro elemento del reato, dovrà risultare coperto – circa i delitti – dal dolo.

Ciò finisce, tuttavia, per rappresentare una deroga rispetto al principio di cui all'art. 5 c.p. (cui di fatto viene ricondotto anche l'errore su elementi normativi extrapenali ritenuti integratori della fattispecie tipica), in quanto principio che *esclude* il rilievo dell'errore sull'antigiuridicità penale del fatto, salvo il solo caso dell'errore inevitabile.

In tali ipotesi, quindi, occorrerà, per punire, che il soggetto agente sia consapevole del fatto che la sua condotta, attiva od omissiva, risulti antigiuridica (e non soltanto del fatto che risulti oggettivamente offensiva del bene tutelato dalla norma penale, come dovrebbe essere in ogni caso: v. *supra*).

Secondo un diffuso orientamento, peraltro, rispetto a certi reati – p. es. quello di cui all'art. 316 c.p.: «peculato mediante profitto dell'errore altrui» – tali avverbi non sortirebbero l'effetto di cui sopra, in quanto le caratteristiche della condotta risulterebbero già, senza

dubbio, dagli ulteriori elementi della fattispecie, così che quegli avverbi non svolgerebbero alcuna funzione autonoma.

I delitti contro il patrimonio classici oppure finalizzati alla tutela delle regole di mercato.

### 9.1. Furto, rapina ed estorsione.

I **delitti contro il patrimonio** costituiscono, come già sappiamo, l'ultimo titolo, il XIII, del libro II, c.p.).

Del **furto** (artt. 624 ss. c.p.), con cui tale titolo si apre, e del suo rapporto con l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.), come del confronto tra quest'ultima e il delitto di peculato, si è già detto in precedenza.

Posto che il delitto di furto punisce «chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri» (co. 1), va peraltro rimarcato che per la consumazione del di tale delitto non è sufficiente la sottrazione, dovendosi realizzare l'**impossessamento**, vale a dire l'acquisizione da parte del soggetto agente di una disponibilità *autonoma* della cosa sottratta.

Va evidenziato altresì che «agli effetti della legge penale», e pertanto non solo ai fini del furto, «si considera cosa mobile anche l'**energia** elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico» (co. 2). Come pure che ai sensi del co. 3 «il delitto è punibile a **querela** della persona offesa, salvo che ricorra una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, n. 7 e 625 c.p.».

Il **bene tutelato** è costituito dal patrimonio della parte offesa, che, in quanto tale, dovrebbe essere inteso secondo un'accezione che attribuisca alla cosa sottratta un rilievo sul piano economico. Resta scoperta, in questo senso, la tutela di beni che, per il detentore, abbiano un significato morale o affettivo: la cui ricomprensione nella sfera applicativa del furto rappresenta, tuttavia, una dilatazione discutibile del bene che si asserisce protetto.

Il **fine di profitto**, che implica il *dolo specifico*, si caratterizza a sua volta, differenziandosi da quello altrove utilizzato di *vantaggio*, per un contenuto economicamente significativo, per cui l'impossessamento deve avere avuto la motivazione di evitare un costo o di conseguire un guadagno.

Quanto alla **rapina** (art. 628 c.p.) possiamo osservare come essa costituisca, nell'ipotesi di cui al co. 1, un delitto *speciale* rispetto al furto, poiché prevede i medesimi requisiti di quest'ultimo reato, salvo il fatto che l'impossessamento della cosa attraverso la sottrazione dev'essersi prodotto «**mediante violenza alla persona o minaccia**» (mentre nel caso in cui la condotta, ferme le altre condizioni, si sia realizzata mediante violenza sulla cosa, vale a dire «strappandola di mano o di dosso alla persona», si determina il **furto con strappo**, di cui all'art. 624-bis, co. 2, c.p.: v. *supra*).

La rapina costituisce pertanto, come il furto (e a differenza dell'estorsione: v. *infra*), un *reato a dolo specifico*.

La pena prevista, già elevata nel 2017, quanto al minimo edittale, da tre a quattro anni di reclusione, è ora prevista nella reclusione da cinque (così ai sensi della l. n. 38/2019) a dieci anni, cui si aggiunge la multa. Reclusione che diviene, ai sensi dell'art. 628, co. 3, c.p., da sei a venti anni in rapporto alle aggravanti ivi previste, e da sette a venti anni ove concorrano due o più tra le suddette circostanze (alcune delle quali, quelle di cui ai commi da 3 a tre-

*quater*, sottratte, in forza del co. 5, al giudizio di cui all'art. 69 c.p.) ovvero una tra le medesime con «con altra fra quelle indicate nell'art. 61 c.p.», sempre in aggiunta alla multa (avendo agito, ancora, sui minimi edittali la l. n. 38/2019, con le conseguenze più volte segnalate: ciò che vincola in giudice in sede di determinazione della pena, con effetti circa l'applicabilità della sospensione condizionale oppure circa l'applicabilità, senza ingresso in carcere, dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare applicabili, e comportando l'inflizione di pene sproporzionate a casi di minima gravità, tanto più rispetto ad ambiti edittali circa i quali non è applicabile l'art. 131-*bis* c.p., sono proprio i minimi edittali).

Va peraltro distinta dall'ipotesi base della rapina la figura, egualmente punita, della **rapina impropria** (art. 628, co. 2, c.p.), in cui la violenza o la minaccia sono esercitate dal soggetto agente «immediatamente dopo» la già avvenuta sottrazione, «per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità».

Deve in particolare considerarsi, a tal proposito, la problematica inerente al **rapporto tra rapina impropria e tentativo**, nell'ipotesi in cui la violenza o la minaccia siano state esercitate, per i fini di cui sopra, a seguito di un tentativo di furto, non essendo stata previamente conseguita, dunque, la sottrazione della cosa.

Risulta condivisibile l'opinione dottrinale secondo cui ciò configura un'ipotesi di concorso tra furto tentato e violenza privata e non una, più sfavorevole, rapina impropria *tentata*: in quanto l'ambito applicativo della fattispecie di rapina presuppone sempre l'avvenuto impossessamento della cosa.

L'**estorsione** (art. 629 c.p.) costituisce invece, a differenza dei delitti precedenti, un **delitto di evento a concorso necessario**, circa il quale, tuttavia, uno dei soggetti partecipi, in quanto oggetto di costrizione, è considerato vittima e non è punito. Risponde, infatti, «chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno», è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa» (co. 1).

La norma esige peraltro un **duplice nesso causale**: quello (retto dal gerundio *costringendo*) tra la coartazione della libertà della vittima e la tenuta da parte della medesima di una condotta consistente in un atto dispositivo, o anche in una omissione (per esempio la rinuncia a esigere un adempimento dovuto), aventi rilievo economico, e quello tra simile condotta della vittima e l'ingiusto profitto (come tale caratterizzato a sua volta da rilievo economico) con altrui danno. Gli **eventi**, dunque, risultano **congiuntivi**, a differenza di quanto accade, come s'è visto, per l'abuso d'ufficio: ingiusto vantaggio patrimoniale o danno ingiusto. L'ipotesi fattuale classica è quella inerente alla richiesta del **pizzo**.

Si consideri il regime sanzionatorio, anche in questo caso, particolarmente aspro, in parallelo a quanto previsto rispetto alla rapina: pena della reclusione da cinque a dieci anni nell'ipotesi base, con aggiunta della multa; in presenza delle aggravanti della rapina richiamate al co. 2 reclusione da sette a venti anni, con aggiunta della multa;

È tradizionale trattare, circa il rapporto tra rapina ed estorsione, del caso in cui la persona offesa, pur effettuando una prestazione sotto minaccia (elemento caratteristico dell'estorsione), non abbia in realtà alcun effettivo margine decisionale (come accade con riguardo alla rapina, nella quale la vittima subisce semplicemente l'agire del soggetto attivo), stante l'entità e l'attualità del male minacciato: l'ipotesi di scuola è quella correlata

alla classica alternativa *o la borsa o la vita*.

Per lo più si è sostenuto in proposito, nel passato, il configurarsi in tal caso della rapina, e non della estorsione. L'incidenza dell'alternativa è peraltro marginale, dato che i due delitti sono puniti in modo analogo.

Può essere utile, infine, confrontare i requisiti dei delitti contro il patrimonio da ultimo considerato con quelli del delitto di **violenza privata** (art. 610 c.p.), quale **delitto** contro la persona e, in particolare, **contro la libertà morale** (titolo XII, capo III, sez. III, del libro II c.p.) il quale non dà rilievo a conseguenze (o finalità) di carattere economico o, comunque, patrimoniale.

Questa, infatti, la fattispecie (co. 1): « chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni» (si noti che in essa compare altresì il verbo *tollerare*). Con pena aumentata «se ricorrono le condizioni prevedute dall'art. 339 c.p.» (co. 2).

## 9.2. I profili di problematicità della truffa.

La **truffa**, di cui all'art. 640 c.p., costituisce essa pure un **delitto di evento a concorso necessario**, circa il quale uno dei soggetti partecipi risulta vittima e non è punito. A differenza dell'estorsione, tuttavia, il medesimo risultato di ingiusto profitto con altrui danno non è conseguito mediante violenza o minaccia, bensì mediante l'**inganno** della persona offesa, che, pertanto, ritiene di agire liberamente, essendo indotta in errore.

Risponde infatti di truffa «chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno» (co. 1). E la pena prevista circa tale ipotesi base è quella della reclusione da sei mesi a tre anni, con l'aggiunta della multa.

Occorre pertanto, innanzitutto, una **condotta ingannatoria**, la quale si sostanzia in **artifici** (cioè in mezzi materialmente idonei a far percepire una realtà diversa da quella effettiva) o in **raggiri** (cioè in argomentazioni suscettibili di ottenere il medesimo risultato).

Tale condotta ingannatoria, poi, dovrà attivare una **triplice catena causale** di eventi, due soltanto dei quali sono evidenziati espressamente dalla fattispecie incriminatrice: in primo luogo la causazione di un **errore**, come precisa la norma; l'errore, a sua volta, dovrà causare una **disposizione di carattere patrimoniale** da parte della vittima: elemento questo implicito nell'impianto normativo, ma necessario anche per omogeneità rispetto al delitto di estorsione; infine, simile disposizione patrimoniale dovrà causare l'**ingiusto profitto con altrui danno** (evento finale congiuntivo precisato in tali termini dalla fattispecie, come nell'estorsione).

Ciò precisato, si deve rilevare come spesso questa catena di passaggi non venga debitamente tenuta in considerazione con riguardo alla proposizione della **querela** (co. 3), necessaria in rapporto alla descritta ipotesi base (ma non rispetto alle ipotesi aggravate di cui al co. 2 e nel caso in cui sia applicabile l'aggravante di cui all'art. 61, n. 7, c.p., riferita al danno di particolare gravità). Il che dà luogo a un'**utilizzazione estensiva, e censurabile, della querela per truffa** – in luogo dell'attivazione (ben più costosa) di un procedimento civile, – a seguito del prodursi di un qualsiasi danno ritenuto ingiusto e attribuito non

soltanto a un'inadempienza altrui, ma altresì al sussistere di un intento (ingannatorio) di non adempiere, sussistente *ab initio*, della controparte (anche come mezzo di pressione, data la rimessibilità della querela, onde ottenere soddisfacimento sul piano risarcitorio).

La condotta, in ogni caso, deve manifestare un'attitudine ingannatoria oggettiva, sebbene commisurata alla competenza della controparte (che è tenuta pur sempre ad atteggiarsi, nell'ambito di un rapporto contrattuale, in modo diligente).

Non sarebbe accettabile, inoltre, un'estensione *in malam partem* delle condotte di raggirio rilevanti, che ricomprensca anche meri comportamenti omissivi, cioè di sola reticenza.

Del pari, non potrebbe attribuirsi rilievo a un atto di disposizione patrimoniale che assuma caratteristiche omissive (per esempio, in anni passati, alla mancata compilazione del verbale da parte del vigile per il mancato pagamento della tassa di circolazione, a seguito dell'esposizione di un bollo automobilistico falsificato).

Non può, poi, ritenersi integrato il delitto di truffa rispetto a qualsivoglia inganno cui sia riconducibile un profitto, con danno altrui (l'esempio classico è quello del collezionista che convinca un collega, mediante raggiri, a distruggere un francobollo raro, per avvalorare l'esemplare di quel medesimo francobollo che egli pure possieda): il che corrisponde all'esigenza delimitativa predetta e ampiamente riconosciuta, fondata sulla necessità di una disposizione patrimoniale come esito dell'inganno.

Si è discusso, altresì, circa la configurabilità del delitto di **truffa in rapporto ad atti illeciti**, cioè a attività comunque illecite poste in essere dal truffato (si pensi ai raggiri circa il valore di un bene fatti valere nell'ambito di una vendita che integri gli estremi di una ricettazione): al di fuori di una previsione espressa in senso opposto, appare infatti incongruo ritenere che il legislatore intenda tutelare penalmente (altra cosa i profili civilistici) l'interesse alla correttezza del rapporto contrattuale entro il contesto di una relazione economica illecita, e ciò in favore del soggetto stesso che l'abbia intrapresa.

Deve ritenersi non ricomprensibile, infine, nel delitto in esame, mancando pure in questo caso una disposizione patrimoniale, la c.d. **truffa processuale** (consistente nell'inganno dei giudici che abbiano pronunciato una sentenza civile o amministrativa, con conseguente ingiusto profitto e danno): ciò anche in rapporto all'aver previsto come reato, in materia, da parte del legislatore la sola **frode processuale**, *ex art. 374 c.p.*, consistente nell'immutazione artificiosa dello stato dei luoghi, delle cose o delle persone, per fini di inganno del giudice, in un atto di ispezione o di esperimento giudiziale, ovvero del perito nell'esecuzione di una perizia.

L'**art. 640, co. 2, c.p.** prevede inoltre alcune **ipotesi aggravate**, punite con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa.

La prima concerne la **truffa ai danni dello Stato** o di un altro ente pubblico (essendo inattuale l'ulteriore caso costituito dal fatto commesso «col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare»).

La seconda attiene al caso in cui il fatto sia stato «commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un **pericolo immaginario** o l'erroneo convincimento di dover eseguire un **ordine dell'Autorità**»: dovendosi ritenere per pericolo immaginario un pericolo in concreto inesistente, posto che ove si tratti di un pericolo reale che dipenda dall'agire di chi lo faccia valere potrebbe configurarsi, ove ne sussistano tutti i requisiti, un'estorsione.

La terza è riferita alla presenza dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 5, c.p. (casi di minorata possibilità di tutela), che quindi viene ad assumere un rilievo aggravante diverso rispetto a quello ordinario.

Va peraltro considerata, in proposito, l'ulteriore ipotesi di cui all'**art. 640-bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche)**, circa la quale s'è discusso in dottrina circa la sua configurabilità come (ulteriore) ipotesi aggravata dell'art. 640 c.p. o come reato autonomo: l'indicazione esplicita della rubrica è nel primo senso (conforme la Cassazione), che consente l'applicabilità dell'art. 69 c.p. in tema di concorso tra circostanze eterogenee (il distinguo ha peraltro rilievo, come ben si ricorderà, anche con riguardo all'elemento soggettivo).

Si segnala, infine, l'esistenza dei delitti di **frode informatica**, agli artt. 640-ter e 640-quinquies c.p.

E si precisa, in aggiunta, che, ai sensi dell'art. **art. 640-quater c.p.**, «nei casi di cui agli articoli 640, co. 2, n. 1, 640-bis e 640-ter, co. 2, c.p., con esclusione dell'ipotesi in cui il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nell'articolo 322-ter c.p.» in materia di **confisca** (v. *supra*).

### 9.3. Usura.

Passiamo ora a considerare delitti contro il patrimonio i quali assumono, anche in quanto reati comuni, un ruolo importante nel contrastare l'inquinamento criminoso delle attività economiche.

E, in effetti, se lo stesso delitto di **usura (art. 644 c.p.)**, da cui muoviamo, tutela certamente il patrimonio del soggetto che la subisce, esso assume anche una funzione di contrasto rispetto alla moltiplicazione dei profitti da parte di chi, soprattutto organizzazioni criminali, disponga di denaro illecitamente acquisito.

Il delitto punisce con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000 (co. 1) «chiunque, **fuori dei casi previsti dall'articolo 643 c.p.** – relativo alla **circonvenzione di persone incapaci** – si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari», aggiungendo al co. 2 che «alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario».

Si tratta di un delitto il quale **assume funzione limitativa rispetto al dogma dell'autonomia contrattuale**, qualificando a priori come inaccettabili, anche ai fini penali, prestazioni di denaro o di altra utilità che prevedano il corrispettivo di tassi usurari.

Si consideri che la **condotta** del soggetto colpevole in corrispettivo della quale la vittima dell'usura dà o promette compensi usurari non consiste necessariamente in denaro, ma può consistere anche in una qualsiasi *utilità* per il medesimo soggetto passivo. E che, per altro verso, la **prestazione della vittima** può a sua volta non consistere in interessi pecuniari, ma anche in qualsiasi altro *vantaggio* che, alla valutazione del giudice, risulti usurario.

Quanto alla pena, il delitto di usura prevede oggi come minimo edittale, nell'ipotesi base, quello che, un tempo, ne costituiva il massimo.

In entrambe le ipotesi si configura una fattispecie di reato a concorso necessario, nel cui ambito uno dei compartecipi è considerato vittima e, pertanto, non viene punito (sebbene la sua condotta non sia causata da un fatto costrittivo di violenza o minaccia, come invece nell'estorsione). Il motivo è dato dall'esperienza preminente secondo cui chi accetta di pagare compensi usurari non lo fa in maniera realmente libera, ma sotto la pressione dell'esigenza di evitare un grave danno, soprattutto economico.

Il momento consumativo si realizza con il farsi dare o anche solo promettere (secondo un'equiparazione già incontrata nei delitti contro la p.a.: v. *supra*) interessi o altri vantaggi usurari, in corrispettivo della prestazione di denaro o di altra utilità, oppure della mediazione usuraria. La consumazione può però dilatarsi attraverso, per esempio, il pagamento di rate usurarie: il che incide sul decorrere della prescrizione o anche sul possibile intervenire dell'apporto di un compartecipe.

Sulla configurazione del delitto ha inciso fortemente la **riforma** del medesimo **attuata con l. n. 108/1996 (disposizioni in materia di usura)**, rispetto alla formulazione pregressa la quale richiedeva che il soggetto agente avesse agito «approfittando dello stato di bisogno di una persona» e non precisava come fossero da valutarsi gli interessi usurari: a differenza di quanto ora si evince dall'art. 644, co. 3, prima parte, c.p., secondo cui «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari» (v. *infra*).

Con la riforma, dunque, per un verso si è recuperata determinatezza (ma con il limite del quale diremo) in merito alla nozione di interessi usurari, mentre per altro verso non si richiede più al giudice di accertare il suddetto approfittamento. Ne deriva che **l'attuale delitto di usura non assume più le caratteristiche di un reato di pericolo concreto** rispetto all'offesa del patrimonio della vittima (e in certa misura della sua stessa libertà morale), configurandosi piuttosto, rispetto a tale offesa, come un reato di pericolo tendente al presunto e tale, comunque, da essere punito perché costituisce in sé un fattore di inquinamento rispetto alla correttezza dei rapporti economici. In ogni caso, non è richiesto di provare che l'usura abbia cagionato un danno patrimoniale alla vittima.

Tuttavia **l'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p.**, introdotto in sede di discussione parlamentare in aula, inquina per certi versi il disegno di cui sopra, prevedendo che siano altresì da considerarsi usurari gli interessi, anche se inferiori al limite di legge, e gli altri vantaggi o compensi «che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Con ciò, infatti, viene nuovamente attribuito un ambito valutativo discrezionale per il giudice quanto al fattore della usurarietà, sebbene non più riferito allo stato di bisogno, bensì alle condizioni, che si vorrebbero più oggettivizzabili, di difficoltà economica o finanziaria. Perché il sistema tenga, pertanto, in termini di legalità deve farsi conto su un utilizzo molto governato da parte della magistratura di simile disposizione.

Quanto alla **determinazione degli interessi usurari**, il rinvio di cui al co. 3, prima parte, si concretizza nel criterio fissato dall'**art. 2 l. n. 108/1996**: il Ministero dell'economia rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, per categorie di operazioni finanziarie,



degli interessi praticati sul mercato dalle banche e dagli intermediari finanziari, pubblicandolo nella Gazzetta Ufficiale (co. 1); e il limite previsto dall'art. 644, co. 3, c.p., «oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali», fermo che «la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali» (art. 2, co. 4, l. n. 108/1996, come più volte modificato).

Ci si potrebbe chiedere, in proposito, se il fatto per cui il sussistere o meno del reato di usura dipenda da una determinazione dei tassi medi suddetti pubblicata in Gazzetta Ufficiale attraverso un atto amministrativo (un decreto ministeriale) costituisca una violazione relativa al principio della **riserva di legge**: la risposta dev'essere negativa, perché ai fini di una tale determinazione non è concesso alcun margine di discrezionalità al Governo, rappresentando essa soltanto un'applicazione tecnica del criterio previsto al cit. art. 2, co. 4, l. n. 108/1996.

Deve altresì precisarsi che, per evitare facili elusioni, l'**art. 644, co. 4, c.p.**, prevede che «per la determinazione del tasso di interesse usurario **si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese**, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito». Nondimeno, va menzionata la vicenda relativa alla c.d. *commissione di massimo scoperto* (inerente alla parte di un fido tenuta a disposizione di un cliente da parte della banca, ma non utilizzata), originariamente ritenuta non ricomprensibile, anche a livello ministeriale, nell'elenco di cui al cit. co. 4, con successivo mutamento di indirizzo, tuttavia, da parte della Corte di Cassazione.

L'**art. 644, co. 5, c.p.** ricomprende, invece, una serie di **circostanze aggravanti**, con aumento della pena base da un terzo alla metà: vi rientrano la condotta posta in essere «nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria», oppure «in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale»; come altresì torna ad assumere rilievo, ai fini dell'aggravante, «l'aver commesso il reato in danno di chi si trova in stato di bisogno».

Mentre il successivo **co. 6** prevede per il caso di condanna o di patteggiamento la **confisca obbligatoria** «dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

Con riguardo alla **legge n. 108/1996**, risultano di notevole interesse, inoltre, i due **fondi antiusura** previsti, rispettivamente, agli artt. 14 e 15 della medesima

Muovendo dall'**art. 15**, emerge come il fondo ivi previsto assuma funzione di *prevenzione primaria*, configurandosi, fra l'altro, come un **fondo di garanzia inteso a rendere possibile l'accesso al credito** per imprese non decotte, ma non in grado di offrire garanzie sufficienti per usufruire delle linee di credito ordinarie e, pertanto, a rischio di rivolgersi a credito usurario. In particolare, viene prevista la costituzione di «speciali fondi antiusura, separati dai fondi rischi ordinari, destinati a garantire fino all'80 per cento le banche e gli istituti di credito che concedono finanziamenti a medio termine e all'incremento di linee di credito a breve termine a favore delle piccole e medie imprese a elevato rischio finanziario».

Di ben diversa natura è, invece, il «**fondo di solidarietà per le vittime dell'usura**» previsto dal precedente **art. 14**, che «provvede alla erogazione di mutui senza interesse di durata non superiore al decennio a favore di soggetti che esercitano attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione, i quali dichiarino di essere vittime del delitto di usura e risultino parti offese nel relativo procedimento penale».

Simile fondo mira a consentire che soggetti i quali siano stati vittima di usura possano non essere espulsi dal mercato e proseguire in una data attività economicamente significativa. Non si tratta, tuttavia, di una norma finalizzata semplicemente all'aiuto, bensì di una **norma** avente natura **premiale**, in quanto mira a promuovere – il che non è poco – l'esporsi in un processo del soggetto vittima dell'usura e dunque, indirettamente, la disponibilità a denunciare: subordinando a ciò il beneficio.

#### 9.4. Ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio.

Anche per comprendere le finalità peculiari delle norme che puniscono il riciclaggio, va premesso al loro approfondimento lo studio del delitto di **ricettazione**, previsto dall'**art. 648 c.p.**, che di quelle norme successivamente intervenute ha costituito, nel codice penale, il punto di ancoramento topografico.

Il delitto di ricettazione punisce con la reclusione da due a otto anni e con la multa chi «fuori dei casi di concorso nel reato» «al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, **acquista, riceve od occulta** denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare».

Non è dunque punito chi risulta concorrente, a titolo materiale o morale, del delitto presupposto (essendo escluse, pertanto, le contravvenzioni) ed è richiesto il dolo specifico di profitto (che, per mantenere un distinguo rispetto al concetto, altrove utilizzato, di *vantaggio*, riteniamo debba mantenere connotati di rilievo patrimoniale). In assenza del **dolo specifico** potrebbe ricadersi nel delitto di **favoreggiamento reale**, di cui all'art. 379 c.p. (v. *supra*).

Il bene giuridico tutelato dal delitto di ricettazione resta individuabile nella tutela del patrimonio di chi abbia subito il delitto di provenienza del danaro o delle cose.

La seconda parte del co. 1, introdotta nel 2013, prevede ipotesi di pena aumentata, mentre il co. 2, stante il livello ingente della pena base, prevede la un'ipotesi attenuata senza minimo edittale (ma con massimo fino a sei anni di reclusione!) «se il fatto è di particolare tenuità» (si noti che Corte cost. n. 105/2014 ha dichiarato incostituzionale l'art. 69, co. 4, c.p. «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, co. 2, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.»).

Il delitto rileva (come anche i delitti inerenti al riciclaggio di cui agli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*1) ai fini della responsabilità per reato degli enti, ai sensi dell'art. **25-octies d.lgs. n. 231/2001**.

A suo tempo, si è ritenuto inadeguato il delitto di ricettazione per intervenire sul fenomeno del riciclaggio di denaro *sporco* (o comunque di beni provenienti da delitto), con riguardo, soprattutto, all'interpretazione del concetto di occultamento.

L'occultamento di cui parla il delitto di ricettazione, pur quando non si accompagni a una ricezione, è da intendersi, infatti, come un occultamento di carattere materiale, autonomo da operazioni implicanti il pericolo di lecito-vestizione dei beni o dei proventi da delitto interessati (così che, ove manchi il dolo specifico di profitto, potrebbe risultare in tal caso applicabile, sussistendone gli altri requisiti, il delitto di favoreggiamento reale: v. *supra*).

Ciò premesso, il delitto di **riciclaggio (art. 648-bis c.p.)**, introdotto per la prima volta nel 1978 (rispetto, allora, a sole quattro tipologie di delitto presupposto) e successivamente più volte modificato, interviene con riguardo a condotte le quali ostacolano il riconoscimento della provenienza da (qualsiasi) delitto di danaro o altri proventi e, con ciò, favoriscano una loro lecito-vestizione. Tutto questo al fine di contrastare il riutilizzo nel mercato economico dei proventi da delitto. Parrebbe trattarsi *in primis*, pertanto, di un delitto contro l'amministrazione della giustizia, volto nel contempo a tutelare il mercato dall'ingresso in esso di capitali costituiti in modo criminoso (e dunque dall'operare in esso della criminalità organizzata): la tutela del patrimonio può essere eventualmente recuperata, sullo sfondo, avendo riguardo alla salvaguardia dell'interesse economico di tutti gli operatori economici onesti.

Può sin d'ora comprendersi, peraltro, che la prevenzione delle condotte in oggetto non è legata tanto a una difficile repressione successiva, punibile ai sensi dell'art. 648-bis c.p., dei riciclaggi già realizzatisi, bensì a una strategia di contrasto anticipato delle condotte suscettibili di produrre riciclaggio, come tra poco vedremo.

Orbene, l'art. 648-bis c.p. punisce chiunque, «fuori dei casi di concorso nel reato», «sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa».

La pena consiste nella reclusione da quattro a dodici anni e nella multa, ed è aumentata (co. 2) quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale; mentre «è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni» (co. 3).

Anche con riguardo al delitto di riciclaggio, dunque, **non risponde** del reato il **concorrente**, a titolo materiale o morale, **nel delitto presupposto**: il che è importante circa la differenza tra la fattispecie di riciclaggio e quella di *autoriciclaggio* prevista dall'art. 648-ter<sup>1</sup> c.p. (v. *infra*).

Circa le condotte rilevanti, il fulcro consiste nel compimento di operazioni «**in modo da ostacolare**» (tanto più in quanto si tratta di condotte compiute da soggetti non coinvolti nel reato presupposto): caratteristica, questa, che non può non riguardare, peraltro, anche le due condotte espressamente descritte di *sostituzione* o *trasferimento* (di denaro, beni o altre utilità), menzionate in quanto rappresentano la forma classica e più facilmente comprensibile di riciclaggio.

Le parole *in modo da ostacolare* vanno considerate con molta attenzione. In effetti, esse risultano diverse da quelle che ordinariamente definiscono il dolo specifico (non si è scritto *al fine, o allo scopo, di ostacolare*): per cui da un lato esse sembrano richiedere, ai fini dell'art. 648-bis, che debba sussistere un evento, sebbene di spessore piuttosto esile, vale a dire che

la condotta abbia comunque comportato una qualche effettiva maggiore difficoltà nell'identificare la provenienza da delitto del denaro, dei beni o delle altre utilità che costituiscano oggetto di una data operazione. Ma, dall'altro lato, una volta escluso che il delitto richieda il dolo specifico di ostacolare, che comporterebbe l'irrilevanza circa l'art. 648-*bis* c.p. del dolo eventuale (v. *supra*) di ostacolare, sembrerebbe rendersi configurabile, per l'appunto, un dolo eventuale di riciclaggio. Sul punto ritorneremo tra poco.

Si consideri l'inserimento avvenuto nel 1990, dell'ulteriore delitto di «**impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita**», previsto dall'**art. 648-*ter* c.p.**, che punisce con le stesse pene del riciclaggio «chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-*bis*, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto».

Il proposito era quello di estendere la punibilità anche alle condotte di impiego dei proventi da delitto (esclusi sempre i compartecipi in quest'ultimo) anche nel caso in cui non sussistano modalità tali da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di tali proventi.

Tuttavia l'ambito di effettiva utilizzazione di questa norma è risultato assai modesto, essendo difficile che una condotta di impiego non rivesta anche connotati riciclatori.

Con l. n. 186/2014 è stata invece introdotta la fattispecie di **autoriciclaggio**, di cui all'**art. 648-*ter*1 c.p.**, che prevede la punibilità per condotte di riciclaggio, a certe condizioni, anche dell'autore o coautore del delitto presupposto.

Per ottenere simile finalità ci si sarebbe potuti limitare, in teoria, ad abrogare nell'art. 648-*bis* c.p. l'inciso «fuori dei casi di concorso nel reato», piuttosto che introdurre una nuova norma.

Per comprendere una simile scelta – peraltro, come si dirà, nient'affatto risolutiva del problema – si deve tener conto del motivo per cui non si era ritenuto, fino al 2014, di punire l'autoriciclaggio: motivo che consiste nella **forte problematicità** della punizione di un c.d. autoriciclaggio **quando al rispetto del principio espresso attraverso la formula del *ne bis in idem sostanziale***, dovendo ravvisarsi nell'autoriciclaggio stesso, ordinariamente, un c.d. postfatto non punibile (v. anche *infra*). È normale, infatti, che, rispetto alle casistiche moderne di criminalità lucrativa (e non di mera sussistenza), i profitti conseguiti attraverso attività illecite vengano riutilizzati dai soggetti che le abbiano poste in essere, attraverso forme che assumono pressoché inevitabilmente i contorni del riciclaggio.

Proprio per questo il legislatore non ha inteso punire sistematicamente per autoriciclaggio tutte le condotte di reimpiego dei proventi illeciti da parte degli autori del reato presupposto suscettibili di integrare i requisiti della condotta di riciclaggio prevista dall'art. 648-*bis* c.p. (o quelli previsti dall'art. 648-*ter* c.p.), manifestando invece l'intento di voler intervenire solo su attività di quel tipo particolarmente gravi e pericolose, in rapporto all'esigenza di tutelare i mercati da inquinamenti criminosi. La definizione molto lata delle condotte rilevanti ai fini dell'autoriciclaggio appare rispondere assai poco, tuttavia, a una simile cautela delimitativa.

L'art. 648-*ter*1 c.p. punisce infatti con la pena della reclusione da due a otto anni e con la multa (co. 1) «chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, **impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o**

**speculative**, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa» (si noterà l'affiancamento della condotta di *impiego*, propria dell'art. 648-ter c.p., a quelle classiche di riciclaggio).

Come quindi può constatarsi, la selezione operata da simile fattispecie rispetto alle varie forme possibili di utilizzo di proventi illeciti è molto limitata: se infatti deve ammettersi che il riferimento delle tre condotte rilevanti (*impiega, sostituisce, trasferisce*) ad attività finanziarie, imprenditoriali o speculative colga modalità particolarmente insidiose e sufficientemente definite dell'utilizzo di proventi illeciti, non è così per quanto concerne il rimando molto generico alle attività economiche, nel cui ambito, in linea di principio, potrebbe rientrare gran parte delle attività ipotizzabili in rapporto ai suddetti proventi.

Né le conclusioni cambiano per il solo fatto che il dettato normativo abbia aggiunto l'**avverbio «concretamente»**, che non sussiste nella fattispecie di cui all'art 648-bis, all'espressione «in modo da ostacolare»: in quanto dovrebbe risultare ovvio che l'idoneità predetta debba essere comunque valutata dal giudice non secondo massime astratte, bensì in base alle caratteristiche specifiche della situazione oggetto di giudizio.

Si è discusso, fra l'altro, circa l'utilizzo di risorse economiche disponibili a seguito di **evasione tributaria**: pare di poter affermare, tuttavia, che simili risorse non possano dirsi «provenienti» da delitto, in quanto già facenti parte, in modo lecito, del patrimonio di chi pure abbia evaso delle imposte (si tratta anche di evitare, del resto, dilatazioni eccessive della possibilità di imputazione dell'autoriciclaggio).

L'unico limite davvero certo, in ogni caso, è quello di cui al co. 4 dell'articolo in esame, ai sensi del quale «non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera **utilizzazione o al godimento personale**»: sebbene anche a tal proposito possano insorgere dei dubbi: si pensi per esempio al caso di un appartamento acquisito mediante proventi illeciti e affittato a un congiunto.

Incidono probabilmente, anche per quanto concerne la previsione come delitto dell'autoriciclaggio, motivi di carattere processuale, in quanto una simile scelta consente di affiancare all'imputazione del delitto presupposto, che può essere un delitto qualsiasi, quella *ex art. 648-ter1*, rendendo più facilmente utilizzabili provvedimenti d'indagine o cautelari, e consentendo una dilatazione dei termini di prescrizione (esigenze cui sarebbe preferibile provvedere attraverso disposizioni riferite alle caratteristiche dell'uno o dell'altro delitto, piuttosto che collegarle – in modo per così dire *lineare* – alle entità delle pene applicabili nei confronti dei reati ascritti, con effetti di subordinazione delle scelte di diritto penale sostanziale alle esigenze processuali).

Si è posto anche l'interrogativo, dopo l'introduzione dell'art. 648-ter1 c.p., circa la norma penale applicabile nei confronti di chi, non essendo coinvolto nel delitto presupposto, tenga una condotta di riciclaggio cooperando con l'autore (o con i coautori) di quel delitto: riciclaggio o (*quoad poenam*, meno grave) **concorso in autoriciclaggio**? L'orientamento manifestato dalla Cassazione inteso a separare a priori i titoli di reato applicabili nei confronti dei due cooperanti è discutibile, in assenza di chiare indicazioni legislative. Mentre l'applicazione dei criteri utilizzati per dirimere le problematiche del concorso in un reato proprio (quale è, nel nostro caso, l'autoriciclaggio) porterebbe a privilegiare la responsabilità del cooperante estraneo al reato presupposto per (solo) concorso in

autoricciclaggio: quantomeno nel caso in cui sia stato l'autore (o coautore) stesso del reato presupposto a porre in essere la condotta tipica di impiego, sostituzione o trasferimento.

Si consideri, infine, che l'art. 648-ter<sup>1</sup>, **co. 5**, prevede che la pena sia aumentata «quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale». E che il successivo **co. 6** prevede un'attenuante incentrata sulla c.d. collaborazione di giustizia («la pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto»).

Si è già detto peraltro che la prevenzione delle condotte riciclatorie è legata essenzialmente a **interventi di tutela anticipata**, come previsto in materia dal fondamentale **d.lgs. n. 231/2007** (successivamente modificato, in particolare, dal d.lgs. n. 90/2017).

Di tale amplissima normativa, che istituisce un sistema antiriciclaggio, per l'Italia, assai articolato e più rigido rispetto a quello di molti altri Paesi anche europei, si consultino innanzitutto l'**art. 2**, che ne definisce i **principi**, orientati alla prevenzione del riciclaggio (compreso, ovviamente, l'autoriciclaggio), e l'**art. 6**, che definisce i compiti dell'Unità di Informazione Finanziaria (**UIF**).

Ciò che ai nostri fini, peraltro, dobbiamo immediatamente rilevare è che il suddetto decreto legislativo assegna compiti di prevenzione, per finalità antiriciclaggio, a un'ampia serie di **soggetti obbligati**, come descritto all'**art. 3**.

Simile orientamento rappresenta un **fenomeno molto significativo nell'ambito di una criteriologia moderna della prevenzione dei reati** (lo si è già constatato, in forme diverse, sia nella legislazione sulla sicurezza del lavoro, di cui al d.lgs. n. 81/2008, sia nella normativa sulla responsabilità per reato degli enti, di cui al d.lgs. n. 231/2001). Dovendosi considerare che simili funzioni preventive, originariamente riservate a istituzioni pubbliche, come la Banca d'Italia e le varie Autorità di controllo che si sono succedute alla costituzione della CONSOB, sono giunte a coinvolgere, successivamente, anche istituzioni le quali agiscono in regime di diritto privato, come le banche, e particolari figure di professionisti. In questi ultimi casi, pertanto, vengono attribuiti obblighi a soggetti privati nell'interesse pubblico, imponendo loro, altresì, la rinuncia in determinate situazioni, per i medesimi motivi, al perseguimento di interessi immediati propri.

Tra i suddetti soggetti obbligati ai sensi dell'art. 3, cit, sono ricompresi una serie di **intermediari bancari e finanziari**, di **operatori finanziari e non finanziari**, nonché di **prestatori di servizi di gioco**, ma anche liberi professionisti come, fra l'altro, i **dottori commercialisti**, i **notai** e gli stessi **avvocati**, per attività c.d. d'affari (si veda il **co. 4**), diverse da quelle relative, in particolare, al patrocinio in sede giudiziaria (onde non pregiudicare, ovviamente, quello che costituisce un diritto fondamentale del cittadino, tanto più rilevante in materia penale: si veda anche, a tal proposito, l'art. 55, co. 5, in materia di obbligo di segnalazione).

Su questa base gli **obblighi** predetti sono **raggruppati in tre gruppi** (cui si affiancano le misure per la limitazione dell'uso di danaro contante e dei titoli al portatore previste agli artt. 49 ss.):

- Gli obblighi di **adeguata verifica della clientela** (di cui agli **artt. 17 ss.**): non solo del

titolare effettivo di una data operazione, ma anche del significato economico dell'operazione richiesta (art. 18, co. 1, lett. c). Vi sono ricomprese anche le disposizioni inerenti all'adozione di «misure proporzionate all'entità dei rischi di riciclaggio», che devono risultare «adeguate al rischio rilevato» (art. 17, co. 3). Si segnalano anche gli obblighi del cliente, definiti all'art. 22, e l'obbligo di astensione dal compimento di una data operazione nel caso di impossibilità oggettiva dell'adeguata verifica (art. 42).

- Gli **obblighi di conservazione** dei dati (di cui agli **artt. 31 ss.**), per fini di **tracciabilità** delle operazioni effettuate (la percezione di un intento di riciclaggio necessita il più delle volte, infatti, di ricostruire una trama complessa di singole operazioni).

- Gli **obblighi di segnalazione** delle operazioni sospette e di tutela del segnalante (di cui agli **artt. 35 ss.**), comprensivi di obblighi specifici di comunicazione da parte degli organi societari (art. 46). Secondo l'art. 35, in particolare, «i soggetti obbligati, prima di compiere l'operazione, inviano senza ritardo alla UIF una segnalazione di operazione sospetta **quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare** che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio» (co. 1) e, di regola non compiono l'operazione (co. 2, salve le precisazioni ivi contemplate).

Circa l'inottemperanza degli obblighi sono previste **sanzioni di natura penale**, all'**art. 55**, e **sanzioni di natura amministrativa**, agli **artt. 56 ss.** Si tenga nondimeno presente anche il delitto di cui all'art. 493-ter c.p., introdotto con d.lgs. n. 21/2018, in tema di «indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento».

In particolare si consideri, per quanto concerne l'**inosservanza degli obblighi di segnalazione**, l'illecito amministrativo previsto dall'**art. 58 d.lgs. n. 231/2007**: norma la quale prevede (per i soggetti preposti e per il personale dipendente di intermediari e altri operatori: v. il co. 3) una sanzione amministrativa di base, *fissa*, pari a 3000 euro (co. 1), che nel caso di «violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime» risulta invece ricompresa ai sensi del co. 2, secondo i criteri di valutazione della gravità ivi indicati e salvo il ricorrere delle attenuanti di cui all'art. 62, commi 1 e 5, fra euro 30.000 ed euro 300.000: essendo in questi ultimi casi altresì previsto, quando le violazioni producano un «vantaggio economico» non inferiore a 450.000 euro, che gli importi siano elevati fino al doppio del vantaggio medesimo o, nel caso di vantaggio non determinato né determinabile, fino a un milione di euro (co. 4).

Resta dunque chiaro che la persona fisica la quale abbia omesso la segnalazione, non avendo rilevato o segnalato l'operazione sospetta per colpa cosciente o incosciente (v. supra l'art. 35, co. 1), e dunque abbia posto in essere l'operazione stessa senza il dolo di effettuare un riciclaggio *non risponde* di quest'ultimo reato (trattandosi di un delitto, che, come tale, richiede il dolo), bensì risponde esclusivamente sul piano amministrativo, ai sensi dell'art. 55 appena richiamato.

È sorto, peraltro, il quesito relativo alla configurabilità del delitto di riciclaggio a titolo di **dolo eventuale**, anche in rapporto a **Cass. s.u. 26-11-2009, n. 12433 (Nocera)**, concernente la configurabilità a titolo di dolo eventuale della ricettazione, prevista all'art. 648 c.p.

Tale sentenza ha ritenuto, in effetti, la ricettazione compatibile col dolo eventuale, sebbene una parte considerevole della dottrina e della giurisprudenza avesse considerato assorbita l'ipotesi di un supposto dolo eventuale di ricettazione nella fattispecie di «acquisto

di cose di sospetta provenienza» (il c.d. **incauto acquisto**) di cui all'art. 712, co. 1, c.p.: ai sensi del quale «chiunque, senza averne prima accertata la legittima provenienza, acquista o riceve a qualsiasi titolo cose, che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per la entità del prezzo, si abbia motivo di sospettare che provengano da reato, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda non inferiore a dieci euro».

Un orientamento, quest'ultimo, che si era reputato di poter estendere al riciclaggio, stanti le segnalate disposizioni penali e amministrative di cui al d.lgs. n. 231/2007 che sanzionano specificamente il mancato adempimento di obblighi preventivi (sebbene con la clausola «salvo che il fatto costituisca reato»): disposizioni simili nel contenuto – anche alla luce delle terminologie utilizzate dalle norme in esse richiamate – per quanto concerne la mancata segnalazione, dall'art. 35 co. 1 – al disposto dell'art. 712 co. 1, c.p.

In particolare, la pronuncia suddetta delle Sezioni Unite, affermando che «l'elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale», ha peraltro precisato in motivazione che «rispetto alla ricettazione il dolo eventuale è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza».

Deve peraltro rimarcarsi come tale pronuncia, pur avendo assunto una scelta rigorista circa la questione teorica affrontata, ha costituito un primo riconoscimento, nel 2009, da parte delle Sezioni Unite (anteriore, dunque, alla sentenza ThyssenKrupp del 2014) circa il ruolo da attribuirsi alla formula di Frank – che non cita espressamente, ma che applica attraverso il criterio appena evidenziato – in merito all'accertamento del dolo eventuale, almeno finché di tale categoria si farà uso (v. *supra*).

Ciò premesso, il quesito inerente alla configurabilità del dolo eventuale di riciclaggio nei confronti del funzionario, per esempio, di una banca che non abbia effettuato la dovuta segnalazione sussistendo elementi di sospetto, ma senza alcuna intenzione di cooperare a un riciclaggio, rappresenta uno degli esempi più evidenti della delicatezza del ricorso alla categoria del dolo eventuale e degli eccessi cui quest'ultima può condurre: anche in considerazione del facile passaggio presuntivo (v., ancora, *supra*) dall'attribuzione della colpa incosciente (*c'erano motivi per sospettare*) a quella della colpa cosciente (si imputa al funzionario di *aver sospettato*) e, di qui, a quella del dolo eventuale: tanto più, ovviamente, nel caso in cui si volesse utilizzare per quest'ultimo fine la formula tralatizia dell'*accettazione del rischio*, piuttosto che quella, certamente più limitativa se applicata in modo corretto, costituita dalla formula di Frank.

Fra l'altro, un eccesso del timore per il funzionario di poter subire incriminazioni per riciclaggio senza aver avuto alcuna intenzione di compiere riciclaggi può indurre il medesimo a controproducenti scelte difensivistiche, come quella di inondare l'UIF di un mare di segnalazioni per gran parte inutili e tali da rendere più difficile l'individuazione delle condotte effettivamente riciclatorie.

Per molti motivi, dunque, sembrerebbe opportuna una limitazione legislativa della incriminabilità per riciclaggio al solo caso in cui sussista, in un dato soggetto, l'intenzione di produrre il riciclaggio medesimo (come s'è visto, per esempio, con riguardo all'evento in materia di abuso d'ufficio) o, quantomeno, la certezza di realizzarlo, attraverso date operazioni.



Da ultimo va ben evidenziata la **non identificabilità degli obblighi di agire aventi significato preventivo** – che, come s'è visto, vanno moltiplicandosi nell'ambito delle diverse forme di prevenzione anticipata di fatti offensivi – **come posizioni di garanzia rilevanti ai fini del reato omissivo improprio, di cui all'art. 40, co. 2, c.p.**

Queste ultime richiedono, infatti, che sia chiaramente individuato, quale contenuto dell'obbligo, quello di impedire un dato evento, con predisposizione di mezzi e poteri adeguati.

Sarebbe del resto paradossale se ogni soggetto cui si attribuiscono compiti rilevanti ai fini della prevenzione di una determinata tipologia di reati potesse essere chiamato a rispondere dell'illecito non impedito (a parte le considerazioni sull'elemento soggettivo) per una sua qualsiasi negligenza.

Ove così fosse, del resto, l'opportuno dilatarsi della tutela anticipata degli eventi offensivi si trasformerebbe in una contraddittoria dilatazione, attraverso la forma omissiva, della responsabilità penale correlata alla causazione di tali medesimi eventi.

Ne deriva, fra l'altro, che rispetto al funzionario di banca il quale non abbia segnalato un'operazione sospetta, ma comunque non abbia compiuto l'operazione (eventualmente realizzata da altra persona), è da escludersi in radice, anche nel caso in cui si volesse far leva sul dolo eventuale, la configurabilità di un riciclaggio per omissione.

## Alcuni delitti classici di diritto penale dell'economia.

### 10.1. Sistema penale e reati commerciali.

Risulta necessario, in un corso che tende a offrire uno sguardo d'insieme sul sistema penale a studenti che affrontano la seconda annualità dell'insegnamento di diritto penale, ricomprendere lo studio esemplificativo di alcune fattispecie classiche inerenti all'ambito del diritto penale commerciale (o dell'economia), sebbene questo settore della nostra materia, ampio e complesso, costituisca oggetto, nei corsi universitari, di un autonomo insegnamento specialistico.

### 10.2. L'evoluzione legislativa in materia di false comunicazioni sociali.

A questo fine, muoviamo dalla problematica delle **false comunicazioni sociali**, il c.d. **falso in bilancio**, di cui agli **artt. 2621 ss.** del codice civile (i reati societari sono infatti ricompresi nel titolo XI del libro VI cod. civ.).

Tale delitto consiste sinteticamente – riprenderemo, peraltro, tra poco la definizione normativa in vigore – nell'espone nei bilanci o in altre comunicazioni sociali fatti materiali falsi, o nell'omettere fatti che la legge richieda di esporre.

È necessario, infatti, considerare l'evoluzione normativa della fattispecie negli ultimi decenni, muovendo da un mutamento radicale nell'approccio della giurisprudenza alla norma originaria, che si produsse negli **anni ottanta e novanta** del secolo scorso, all'epoca dei processi comunemente identificati come relativi a *tangentopoli*.

La norma di allora, infatti, era fondata, in primo luogo, sull'espone *fraudolentemente* fatti non rispondenti al vero, per cui s'era ritenuto che essa richiedesse la prova del danno nei confronti di soci o creditori, identificati come i destinatari del bilancio (posto che il bilancio ha lo scopo di rendere note da parte degli amministratori le reali condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie di una data società commerciale a chi ne abbia interesse: in primo luogo i soci, perché possano assumere in assemblea decisioni adeguate, anche in rapporto alla conferma o alla sostituzione degli amministratori, e i creditori, affinché siano messi in grado di valutare l'affidabilità della società con cui abbiano rapporto, anche ai fini, nel caso estremo, di un'istanza di fallimento (oggi di liquidazione giudiziale: v. *infra*).

Ebbene, **la giurisprudenza iniziò** in quegli anni **ad applicare l'art. 2611 cod. civ.**, allora punito con la reclusione da uno a cinque anni, **anche quanto un simile danno nei confronti dei soci e dei creditori** non sussistesse, cioè anche a seguito della mera redazione di un bilancio falso. Essendosi constatato che in molti casi i bilanci falsi erano realizzati nell'interesse stesso della società e dei soci, per esempio al fine di predisporre fondi neri utilizzabili a scopo di corruzione.

Con ciò determinando una mutazione sostanziale del bene tutelato: non più l'interesse patrimoniale dei soci e dei creditori, ma l'interesse generale alla trasparenza dei bilanci (sia perché ciascuno potrebbe essere interessato a investire in una data società, sia perché l'iniziativa economica, ai sensi dell'art. 41 cost., assume anche rilievo sociale generale).

Dati questi presupposti, intervenne in materia la **riforma legislativa del 2002**, che intese per sé ricondurre la disciplina penale del falso in bilancio a una definizione normativa certa e che rimase ferma nel suo impianto di fondo, salvo modifiche all'assetto sanzionatorio, fino alla nuova riforma del 2015.

Nel 2002, dunque, il delitto di falso in bilancio fu scorporato in due fattispecie, del tutto identiche nella loro definizione salvo che per un solo elemento: l'art. 2611 cod. civ. puniva la condotta del falso in bilancio di per sé, mentre l'art. 2622 cod. civ. puniva medesimi falsi in bilancio nel caso in cui ne risultasse derivato un danno per la società, i soci o i creditori.

L'art. 2621 cod. civ. configurava in tal senso un reato di *pura condotta*, tutelando, dunque, il bene giuridico di rilievo generale identificabile nella *trasparenza* dei bilanci; inoltre, costituiva una *contravvenzione*.

L'art. 2622 cod. civ. (il cui testo si inseriva nello spazio lasciato libero da un vecchio art. 2622 cod. civ., abrogato, attinente alla divulgazione di notizie sociali riservate) configurava, invece, un reato con evento naturalistico (il danno nei confronti della società, dei soci o dei creditori), tutelando dunque il *patrimonio* dei soci e dei creditori; inoltre, costituiva un *delitto*. Nell'ipotesi base, poi, risultava altresì punibile a querela della persona offesa.

Apparentemente, pertanto, si era dato un assetto legislativo all'intendimento, maturato in giurisprudenza, di punire i falsi in bilancio anche *di per sé* e non soltanto ove abbiano prodotto un danno patrimoniale a soci o creditori.

Tuttavia, la punizione del falso in bilancio *di per sé*, realizzata attraverso l'art. 2621 cod. civ., era apparsa subito più simbolica che reale, dato il carattere contravvenzionale del reato, che come tale prevedeva una pena molto mite e termini di prescrizione brevi. Tanto che **si era parlato di una *depenalizzazione di fatto del (mero) falso in bilancio***.

Del resto, lo stesso art. 2622 cod. civ., pur costituente delitto, prevedeva nell'ipotesi base la perseguibilità a querela (che tuttavia diveniva d'ufficio con riguardo a società quotate in borsa e con riguardo ai casi in cui fosse stato prodotto un nocumento grave, secondo i parametri specificati nella norma).

Per entrambi gli articoli, inoltre, il legislatore del 2002 aveva previsto un (identico) requisito necessario ai fini della **punibilità**, richiedendo un'*alterazione sensibile* del bilancio e ritenendola sempre mancante – così da restringere l'ambito valutativo del giudice in merito alla offensività dei falsi (v. *infra*) – ove il falso in bilancio si fosse mantenuto al di sotto di (almeno una: questa l'interpretazione che era parsa più corretta) delle tre *soglie* di punibilità definite dal legislatore (variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al cinque per cento; variazione del patrimonio netto non superiore all'uno per cento; valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al dieci per cento da quella corretta), ai sensi degli artt. 2621, co. 3 e 4, e 2622, co. 7 e 8 vecchio testo. Sulla problematica delle soglie di punibilità, peraltro, torneremo tra poco.

Rispetto a questa situazione è intervenuta la **riforma legislativa del 2015**, attraverso la quale il legislatore ha inteso rendere credibile il divieto penale della redazione dei falsi in bilancio *di per sé*, escludendo il rilievo del danno nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

Ancora una volta, tuttavia, s'è inteso recuperare tale credibilità pressoché

esclusivamente attraverso l'entità delle nuove pene detentive previste, in una materia che bene si presterebbe, invece, all'utilizzo di altre modalità sanzionatorie efficaci. Il che costituisce un limite importante della riforma.

Con l. n. 69/2015 si è operata, pertanto, una totale riorganizzazione della materia, che dà luogo alla normativa vigente.

In particolare, è **venuta meno**, quanto alle false comunicazioni sociali, **la distinzione in due reati fondata sulla causazione o meno di un danno** per società, i soci o creditori. Nella nuova fattispecie base unitaria di cui all'**art. 2621 cod. civ.** – costituente un delitto di condotta perseguibile d'ufficio e sanzionata con pene ben più gravi di quelle previste sia dal precedente art. 2621, sia dal precedente art. 2622, co. 1, cod. civ. – la causazione di un danno, infatti, non assume alcun rilievo: **oggi, dunque, la condotta di falso in bilancio**, nelle forme attiva e omissiva previste dalla norma suddetta, è **punita di per sé**, così che il bene tutelato sembra da individuarsi esclusivamente nell'interesse generale alla trasparenza dei bilanci (pur permanendo la rilevanza del dolo specifico di profitto dei soggetti attivi).

Questo il testo vigente dell'art. 2621 cod. civ.: «...gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. – La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

L'analisi della fattispecie ci porta a constatare, innanzitutto, che l'esposizione o l'omissione – attinenti a **comunicazioni previste dalla legge** – devono riguardare **fatti materiali** (circa la condotta omissiva dovrà trattarsi, altresì, di fatti dei quali la legge imponga la comunicazione): non rilevano, cioè, meri giudizi sull'andamento societario svincolati dal riferimento a fatti precisi aventi rilievo economico.

Il bilancio, peraltro, si compone di **valutazioni** in termini di valore economico di quei fatti e, a tal proposito, s'è discusso circa il venir meno, con la riforma, dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*» riferito a quei medesimi fatti, presente, invece, nelle formulazioni degli artt. 2621 e 2622 cod. civ. antecedenti al 2015.

La questione – suscitata da una precisa scelta linguistica del legislatore, che peraltro, se presa alla lettera, avrebbe condotto a un'abrogazione sostanziale del delitto – appare risolta Cass. s.u. 31-3- 2016, n. 22474, la quale ha ritenuto che il bilancio assuma, comunque, un connotato essenzialmente valutativo dei *fatti materiali* e che, quindi, l'eliminazione dell'inciso non abbia rilievo sul piano ermeneutico, conservandosi la rilevanza del delitto in esame anche con riguardo a valutazioni che risultino senza dubbio incongrue di fatti materiali oggettivamente esistenti.

L'attuale formulazione dell'art. 2621 cod. civ. prevede inoltre che i **fatti materiali** oggetto del delitto siano **rilevanti**.

Un'aggettivazione, questa, dagli effetti analoghi, nel significato, agli effetti della locuzione *alterazione sensibile* richiesta dagli artt. 2621 e 2622 cod. civ. anteriormente alla

riforma del 1975, salva una differenza essenziale costituita dall'essere **venute meno le soglie di punibilità** all'epoca previste.

Il termine *rilevanti* richiama esplicitamente, quindi, all'esigenza di una valutazione da parte del giudice in merito alla reale *offensività* del fatto: esigenza la quale, tuttavia, permarrrebbe pur in assenza dell'aggettivo *rilevanti*, in forza del **principio generale di offensività**.

Sarà dunque da valutarsi – nonostante il venir meno delle soglie, onde non accedere a una logica incostituzionale di pericolo meramente *presunto* – la concreta attitudine offensiva del fatto, che appare da riferirsi a un inganno suscettibile di comportare una percezione alterata della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società di livello tale da poter incidere sulle decisioni dei potenziali interessati (siano essi soci, creditori, potenziali investitori, ecc.).

Rimane il **dolo specifico di profitto**, essendo peraltro venuto meno, nel confronto con l'assetto normativo precedente il 2015, del secondo dolo specifico ivi previsto, che era costituito dall'«intenzione di ingannare i soci o il pubblico». È mantenuto, peraltro, il requisito dell'oggettiva idoneità ingannatoria delle condotte (quale elemento della fattispecie che dev'essere coperto dal dolo), secondo la formula «**in modo concretamente idoneo** ad indurre altri in errore»: laddove l'avverbio *concretamente* appare costituire l'enfaticizzazione di un requisito che dovrebbe essere ovvio (e che, come già si osservava in un caso analogo, preoccupa un poco vedere espressamente precisato).

Con riguardo all'elemento soggettivo si richiede, inoltre, che la condotta di esposizione od omissione di fatti materiali rilevanti non risponda al vero avvenga **consapevolmente**: in tal modo **escludendosi un'attribuzione di responsabilità** ex art. 2621 cod. civ. a **titolo di dolo eventuale** circa la falsità dei fatti materiali o la loro rilevanza: responsabilità che resta dunque limitata a quelle del dolo intenzionale e del dolo diretto.

Un aspetto, questo, di particolare rilievo per quanto concerne le responsabilità degli amministratori non operativi (tenuto conto dell'art. 2392 cod. civ., in confronto con l'art. 2391 cod. civ.), ma anche dei sindaci, con riguardo a censure di inadeguato controllo che hanno portato talora, in presenza di c.d. *segnali d'allarme*, a incriminazioni, circa vari delitti, fondate sull'art. 40, co. 2, c.p. e sul dolo eventuale, per di più inteso come mera accettazione del rischio, piuttosto che secondo la formula di Frank (in merito alla problematicità di simili percorsi v. ampiamente *supra*).

Rispetto alla sola casistica di cui all'art. 2621 cod. civ., sono stati altresì introdotti, con la riforma citata del 2015:

- L'**art. 2621-bis cod. civ.**, che prevede una fattispecie di reato punita in modo meno grave (reclusione da sei mesi a tre anni), con un'ipotesi, al secondo comma, di perseguibilità a querela), relativamente a **fatti di lieve entità**.

- L'**art. 2621-ter cod. civ.**, concernente la non punibilità per **particolare tenuità del fatto** ex art. 131-bis c.p., ai fini della quale precisa che «il giudice valuta, in modo prevalente, l'**entità dell'eventuale danno** cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621-bis cod. civ. Con ciò venendosi a configurare, pertanto, l'unico caso relativo al delitto di falso in bilancio circa il quale conserva rilievo l'entità del danno cagionato a soggetti di cui sopra.

Tutto questo, pertanto, impone di distinguere tra **assenza dell'offesa** (fatti materiali non rilevanti: il fatto non sussiste), **offesa particolarmente tenue** (il fatto sussiste, ma non è punibile) e **caso di lieve entità** (il fatto sussiste, ma prevede una pena edittale inferiore a quella prevista dall'art. 2621, co. 1, cod. civ.).

Il successivo **art. 2622 cod. civ.** non individua più una fattispecie strutturalmente diversa, com'era prima della riforma del 2015, da quella di cui all'art. 2621 cod. civ., prevedendo una fattispecie nella sostanza analoga a quest'ultima, ma punita in modo più grave (reclusione da tre a otto anni, incompatibile, di noti, con l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.), rispetto a c.d. **società quotate**.

Emergono peraltro due differenze. Innanzitutto non è ripetuto all'art. 2622 cod. civ. l'aggettivo **rilevanti** in riferimento ai fatti materiali: ma ciò, deve, concludersi, non assume alcun rilievo, come ha ammesso la stessa corte di Cassazione, in quanto comporterebbe un'irragionevole differenza interpretativa in *malam partem* rispetto all'art. 2621 cod. civ. Né, del resto, simile assenza dell'aggettivo **rilevanti** potrebbe autorizzare a non tener conto, quanto all'art. 2622 cod. civ., del principio di offensività.

Inoltre, l'art. 2622 cod. civ. non menziona, diversamente dall'art. 2621 cod. civ., l'esigenza che le condotte attengano a comunicazioni **previste dalla legge**, il che comporta un ambito più esteso di rilievo delle due condotte rilevanti rispetto a quanto previsto dall'art. 2621 cod. civ.

#### 10.2.1. Problemi relativi alle condizioni di punibilità.

La considerazione delle **soglie** il cui superamento era previsto come necessario ai fini della punibilità dagli artt. 2621 e 2622 cod. civ. prima della riforma del 2015 offre l'occasione per affrontare la problematica inerente all'interrogativo **se** requisiti di tipo analogo, non del tutto infrequenti nelle norme incriminatrici, **debbono considerarsi elementi del reato** (vale a dire facenti parte essi stessi della fattispecie tipica) **o condizioni oggettive di punibilità**, rilevanti in base all'art. 44 c.p.: dato che i testi normativi, per lo più, non offrono indicazioni esplicite nell'uno o nell'altro senso.

Il quesito è importante con riguardo, soprattutto, all'elemento soggettivo. Considerando, infatti, simili requisiti come **elementi del reato**, ne deriva che essi, per quanto concerne i delitti, **devono essere coperti dal dolo**, in quanto tutti gli elementi della fattispecie tipica devono risultare conformi al principio di colpevolezza: così che per quanto riguarda le soglie di cui sopra sarebbe risultato a suo tempo necessario non solo il superamento dei valori soglia da esse previsti, ma anche la volontà di superarli). Considerando, invece, quei medesimi requisiti come **condizioni di punibilità**, ne deriva che essi **rilevano oggettivamente** (salvo esigere almeno la colpa, secondo un'interpretazione minoritaria dell'art. 44 c.p.): per cui rispetto alle soglie di cui sopra sarebbe risultato sufficiente, ai fini della punibilità, il superamento dei suddetti valori soglia.

Orbene, rammentando il testo dell'art. 44 c.p., che reca in rubrica «condizione oggettiva di punibilità» e che recita «quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il

verificarsi della condizione, non è da lui voluto», deve concludersi che **può essere qualificato come condizione oggettiva di punibilità soltanto un fattore del tutto estraneo (estrinseco) rispetto alla fattispecie tipica del reato** (la quale, dunque, già sussiste in toto, senza quel fattore): un fattore, pertanto, cui il legislatore decide di subordinare la punibilità di quel reato esclusivamente per ragioni di opportunità politico-criminale. Posto che diversamente risulterebbe per l'appunto violato il principio di colpevolezza (non sono più ammissibili, quindi, condizioni oggettive di punibilità c.d. *intrinseche*).

E proprio in questo senso possiamo comprendere quando un dato fattore dovrà essere inteso come elemento del reato oppure come condizione di punibilità: sarà **elemento del reato quando (anche) dalla presenza o dall'assenza di quel fattore dipende la lesione del bene tutelato** dalla norma incriminatrice di cui si discute; mentre potrà essere definito come condizione di punibilità solo quando anche senza quel fattore l'offesa del bene tutelato sussiste integralmente.

In proposito, si esemplifica sovente con riguardo al delitto di **incesto** di cui all'**art. 564 c.p.**, in quanto punibile ove ne derivi *pubblico scandalo*: se si ritiene, in conformità alla storia della norma, che il bene tutelato sia la famiglia, o meglio il diritto, in particolare, dei figli a stabilire legami affettivi autonomi da quelli familiari (diritto che verrebbe reso ben difficilmente salvaguardabile ove l'affettività familiare ricomprendesse condotte *strico sensu* sessuali), ne deriva che il pubblico scandalo non è elemento del reato; mentre lo diverrebbe ove si ritenesse che il legislatore, pur avendo introdotto simile delitto, volesse rimanere indifferente rispetto agli incesti di per sé, ma intendesse soltanto garantire che il loro realizzarsi non fosse reso di pubblico dominio.

Tornando, infine, alla non punibilità prevista dalle norme sul falso in bilancio anteriori al 2015, la stessa Corte costituzionale (n. 161/2004) si era espressa incidentalmente nel senso che il loro superamento costituisse elemento del reato: indirizzo, questo, che appariva imporsi in quanto la legge stessa indicava come al di sotto delle soglie non fosse da ritenersi realizzata la summenzionata *alterazione sensibile* del bilancio stesso e, pertanto, non fosse da ritenersi realizzata l'offesa del bene giuridico tutelato dalle norme di allora: né in termini di lesione della trasparenza, né, *a fortiori*, in termini di danno conseguente a un'inadeguata percezione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società.

### 10.3. La bancarotta patrimoniale

Passiamo ora a considerare il delitto più classico – la bancarotta patrimoniale pre-dichiarativa – nell'ambito dei reati (già) fallimentari e ora qualificabili come relativi alla crisi d'impresa.

Si deve infatti tener conto, a tal proposito, del **d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)**, che ha riformato nel suo complesso la materia fallimentare, ma non ha modificato, se non in modo marginale (v. *infra* circa l'art. 330), i reati (già) fallimentari, e comunque non ha modificato i delitti di bancarotta, salvo per quanto concerne la sostituzione del termine «**fallito**» con l'espressione «**dichiarato in liquidazione giudiziale**» e salva la **trasmigrazione** dei delitti (già) fallimentari dagli articoli 216-241 della legge fallimentare (r.d. n. 267/1942) **agli artt. 322-347** (titolo XI) del cit. **d.lgs. n. 14/2019**.

Quest'ultimo ha previsto la sua entrata in vigore, a parte alcune norme, diciotto mesi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 14 febbraio 2019. Insieme a una **disposizione transitoria**, di cui all'**art. 389**, secondo la quale le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo restano disciplinate dalla legge fallimentare, anche agli effetti penali (continuando ad applicarsi per i fatti ad esse relativi le disposizioni penali della legge fallimentare): da cui si evince che la sostituzione del fallimento con la liquidazione giudiziale non può intendersi, circa i reati fallimentari commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo suddetto, come un'*abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.

Ciò premesso, si consideri, sebbene in sintesi, come l'art. 322 d.lgs. n. 14/2019 (già art. 216 l.f.) – ricomprenda **diverse tipologie di bancarotta fraudolenta**: quella patrimoniale, quella documentale e quella preferenziale, nelle forme pre-dichiarativa (pre-fallimentare) o post-dichiarativa (post-fallimentare).

Secondo il co. 1 del suddetto articolo, infatti «è punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che:

a) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti» [**bancarotta fraudolenta patrimoniale** pre-dichiarativa];

b) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari» [**bancarotta fraudolenta documentale** pre-dichiarativa].

Il co. 2 del medesimo articolo precisa poi che «la stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato in liquidazione giudiziale, che, **durante la procedura**, commette alcuno dei fatti preveduti dalla lettera a) del comma 1, ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili» [bancarotta fraudolenta patrimoniale post-dichiarativa e bancarotta fraudolenta documentale post-dichiarativa, limitata quest'ultima alle sole tre condotte indicate in tale comma].

Mentre ai sensi del successivo co. 3 «è punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore in liquidazione giudiziale che, prima o durante la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione» [si tratta della c.d. **bancarotta preferenziale**, sia pre-dichiarativa che post-dichiarativa, la quale in presenza di date condizioni – la cui ricostruzione è molto delicata nella fase pre-dichiarativa – rende penalmente illecito, in funzione del mero dolo specifico, ciò che ordinariamente, si noti, non soltanto è lecito, ma doveroso: vale a dire il pagamento dei creditori; non senza delicate problematiche afferenti a richieste di pagamento da parte di questi ultimi che assumano modalità nelle quali vengano ravvisati gli estremi di un'istigazione rilevante ai fini del concorso in tale tipologia di bancarotta].

Per quanto concerne la **bancarotta fraudolenta** ci occuperemo essenzialmente, peraltro, della sua forma **patrimoniale pre-dichiarativa** (pre-fallimentare), che ricomprende, come enunciato all'art. 322 (già 216 l.f.), co. 1, lett. a), d.lgs. n. 14/2019, due gruppi di condotte aventi il medesimo significato economico di sottrazione fraudolenta del proprio patrimonio, da parte dell'imprenditore, all'equa ripartizione del medesimo tra i creditori (secondo il



criterio della *par condicio creditorum*) nel caso in cui si addivenga alla liquidazione giudiziale: gruppi consistenti, il primo, nella compromissione dell'*attivo* e il secondo nella dilatazione del *passivo* (essendo indicato solo per quest'ultimo, ma sul punto ritorneremo, il fine del «recare pregiudizio ai soci e ai creditori»).

Tuttavia, prenderemo altresì in considerazione la fattispecie parallela di **bancarotta semplice, di cui all'art. 323** (già 217 l.f.) d.lgs. n. 14/2019, imperniata sulla tenuta (volontaria) da parte dell'imprenditore di condotte non diligenti rispetto alla salvaguardia dei creditori (salvo il n. 5, costituente un'ipotesi a sé stante).

Questo, infatti, il testo dell'art. 323, co. 1: « È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se e' dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: *a*) ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; *b*) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; *c*) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale; *d*) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa; *e*) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale».

Ai sensi, poi, del co. 2 della medesima norma, in tema di bancarotta *documentale*, «la stessa pena si applica all'imprenditore in liquidazione giudiziale che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di liquidazione giudiziale ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta».

Ora, il bene tutelato dai due delitti in esame, di bancarotta fraudolenta pre-dichiarativa e semplice, è costituito dal patrimonio dei creditori, e in particolare dal diritto degli stessi di potersi rivalere, secondo *par condicio*, sul patrimonio residuo dell'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale.

Circa la ricostruzione, poi, della struttura dei due delitti è necessario muovere dalla annosa questione concernente l'interrogativo **se la dichiarazione di liquidazione giudiziale**, e in precedenza di fallimento, **debba essere intesa**, in merito ai due delitti di bancarotta pre-dichiarativa dei quali ci stiamo occupando, **come condizione di punibilità oppure come elemento del reato**: alternativa, quest'ultima, che abbiamo preso in esame poc'anzi.

E se il criterio distintivo fra le due soluzioni va reperito, come si diceva, nel fatto che dall'elemento in discussione dipenda o non dipenda la lesione del bene tutelato, si delinea, in effetti, una situazione complessa. Posto che, da un lato, la liquidazione giudiziale (e in precedenza il fallimento) può essere intesa come garanzia dell'interesse dei creditori a una ripartizione secondo *par condicio*. Ma, dall'altro lato, è proprio con tale dichiarazione che si rende definitiva l'impossibilità per i creditori di vedere soddisfatti nella loro interezza i rispettivi crediti e, quindi, una lesione almeno parziale del loro interesse patrimoniale.

Conseguentemente, vi sono motivi per sostenere che il realizzarsi della liquidazione giudiziale (e in precedenza del fallimento) non sia estraneo alla lesione del bene tutelato, vale a dire per sostenere che costituisca elemento del reato, e non mera condizione di punibilità (come veniva qualificata nella relazione del ministro guardasigilli all'atto dell'introduzione

della norma).

Tuttavia, il considerare la liquidazione giudiziale come elemento del reato, e pertanto come *evento* del medesimo, porterebbe a esigere, per realizzare, in particolare, la bancarotta fraudolenta pre-dichiaratoria, il dolo di essere posti in liquidazione giudiziale (in precedenza, il dolo di fallire): il che condurrebbe, lo si deve riconoscere, a una casistica minima di applicabilità della bancarotta fraudolenta, salvo il ricorso a un utilizzo forzato, vale a dire sovradilatato, della categoria del dolo eventuale.

Per altro verso, il considerare la liquidazione giudiziale (in precedenza, il fallimento) come condizione oggettiva di punibilità non solo attribuisce rilievo meramente oggettivo all'avvenuta liquidazione, ma rende irrilevante, altresì, il rilievo causale delle condotte di bancarotta rispetto alla stessa liquidazione giudiziale.

Considerazioni, queste, che rendono evidenti l'urgenza di una ridefinizione legislativa dell'intera materia inerente alla bancarotta, ridefinizione attesa, peraltro, ormai da decenni.

Che del resto il problema sia delicato emerge dalle stesse vicende giurisprudenziali in materia. Il disagio a qualificare esplicitamente la dichiarazione di fallimento (oggi, di liquidazione giudiziale) come mera condizione di punibilità emerse già, infatti, in Cass. s.u. 25-1-1958, n. 2, che qualificò tale dichiarazione come una «condizione di esistenza» del reato: tuttavia *sui generis*, in quanto ai sensi di simile pronuncia tale qualifica non avrebbe richiesto – come invece è naturale per gli elementi del reato – né che il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) fosse conseguenza causale delle condotte di bancarotta, né che il verificarsi del medesimo costituisse oggetto del dolo; piuttosto, avrebbe semplicemente implicato che la consumazione del delitto, decisiva ai fini del radicamento della competenza territoriale, si determinerebbe al momento (e dunque nel luogo) della dichiarazione di fallimento (oggi, di liquidazione giudiziale). Un'impostazione la quale, con alcune varianti, è risultata a lungo dominante in sede giudiziaria.

In epoca più recente Cass. 24-9-2012, n. 47502, considerando a tutti gli effetti la dichiarazione di fallimento come elemento del reato di bancarotta fraudolenta, ebbe a richiedere invece, rispetto alla medesima, sia la causalità che il dolo: ma questo nuovo indirizzo, estremamente innovativo rispetto al passato, non si è imposto.

In particolare C 8-2-2017, n. 361, è tornata all'indirizzo originario della legge fallimentare, configurando la dichiarazione di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) come mera condizione oggettiva di punibilità, non necessitante né del rapporto causale rispetto alle condotte di bancarotta, né del dolo: e nondimeno continuando a ritenere consumato il delitto al momento della dichiarazione stessa.

Se, conseguentemente, si deve muovere dalla constatazione di come la dichiarazione di fallimento (oggi, di liquidazione giudiziale) venga considerata in giurisprudenza (in modo esplicito o meno) come condizione oggettiva di punibilità (senza che si richieda il nesso causale tra il prodursi della medesima e le condotte bancarottiere), divengono necessarie alcune importanti precisazioni.

In primo luogo, deve riconoscersi che, in tal caso, le ipotesi di bancarotta fraudolenta prefallimentare e di bancarotta semplice (le quali, si noti, non esigono il prodursi di un danno per i creditori) sono da qualificarsi come **reati di pericolo concreto** (lo afferma anche C 8-2-2017), vale a dire come tali per cui dalla tenuta stessa della condotta sia derivato – considerata l'effettiva condizione economica dell'imprenditore – un pericolo già in quel

momento concretamente identificabile del fatto che l'imprenditore stesso non avrebbe potuto far fronte alle obbligazioni nei confronti dei creditori. Evitandosi, in tal modo, che un eventuale tracollo economico dell'imprenditore (con susseguente liquidazione giudiziale) imprevedibile al momento della condotta – per esempio in quanto dovuto a vicende dei mercati internazionali oppure a calamità, ecc. – lo porti a rispondere automaticamente di bancarotta per qualsiasi utilizzazione del suo patrimonio (sulla base della presunzione astratta che ogni diminuzione del medesimo potrebbe incidere negativamente sull'interesse dei creditori).

Al che si ricollega, inoltre, l'esigenza che la condotta di bancarotta attivi effettivamente, in termini di c.d. imputazione oggettiva, un **rischio significativo**, in termini di **idoneità**, rispetto all'esito del dissesto dell'imprenditore e, dunque, della liquidazione giudiziale (già fallimento).

Problemi significativi insorgono altresì con riguardo all'inquadramento del delitto di **bancarotta semplice** e al suo **rapporto col delitto di bancarotta fraudolenta predichiarativa patrimoniale**.

Emerge, in primo luogo, che la mera descrizione oggettiva delle condotte (v. *supra*) non appare in grado di tracciare sempre un confine netto tra la bancarotta semplice e quella fraudolenta: tra il fare «spese eccessive» o il compiere «operazioni di pura sorte» (art. 323, co. 1, d.lgs. n. 14/2019 [217 l.f.]) e il «dissipare» (art. 322, co. 1, lett. *a*), d.lgs. n. 14/2019 [216 l.f.]), per esempio, non c'è un distinguo chiaro.

Si tenga presente, inoltre, che **la bancarotta semplice costituisce un delitto** e che, dunque, il dato per cui la gran parte delle condotte ad essa riferibili si sostanzino nella violazione di regole di diligenza non significa affatto – secondo l'impostazione tradizionale della fattispecie come reato di condotta – che tali violazioni non richiedano il **dolo**, e dunque la loro realizzazione volontaria (infatti, la violazione di una regola di diligenza – si pensi al mancato rispetto di un semaforo rosso – può ben essere dolosa).

Nondimeno, un orientamento piuttosto radicato ha inteso la bancarotta semplice come bancarotta colposa (o, secondo un certo indirizzo, caratterizzata da colpa o dolo eventuale).

Ma configurando in questo modo la bancarotta semplice e come (genericamente) dolosa quella fraudolenta (almeno nel primo gruppo di ipotesi dell'art. 322, co. 1, lett. *a*), d.lgs. n. 14/2019 [216 l.f.]), e posto che in sede processuale si constaterà di regola la tenuta volontaria delle condotte compatibili con la bancarotta semplice (una spesa *eccessiva*, per esempio, la si fa in modo volontario), **il rischio è che si punisca sempre per bancarotta fraudolenta, abrogando, di fatto, quella semplice** (nella stessa Cass. 8-2-2017, cit., l'identificazione della fraudolenza con il mero dolo, vale a dire con la mera consapevolezza, del pericolo per il patrimonio dei creditori, significa rendere simile caratteristica nella sostanza irrilevante: con l'effetto di assorbire gran parte dei casi di bancarotta semplice in quella fraudolenta).

In realtà, sia la bancarotta semplice che quella fraudolenta hanno carattere doloso, ma ciò che caratterizza la seconda va rinvenuto – a differenza della prima – proprio nel suo **carattere fraudolento**, che non si deduce solo dall'intitolazione dell'articolo (avente mero valore indicativo), bensì anche dal **dolo specifico** («al fine di recare pregiudizio ai creditori») riferito al secondo gruppo di condotte: mancando, infatti, una ragione convincente del perché tale limitazione debba riguardare le condotte di espansione del passivo, ma non

quelle di contrazione dell'attivo, appare giustificata la riferibilità del dolo specifico di frode, secondo una sua applicazione analogica *in bonam partem*, anche a queste ultime.

Occorrerà dunque, ai fini della bancarotta fraudolenta, che al momento della tenuta della condotta il soggetto agente abbia programmato di non adempiere ai propri doveri verso i creditori.

Queste considerazioni rimarrebbero valide anche ove si considerasse la bancarotta pre-dichiarativa (e, dunque, pure quella semplice) come tale da richiedere il fallimento come evento del reato. Sebbene, infatti, l'esplicita caratterizzazione di gran parte delle condotte di bancarotta semplice quali trasgressioni di regole di diligenza possa costituire motivo, nel caso predetto, per considerare tale delitto come un reato di evento *colposo*, la descrizione delle condotte (e la logica della bancarotta) resta tale da esigere la consapevolezza del pericolo per gli interessi dei creditori al momento della tenuta delle condotte: così che solo nel caso della frode si potrebbe transitare, sussistendone le altre condizioni, all'ipotesi della bancarotta fraudolenta.

### 10.3.1. La c.d. bancarotta impropria (o societaria).

In effetti, l'ambito applicativo reale dei delitti di bancarotta non è dato, direttamente, dagli artt. 322 e 323 d. lgs. n. 14/2019 (216 e 217 l.f.) che abbiamo esaminato e che riguardano l'imprenditore individuale, bensì dagli artt. 329 e 330 d. lgs. n. 14/2019 (223 e 224 l.f.), che estendono – si tratta della c.d. bancarotta *impropria* – il rilievo dei suddetti artt. 322 e 323 «agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di **società in liquidazione giudiziale**», i quali pongano in essere i medesimi fatti previsti da tali fattispecie: aggiungendo, tuttavia, due ipotesi ulteriori per la bancarotta fraudolenta e una per la bancarotta semplice.

Per quanto concerne, dunque, il primo caso, l'art. 322, co. 2, d.lgs. n. 14/2019 (223 l.f.) afferma: «Si applica alle persone suddette la pena prevista dall'articolo 322, comma 1, se: *a*) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 cod. civ. – *b*) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società».

La prima delle due ipotesi, di cui alla lett. *a*), si sostanzia nel causare il **dissesto della società** (e dunque impossibilità di far fronte ai suoi debiti) **come evento conseguente alla realizzazione di uno dei reati societari ivi indicati** (fra i quali le false comunicazioni sociali): viene pertanto a configurarsi un reato complesso ai sensi dell'art. 84, co. 1, c.p., che esclude il concorso di reati.

Attraverso il testo suesposto della lett. *a*), riformato nel 2002, si è superata la configurazione antecedente di tale norma, che puniva per bancarotta fraudolenta gli autori di un reato societario per il solo fatto dell'avvenuta dichiarazione di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) della società, configurando in tal modo un'ipotesi plateale del *versari in re illicita* (senza neppure la richiesta del nesso di causalità tra commissione del reato societario e fallimento).

La fattispecie delittuosa è stata dunque ristrutturata come reato con evento naturalistico,

costituito dal dissesto (ferma la punibilità nel solo caso in cui venga dichiarata la liquidazione giudiziale, già fallimento): il che ovviamente esige, come per qualsiasi delitto, il dolo di cagionare l'evento, vale a dire il dissesto.

Il fatto è, peraltro, che solo molto raramente coloro i quali pongono in essere uno dei suddetti reati societari lo fanno con l'intenzione, o con la consapevolezza certa, di produrre il dissesto della medesima società. Per cui il rischio è che si sia delineata una fattispecie punibile esclusivamente per dolo eventuale, con tutti i rischi connessi di una dilatazione del ricorso a tale problematica categoria (v. *supra*) e di un'utilizzazione della medesima in termini estensivi.

La seconda ipotesi di bancarotta impropria fraudolenta, quella di cui alla succitata lett. *b*), prevede invece, da parte dei medesimi soggetti di cui sopra, la **causazione dolosa – o per effetto di operazioni dolose – del dissesto**, anche in questo caso previsto come evento del reato: mentre anteriormente alla riforma del 2019 era richiesta la causazione del *fallimento* (si tratta dell'unica modifica operata da tale riforma con riguardo ai delitti di bancarotta).

Ne deriva un **rapporto non nitido tra le lettere a) e b) dell'art. 229, co. 2, d.lgs. n. 14/2019**: oggi la fattispecie di cui alla lettera *b*), costituente essa pure delitto, pare assorbire completamente quella di cui alla lettera *a*), posto che entrambe prevedono il dissesto come evento, per cui la fattispecie prevista dalla lettera *a*) finisce per mantenere soltanto la funzione di escludere la contemporanea applicabilità a titolo di concorso del reato societario ivi previsto (già prima della riforma del 2019, peraltro, un dolo di dissesto rilevante ai sensi della lett. *a*) sembrava comunque implicare, nella pratica, un dolo di fallimento).

Circa la cit. lettera *b*) dell'art. 229, co. 2, d.lgs. n. 14/2019 (223 l.f.) va segnalata, altresì, la difficoltà interpretativa concernente l'espressione «**con dolo o per effetto di operazioni dolose**», in relazione, ovviamente, alla sua seconda parte.

È probabile che quest'ultima si spieghi ove si tenga conto di come all'epoca della formulazione dell'art. 223 l.f., entrato in vigore nel 1942, si ritenesse ancora di doversi attenere a una lettura rigorosa dell'art. 43 c.p., il quale qualifica il dolo secondo la caratteristica dell'*intenzionalità*, che risulta incompatibile col dolo eventuale.

Per cui può ritenersi che con la formula «*operazioni dolose*» il legislatore abbia inteso riferirsi all'ambito, pur come sappiamo scivoloso, del dolo eventuale (secondo un'indicazione, come già osservavamo, che potrebbe tornare a essere valorizzata *de iure condendo*: nel senso che, quando il legislatore intenda estendere l'area dell'imputazione soggettiva oltre i confini del dolo intenzionale, lo dovrebbe precisare espressamente, definendone le modalità, così da superare il darsi di una categoria incerta, nonché priva di base normativa, qual è quella del dolo eventuale).

Per quanto concerne, invece, la **bancarotta impropria semplice**, l'art. 230, lett. *b*), d.lgs. n. 14/2019 (224 l.f.) estende l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 323 d.lgs. n. 14/2019 (217 l.f.) ai soggetti di cui sopra che rivestano incarichi societari i quali abbiano «concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge», ferma la necessità della liquidazione giudiziale (già fallimento).

Così che l'evento di dissesto, in questo caso, risulta cagionato secondo modalità proprie del delitto colposo (esigendosi in ogni caso pur sempre con la consapevolezza del pericolo per gli interessi dei creditori al momento della tenuta delle condotte: v. *supra*).

Vanno evidenziate, infine, le disposizioni sulle **pene accessorie** di cui agli artt. 322, co. 4, 323, co. 3, e 329, co. 3 d.lgs. n. 14/2019 (artt. 216, 217 e 223 l.f.).

#### 10.4. Delitti in materia di imposte sui redditi e di IVA.

Da ultimo, per questo capitolo, ci occupiamo di alcuni aspetti dei delitti previsti in materia tributaria dal **d.lgs. n. 74/2000** («**reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto**»).

Sul piano storico, s'è passati, in materia, da un sistema fondato sulla c.d. «*pregiudiziale tributaria*» (per cui era necessario, ai fini dell'attivazione del procedimento penale, la definitività dell'accertamento in sede di contenzioso amministrativo dell'imposta evasa: con effetti di pressoché inevitabile prescrizione del reato), alla riforma del 1982 (c.d. "manette agli evasori", che prevedeva non soltanto l'incriminazione della c.d. frode fiscale, ma anche, sul piano contravvenzionale, di fatti prodromici all'evasione direttamente accertabili dal giudice penale, come la mancata annotazione delle fatture nelle scritture contabili: con l'effetto di un'enorme dilatazione dei processi in ambito penale-tributario), alla nuova disciplina del 2000, come modificata ai sensi della l. n. 158/2015.

L'assetto attuale prevede invece poche fattispecie penali (quelle che prenderemo in esame caratterizzate dal dolo specifico consistente nel «fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto») relative a fatti giudicati gravi, cui si aggiunge un consistente ricorso complementare all'illecito amministrativo.

Muoviamo, in questa rapida esposizione, dall'**art. 4 d.lgs. n. 74/2000**, che punisce la **dichiarazione infedele**, cioè fondata sulla mera falsità della dichiarazione, senza artifici fraudolenti: con la previsione di **soglie** rilevanti per la punibilità nella seconda parte del co. 1 e nel co. 1-ter.

L'**art. 5**, co. 1, punisce invece, anche con riguardo al sostituto d'imposta (co. 1-bis), l'**omessa dichiarazione**, «quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro cinquantamila». Si tratta di una condotta che può risultare più insidiosa della dichiarazione infedele, dato che quest'ultima rende comunque noto al fisco il contribuente, mentre l'omessa dichiarazione potrebbe celare un c.d. evasore totale, del quale dev'essere individuata la stessa esistenza. Il che ha condotto, nel 2015, a innalzare la pena prevista dall'art. 5 (che ora consiste nella reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni) rispetto a quella prevista per la dichiarazione infedele (reclusione da uno a tre anni): pene che in precedenza risultavano identiche e, prima ancora, erano tali per cui l'omessa dichiarazione veniva punita in modo inferiore rispetto alla dichiarazione infedele.

Si consideri, inoltre, il **co. 2**, secondo cui non si considera omessa la **dichiarazione presentata entro novanta giorni** dalla scadenza del termine (il che pare fungere da causa di estinzione del reato) o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto (situazioni, queste ultime, che escludono in radice il configurarsi del reato).

Ciò premesso, gli artt. 2 e 3 puniscono invece le **dichiarazioni fraudolente**, cioè realizzate non solo limitandosi a non dichiarare il vero, ma supportando il falso con mezzi (artifici) finalizzati a far apparire tale falso come vero.

In particolare l'**art. 2** attiene al caso in cui quegli artifici consistono nell'**uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti** («È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi passivi fittizi. – Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria»).

Mentre l'**art. 3**, che prevede la medesima pena edittale di cui all'art. 2, **si riferisce ad altre modalità di frode**, quali operazioni simulate, documenti falsi, altri mezzi idonei a ostacolare l'accertamento e a indurre in errore l'amministrazione finanziaria («Fuori dai casi previsti dall'art. 2, è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compiendo operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi, quando, congiuntamente: *a)* l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila; *b)* l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque, è superiore a euro un milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, è superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila. – Il fatto si considera commesso avvalendosi di documenti falsi quando tali documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie o sono detenuti a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria. – Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali»).

Come si evince dalla lettura delle due norme, il maggior rigore proprio dell'**art. 2** rispetto all'art. 3 (data la particolare insidiosità dell'uso di fatture false o documenti analoghi) non è legato alla pena comminata, bensì all'**assenza di una soglia di punibilità** (che sussisteva fino al 2011, seppure secondo un'entità inferiore a quella di cui all'art. 3). Soglia di punibilità che invece rimane prevista oltre che dall'art. 3, anche dagli artt. 4 e 5 (v. *supra*), quantunque secondo entità meno consistenti che nel passato.

Il superamento delle **soglie**, diversamente strutturate nei diversi articoli citati, è da considerarsi **elemento del reato**, posto che le suddette norme individuano proprio attraverso il superamento delle soglie quel livello di offesa del bene tutelato (l'entrata tributaria) che si ritiene assurgere a rilevanza anche penale (implicando un'antigiuridicità, dunque, non solo amministrativa, ma anche penale): non trattandosi affatto, pertanto, di un'esclusione della punibilità dipendente, al di sotto delle soglie, da mere valutazioni di opportunità politico-criminale.

Va altresì accuratamente considerato, in proposito, il **rapporto tra il delitto di cui all'art. 2 e quello di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74/2000**, attinente all'**emissione di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti** («È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. – Ai fini dell'applicazione della disposizione prevista dal co. 1, l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato»).

Emerge subito, infatti, lo stretto collegamento tra i due delitti, edittalmente puniti in modo identico: in quanto per redigere una dichiarazione fraudolenta ai sensi dell'art. 2 sarà necessario che qualcuno abbia fornito al dichiarante fatture false o documenti analoghi.

Ma di conseguenza accadrà, in modo pressoché inevitabile, che l'utilizzatore delle fatture si sia accordato con il soggetto emittente *ex art. 8* per ottenere dal medesimo le fatture (o i documenti analoghi) necessarie per la realizzazione della dichiarazione dei redditi fraudolenta. Così che l'autore di quest'ultima risulterà altresì concorrente (di regola sul piano morale, vale a dire come istigatore) anche nel delitto di cui all'art. 8, mentre l'emittente, responsabile *ex art. 8*, risulterà altresì concorrente materiale nel delitto di cui all'art. 2.

Tuttavia **una simile duplicazione pressoché automatica delle pene previste dagli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000** per un'attività criminosa sostanzialmente unitaria rispetto a entrambi i soggetti coinvolti **viene espressamente esclusa dal successivo art. 9**, ai sensi del quale «in deroga all'articolo 110 del codice penale: *a*) l'emittente di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'articolo 2; *b*) chi si avvale di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'articolo 8».

Si noti tuttavia che al medesimo risultato si sarebbe potuti arrivare per via interpretativa – pure in assenza dell'art. 9 suddetto che opera escludendo il reciproco **concorso di persone** tra gli autori dei delitti di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000 – argomentando, invece, sul piano del **concorso di reati** e, in particolare, sul piano del **concorso apparente di norme** (*v. infra*): posto che per l'autore della dichiarazione fraudolenta la co-realizzazione del pregresso e necessario delitto di emissione di fatture *ex art. 8* può essere considerata un *antefatto non punibile*, mentre per il soggetto emittente di fatture false o documenti analoghi la co-realizzazione del delitto di dichiarazione fraudolenta *ex art. 2* può essere considerata un *postfatto non punibile*.

In materia vanno inoltre segnalati fra gli altri, sempre nell'ambito del d.lgs. n. 74/2000: l'**art. 6**, il quale – secondo una deroga ulteriore alle regole di parte generale – prevede che «**i delitti di cui agli artt. 2, 3 e 4 non sono comunque punibili a titolo di tentativo**»; l'**art. 12**, in materia di **pene accessorie**; l'**art. 12-bis**, in materia di confisca; l'**art. 19**, il quale stabilisce (salva la precisazione di cui al co. 2) che quanto uno **stesso fatto è punito sia da uno dei delitti di cui al titolo II del medesimo decreto legislativo (artt. 2-11), sia «da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa**, si applica la disposizione speciale» (*v. l'art. 15 c.p.*), con ciò integrandosi quanto stabilito, in generale, dall'art. 9 l. n.



698/1981.

L'art. 20 d.lgs. n. 74/2000 definisce, infine, i **rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario**, prescrivendo che «il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione». Con la correlata disposizione di cui all'art. 21, co. 1, secondo la quale «l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato» (cui si affiancano le disposizioni del co. 3 intese a evitare una doppia applicazione di sanzioni amministrative per il medesimo fatto»).

#### 10.4.1. Richiami minimi circa la disciplina del concorso di reati.

Quanto poco sopra s'è osservato con riguardo al concorso di reati consiglia un richiamo pur molto sintetico agli elementi essenziali della disciplina in materia (**artt. 71 ss. c.p.**), la cui conoscenza è indispensabile nel considerare i rapporti tra specifiche fattispecie criminose.

Si tratta innanzitutto di distinguere tra **unità e pluralità delle condotte**: si ritiene che la condotta resti unica, e dunque unico il reato, nel caso in cui i singoli comportamenti posti in essere si realizzino in un medesimo contesto spazio-temporale (si pensi al caso di una persona che nottetempo sottragga più cose essendosi introdotta in un centro commerciale, caricandole l'una dopo l'altra su un automezzo).

Si ha altresì un unico illecito quando una medesima condotta che realizza un reato incida su cose diverse (per esempio la sottrazione di più cose, nell'ambito di un furto, ed anche se tali cose appartengano a soggetti diversi). Nel caso in cui, però, una medesima condotta provochi più lesioni del bene vita o dell'incolumità personale (cioè nei confronti di più persone) si è da sempre ritenuto che vengano a configurarsi più reati.

Ciò premesso, si ha **concorso materiale** quando con più azioni si commettono più reati, *omogeneo* se si tratta dello stesso reato, *eterogeneo* se si tratta di reati diversi.

Se tuttavia diversi reati di un concorso materiale sono fra loro collegati da un medesimo disegno criminoso si ha il **reato continuato**, esso pure *omogeneo* o *eterogeneo* (**art. 81, co. 2, c.p.**): intendendosi per **medesimo disegno criminoso** l'unità dello scopo perseguito con i reati commessi.

S'è detto che tale unicità di scopo dovrebbe emergere in termini di ragionevolezza oggettiva, ma invero non si vede perché un'unità di scopo del tutto soggettiva o illogica, poniamo dettata da superstizione, non dovrebbe avere valore ove abbia effettivamente operato. Il problema, semmai, atterrà alla prova: tuttavia non bisogna trasformare questioni di accertamento probatorio in preclusioni aprioristiche operanti sul piano sostanziale.

Si avrà invece **concorso formale** quando con una sola azione si realizzano più reati: esso pure *omogeneo* se si tratta dello stesso reato ed *eterogeneo* se si tratta di reati diversi.

Sul piano sanzionatorio, è previsto il **cumulo materiale** (*tot crimina, tot poene*) – secondo i criteri previsti agli artt. 73 ss. c.p. e salvi i livelli massimi di aumento previsti dagli artt. 78 s. c.p. – nel solo caso di concorso materiale che non dia luogo a un reato continuato.

Mentre in tutti gli altri casi (concorso formale e reato continuato) si applicherà l'assai più

favorevole **cumulo giuridico**, consistente nella «pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo» (art. 81, co. 1, c.p.), purché non si superi la sommatoria delle pene applicabili per i singoli reati (art. 81, co. 3, c.p.).

Fino al 1974, peraltro, il cumulo giuridico era applicabile al solo reato continuato omogeneo: essendosi prodotta l'estensione al concorso formale e al reato continuato eterogeneo (di cui all'art. 81, commi 1 e 2, c.p.) con il già citato d.l. n. 99/1974, inteso a realizzare una mitigazione delle pene suscettibili di essere inflitte in concreto ai sensi del codice Rocco facendo leva sull'estensione, in materia, della discrezionalità giudiziaria.

Infine, va rammentata la complessa problematica del **concorso apparente di norme penali**, riferito ai casi in cui un concorso a prima vista formale, o anche materiale, deve essere considerato soltanto apparente, così che sia da applicarsi un'unica disposizione penale: problematica, questa, in larga misura causata dal numero elevato delle fattispecie incriminatrici previste nel nostro sistema penale, e non di rado applicabili a medesimi contesti di fatto.

L'unico criterio fornito dal codice per identificare un concorso apparente, com'è ben noto, è dato dal **principio di specialità**, di cui all'**art. 15 c.p.**, ai sensi del quale «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

L'ambito applicativo di tale norma dipende peraltro, in larga misura, dall'interpretazione del concetto di «**stessa materia**», che dovrebbe essere riferito, secondo l'orientamento prevalente in dottrina, a medesime situazioni di fatto: posto che nel caso in cui si richiedesse che le norme in rapporto di specialità attengano altresì alla tutela del medesimo bene giuridico l'ambito di rilevanza del principio di specialità ne risulterebbe fortemente ridotto.

È tuttavia lo stesso **concetto di specialità** che si rivela, in proposito, alquanto limitativo, dato che, nella sua accezione letterale, atterrebbe esclusivamente ai casi, di soluzione ovvia, in cui una determinata fattispecie ricomprenda tutti gli elementi di un'altra, più elementi ulteriori (in analogia a quanto disposto dall'art. 84, in tema di reato complesso).

Ed è per questo che la stessa giurisprudenza ha utilizzato percorsi ulteriori onde individuare un concorso apparente, utilizzando gli **ulteriori criteri** non positivizzati di **sussidiarietà, assorbimento o consunzione**, riferiti a un giudizio sostanziale di ricomprensione dell'offesa insita in un certo reato in quella di un reato diverso.

Proprio in tale prospettiva si ammette, per esempio, la non punibilità, del c.d. **antefatto o postfatto non punibile**, vale a dire di un reato che costituisca presupposto o conseguenza ordinariamente necessaria circa il compimento di un altro reato: per cui costituirebbe una forzatura parlare, in tal caso, di una violazione duplice dell'ordinamento penale, la quale finirebbe per porsi in contrasto (v. *supra*) con il **principio del ne bis in idem** sostanziale.

Sistema penale e condotte relative a sostanze stupefacenti.

### 11.1. Autolesionismo e diritto penale.

Attraverso il collegamento appena segnalato, ci occupiamo ora di un tema di particolare rilievo anche sul piano culturale, cui è connessa una porzione particolarmente significativa delle pene effettivamente eseguite in carcere.

Muoviamo tuttavia, preliminarmente, da alcune considerazioni di fondo circa l'atteggiamento del diritto penale verso condotte di **autolesionismo**.

Il nostro ordinamento non si dimostra indifferente – secondo diverse graduazioni dell'intervento preventivo (si pensi al divieto di pubblicità dei tabacchi o all'obbligo di evidenziarne, nelle confezioni di vendita, la pericolosità; ai limiti circa la pubblicizzazione e la vendita dei superalcolici, ecc.) – nei confronti delle condotte autolesionistiche.

Esclude tuttavia che in rapporto a chi tenga simili condotte siano comminate, per fini di salvaguardia della sua salute o della sua incolumità, sanzioni di natura penale (salva, come vedremo, la discutibile eccezione in materia di doping): non a caso, p. es., mentre sono puniti l'omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.*, e restano puniti l'istigazione e, ordinariamente (v. in proposito *infra*), l'aiuto al suicidio, *ex art. 580 c.p.*, non è punito il tentato suicidio; come altresì l'essere colto in stato di **ubriachezza** in luogo pubblico o aperto al pubblico (**art. 688 c.p.**), originariamente punito dal codice Rocco come contravvenzione (ma in un'ottica intesa per lo più alla prevenzione dei delitti commessi in tale stato), è oggi sanzionato sul piano amministrativo.

E, in tale ottica, la scelta di fondo del **t.u. n. 309/1990** in materia di sostanze stupefacenti configura la detenzione delle medesime *per uso personale* (e alcune altre condotte tenute con il medesimo fine) come illecito amministrativo, mentre prevede gravi illeciti penali rispetto a un'ampia gamma di condotte concernenti la produzione, il commercio, lo spaccio, ecc. di tali medesime sostanze (v. *infra*).

L'atteggiamento di non indifferenza del diritto all'uso personale di «sostanze stupefacenti o psicotrope» può essere ricondotto sia a un'esigenza di tutela delle persone coinvolte, anche in rapporto al fatto che facilmente si tratta di persone con problematicità esistenziali e, quindi, in misura maggiore o minore, *vulnerabili*, sia al fatto che le sostanze stupefacenti, a diversi livelli, incidono sulla padronanza di sé del soggetto che le assume e pertanto, oltre a creare il pericolo della tenuta da parte degli stessi di condotte pericolose per altri, vanificano l'aspettativa di ciascuno tra noi di poter interagire, quanto più possibile, con interlocutori i quali siano in grado di esprimere senza compromissioni la loro autonomia personale.

### 11.2. I delitti di produzione e traffico illecito e il confine con le condotte di uso personale.

Circa i confini del **concetto di uso personale**, e dunque circa il confine fra condotte punibili e condotte sanzionabili solo sul piano amministrativo, è utile seguire l'evoluzione normativa a partire dal 1975, cioè da quando fu introdotta una nuova legislazione complessiva (non soltanto penale) in tema di stupefacenti, successivamente trasfusa nel t.u. n. 309/1990).

Tale confine veniva riferito, nel 1975, alla nozione di *modica quantità*, affidata all'apprezzamento del giudice. Il medesimo confine fu irrigidito nel 1990 mediante il riferimento al concetto di *dose media giornaliera*, dose definita, sostanza per sostanza, secondo indici tabellari rigidi e vincolanti per il giudice del principio attivo in essa contenuta: al che si aggiungeva un appesantimento *ex art. 76 t.u. n. 309/1990* del regime inerente alle sanzioni amministrative applicabili nei casi di uso personale reiterato. Modifiche, queste, che vennero a cadere attraverso un referendum abrogativo della riforma tenutosi nel 1993, in forza del quale il confine di cui sopra rimase riferito, semplicemente, al concetto di uso personale, rimesso alla valutazione del giudice, e le previsioni del summenzionato art. 76 decadde (si noti che con tale referendum fu abrogata anche la disposizione meramente enfatica – stanti le sanzioni amministrative previste, comunque, per il caso di uso personale dall'art. 75 t.u. stup. – di cui all'art. 72, co. 1, t.u. stup., ai sensi della quale si diceva «è vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope...»: senza peraltro alcuna conseguenza concreta dell'abrogazione, rimanendo in vigore, per l'appunto, il cit. art. 75).

Seguì la riforma (c.d. Fini-Giovanardi) del 2006 che, fra l'altro, riunificava in un unico delitto, con medesimo ambito edittale, le due fattispecie previste all'art. 73 t.u. stup. con riguardo, rispettivamente, alle c.d. droghe pesanti e alle c.d. droghe leggere, ridefinendo altresì i criteri di rilevanza dell'uso personale (art. 75 t.u. stup.) e introducendo provvedimenti di maggiore severità circa determinate condotte pur sempre relative all'uso personale (attraverso l'art. 75-bis t.u. n. 309/1990).

Su questa riforma è intervenuta, diversi anni dopo, la **sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale** che ne ha dichiarato costituzionalmente illegittime le parti introdotte con l'art. 4-bis del d.l. n. 272/2005, così come convertito in l. n. 49/2006 (in particolare, la già citata riunificazione in un'unica fattispecie delle condotte riguardanti le droghe pesanti e leggere), essendone stata sollevata la questione di legittimità costituzionale non per motivi di carattere sostanziale, bensì per contrasto con l'art. 77, co. 2, Cost.: in quanto con tale legge di conversione erano state introdotte modifiche relative al t.u. stup. non pertinenti rispetto al tema del decreto legge in corso di conversione, riguardante le olimpiadi invernali di Torino del 2006. In tal modo rendendosi nuovamente vigente, per le parti del t.u. stup. modificate con il summenzionato art. 4-bis d.l. n. 272/2005, l'assetto normativo vigente, sul punto, prima della riforma: con notevoli problemi circa, in particolare, i giudicati intercorsi tra il 2006 e il 2014.

Si consideri fra l'altro (anche con riguardo alla successione di leggi), che rispetto alle droghe *pesanti* il limite minimo della pena detentiva ripristinato (cfr. art. 73, co. 1, t.u. stup.) a seguito della pronuncia di incostituzionalità risultava maggiore (otto anni) rispetto a quello previsto senza distinzione tra droghe *leggere e pesanti* a seguito della riforma del 2006: tale limite ripristinato è stato tuttavia ritenuto costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., da Corte cost. n. 40/2019, che ha riportato il limite medesimo a sei anni.

Con d.l. n. 36/2014, conv. con l. n. 79/2014, sono state tuttavia ripristinate alcune delle norme venute meno a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014: in particolare quelle della riforma Fini-Giovanardi che implicavano conseguenze favorevoli per l'autore del reato, sebbene nel contesto di un provvedimento che, complessivamente, aggravava alquanto il regime sanzionatorio (specie rispetto alle droghe *leggere*).

Mentre con **sentenza della Corte costituzionale n. 94/2016** si è successivamente dichiarata l'incostituzionalità, ancora per violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., delle norme con cui nel 2006 era stato introdotto l'**art. 75-bis** t. u. stup., già richiamato (norma, ora, dunque, non più in vigore, che prevedeva sanzioni più gravi – aventi a ben vedere natura di misure di prevenzione – con riguardo a chi avesse assunto stupefacenti in modo pericoloso per la sicurezza pubblica, sulla base del rilievo attribuito a condanne pregresse anche non definitive e a requisiti indipendenti dal fatto illecito commesso: scelte, queste, già di per sé implicanti forti dubbi di costituzionalità).

Oggi, dunque, l'assetto normativo risulta il seguente (lo riportiamo onde evitare equivoci ricostruttivi. Queste le disposizioni basilari:

(art. 73 t. u. stup.) «1. Chiunque senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene, fuori dalle ipotesi previste dall'articolo 75 e 76, sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 25.822 (lire cinquanta milioni) a euro 258.228 (lire cinquecento milioni). [**droghe c.d. pesanti**]

2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nel comma 1, è punito con la reclusione da otto a ventidue anni e con la multa da euro 25.822 (lire cinquanta milioni) a euro 309.874 (lire seicento milioni).

3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.

4. Se taluno dei fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 riguarda sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dall'articolo 14, si applicano la reclusione da due a sei anni e la multa da euro 5.164 (lire dieci milioni) a euro 77.468 (lire centocinquanta milioni). [**droghe c.d. leggere**]».

Seguono le disposizioni favorevoli di cui ai **commi 5 (lieve entità)** e **5-bis** (applicabilità su richiesta, nel caso del comma 5, del **lavoro di pubblica utilità**), ricompresi nell'incostituzionalità e reintrodotti con il cit. d.l. n. 36/2014), e di cui al comma **5-ter** (applicabilità sul richiesta del lavoro di pubblica utilità anche nel caso di reato diverso commesso in relazione alla condizione di dipendenza o assuntore abituale, ove punito in concreto con pena detentiva non superiore a un anno), inserito con d.l. n. 78/2013, conv. con l. n. 94/2014, caducato a seguito dell'incostituzionalità che aveva colpito il co. 5 da cui dipende, ma tornato in vigore una volta reintrodotta il medesimo co. 5 dell'art. 73 t.u. stup.:

(art. 73 t.u. stup.) «5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze

dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di **lieve entità**, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

5-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del **lavoro di pubblica utilità** di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'Ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'Ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte.

5-ter. La disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta, da persona **tossicodipendente o da assuntore** abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una **pena non superiore ad un anno di detenzione**, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.»...

Si segnalano, inoltre, l'aggravante comune di cui al comma 6 del medesimo art. 73 t.u. stup., «se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro», e l'attenuante di cui al comma 7, relativa all'ipotesi della collaborazione di giustizia,

Si applicano, esclusi i casi di cui al co. 5, la **confisca** (fra l'altro) dei profitti del reato, anche **per equivalente**, ai sensi del co. 7-bis t.u. stup., e la **confisca allargata**, come prevista dall'art. 240-bis c.p., ai sensi dell'art. 85-bis t.u. stup., introdotto dal d.lgs. n. 21/2018.

Deve inoltre osservarsi che la possibilità, prevista dal menzionato comma 5-bis t.u. stup., di fare ricorso in sede sanzionatoria al lavoro di pubblica utilità ha determinato l'ambito di maggiore utilizzo, insieme a quello concernente la guida in stato di ebbrezza (v. *supra*), di simile istituto.

11.3. I limiti e i criteri di accertamento dell'uso personale. Le sanzioni amministrative.

Il rilievo dell'uso personale, che dà luogo all'applicazione di sole sanzioni amministrative, non riguarda tutte le condotte di cui al lungo elenco previsto dall'art. 73, co. 1, t.u. stup., ma solo le condotte di chi «illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene» sostanze stupefacenti, ai sensi dell'art. 75, co. 1, t.u. stup., secondo il testo risultante in forza del cit. d.l. n. 36/2014, come conv. con l. n. 79/2014.

Quanto ai criteri di accertamento dell'uso personale, il **co. 1-bis** del medesimo articolo si esprime nei termini seguenti:

«Ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa o del medicinale di cui al comma 1, **si tiene conto** delle seguenti circostanze:

*a)* che la **quantità** di sostanza stupefacente o psicotropa non sia superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche antidroga, nonché della **modalità di presentazione** delle sostanze stupefacenti o psicotrope, avuto riguardo al **peso lordo complessivo** o al **confezionamento frazionato** ovvero ad **altre circostanze** dell'azione, da cui risulti che le sostanze sono destinate ad un uso esclusivamente personale;

*b)* che i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali, sezioni A, B, C e D, non eccedano il quantitativo prescritto.

Si noti che torna il riferimento a **limiti quantitativi tabellari** predefiniti, ma a differenza di quanto fu previsto dalla riforma del 1990 (v. *supra*), tali limiti **non** sono **vincolanti** per il giudice, che, piuttosto, ne deve tenere conto: il giudice, pertanto, potrà motivare il riconoscimento dell'uso personale anche nel caso in cui i suddetti limiti risultino superati.

Se fossero stati riproposti limiti quantitativi vincolanti ciò, del resto, si sarebbe posto in contrasto con l'esito del **referendum** abrogativo del 1993 (v. *supra*). Il che evidenzia il problema dei limiti che derivino per il legislatore futuro dall'esito di un dato referendum, sia sotto il profilo temporale, sia sotto il profilo del livello di diversificazione necessario di una nuova normativa rispetto a quella abrogata con il referendum.

Si noti che tra le condotte rilevanti ai fini dell'uso personale (v. *supra*) non è prevista la **coltivazione**, essendosi dunque posto l'interrogativo circa la rilevanza penale della coltivazione, poniamo sul balcone, di una o pochissime piantine da cui ricavare stupefacente per uso personale: Cass. s.u. 19-12-2019 ha ritenuto «non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore», senza dunque alcuna dazione dello stupefacente ricavato ad altri soggetti. Tale coltivazione, in ogni caso, sarà pur sempre da ritenersi illecita sul piano amministrativo, e pertanto soggetta alle sanzioni di cui subito diremo.

Le **sanzioni amministrative applicabili con riguardo all'uso personale** sono a loro volta previste dall'art. 75, co. 1, t.u. stup.:

«Chiunque, per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope è sottoposto, per un periodo da due mesi a un anno, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle I e III previste dall'articolo 14, e per un periodo da uno a tre mesi, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso articolo, a una o più delle seguenti sanzioni amministrative:

a) **sospensione della patente di guida**, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli **per un periodo fino a tre anni**;

b) sospensione della licenza di **porto d'armi** o divieto di conseguirla;

c) sospensione del **passaporto** e di ogni altro documento equipollente o divieto di conseguirli;

d) sospensione del **permesso di soggiorno per motivi di turismo** o divieto di conseguirlo se cittadino extracomunitario».

Con la precisazione di cui al co. 14:

«Se per i fatti previsti dal comma 1, nel **caso di particolare tenuità della violazione**, ricorrono elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commetterli nuovamente, in luogo della sanzione, e limitatamente alla prima volta, il prefetto può definire il procedimento con il formale invito a non fare più uso delle sostanze stesse, avvertendo il soggetto delle conseguenze a suo danno».

La finalità delle sanzioni amministrative, tuttavia, non è meramente punitiva e finalizzata a evitare condotte pericolose da parte di chi faccia uso di sostanze stupefacenti, bensì mira a favorire, da parte di tali soggetti, una scelta di carattere terapeutico e socio-riabilitativo (secondo le previsioni, a quest'ultimo proposito, degli artt. 120 ss. t.u. stup.). L'art. 75, co. 2, t.u. stup., infatti, così si esprime:

«L'interessato, inoltre, ricorrendone i presupposti, è invitato a seguire il **programma terapeutico e socio-riabilitativo** di cui all'articolo 122 o altro programma educativo e informativo personalizzato in relazione alle proprie specifiche esigenze, predisposto dal servizio pubblico per le tossicodipendenze competente per territorio analogamente a quanto disposto al comma 13 o da una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116».

Mentre il **comma 11** del medesimo articolo 75 t.u. stup. si configura come **norma premiale** intesa a incentivare la scelta di cui sopra, prevedendo il beneficio della **revoca delle sanzioni** nel caso in cui «che l'interessato si sia sottoposto, con esito positivo, al programma di cui al comma 2»: beneficio il quale, tuttavia, appare poter assumere rilievo significativo, per ragioni temporali, soprattutto con riguardo alla sospensione della patente.

Competente ad applicare le summenzionate sanzioni amministrative è il **prefetto**, presso il quale si svolge la relativa procedura (**art. 75 t.u. stup., commi 3 e ss.**).

Per il caso in cui la condotta rilevante ai fini dell'uso personale sia stata posta in essere da **minorenne** «il prefetto, qualora ciò non contrasti con le esigenze educative del medesimo, convoca i genitori o chi ne esercita la responsabilità genitoriale, li rende edotti delle circostanze di fatto e dà loro notizia circa le strutture di cui al comma 2»: comunicazioni, queste, che si configurano significative ai fini della eventuale valutazione successiva inerente al corretto esercizio dei doveri genitoriali o del tutore.



Non essendo più in vigore, per le ragioni già illustrate, gli artt. 75-*bis* e 76 t.u. stup., la risposta sanzionatoria nei confronti di tutte le condotte rilevanti ai fini dell'uso personale, ancorché eventualmente recidive, resta riferita esclusivamente alle disposizioni dell'art. 75, suesposto, t.u. stup.

#### 11.4. L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti.

Va immediatamente segnalata l'estrema severità della disciplina unitaria (e dunque senza ulteriori distinguo circa le caratteristiche dell'associazione) prevista dall'art. 74 t.u. n. 309/1990 circa l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, nonostante il distinguo tra soggetti che rivestano un ruolo apicale nell'organizzazione (co. 1: reclusione non inferiore a venti anni) e partecipanti (co. 2: reclusione non inferiore a dieci anni): dovendosi altresì tenere conto delle aggravanti previste ai tre commi successivi.

Il che finisce per configurare un **regime sanzionatorio particolarmente duro con riguardo al tossicodipendente che risulti anche spacciatore**, il quale finisce per assommare (salvo il cumulo giuridico per continuazione) le incriminazioni di cui all'art. 73 e all'art. 74 t.u. stup.: dinamica, questa, che rappresenta statisticamente la tipologia di condanna maggiormente produttiva di detenzione in carcere (con tutti i problemi connessi alle difficoltà di attuare percorsi terapeutico-riabilitativi entro l'ambito degli istituti penitenziari).

Si consideri del resto, in proposito, che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato associativo in esame è sempre applicata, ai sensi dell'**art. 275, co. 3, c.p.p.**, la **custodia cautelare in carcere**, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Vanno del resto considerati, in proposito, i limiti applicativi dell'**ipotesi attenuata** prevista, in materia, dall'**art. 74, co. 6, t.u. stup.**, che dispone, in quel caso, l'applicabilità delle pene, ben inferiori, di cui all'art. 416 c.p. tale ipotesi, infatti, concerne i soli casi in cui l'associazione sia costituita «per commettere i fatti» di lieve entità «descritti dal comma 5 dell'art. 73» t.u. stup.: circostanza, questa, che può considerarsi ben improbabile.

Anche in merito al delitto in esame è prevista l'**ipotesi attenuata** riferita alla collaborazione di giustizia (art. 74, co. 7, t.u. stup.): il che induce ad annotare (tenuto conto delle problematiche che comunque si accompagnano alla pratica delle pur utili condotte collaborative) come nel nostro ordinamento penale non siano attualmente previsti benefici, né con riguardo al settore in esame, né con riguardo ad altri settori, relativi a casistiche di mera **dissociazione** dall'attività criminosa, cui invece era stato attribuito rilievo per un certo periodo, all'epoca dei c.d. *anni di piombo*, dalla legislazione antiterrorismo).

Infine, anche con riguardo al delitto associativo qui considerato è prevista la **confisca**, fra l'altro, dei profitti del reato, anche per equivalente (art. 74, co. 7-*bis*, t.u. stup.).

### 11.5. Le norme intese a evitare la detenzione di agenti di reato tossicodipendenti.

Si tratta di provvedimenti favorevoli che riguardano la commissione, in genere, di qualsiasi reato, e non solo di quelli attinenti alla materia degli stupefacenti. In tal senso sono previsti:

- L'**affidamento in prova in casi particolari**, consistente nell'effettuazione di un programma terapeutico-riabilitativo (di cui agli artt. 120 ss. t.u. stup.), in favore del condannato a **pena detentiva fino a sei anni**, o fino a quattro anni per reati più gravi, il quale risulti tossicodipendente o alcolodipendente (**art. 94 t.u. stup.**).

Lo scopo è quello di favorire l'uscita dell'autore di reato dallo stato di tossicodipendenza o di alcolodipendenza attraverso il suddetto programma ed evitando l'ingresso in carcere, quale fattore importante perché il medesimo eviti, in futuro, la ripetizione di condotte criminose. Anche per questo, ove il programma si concluda validamente nella sua parte terapeutica prima del decorso della durata della pena, l'affidamento può essere prolungato con diverse prescrizioni pure nel caso in cui la durata della pena stessa superi quella, di quattro anni, circa la quale può essere disposto l'affidamento in prova ordinario (art. 94, co. 6-bis, t.u. stup.).

- la **sospensione**, per cinque anni, **dell'esecuzione della pena**, con riguardo a pena detentiva fino a sei anni, o fino a quattro per reati più gravi, circa **reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza** (**art. 90 t.u. stup.**), qualora il tribunale di sorveglianza accerti (così il suddetto art. 90, co. 1) «che la persona si è sottoposta con esito positivo ad un programma terapeutico e socioriabilitativo» (di cui agli artt. 120 ss. t.u. stup.): con esito di *estinzione* delle pene e di ogni altro effetto penale ove il condannato, nel periodo di sospensione non commetta alcun delitto non colposo punibile con la reclusione (art. 93 t.u. stup., che prevede altresì, al comma secondo, le ipotesi di revoca).

La finalità è quella di non *rovinare* attraverso l'ingresso in carcere un **percorso terapeutico e socio-riabilitativo già compiuto** al momento della condanna, se è riscontrabile un nesso (non meglio definito) fra il reato posto in essere e lo stato di tossicodipendenza. Il beneficio, tuttavia, non può essere concesso più di una volta (art. 90, co. 4, t.u. stup.).

Si consideri altresì (vi anche *infra*) come sia previsto dall'**art. 120, co. 7, t.u. stup.** l'esonero dall'**obbligo di testimonianza**, nel processo, per gli operatori del servizio pubblico per le dipendenze (SERT) e delle comunità terapeutiche e socio-riabilitative (di cui all'art. 116 t.u. stup.) «su quanto hanno conosciuto per ragione della propria professione», e come sia prevista dall'art. 362, co. 2, c.p. la parallela **eccezione** rispetto **all'obbligo di denuncia** da parte dell'incaricato di pubblico servizio, in favore dei **responsabili delle comunità terapeutiche e socio-riabilitative** (cui peraltro riferiscono, di regola, i singoli operatori), circa reati dei quali abbiano avuto notizia nell'esercizio o a causa del servizio. Lo scopo è, evidentemente, quello di non pregiudicare attraverso simili obblighi la preziosa funzione preventiva svolta da simili istituzioni.

## 11.6. Le peculiarità della disciplina in materia di doping.

La disciplina in materia di doping, introdotta con l. n. 376/2000 anche a seguito della convenzione di Strasburgo sul doping del 16 novembre 1989 ratificata, successivamente, anche dal nostro Paese e le cui disposizioni penali, originariamente previste all'art. 9 di tale legge, configurano ora, in forza dell'art. 8 d.lgs. n. 21/2018, l'**art. 586-bis c.p.**, manifesta proprio con riguardo a tali disposizioni alcune significative peculiarità.

Va innanzitutto segnalato il fatto che la legge n. 376/2000, come si evince dall'art. 1, co. 1, della medesima e dalla suddetta Convenzione, ma anche dall'inserimento dell'art. 586-bis c.p. tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, mira **prioritariamente alla tutela della salute degli atleti**, che dunque prevale sulla garanzia della regolarità delle competizioni sportive (cui si riferiscono invece i reati di cui agli artt. 1 e 4 l. n. 401/1989, concernente «interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive»: illeciti, questi ultimi, in relazione ai quali è stata estesa, fra l'altro, la responsabilità per reato degli enti, attraverso l'introduzione dell'art. 25-*quaterdecies* d.lgs. n. 231/2001, ai sensi dell'art. 5, co. 1, l. n. 39/2019).

Ciò premesso emerge dal punto di vista penale come i reati previsti dall'art. 586-bis c.p., commi 1 e 2, costituiscano gli **unici casi** nel nostro ordinamento in cui una condotta vietata, innanzitutto, per motivi di tutela della propria salute, vale a dire una **condotta autolesionistica**, sia **sanzionata sul piano penale** (posto che, invece, l'automutilazione per finalità di **frode in assicurazioni**, di cui all'**art. 642, co. 2, c.p.**, è chiaramente inquadrata nel codice entro l'ambito della tutela di interessi patrimoniali, e dunque inserita tra i delitti contro il patrimonio mediante frode).

Al che si aggiunge la constatazione del fatto che **l'atleta viene** edittalmente **punito**, in materia di doping, **allo stesso modo del pusher o di chi** comunque **rende possibili le pratiche illecite**.

I suddetti commi puniscono infatti rispettivamente, e «salvo che il fatto costituisca più grave reato», «chiunque procura ad altri, somministra, **assume** o favorisce comunque l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente e farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze» e «adotta o **si sottopone** alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche».

Si tratta tuttavia di una **disciplina penale** che, nel suo complesso, può risultare **controproducente proprio con riguardo alla salvaguardia della salute**, in quanto non favorisce l'emergere del doping ad opera dell'atleta e, dunque, la stessa salvaguardia della salute di altri soggetti eventualmente coinvolti (si pensi soprattutto ai settori dilettantistici o giovanili).

Per non incorrere a sua volta in una sanzione penale, infatti, il singolo atleta potrà soltanto rivolgersi a un medico per curarsi, posto che il medico in tal caso – *ex art. 365, co. 2, c.p. (v. infra)* – non è tenuto all’obbligo di referto.

Inoltre, chi procura il doping all’atleta o rende al medesimo possibile effettuare taluna delle altre pratiche mediche vietate potrà sempre far conto sull’omertà dell’atleta stesso, che, denunciando, si esporrebbe a sua volta a responsabilità penale: in altre parole, potrà far conto sulla tenuta del *pactum sceleris* con l’atleta.

Le motivazioni di simile scelte assai discutibili dal punto di vista politico-criminale, sembrano collocarsi, ancora una volta, sul piano di asserite esigenze processuali (confermando la **tendenza** degli ultimi decenni a **invertire il rapporto teorico di preminenza del diritto penale sostanziale rispetto a quello processuale**, creando una sudditanza di fatto del primo rispetto al secondo).

Tali motivazioni sembrano riferirsi, infatti, all’intento di garantire la possibilità di svolgere indagini da parte della magistratura penale e, segnatamente, del pubblico ministero nei confronti dell’atleta di cui si sospetti il doping (solitamente, nei confronti di qualche atleta di rango: si pensi a una perquisizione nella stanza di albergo dell’atleta professionista, in occasione di un evento agonistico): ma i controeffetti di questo orientamento, soprattutto rispetto alla centralità che dovrebbe assumere la tutela della salute, sono, come s’è detto, importanti.

Una strada alternativa che potrebbe risultare molto efficace dal punto di vista della prevenzione, ma che si scontra con interessi non marginali, potrebbe essere costituita dalla **previsione *de iure condendo* di una responsabilità delle società sportive rispetto al doping di atleti tesserati** (mutuando elementi per la costruzione di una simile strategia preventiva dal modello della responsabilità per reato degli enti).

Per quanto concerne i requisiti delle fattispecie di reato sopra richiamate si ponga attenzione, oltre che alla richiesta **idoneità oggettiva** delle condotte a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo dell’atleta (idoneità che costituisce essa pure dell’oggetto del dolo: *v. supra*), anche all’esigenza del **dolo specifico** di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti o i risultati dei relativi controlli antidoping. Laddove dall’aggettivo *agonistiche* si evince che le condotte rilevanti ai fini penali devono comunque riferirsi a competizioni sportive, cioè a gare: peraltro sia professionistiche che dilettantistiche. Con la delicata problematica inerente all’esclusione del rilievo di condotte poste in essere, poniamo, in una palestra per fini personali di *body building*, ma senza collegamento a specifiche competizioni.

Si considerino anche le aggravanti di cui all’art. 586-*bis*, co. 3, c.p. (fra le quali l’eventualità di un danno effettivamente procurato alla salute le aggravanti (anche in questo caso senza distinzione circa i soggetti punibili) e le pene accessorie di cui ai commi 4 e 5 del medesimo articolo.

Come altresì si segnalano la previsione in merito alla confisca «dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato» (art. 586-*bis*, co. 6, c.p.), nonché la previsione della fattispecie di commercio di farmaci o sostanze dopanti (art. 586-*bis*, co. 7, c.p.).

