

22.2

- si rammenti, anzitutto, quanto 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;

- 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; 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 consideri una esemplificazione *infra*, in tema di delitti contro la pubblica amministrazione e, in particolare, di peculato);

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'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 un gran numero di leggi e si renda più adeguatamente riconoscibile, anche in considerazione del principio di cui all'art. 5 c.p.; tuttavia si tratta di una norma meramente programmatica, risultando derogabile da qualsiasi legge, posto che lo stesso codice penale è una legge;

l'applicabilità, **ex art. 16 c.p.**, delle disposizioni del codice penale (e dunque, in particolare, della parte generale) «anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti»;

si osservi come esistono **norme di parte generale che**, a ben vedere, **introducono fattispecie di parte speciale** (assumendo in tal senso *funzione incriminatrice*), cioè che rendono penalmente

rilevanti condotte le quali, 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**, come altresì 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;

- passiamo, dopo queste problematiche introduttive, a un primo tema significativo di cd. parte speciale: **la gestione penalistica dell'evento non voluto** e, in particolare, dell'evento morte;

il caso è preso in considerazione:

- 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); (si richiama la distinzione tra delitti e contravvenzioni quanto alla rilevanza dell'elemento soggettivo, alla luce della disciplina di cui all'art. 42, co. 2 e 4, c.p.);
- b) dall'**art. 586 c.p.** (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto) in quanto norma generale – con le amplissime eccezioni di cui alle due lettere seguenti – relativa al caso in cui l'evento morte non voluto sia prodotto da una condotta base costituente delitto doloso: norma la cui disciplina fa riferimento all'art. 83 c.p. (*aberratio delicti*), c.o. 2, con l'unica differenza di un aumento della pena prevista per lesioni o omicidio colposi: v. *infra*;
- c) dalla fattispecie di **omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)**, nel quale i delitti dolosi base di percosse o lesioni rilevano in esso già a livello di *atti diretti*, con una previsione sanzionatoria enormemente superiore a quella base prevista per l'omicidio colposo: v. *infra*;
- d) dalle molteplici fattispecie che seguono lo schema dei c.d. **delitti aggravati dall'evento** (costituito, nel nostro caso, da morte o da lesioni): v. *infra*;

muovendo, dunque, dalla **fattispecie di omicidio colposo (art. 589 c.p.)**, constatiamo che essa, 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, **attiene a una realtà sostanziale del tutto diversa da quella dell'omicidio doloso** (si consideri nel medesimo senso il rapporto tra le fattispecie di lesioni personali volontarie, *ex art. 582 c.p.*, e di lesioni colpose, *ex art. 590 c.p.*);

come già sappiamo infatti, dal corso di diritto penale I, infatti, **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, 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;

prendiamo ora in considerazione l'ipotesi in cui l'evento non voluto di morte o lesioni consegua, in termini causali, all'esercizio di attività medica; ci occupiamo pertanto di un primo aspetto del capitolo "attività medica e responsabilità penale":

a tal proposito va 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; tutto questo

- 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 (si noti, fra l'altro, che **il medico** – ma anche p. es. l'assistente di volo – **non assume le suddette decisioni nel suo particolare interesse**, come avviene p. es. nel caso dell'imprenditore, ma nell'interesse dello stesso soggetto, il paziente, esposto a rischio);
- sia in quanto il medico rischia di trovarsi a rispondere anche in conseguenza di carenze organizzative che lo precedono sul piano della organizzazione delle istituzioni sanitarie (ponendosi i problemi connessi alla c.d. colpa di organizzazione);

da ciò consegue il pericolo che un eccesso dell'esposizione indominabile del medico all'eventualità di contenzioso sia sul piano civile, che su quello penale possa avere effetti controproducenti, di carattere criminogeno, favorendo la c.d. **medicina difensiva, sia attiva** (utilizzo di mezzi diagnostici o terapeutici inutili o addirittura dannosi, onde minimizzare il rischio di contestazioni o escludere ogni responsabilità esclusivamente propria), **sia, soprattutto, omissiva o astensionistica** (rinuncia a proporre una risorsa terapeutica utile, per il timore che ne possano derivare eventi avversi cui possa conseguire un contenzioso civile o penale);

vanno nondimeno evidenziati i **profili di possibile rilevanza penale delle stesse scelte di medicina difensiva**, ex artt. 40 cpv. c.p. e, con riguardo al servizio pubblico, ex art. 328 c.p.; sussiste la particolare difficoltà, tuttavia, a provare la causalità omissiva: si tratterebbe di provare infatti, oltre ogni ragionevole dubbio, che se il medico avesse adempiuto al suo obbligo l'evento lesivo non si sarebbe prodotto;

## 28.2

- prima di riprendere, su queste basi, il tema della responsabilità medica, dobbiamo considerare le **casistiche in cui la responsabilità per omicidio o per lesioni colpose comporta conseguenze sanzionatorie più gravi rispetto a quelle previste dagli artt. 589 c.p. e 590, co. 1 e 2, c.p.** in tema di omicidio colposo e lesioni colpose;

nonostante le note contraddizioni, dal punto di vista preventivo (v. il corso di diritto penale I), 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, infatti, ha enfatizzato a partire dal 2016 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 **atteggiamento schizofrenico del legislatore** rispetto alla parallela valorizzazione, negli anni recenti, di un sistema orientato al contrasto, in quei medesimi ambiti, delle condotte pericolose: 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.);

si sono aggiunti nel 2008 i casi di omicidio colposo e di lesioni colpose per **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.); con applicabilità delle medesime norme di cui sopra previste dagli artt. 589 e 590 c.p., per il caso di eventi plurimi;

ulteriore aggravante, con pene ancor più severe, era prevista fino all'introduzione, nel 2016, dei delitti autonomi di omicidio e di lesioni colposi stradali (v. *infra*) con riguardo alla violazione delle norme relative alla disciplina della circolazione stradale;

va inoltre segnalato 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 (diversamente da quanto accade di norma, come s'è detto, per la pratica medica) nell'ambito di attività rispondenti all'interesse del soggetto agente;

- ciò premesso, vanno prese in esame 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;

la qualifica espressa dal codice (art. 590-*quater*), ma altrimenti discutibile, delle casistiche di cui sopra come **circostanze aggravanti** dei 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 il diverso rilievo delle ipotesi circostanziate per quanto concerne l'elemento soggettivo, ai sensi dell'art. 59, co. 2, c.p., rispetto al caso in cui le medesime ipotesi fossero ricostruite come reati autonomi;

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);

con ulteriore aggravamento di pena in caso di guida senza patente o con patente scaduta o revocata o essendo il veicolo di proprietà dell'autore del fatto sprovvisto di assicurazione obbligatoria;

salva la diminuzione della pena fino alla metà nel caso di concorso di colpa;

si considerino il **massimo edittale di diciotto anni di reclusione** cui si può pervenire nel caso di eventi plurimi (per i quali è previsto il cumulo giuridico secondo la medesima disciplina già considerata a proposito degli artt. 589 e 590 c.p., nei casi di cui all'art. 589-*bis* ult. co.);

l'ulteriore aggravante prevista dagli artt. 589-*ter* e 590-*ter* c.p. per il caso di **fuga** del conducente (annotazioni sulla scarsa determinatezza del concetto);

il sovrapporsi – nei casi in cui l'ulteriore 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.) – 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 (la maggiore difficoltà di una gestione coerente col principio di colpevolezza degli eventi colposi, rispetto a quelli dolosi, realizzati in stati condizioni: l'inaccettabilità, peraltro, di una gestione di quei casi attraverso una *fiction* 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, sanzione amministrativa; se il tasso alcolemico è ricompreso fra 0,8 e 1,5 g/l, ammenda e arresto fino a sei mesi, con sospensione della patente da sei mesi a un anno; se il tasso alcolemico è supera 1,5 g/l, ammenda e arresto da sei mesi a un anno, sospensione della patente di guida da uno a due anni e 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 peraltro 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 nel caso di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze di stupefacenti, che prevede (salve le ulteriori specificazioni normative) ammenda e arresto da sei mesi a un anno, con sospensione della patente da uno a due anni e sequestro del veicolo;

situazioni, queste, che hanno costituito finora la casistica di maggiore applicazione, come pena sostitutiva, del lavoro di pubblica utilità;

l'**esclusione** circa l'omicidio e le lesioni stradali, ai sensi dell'**art. 590-quater c.p.**, delle aggravanti previste dagli artt. 589-*bis* (e 590-*bis* c.p.), commi da 2 a 6, e 589-*ter* (nonché 590-*ter*) c.p. **dal giudizio di prevalenza ed equivalenza nel caso di concorso tra circostanze aggravanti e attenuanti**, giudizio che era stato esteso, con l'importante di cui al d.l. n. 99/1974, a tutte le tipologie di circostanze aggravanti (anche, cioè, alle circostanze *autonome* o *indipendenti*) e che negli ultimi anni si è tornati a precludere, rendendo il regime sanzionatorio più severo, rispetto a vari reati, in deroga alla regolamentazione generale prevista dall'art. 69 c.p.;

si richiamano a quest'ultimo proposito gli ulteriori contenuti principali della citata riforma del 1974, rivolta, nell'impossibilità di addivenire a una riforma organica del codice penale, ad ampliare con finalità mitigative la discrezionalità giudiziaria: abolizione degli aumenti obbligatori di pena in caso di *recidiva ex art. 99 c.p.* (Corte cost. n. 185/2015 ha fatto cadere il caso di recidiva reiterata obbligatoria, successivamente reintrodotta, di cui all'art. 99, co. 5, c.p.; estensione del regime del cumulo giuridico al concorso formale e al reato continuato fra reati eterogenei, *ex art. 81 c.p.*);

il caso estremo di alcune sentenze che sono pervenute ad applicare, nel caso di causazione dell'evento non voluto, le pene previste per la causazione dolosa dell'evento, facendo ricorso all'imputazione per dolo eventuale: il freno opposto a tali tendenze da **Cassazione sez. unite 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)**, che ha espresso un orientamento molto chiaro circa la 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 (v. *infra*);

- tutto ciò specificato, passiamo ora a considerare come il legislatore ha affrontato, sulla base delle problematiche sopra illustrate, il tema della **responsabilità colposa del medico**, con riguardo all'accusa di aver prodotto la morte o provocato lesioni nei confronti del paziente a seguito di un cattivo esercizio della stessa arte medica (*malpractice*):

le «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di **responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie**) introdotte con l. **8 marzo 2017, n. 24**, il cui art. 6, co. 2, ha abrogato la pregressa disciplina in materia di cui all'art. 3, co. 1, **d.l. (Balduzzi)** n. 158/2012, conv. con l. n. 159/2012, il quale 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»;

in particolare, l'introduzione dell'**art. 590-sexies c.p.**, il cui secondo comma recita: «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 nella legge Balduzzi, il rispetto dei criteri comportamentali indicati non esclude la sola colpa lieve, bensì esclude la stessa punibilità; si supera pertanto, 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**; il nodo problematico cardine, anche in sede processuale, atterrà peraltro 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 sistema risulta ora fondato sulla previsione all'art. 5 l. n. 24/2017 di un complesso sistema organizzativo in due fasi volto a realizzare: *a*) un elenco dei soggetti abilitati ad elaborare linee guida rilevanti ai fini di tale legge; *b*) un **Sistema nazionale delle linee guida (SNLG)** che provvederà, previa verifica e validazione, a pubblicare le linee guida e i relativi aggiornamenti sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità: resta dunque aperto l'interrogativo sulle problematicità e sui tempi della realizzazione di un simile sistema e sul carattere più o meno specifico, rispetto ai molteplici contesti di una medesima patologia, delle linee guida che saranno pubblicate;

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 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);

la nuova legge prevede, inoltre, agli artt. 1-3 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»;

si consideri che *solo* ai fini della sicurezza delle cure e della prevenzione dei rischi si parla, nella legge, di un «utilizzo *appropriato* [dunque, anche sul piano economico] delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (art. 1, co. 2);

### 1.3

si noti la **formulazione non chiara del già richiamato 2° co. dell'art. 590-sexies c.p.**: che cosa vuol dire che il sanitario non è punibile, alle condizioni indicate, «*se l'evento si sia verificato a causa di imperizia*»? sarebbe stato logico scrivere, piuttosto, che «non si può essere puniti a titolo di imperizia nel caso in cui si sia agito in conformità alle raccomandazioni previste dalle linee guida»; la Cassazione è intervenuta con una prima sentenza (De Luca-Tarabori, del 20-4-2017, proponendo una interpretazione correttiva dell'art. 590-sexies, nel senso secondo cui esso sarebbe riferibile «a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate», purché «appropriate rispetto al caso concreto» e purché le raccomandazioni generali in esse contenute siano «pertinenti alla fattispecie concreta», e sempre che tali condotte, «sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo». Di fatto, una interpretazione sostanzialmente abrogatrice

della riforma, che in buona sostanza escluderebbe la punibilità solo in assenza di colpa. Ed in effetti tale interpretazione è stata valutata come analogica *in malam partem* da autorevole dottrina, secondo cui la ritenuta irragionevolezza della nuova disciplina avrebbe dovuto condurre, semmai, a una questione di legittimità costituzionale;

in merito alla medesima sentenza va peraltro segnalata la opportuna rivalutazione dell'**art. 2236 c. civ. (colpa grave)** quale criterio di cui si auspica un'**applicabilità generale anche in ambito penalistico**: «come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di **imperizia**, qualora il caso concreto 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 c.civ. alla sola problematica della responsabilità medica, con le correlate discussioni in merito al rispetto del principio di uguaglianza (pur essendovi, in contrario, molte ragioni idonee a motivare la natura particolare dell'attività sanitaria): ma certamente assai significativa proprio rispetto ai professionisti sanitari, essendo venuta meno con la l. n. 24/2017 l'esclusione della responsabilità per colpa *lieve* già prevista, come s'è visto, dal d.l. Balduzzi;

la citata sentenza ritiene (giustamente) altresì 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»);

in senso diametralmente opposto, sulla questione dell'ambito applicativo della riforma, si è espressa una seconda sentenza della Cassazione (Cavazza, 19-10-2017), che in base a un approccio letterale all'art. 590-*sexies* c.p. 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 una specifica garanzia per il professionista sanitario, data la particolarità del suo ruolo);

un simile contrasto ha condotto alla pronuncia delle **Sezioni Unite 21-12-2017** (dep. 22-2-2018, Mariotti), la quale, per via interpretativa, torna a dare rilievo alla colpa lieve, ritenendo, in particolare, che il medico non risponde per colpa lieve (ma risponde per sola colpa 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» (concordando con la sentenza De Luca-Tarabori limitatamente alla valorizzazione anche sul piano penale del criterio di cui all'art. 2236 c. civ.);

- si configura, tuttavia, una seconda problematica concernente la responsabilità medica, relativa all'**attività medica svolta in assenza di un adeguato consenso 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 *lex artis*, vale a dire secondo il c.d. principio di beneficiabilità);

va premessa la constatazione secondo cui **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* (mutilazione organi genitali femminili), 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) c.p.;

ciò premesso, dev'essere criticato 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 a una malattia – intesa come mera *alterazione anatomica* dei tessuti (il mero taglio chirurgico) – e addirittura, ove il medico fosse consapevole di agire senza consenso, a lesioni (non già colpose, ma) volontarie (art. 582 c.p.): con la conseguenza per cui, ove sfortunatamente ne derivasse la morte del paziente, si realizzerebbe la fattispecie di omicidio preterintenzionale prevista dall'art. 584 c.p.; conclusioni, queste, cui in effetti era giunta C 21-4-1992 (**caso Massimo**), forse condizionata, tuttavia, dal dubbio sulla conformità alla stessa *lex artis*, in quel caso, dell'attività svolta dal medico *oltre* il consenso); altre sentenze successive avevano invero mitigato questo orientamento estremo, escludendo la volontarietà delle lesioni e, pertanto, l'eventuale configurabilità dell'omicidio preterintenzionale; mentre ulteriori sentenze avevano messo in discussione l'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, risultasse conforme all'indicazione medica e produttivo di benefici per la salute del paziente;

l'orientamento descritto è stato in ogni caso confutato da **Cass. s.u. 21 gennaio 2009, n. 2447** – caso **Giulini** (vedi commento in «pubblicazioni», pagina web docente): 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 ovvero, in altre parole, all'indicazione terapeutica), 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 il medico non realizza un'offesa del bene giuridico costituito dall'incolumità personale, bensì esclusivamente della sua *libertà morale*: bene, quest'ultimo, tutelato dall'art. 610 c.p. (violenza privata), norma della quale tuttavia, nel nostro caso, non si realizzano, secondo la cit. sentenza delle Sezioni unite, 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 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, data la facilità con cui possono essere messe in discussione la completezza e, in genere, la validità del consenso);

resta 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 prodursi 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* nel nostro caso rilevante (v. *infra*), vale a dire l'evento lesivo dell'incolumità personale (al contrario, il medico ha tenuto esattamente la condotta che, *ex ante*, era da ritenersi idonea a salvaguardare nel modo migliore tale incolumità);

### 8.3

- la causazione dell'evento non voluto a seguito di una condotta costituente delitto doloso: l'**art. 586**

**c.p.** (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto) in quanto norma generale, che fa riferimento all'art. 83 c.p., comma secondo, (*aberratio delicti*), con l'unica differenza di un aumento della pena prevista per lesioni o omicidio colposi;

le amplissime eccezioni a tale regola generale,

- attraverso il delitto di **omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)**: v. già *supra*;  
ci si chiede 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: deve concludersi nel senso affermativo (più favorevole), anche 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;

- attraverso lo schema dei c.d. **delitti aggravati dall'evento**;

situazioni le quali, entrambe, rappresentavano, nel codice del 1930, un'espressione della **responsabilità oggettiva**, fondata, cioè, sul solo nesso di causalità tra condotta ed evento, senza necessità di dolo o colpa (v. *infra*),

- la formale configurazione della **preterintenzione**, all'art. 43 c.p., come terza tipologia dell'elemento soggettivo, all'art. 43, pur essendo stata tradizionalmente intesa, nel passato, come fattispecie implicante una responsabilità oggettiva rispetto al prodursi dell'evento non voluto, date le condotte dolose base;

- l'analoga imputazione a titolo di responsabilità oggettiva, come s'è detto, dell'evento conseguente alla condotta nei **delitti aggravati dall'evento** (che prevedono una fattispecie base dolosa e una maggior pena ove dalla realizzazione di tale fattispecie derivino conseguenze ulteriori);

i casi di responsabilità senza dolo o senza colpa, ammessi in base all'art. 42, comma 3, dal codice Rocco e oggi, come subito si dirà, *incostituzionali* ai sensi di Corte cost. n. 364/1988, sono tradizionalmente definiti, infatti, di **responsabilità oggettiva**; essi rispondevano per lo più al modello del *versari in re illicita* (se scegli di compiere volontariamente, cioè con dolo, un certo reato, anche di limitata gravità, risponderai comunque del reato più grave connesso alle conseguenze ulteriori non volute che siano state prodotte dalla condotta, sulla base, pertanto, del solo nesso di causalità);

- il **superamento della responsabilità oggettiva** e, in genere, della configurabilità di un reato senza colpevolezza a seguito del riconoscimento del **principio di colpevolezza** operato dalla Corte costituzionale con la **sentenza n. 364/1988** (poi integrata dalla sentenza n. 1085/1988), la quale lo ha desunto dall'**art. 27, co. 1, della Costituzione**:

con tale sentenza la Corte Costituzionale ha inteso la responsabilità "personale" (cioè tipica degli esseri umani) come responsabilità "colpevole" e, dunque, come riferita a una capacità esigibile di dominio del fatto di reato (v. *infra*) da parte del soggetto agente;

quella sentenza, come si ricorderà, ha sancito l'incostituzionalità dell'**art. 5 c.p.**, in tema di errore sulla norma penale, nella parte in cui non escludeva la punibilità ove l'errore risultasse *inevitabile*, violando per l'appunto, in tal modo, il principio di colpevolezza;

altri casi di responsabilità senza colpevolezza – per esempio, proprio il caso della responsabilità considerata a suo tempo sussistente dall'art. 5 c.p, anche in conseguenza di errore *inevitabile* sulla legge penale – sono stati essi pure definiti sovente di responsabilità oggettiva; ove, peraltro, si voglia riservare questa espressione alla responsabilità senza dolo e senza colpa, potrà per l'appunto parlarsi, rispetto a tali casi, di responsabilità senza colpevolezza;

uno di quei casi resta riferibile alla disciplina, tuttora riconosciuta vigente nonostante il riconoscimento del principio di colpevolezza, relativa alle c.d. **finzioni di imputabilità**, di cui agli

artt. 90, 92, 93, 94 c.p. (si veda il corso di diritto penale I);

si consideri altresì, in proposito, che secondo **Corte cost. n. 322/2007** il riconoscimento del **principio di colpevolezza**, su cui si fondano le sentenze suddette, costituisce anche un **canone interpretativo per il giudice**, ai fini di una rilettura giudiziaria delle ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel codice Rocco in base al principio di colpevolezza, che esige quantomeno la colpa (e dunque la *prevedibilità*) in rapporto al prodursi dell'evento non voluto: senza necessità di ulteriori, specifiche pronunce di illegittimità da parte della Corte costituzionale;

**- l'esigenza, conseguente, che nell'omicidio preterintenzionale e nei delitti aggravati dall'evento, sia constatabile, quantomeno, la colpa rispetto all'evento non voluto, vale a dire la sua «prevedibilità»** (posto che l'ulteriore elemento costituito dalla «evitabilità» della condotta base è difficilmente discutibile, trattandosi di una condotta che produce un delitto base doloso);

si devono peraltro richiamare i limiti – già considerati – riferibili al concetto di *prevedibilità*, anche per quanto concerne il livello della prevedibilità rilevante: vi è il pericolo, infatti, di vere e proprie presunzioni della medesima, che ricondurrebbero, di fatto, alla responsabilità oggettiva: p. es., ove si giunga ad affermare che tutte le volte in cui si *atinga* il corpo di un'altra persona sarebbe sempre prevedibile una possibile lesione; 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 di recente autorevole dottrina ha richiesto ai fini di un rispetto non soltanto formale del principio di colpevolezza con riguardo all'art. 584 c.p. che sussista non la mera prevedibilità, bensì la *previsione* dell'evento morte;

- il superamento della responsabilità oggettiva, secondo la già illustrata esigenza di comprovare la colpa, e dunque la prevedibilità, rispetto all'evento non voluto, nei **delitti aggravati dall'evento** (esemplificazioni con riguardo agli **artt. 571, 572, 591, 593 c.p.** e richiamo, rispetto a tali reati, di alcune nozioni di parte generale: reati di pericolo, reato omissivo proprio, ecc.);

la configurazione da parte della giurisprudenza delle ipotesi delittuose aggravate dall'evento non come ipotesi di reato autonome, ma come fattispecie aggravate; la conseguenza per cui ciò 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, richiedendo che esse siano conosciute o conoscibili;

ma anche la conseguenza per cui, in tal modo, si rende applicabile **l'art. 69 c.p.** (relativo al **giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee**, vale a dire aggravanti e attenuanti), 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); secondo tale giudizio – che non dipende dal confronto fra il numero di attenuanti o aggravanti – il giudice, infatti, può valutare fra loro equivalenti le aggravanti e le attenuanti disapplicandole, oppure ritenere prevalenti le une o le altre, disapplicando quelle soccombenti;

si rammenti, in rapporto al medesimo giudizio *ex* art. 69 c.p., la **riforma** del suo ambito applicativo attuata **con d.l. n. 99/1974**, che lo ha esteso alle **circostanze autonome o indipendenti**, le quali in precedenza ne erano escluse, ma si ricordino, a tal proposito, anche gli altri interventi attuati con il d.l. n. 99/1974, vale a dire **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** (si noti che Corte cost. n. 185/2015 ha fatto cadere il caso di recidiva reiterata obbligatoria, successivamente reintrodotta, di cui all'art. 99 co. 5. c.p.);

ciò ha consegnato al giudice un'**ampia discrezionalità a fini di mitigazione delle scelte sanzionatorie** molto severe del codice Rocco (essendosi constatata nel 1974, ma fino ad oggi la situazione non è mutata, l'impossibilità politica di una riforma complessiva del codice Rocco);  
 va peraltro segnalato come da vari anni, in **controtendenza**, si sia tornati discutibilmente a precludere il giudizio di cui all'art. 69 c.p., per lo più in un'ottica di c.d. populismo penale, rispetto alle circostanze aggravanti riguardanti specifici reati (v. *infra*): rendendo dunque il regime sanzionatorio, rispetto ad essi, assai più severo;  
 del pari, si rende da anni manifesta una tendenza all'abuso nella previsione legislativa di 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 (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»);

- l'art. **280 c.p. (attentato per finalità terroristiche** o di eversione dell'ordine democratico):  
 la sua caratteristica di **delitto di attentato**: la fattispecie base (attentato all'incolumità o alla vita) costruita sul *tentativo*, piuttosto che sulla causazione dell'evento (che qui funge da evento aggravante);  
 il ruolo degli **eventi aggravanti (lesioni o morte)**, e l'esigenza che sia superato, anche in questo caso, il configurarsi della responsabilità oggettiva esigendo la **prevedibilità** di tali eventi: ma nel caso di attentato alla vita seguito da morte la condotta risulta, ovviamente, dolosa;

la previsione, nell'ipotesi di realizzazione dell'evento morte voluto o non voluto, di **pene fisse (ergastolo e trenta anni)**, cioè prive di ambito edittale;

#### 14.3

i problemi di costituzionalità delle **pene fisse** di cui al co. 4 rispetto all'**art. 27, co. 1 e co. 3, Cost.**: esse, 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;

ma si consideri anche il contrasto 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;

**l'esclusione** ai sensi dell'art. 280, co. 5, c.p., rispetto alle pene previste per gli eventi aggravanti consistenti nella morte o in lesioni gravi o gravissime, **del giudizio di prevalenza o equivalenza con eventuali circostanze attenuanti**, previsto dall'art. 69 c.p. (come già visto con riguardo all'omicidio e alle lesioni stradali);

- gli artt. 624, 624-*bis* e 625 c.p. (reati di furto e aggravanti: v. anche *infra*): gli effetti della trasformazione in reati autonomi del **furto presso il domicilio** e del **furto con strappo**, ricompresi prima del 2001 tra le ipotesi di furto aggravato: il legislatore ha inteso realizzare una modifica in senso *sfavorevole* al soggetto agente (sebbene, inizialmente, avesse mantenuto le stesse pene previste per il furto aggravato), in quanto, non configurando più tali ipotesi delle circostanze aggravanti, esse non potranno più essere controbilanciate in sede di **giudizio di prevalenza o equivalenza** da eventuali circostanze attenuanti, così da tornare a rendere applicabile, in tal caso, la pena prevista per il reato base di furto (eventualmente addirittura diminuita ove le attenuanti fossero state ritenute prevalenti);

dopo l'intervento di riforma, pertanto, eventuali circostanze attenuanti risultano certamente applicabili, ma muovendo dalla pena prevista per i reati autonomi di cui all'art. 624-*bis* c.p.

(coincidente con quella riferibile alle aggravanti);

dal punto di vista teorico, peraltro, vi sarebbe anche un effetto *favorevole* della riforma: quello per cui gli elementi in discussione, quando erano circostanze aggravanti, richiedevano la colpa (*conoscibilità*) ai sensi dell'**art. 59, co. 2, c.p.**, mentre ora, in quanto elementi di un delitto doloso, richiedono il 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;

si noti 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 l'ipotesi base e tra cinque e dieci anni per quella di furto in abitazione o con strappo aggravate (si è anche elevate le pene previste per la **violazione di domicilio** semplice e aggravata, ai sensi dell'**art. 614 c.p.**); il tutto ulteriormente appesantivo per l'esclusione, a quest'ultimo proposito (co. 4), del giudizio di equivalenza o prevalenza rispetto a circostanze attenuanti previsto dall'art. 69 c.p.

(sul regime sanzionatorio particolarmente pesante previsto in materia di furto, e sugli effetti, in particolare, dell'innalzamento dei minimi edittali, v. *infra*, in tema di furto);

- si noti che una analoga proposta di trasformazione di circostanze aggravanti in reati autonomi, formulata in altra epoca storica e, dunque, nell'ambito di un diverso quadro normativo, veniva ad avere, invece, un significato *favorevole* per il soggetto agente:

si considerino a tal proposito gli artt. 582-3 c.p. (**lesioni volontarie e lesioni volontarie aggravate**) e, dunque, la suddivisione fra **lesioni lievi** (punibili a querela se *lievissime*), **gravi e gravissime**; orbene, la rilevanza oggettiva delle circostanze aggravanti prima della riforma dell'art. 59 c.p. nel 1990 e la esclusione, prima del 1974 (v. *supra*), dal giudizio di prevalenza o equivalenza tra circostanze aggravanti e attenuanti (art. 69 c.p.) delle circostanze che prevedessero un ambito edittale indipendente rispetto a quello del reato base facevano sì che, in un tale contesto normativo anteriore al 1974, assumesse un significato *favorevole* per il soggetto agente la proposta del prof. Antolisei intesa a considerare le lesioni gravi e gravissime come *reati autonomi*, così da richiedere il dolo per tutti gli elementi delle relative fattispecie (evitandosi, in tal modo, una tra le ipotesi più pesanti, allora, di responsabilità oggettiva: senza effetti di esclusione, peraltro, del giudizio di cui all'art. 69 c.p., a quel tempo impossibile per simili circostanze;

### 15.3

- passiamo a considerare alcuni delitti contro l'onore:

l'intervenuta abrogazione dell'**art. 594 c.p. (ingiuria)** ad opera dell'art. 1 d.lgs. n. 7/2016, e la rilevanza dell'ingiuria fra gli illeciti civili in rapporto ai quali è previsto, oltre al risarcimento nei confronti della persona danneggiata, anche il 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); v. anche *infra*, circa l'art-627 c.p. (sottrazione di cose comuni);

la fattispecie, procedibile a querela, di **diffamazione (art. 595)**, nella quale l'offesa si realizza «comunicando con più persone»:

la generale irrilevanza, secondo il codice come emanato nel 1930, della **verità del fatto** addebitato (**art. 596, co. 1, c.p.**), quale modalità di **negazione** da parte del regime totalitario di allora **della libertà di stampa**;

la significativa introduzione di tre ipotesi di c.d. **prova liberatoria** (art. 596, co. 3, c.p.) – cioè di non punibilità, ove venga provata la verità dell'addebito – con decreto legisl. luogotenenziale n. 288 del 14 settembre 1944, dopo la caduta del regime fascista: fatto attribuito a un pubblico ufficiale con

riguardo all'esercizio delle sue funzioni (n. 1), fatto per il quale è aperto o si inizierà un procedimento penale (n. 2), caso in cui il querelante conceda la c.d. ampia facoltà di prova (n. 3);

l'estensione dell'ambito in cui il fatto offensivo dell'onore o della reputazione deve ritenersi non punibile a seguito del riconoscimento, all'**art. 21 Cost.**, del principio di libera manifestazione del pensiero, in termini di **diritto di cronaca, di critica e di satira**: la mancata precisazione legislativa, peraltro, dei limiti di esercizio di tali diritti rispetto alla tutela dell'onore e di altri beni di rilievo costituzionale e il ruolo assunto, a tal fine, dalla giurisprudenza;

la configurazione giuridica delle ipotesi di prova liberatoria, a parte il caso a sé stante di cui all'art. 596, co. 3, n. 3, come **cause di giustificazione**, in quanto privilegiano, nell'ambito di un conflitto tra beni, l'interesse generale alla trasparenza circa l'esercizio delle funzioni pubbliche o circa l'emergere di fatti costituenti reato rispetto alla tutela della reputazione individuale;

l'inquadramento delle ulteriori ipotesi di non punibilità consistenti nella **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), da reputarsi come causa di esclusione della colpevolezza, e nella **ritorsione**, riferita all'ingiuria, con riguardo al caso in cui le offese risultino reciproche, caso in cui la 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): ipotesi per lo più ritenuta una causa di non punibilità in senso stretto;

si rammenti dal corso di diritto penale I la distinzione fra le diverse cause (o circostanze) di non punibilità (cause di giustificazione o scriminanti, cause di esclusione della colpevolezza, cause di non punibilità in senso stretto), nonché la loro disciplina con riguardo agli artt. 59, co. 1, c.p. e, con riguardo al concorso di persone, 119 c.p.

### 22.3

- prendiamo ora in esame alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia (titolo II, libro II, c.p.): innanzitutto, il **favoreggiamento personale (art. 378 c.p.)**, le cui condotte tipiche consistono nell'**aiuto a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'Autorità** (o svolte da organi della Corte penale internazionale); in ciò distinguendosi dal **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*), il dolo specifico;

la necessità che, comunque, un delitto sia stato commesso («dopo che fu commesso un delitto»), e lo sia stato da un soggetto *punibile*;

purché sussistano queste condizioni, non rileva, ai sensi dell'ultimo comma, che lo specifico soggetto destinatario dell'aiuto risulti non aver commesso il delitto: il che desta perplessità, non avendo davvero lo stesso disvalore, salvo esasperare in senso statalistico la tutela della organizzazione giudiziaria come tale, aver aiutato un colpevole o una persona di cui si fosse conosciuta l'innocenza;

la discussione circa la configurabilità del favoreggiamento personale come reato di condotta (da ritenersi in linea di principio incompatibile con la responsabilità per omissione) o di evento;

l'interrogativo sulla configurabilità del favoreggiamento *omissivo*, che in assenza di uno specifico obbligo di impedire l'evento dev'essere comunque esclusa (si rammentino le problematiche concernenti l'art. 40, co. 2, c.p.: v. *supra*);

si consideri, a tal proposito, il sussistere **limitatissimo** di un **obbligo di denuncia da parte del**

**cittadino** ex art. 364 c.p. (delitti contro la personalità dello stato puniti con l'ergastolo) e 3 d.l. n. 8/1991 (in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione): il che attesta l'insussistenza per il cittadino, di regola, dell'obbligo impeditivo di cui sopra, che, ove sussistesse, richiederebbe per l'appunto di sporgere denuncia con riguardo a soggetti indagati o latitanti;

- gli **obblighi di denuncia del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) e dell'incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.)** per ogni reato non punibile a querela di cui abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio;

e gli **obblighi di testimonianza**, ai sensi degli **artt. 372** (falsa testimonianza), **371-bis** (false informazioni al pubblico ministero) e **371-ter c.p.** (in riferimento all'art. 391-bis, co. 1 e 2, c.p.p.: false dichiarazioni al difensore, che possono non essere rese, ma se rese devono essere veritiere; l'obbligo non si estende in tal caso, tuttavia, a riferire comunque tutto quello che il soggetto sa intorno ai fatti sui quali è interrogato);

l'**eccezione**, di cui all'art. 362, co. 2, c.p., **all'obbligo di denuncia** dell'incaricato di pubblico servizio, prevista in favore dei **responsabili di comunità terapeutiche socio-riabilitative**, e il parallelo esonero dall'**obbligo di testimonianza** degli operatori del SERT e delle comunità terapeutiche e socio-riabilitative per tossicodipendenti, al pari degli altri soggetti di cui all'art. 200 c.p.p. (ministri del culto, avvocati, medici) e in specifiche leggi relative a determinate professioni (fra le altre, la legge n. 119/2001, concernente gli assistenti sociali iscritti al relativo albo):

ciò a riprova di come l'ordinamento inizi a comprendere, seppur in maniera molto parziale, che un'instaurazione generalizzata, attraverso la denuncia, del processo penale (si rammenti anche l'art. 112 Cost., in rapporto all'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero) può risultare controproducente, in certi casi, dal punto di vista preventivo: vanificando altre forme di prevenzione: come quelle che si realizzano, per esempio, attraverso l'opera degli educatori in una comunità di recupero o terapeutico-riabilitativa, oppure attraverso l'attivazione di forme di *mediazione penale* in grado di evitare l'attivazione di un procedimento penale;

già s'è detto *supra*, del resto, come il suddetto, duplice obbligo contribuisca alla sovradilatazione del contenzioso penale, cui solo di recente s'è cercato di porre rimedio con l'art. 131-bis e le norme sulla non procedibilità in sede minorile e presso il giudice di pace;

- la violazione del **segreto professionale** sanzionata dall'**art. 622 c.p.** e la **nozione di «giusta causa» di rivelazione**: che si ha non soltanto nei casi previsti dalla legge, cui s'è appena fatto richiamo, ma anche nei 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 di maggior rilievo – p. es. la salute o la vita – rispetto ai beni – l'onorabilità e la riservatezza – tutelati mediante il segreto;

19.3

l'ulteriore obbligo di c.d. referto, circa casi che possono presentare i caratteri di un delitto, da parte dell'**esercitante una professione sanitaria**, salva l'ipotesi in cui ciò esporrebbe a procedimento penale il soggetto assistito (**art. 365 c.p.**);

- i delitti, già richiamati, di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), falsa testimonianza in fase di indagini nei confronti del pubblico ministero o di ufficiali o agenti di polizia che operino su suo mandato (art. 371-bis c.p.) e false dichiarazioni rese al difensore (art. 371-ter c.p.);

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 di cui all'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 dia informazioni fuorvianti (comportamento attivo), posto che in quel caso potrebbe discutersi di un eventuale favoreggiamento personale (dipende dall'estensione che si attribuisca all'espressione «investigazioni dell'Autorità» nell'art. 378 c.p.);

- la riflessione sul ruolo della polizia (in quanto autorità dipendente dal potere esecutivo quando non agisce su incarico di un magistrato) ci porta a riflettere sui requisiti richiesti dall'**art. 13 Cost.** circa la **restrizione della libertà personale: previsione da parte della legge e provvedimento dell'autorità giudiziaria;**

si vuole, quale esigenza fondamentale dello Stato di diritto, che le **limitazioni della libertà personale** non siano **mai decise dell'autorità amministrativa**, qual è, come s'è detto, la polizia ove agisca autonomamente, ma siano assunte, nei soli casi in cui la legge lo preveda, esclusivamente da un giudice (dunque, si vuole che tali restrizioni restino autonome da qualsiasi incidenza del potere politico);

- la (necessaria) eccezione rappresentata dal **problema dell'arresto in flagranza** (art. 382 c.p.p.) obbligatorio o facoltativo (artt. 380 s. c.p.p.), che è effettuato dall'autorità di polizia senza un previo provvedimento dell'autorità giudiziaria: caso per il quale lo stesso art. 13 Cost. prevede la **informazione** (entro quarantotto ore), ora divenuta **immediata** ex 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**, udienza nella quale, in caso di convalida, potranno (ma non necessariamente) essere disposte 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);

- si consideri la **causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.** (qualificabile come *causa di esclusione della colpevolezza*), che dichiara non punibile chi abbia commesso una serie di delitti contro 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»;

- circa i delitti contro l'amministrazione della giustizia emerge, altresì, la problematica relativa al **delitto di calunnia (art. 368 c.p.)**, che concerne chi incolpa taluno di un reato dinnanzi all'autorità giudiziaria pur sapendolo innocente (o simula le tracce di un reato);

l'interpretazione delle parole "**che egli sa innocente**", implicanti la non configurabilità di una calunnia per dolo eventuale;

l'indubbia rilevanza, anche in merito alla calunnia, dell'errore di fatto;

il problema (giuridico e, comunque, deontologico) del dubbio non esplicitato;

- in merito all'attivazione, in situazioni delicate, di un procedimento penale va presa in esame, altresì, la fattispecie (collocata nel titolo XII del libro II c.p. tra i delitti contro la libertà individuale) di **atti persecutori (stalking): artt. 612-bis c.p.** e d.l. n. 11/2009, conv. con l. n. 38/2009,

anche in rapporto agli **artt. 610 (violenza privata), 612 (minaccia) e 660 (molestia) c.p.**;

le questioni aperte, rispetto a tale reato, riguardano essenzialmente la scarsa determinatezza e accertabilità dei requisiti rilevanti, ampiamente costruiti su percezioni soggettive (con **violazione del principio di materialità**): nondimeno, Corte cost. n. 172/2014 ha sorprendentemente salvato, con alcune precisazioni tale norma dalle censure di violazione del principio di legalità;

emerge, dunque, il carattere troppo generico della fattispecie, che ha un ambito applicativo il quale va ben oltre i casi in cui sia accertabile un pericolo concreto di progressione verso una violenza fisica o sessuale;

di qui il pericolo che la denuncia per stalking, dato il *carattere divisivo* che tuttora caratterizza il ricorso (stigmatizzante) al diritto penale, possa assumere talora un ruolo criminogeno, favorendo in



contesti relazionali problematici reazioni violente al fatto della denuncia;  
 la ragionevole esigenza, pertanto, di valorizzare in proposito, quando ve ne siano le condizioni, strumenti di giustizia riparativa e, in particolare, di mediazione penale;  
 la natura di reato abituale e la perseguibilità a querela;  
**l'ammonimento del questore ex art. 8 d.l. 11/2009**, quale strumento nuovo di valorizzazione del possibile ruolo dell'autorità di polizia in funzione di filtro rispetto all'avvio di un procedimento penale;  
 il limite costituito dalla possibile rilevanza come aggravante del precedente ammonimento, che viene effettuato sulla base di una procedura amministrativa priva delle garanzie processuali penali;

28.3

- i **reati in materia sessuale (artt. 609-bis ss. c.p.)**:

la riforma del 1996: la vecchia collocazione di tali reati tra i delitti contro la *moralità pubblica* (artt. 519 ss., abrogati) e il loro re-inquadramento, con modifiche, tra i delitti contro la libertà personale;

- ciò costituisce occasione per rimarcare come l'**impianto di parte speciale** del codice penale vigente (il codice Rocco, risalente al 1930) privilegi nel libro secondo, relativo ai delitti (il terzo, più breve, inerisce alle contravvenzioni), la 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 consideri una esemplificazione *infra*, in tema di delitti contro la pubblica amministrazione e, in particolare, di peculato);

si constati, altresì, la non ricomprensione nel codice penale 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 dell'economia: v. *infra*;

in proposito, si consideri l'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 un gran numero di leggi e si renda più adeguatamente riconoscibile, anche in considerazione del principio di cui all'art. 5 c.p.; tuttavia si tratta di una norma meramente programmatica, risultando derogabile da qualsiasi legge, posto che lo stesso codice penale è una legge;

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.**);

- l'art. 609-bis c.p.; le questioni di *determinatezza* inerenti alla **nozione di atti sessuali** (con richiami al principio di legalità);

gli elementi della condotta e le difficoltà accertative in sede processuale: si parla di un reato frequentemente "inframurario", senza testimoni né riscontri oggettivi; un reato che talora può prestarsi anche a denunce strumentali;

motivi, questi, per cui si richiedono, oltre all'elemento della costrizione, i requisiti della violenza, della minaccia o dell'abuso di autorità;

la problematicità delimitativa del concetto di violenza ove si discosti dal riferimento alla sfera fisica;  
 il confine complesso tra i concetti di abuso, induzione (co. 2) e costrizione;

- le questioni connesse all'entità particolarmente elevata della pena minima edittale; la circostanza

attenuante di cui al secondo comma;

l'esigenza, peraltro, di considerare l'intervento penale non solo in riferimento alla pena prevista in caso di condanna, ma anche con riguardo alla **prescrizione**, alle **norme processuali** (misure cautelari, patteggiamento) e all'**ordinamento penitenziario**; circa la violenza sessuale, per esempio:

a) 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;

b) l'art. 275, co. 3, c.p.p. quale 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 la legge n. 47/2015 ha introdotto l'ultima precisazione, adeguando la norma a una serie di pregressi interventi della Corte costituzionale;

c) 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);

d) 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;

e) 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»;

f) 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. pen., salvo quanto previsto al comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* cit.;

quest'ultimo punto ci ha condotto a richiamare la problematica dei **reati c.d. ostativi** di cui al co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., che per l'appunto richiedono per l'applicazione dei benefici penitenziari (tranne la liberazione anticipata), la collaborazione di giustizia;

- l'art. 609-*ter* (**violenza sessuale aggravata**), come modificato ai sensi del d.l. n. 93/2013, conv. con modif. in l. n. 119/2013, nonché ai sensi della l. n. 39/2014: riguardante, fra gli altri casi, la violenza sessuale compiuta nei confronti di un minore infraquattordicenne;

- l'art. 609-*quater* c.p. (**atti sessuali con minorenni consenziente**), punito con la stessa pena prevista dall'art. 609-*bis* c.p.;

tale fattispecie prevede, fra gli altri casi, l'**inadeguatezza del consenso dell'infraquattordicenne** a rendere lecito il compimento di atti sessuali (il limite è portato a tredici anni con riguardo ad atti compiuti con persona con una differenza d'età non superiore a tre anni);

l'assenza o la presenza del consenso dell'infraquattordicenne rilevano, peraltro, ai fini dell'applicabilità dell'art. 609-*ter* oppure dell'art. 609-*bis* c.p.;

la totale irrilevanza, invece, del consenso del minore di anni dieci (sempre violenza sessuale aggravata, ai sensi degli artt. 609-*bis*, co. 3, e 609-*ter*, co. 2);

- l'art. 609-*quinquies* c.p. (**corruzione di minorenni**);

- l'art. 609-*sexies* c.p. (**ignoranza dell'età**): l'adeguamento della norma al principio di colpevolezza, attraverso la l. n. 172/2012 e la permanente diversità della disciplina di cui all'art. 609-*sexies* rispetto

alla disciplina generale dell'errore di fatto (che in presenza di errore colposo, cioè evitabile, prevede la sola responsabilità per colpa, laddove invece l'ignoranza colposa dell'età di cui all'art. 609-*sexies* lascia sussistere la responsabilità per i delitti dolosi in materia sessuale ivi richiamati: v. anche *supra*;

- art. 609-*octies* c.p. (**violenza sessuale di gruppo**): i concetti di *gruppo* e di *persone riunite*; si rammentino le considerazioni svolte in diritto penale I sia con riguardo alla causalità in contesti plurisoggettivi (ma v. anche *infra*), sia con riguardo ai limiti della responsabilità per omissione;

alla luce di queste considerazioni si è anche richiamata la necessità per cui, 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;

### 29.3

- i **reati associativi**: problemi, finalità e inquadramento politico-criminale (pur essendo configurati come forme di tutela anticipata rispetto alla commissione dei delitti-scopo, essi di fatto consentono di perseguire – quali membri di una associazione avente lo scopo di commettere tali delitti – anche soggetti di cui non si riesce a dimostrare la compartecipazione nei delitti-scopo (peraltro con una duplice penalizzazione degli associati che risultino coinvolti in questi ultimi);

- l'**art. 416 c.p. (associazione per delinquere)**, inquadrata nell'ambito del titolo V, libro II, c.p., dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico): i problemi di determinatezza della fattispecie e i criteri giurisprudenziali di definizione del rapporto associativo (impernati sul concetto di organizzazione stabile nel tempo finalizzata a commettere un numero indeterminato di delitti), criteri che dovrebbero risultare in grado di distinguerla sia dalle ipotesi di mero accordo, di regola irrilevante ai fini penali, sia dal semplice concorso nella realizzazione di determinati delitti;

i problemi connessi alla utilizzazione legislativa, qui come altrove, di concetti imprecisi, con affidamento di fatto alla giurisprudenza (al c.d. diritto "vivente") del potere di fissare i confini del penalmente illecito (talora caso per caso, e dunque *a posteriori*): in opposizione al principio della riserva di legge;

il che sta anche alla base della facilità con cui troppo spesso, oggi, si aggiunge alla incriminazione di più persone a titolo di concorso (nella commissione di più delitti) anche quella per reato associativo: in ragione, per lo più, degli effetti che ciò produce ai fini della utilizzabilità di determinati strumenti processuali;

il **dolo specifico** nell'art. 416 c.p.; la distinzione fra reati a dolo specifico (che richiedono l'intenzionalità rispetto al perseguimento del fine cui la norma attribuisce rilievo, ma non necessariamente il realizzarsi di quel fine) e reati di evento;

il carattere problematico, in rapporto al principio di materialità, delle fattispecie di reato il cui disvalore penale risulti individuabile esclusivamente nella finalità perseguita dal soggetto agente;

si rammenti la necessità di provare comunque, circa i reati a dolo specifico, non soltanto il sussistere della suddetta finalità, ma anche l'idoneità oggettiva *ex ante* della condotta a conseguire tale scopo; nel caso in cui la fattispecie richieda, invece, l'idoneità oggettiva della condotta a produrre un certo evento, senza che necessiti l'effettivo prodursi di quest'ultimo, tale idoneità dovrà costituire, rispetto ai delitti, oggetto del dolo (nei termini, ordinariamente, di una piena consapevolezza della medesima);

- **art. 416-bis c.p. (associazione di tipo mafioso)** c.p.:

i requisiti (l'avvalersi della **forza di intimidazione** e dello **stato di assoggettamento e di omertà**

che ne deriva)

e le **finalità**; a differenza dell'art. 416 c.p., possono essere anche finalità in sé lecite, ma rese antigiusuridiche dall'essere perseguite attraverso il metodo mafioso; per cui, in quest'ultimo caso, non potrà parlarsi di un delitto inteso a realizzare una tutela *anticipata* rispetto alla commissione di delitti, bensì di un delitto di pericolo, inteso a scongiurare il conseguimento di risultati resi illeciti dal ricorso, per il loro perseguimento, al metodo mafioso;

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 silenziose**) 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 una estorsione), risultando, poniamo, il mero fatto che la fama mafiosa di un certo soggetto abbia indotto altre persone a 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 deve 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).

la **confisca obbligatoria** (art. 416-bis, co. 7, c.p.), in rapporto all'art. 240 c.p.;

si considerino altresì le disposizioni ora inserite nell'art. **416-bis.1** (introdotto dal d.lgs. n. 21/2018) circa l'**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 di cui all'art. 69 c.p.;

- **il problema dell'applicabilità del concorso (materiale) di persone** (art. 110 c.p.) ai reati di associazione (e, in particolare, all'art. 416-bis, il che dà luogo alla figura del c.d. **concorso esterno**):

si noti che, con riguardo alla natura plurisoggettiva dei suddetti reati, il contributo di ciascun partecipante resta alquanto indeterminato (si richiede, soltanto, che tre o più persone *si associno*): in modo non dissimile da ciò che avviene per individuare l'apporto del partecipante nel concorso di persone (l'art. 110 c.p. recita: «quando più persone concorrono»);

ne deriva che, configurando il concorso esterno, i requisiti reputati necessari per contribuire a una associazione ed essere considerati, di conseguenza, membri della medesima vengono distinti dai requisiti reputati sufficienti per contribuire a una associazione senza esserne considerati membri: con esiti sanzionatori identici, tuttavia, sul piano edittale;

così che, in pratica, rischiano di prevalere, per identificare l'appartenenza a un'associazione di natura mafiosa, caratteristiche della suddetta appartenenza aventi carattere sociologico (riti di iniziazione, riconoscimento pubblico di taluno come «uomo d'onore», ecc.) rispetto all'accertamento di uno specifico apporto causale al sussistere dell'associazione medesima: rimuovendosi nel medesimo tempo, attraverso la categoria del c.d. concorso *esterno*, la possibile difficoltà della pubblica opinione

a comprendere l'eventuale condanna per associazione mafiosa 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;

in questo senso, il configurarsi del c.d. 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;

col rischio, tuttavia, che l'ammissione del concorso c.d. esterno dia luogo a un'estensione alquanto indeterminata – poiché riferita al contributo *atipico*, e anche non continuativo, di chi sia stato riconosciuto *estraneo* all'organizzazione criminosa – della sfera concreta di operatività del reato in esame: 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 rappresenta già di per sé un ampliamento – attraverso l'anticipazione dell'intervento penale rispetto al verificarsi degli eventi-scopo che s'intendono scongiurare – dell'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 qui considerato, 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);

si consideri che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sent. 14-4-2015 (**caso Contrada**) ha ritenuto di poter qualificare il concorso esterno in associazione mafiosa come istituto di creazione giurisprudenziale (impostazione successivamente negata dalla Cassazione), tale da non poter essere applicato a fatti commessi anteriormente al momento in cui simile costruito ha trovato avallo giurisprudenziale (in particolare, con Cass. s.u. Demitry del 1994): dunque, estendendo il principio di **irretroattività** della legge, *ex artt. 25, co. 2, Cost. e 2, co. 1, c.p.*, ai **mutamenti non prevedibili dell'orientamento giurisprudenziale**;

in ogni caso anche con riguardo al concorrente esterno (ove si ammetta il concorso esterno) deve pur sempre essere provato – come richiesto in giurisprudenza – il **nesso causale** del suo contributo rispetto all'attività associativa, 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: pur apparendo superata in giurisprudenza l'iniziale riferimento a un contributo che s'inserisca in una fase di anormalità della vita dell'associazione;

si richiama, a questo proposito, quanto già in precedenza s'era segnalato circa la problematica della **condotta partecipativa**, sia nel concorso di persone, sia nel reato associativo: tale condotta deve risultare *causale* (altrimenti il rischio è di una totale evanescenza del contributo rilevante, poiché il medesimo può anche essere *atipico*); il riscontro della causalità in un reato plurisoggettivo risulta peraltro più complesso che nel reato monosoggettivo: se infatti in quest'ultimo caso applicare la formula della *condicio sine qua non* implica semplicemente accertare che in assenza della condotta di cui si discute l'evento non si sarebbe verificato, nel caso del reato plurisoggettivo (o supposto tale) l'evento si sarebbe potuto pur sempre realizzare anche in assenza della condotta summenzionata, ad opera degli altri concorrenti, ma con modalità e tempi almeno in parte diversi; per cui si dirà che un apporto al reato plurisoggettivo (o supposto tale) realizzatosi è causale se senza quell'apporto l'evento o non si sarebbe realizzato, o si sarebbe realizzato in un modo o in un tempo significativamente diverso, così che l'*esclusione* del rapporto di causalità dipende dalla misura in cui si sia disposti a descrivere il fatto realizzatosi sussistendo la condotta del presunto partecipe come coincidente col fatto che ipoteticamente si sarebbe comunque realizzato anche in assenza di tale condotta;

si tenga peraltro presente che anche nei reati plurisoggettivi, se pure la condotta ritenuta

causale può anche essere atipica, essa nondimeno deve rispondere al requisito generale di costituire la **violazione di una regola finalizzata a evitare l'evento**: per cui l'apporto del concorrente deve essere tale per cui implichi, nel contesto fattuale concreto della sua realizzazione, l'attivazione di un rischio non consentito del prodursi dell'evento;

si è anche discusso circa l'**elemento soggettivo del concorrente esterno**: fermo che dovrebbe in ogni caso avere la piena consapevolezza dei fini perseguiti dall'associazione, ci si è domandati se ed in quale misura quei fini debbano risultare esser stati fatti propri anche dal concorrente esterno (si ripropone la problematica generale della partecipazione con dolo generico a reati che richiedono il dolo specifico); posto in ogni caso che l'art. 416-*bis* è un reato a dolo specifico, non è configurabile (concordi le Sezioni Unite) un concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso a titolo di dolo eventuale;

sulla base di tutto quanto s'è detto, **risulterebbe dunque 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 anche il manuale di Fiandaca e Musco);

potendosi a questi fini ravvisare un parallelo nella fattispecie autonoma di cui all'**art. 418 c.p.** (aiuto agli associati), che tuttavia non concerne un apporto alle attività dell'associazione, ma l'aiuto a singoli membri dell'associazione;

- 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 concreta di applicabilità della fattispecie: circa la quale s'è discusso in merito dell'opportunità della sua collocazione all'interno del titolo concernente la tutela dell'ordine pubblico);

### 3.5

- i reati associativi ricompresi nel titolo I del libro II c.p. (delitti contro la personalità dello Stato):

gli artt. 305 (cospirazione mediante associazione), 306 (banda armata), 270 (associazioni sovversive) e 270-*bis* c.p. (associazioni con finalità di terrorismo);

in particolare, l'art. 304 c.p. (**cospirazione mediante accordo**), che costituisce un'eccezione, consistente nella punibilità del mero accordo, rispetto al principio generale di cui all'art. 115 c.p. (si richiamano le ipotesi di «quasi-reato» di cui agli artt. 49 e 115 c.p., che prevedono l'applicabilità di una misura di sicurezza in assenza della integrazione di un reato, quali ipotesi di c.d. quasi-reato);

si consideri la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., riferita alla lieve entità dei fatti preveduti dal titolo I, 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.;

le ulteriori fattispecie di assistenza agli associati, cui agli **artt. 307 e 270-ter c.p.**: che si aggiungono a quella, già menzionata, di cui all'art. 418 c.p.;

si noti, in 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*) a quella di cui all'art. 384 c.p., concernente i delitti contro l'amministrazione della giustizia;

si noti, in proposito, che la definizione di **prossimi congiunti**, «agli effetti della legge penale», è 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.;

- lo studio dei reati associativi ha tralasciato l'importante fattispecie delittuosa di associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti (art. 74 t.u. n. 309/1990), che considereremo nel capitolo seguente del corso;

- le norme penali e amministrative in materia di **stupefacenti (t.u. n. 309/1990)**:

**comportamenti autolesionistici e diritto penale**: 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, per fini di salvaguardia della sua salute o della sua incolumità, siano comminate 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 l'istigazione o l'aiuto al suicidio, *ex art. 580 c.p.* (*v. infra*), 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;

va considerata in questo senso la scelta di fondo del t.u. in materia di sostanze stupefacenti che configura la detenzione delle medesime (e alcune altre condotte) *per uso personale* 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;

l'evoluzione normativa, sul piano sanzionatorio, in materia di **stupefacenti** dal 1975 ad oggi, specie con riguardo alla definizione dell'uso personale e dunque al confine tra condotte punibili e condotte sanzionabili solo sul piano amministrativo: il concetto di *modica quantità* nel 1975; il concetto di *dose media giornaliera* riferito a definizioni tabellari del principio attivo nel 1990, insieme a un appesantimento del regime delle sanzioni amministrative *ex art. 76 t.u. n. 309/1990*; il referendum abrogativo della riforma del 1990, nel 1993; la nuova riforma del 2006, che fra l'altro riunificava in un unico delitto le fattispecie penali concernenti c.d. droghe pesanti e leggere, inasprendo nuovamente altresì il regime delle sanzioni amministrative, attraverso l'art. 75-*bis* t.u. n. 309/1990; le dichiarazioni di incostituzionalità, nel 2014 e nel 2016 (*v. infra*) delle norme con cui erano state introdotte le riforme del 2006);

l'**art. 73**, in tema di coltivazione, commercio, vendita, ecc. (spaccio) e **gli effetti della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale** che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 77, co. 2, Cost., l'art. 4-*bis* del d.l. n. 272/2005, conv. in l. n. 49/2006 (in quanto con tale legge di conversione si erano introdotte modifiche relative al t.u. n. 309/1990 non pertinenti rispetto al tema del decreto legge in corso di conversione, relativo alle olimpiadi invernali di Torino del 2006): in tal modo rendendosi nuovamente vigente l'assetto normativo, sul punto, anteriore al 2005;

l'assetto attuale della disciplina (che ripristina il duplice ambito edittale concernente le droghe c.d. pesanti e le droghe c.d. leggere), come risultante a seguito dell'intervento cit. della Corte costituzionale e del successivo d.l. n. 36/2014 conv. con l. n. 79/2014, che ha ripristinato alcune delle norme caducate, specie quelle aventi effetti favorevoli all'imputato:

(art. 73) « 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 otto 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**] »...;

in particolare, 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) « 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 applica, esclusi i casi di cui al co. 5, la **confisca** dei profitti, ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p.: così, ora, l'art. 85-*bis* t.u. stup., introdotto dal d.lgs. n. 21/2018);



**i criteri previsti per la valutazione dell'uso personale**, con riguardo alle sole condotte di chi «illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene» sostanze stupefacenti (con alcuni problemi interpretativi derivanti dal mancato riferimento alla condotta di *coltivazione*), ai sensi dell'**art. 75, co. 1-bis, t.u. n. 309/1990**, secondo il testo risultante in forza del cit. d.l. n. 36/2014, come conv. con l. n. 79/2014; il riferimento per quanto concerne il fattore *quantità* a limiti quantitativi tabellari, tuttavia non vincolanti per il giudice, che deve *tener conto* del loro eventuale superamento (erano stati invece previsti come vincolanti nella riforma del 1990, caducata con il referendum del 1993):

(art. 75) « 1-bis. 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.

2. 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. »...

**le sanzioni amministrative applicabili con riguardo all'uso personale (art. 75, co. 1)** e, in particolare, la sospensione della patente di guida per un periodo fino a tre anni;

« (art. 75) 1. 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. »;

«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 procedura applicativa delle sanzioni amministrative dinnanzi al prefetto e l'invito nei confronti del dipendente o assuntore a seguire un programma terapeutico o socio-riabilitativo, che, se ultimano, consente la revoca delle medesime sanzioni (art. 75, co. 2 e 11 t.u.);

la convocazione dei genitori nel caso di minorenni (art. 75, co. 5, t.u.);

la dichiarata **incostituzionalità** (Corte cost. n. 94/2016), ancora per violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., delle norme con cui nel 2006 era stato introdotto l'**art. 75-bis**, ora dunque non più in vigore; tale normativa 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 già di per sé implicanti forti dubbi di costituzionalità);

gli aspetti problematici dell'estrema severità della disciplina prevista circa l'**associazione finalizzata**

**al traffico illecito di sostanze stupefacenti (art. 74 t.u. n. 309/1990)**, specie con riguardo al tossicodipendente spacciatore, che finisce per assommare (salvo il cumulo giuridico per continuazione) le incriminazioni per l'art. 73 e per l'art. 74 t.u.; dinamica, questa, che rappresenta statisticamente la tipologia criminosa che produce più detenzione in carcere;

si consideri, inoltre, che ai sensi dell'art. 275, co. 3, c.p.p. quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato associativo in esame è sempre applicata 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;

i limiti applicativi dell'ipotesi attenuata di cui al co. 6 dell'art. 74 t.u. (associazione costituita per commettere soli fatti di lieve entità, ai sensi dell'art. 73, co. 5, t.u.), che prevede l'applicabilità delle pene (inferiori) di cui all'art. 416 c.p.;

il rilievo favorevole attribuito alla **collaborazione di giustizia** dagli artt. 73, co. 7, e 74, co. 7, t.u.;

i problemi connessi all'istituto della collaborazione di giustizia (non essendo più previsti benefici con riguardo a mere casistiche di **dissociazione** dall'attività criminosa, cui era stato attribuito rilievo, all'epoca dei c.d. *anni di piombo*, dalla legislazione antiterrorismo);

**l'affidamento in prova in casi particolari**, consistente nell'effettuazione di un programma terapeutico-riabilitativo, in favore del condannato a pena detentiva fino a sei anni, o fino a quattro anni per reati più gravi, che risulti tossicodipendente o alcoldipendente (**art. 94 t.u. n. 309/90**);

la **sospensione**, per cinque anni, **dell'esecuzione della pena** (fino a sei anni, o fino a quattro per reati più gravi) circa **reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendente** (**artt. 90 t.u. n. 309/90**), con possibile esito di *estinzione* del reato (art. 93 t.u.);

si considerino (v. anche *infra*) l'esonero dall'**obbligo di testimonianza**, nel processo, degli operatori di un SERT e delle comunità terapeutiche e socio-riabilitative per tossicodipendenti, nonché la parallela **eccezione**, prevista dall'art. 362, co. 2, c.p., **all'obbligo di denuncia** da parte dell'incaricato di pubblico servizio, in favore dei **responsabili delle comunità terapeutiche socio-riabilitative**:

## 9.5

- il confronto con la disciplina in materia di **doping** di cui agli **artt. 1 ss. 376/2000 e il delitto** (di cui già all'art. 9) ora previsto dall'**art. 586-bis c.p.**, introdotto dal d.lgs. n. 21/2018: la preminenza della salute (rispetto alla mera regolarità delle competizioni sportive) quale bene tutelato nell'ambito di tali norme;

la contemporanea punizione del *pusher* e dell'atleta in materia di *doping*: la problematicità della scelta di sanzionare (anche) penalmente l'assuntore:

si tratta dell'unico caso in cui una scelta autolesionistica è sanzionata *penalmente*, nell'ambito di una normativa avente come finalità prioritaria quella attinente alla tutela della salute (nel caso, infatti, della mutilazione per finalità di **frode in assicurazioni**, di cui all'**art. 642, co. 2, c.p.**, la *ratio* dell'intervento penale si focalizza su una tutela a motivazione patrimoniale);

si tratta, tuttavia, di una scelta che 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 salvaguardia della salute di altri soggetti eventualmente coinvolti (si pensi soprattutto ai settori dilettantistici o giovanili): il singolo atleta, per non incorrere a sua volta in una sanzione penale, potrà soltanto rivolgersi a un medico per curarsi, posto che il medico in tal caso – *ex art. 365, co. 2, c.p.* (v. *supra*) – non è tenuto all'obbligo di referto;

le motivazioni della scelta sembrano collocarsi, ancora una volta, su un piano essenzialmente processuale: garantire la possibilità di indagini della magistratura, per esempio una perquisizione, nei confronti dell'atleta (solitamente, nei confronti di qualche atleta di rango): ma i controeffetti di tale

scelta rispetto alla centralità che dovrebbe assumere la tutela della salute sono, come s'è detto, importanti;

art. 586-*bis*, co. 1 e 2: le **condotte** di somministrazione o assunzione di farmaci e di sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche; la richiesta idoneità a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo; il **fine specifico** di alterare le **prestazioni (esclusivamente) agonistiche** degli atleti o a modificare i risultati dei controlli antidoping (si richiede, pertanto, che l'alterazione si riferisca a *gare*, sia professionistiche che dilettantistiche); le aggravanti (co. 3) e le pene accessorie (co. 4 e 5); la previsione in merito alla confisca «dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre servite o destinate a commettere il reato» (co. 6); la fattispecie di *commercio* (co. 7);

considerazioni sulla ipotesi alternativa *de iure condendo* di una responsabilità delle società sportive rispetto al doping di atleti tesserati (mutuando elementi dal modello della responsabilità per reato degli enti);

**- i delitti dei pubblici ufficiali (e degli incaricati di pubblico servizio) contro la pubblica amministrazione** (titolo II, libro II, capo I c.p.):

il bene tutelato, alla luce dell'art. 97, co. 2, Cost.: il **buon andamento** (vale a dire l'efficienza sul piano economico) e l'**imparzialità dell'amministrazione**;

tenerne conto risulta importante sul piano interpretativo, per delimitare la sfera applicativa dei delitti in oggetto: 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 (per cui se un pubblico ufficiale si appropria di un quadro non suscettibile di essere venduto da parte della p.a. e collocato nel suo ufficio per ragioni estetiche realizza il reato di appropriazione indebita e non quello di peculato);

quanto s'è detto consente di rammentare 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.) sovraindividuali;

- le qualifiche soggettive dei soggetti pubblici nei delitti contro la PA:

**pubblico ufficiale (art. 357, co. 1, c.p.)**: concetto di "pubblica funzione" (legislativa, giudiziaria, amministrativa); descrizione *sostanziale* e non solo *formale* (come dipendente dalla nomina) della pubblica funzione amministrativa, *ex art. 357, co. 2, c.p.*;

**incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.)**: criterio fondato sulla mancanza dei poteri tipici della pubblica funzione, ai sensi del secondo comma;

**persona esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.)**;

- l'**abuso d'ufficio** (art. 323 c.p.):

gli interventi del legislatore nel 1997 che hanno inteso realizzare una maggiore determinatezza della fattispecie, precedentemente costruita (anche con la riforma del 1990) sul dolo specifico di vantaggio o danno riferito a una generica condotta di abuso;

considerazioni sulla pericolosità politico-criminale di una descrizione troppo generica delle condotte penalmente rilevanti, che espongono a un eccessivo rischio di incriminazioni penali anche individui onesti (e, nel nostro caso, la disaffezione di questi ultimi dall'assumere incarichi pubblici);

la norma attuale:

- definisce due modalità della condotta, sebbene il recupero di determinatezza della prima sia piuttosto modesto (la seconda assorbe, invece, il precedente delitto di *interesse privato in atti d'ufficio*, previsto in origine all'art. 324 c.p.);

- trasforma la fattispecie in un reato di evento, con due eventi fra loro alternativi (vantaggio o danno), a differenza di quanto accade per l'estorsione;
- attraverso l'avverbio *intenzionalmente* esclude la rilevanza della causazione dell'evento per dolo eventuale o dolo diretto, richiedendo, pertanto, il sussistere del dolo intenzionale;
- **concussione e corruzione** dopo le riforme del 1990, 2012, 2015 (**artt. 317 e 318 ss. c.p.**):

la **costrizione** (attraverso la minaccia-mezzo di un danno) da parte del soggetto pubblico nei confronti del privato come elemento tipico della **concussione**, delitto a concorso necessario nel quale il soggetto privato non è punito;  
 l'anticipazione del momento consumativo all'atto della *promessa* di danaro o di altra utilità (promessa la quale di per sé sola, diversamente, configurerebbe un tentativo);  
 l'abuso della qualità (in rapporto alla competenza) o dei poteri;  
 la reintroduzione nel 2015 come soggetto attivo della concussione (anche) dell'incaricato di pubblico servizio;

il problema della c.d. concussione *ambientale*: se la costrizione non necessita di esplicitarsi soltanto attraverso una richiesta scritta o orale, non può giungersi a configurare, in dati contesti, una costrizione meramente presunta;  
 si noti come i requisiti propri della concussione, ove non posti in esse da un soggetto privato, darebbero luogo al delitto di **estorsione** (art. 629 c.p.: v. *infra*); la concussione configura del resto, come l'estorsione, un delitto *a concorso necessario*, di cui peraltro uno dei concorrenti è vittima

la posizione paritaria del corrotto (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, *ex art. 320 c.p.*) e del corruttore nelle fattispecie di **corruzione**, che implica una reciprocità degli interessi tra le parti coinvolte  
 ...e la correlata 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 **corruzione propria** (**art. 319 c.p.**), cioè la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, incentrata sul ricevere da parte del soggetto pubblico di danaro od altra utilità, o di accettarne la promessa,  
 per compiere (in futuro) o per aver (già) compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio  
 oppure per omettere o ritardare (in futuro) o per aver (già) omissso o ritardato un atto del suo ufficio;

la **corruzione impropria** (**art. 318 c.p.**), cioè la corruzione per l'esercizio della *funzione* – essendo venuto meno nel 2012 il riferimento a uno specifico *atto* contrario ai doveri d'ufficio:  
 l'equiparazione, anche in questo caso, del ricevere denaro o altra utilità e di accettarne la promessa);

si noti, a proposito della corruzione impropria, che l'avvenuta abrogazione, nel 2012, del secondo comma dell'art. 318 c.p., il quale puniva con pena della reclusione fino a un anno la c.d. corruzione impropria successiva (ricezione successiva all'esercizio corretto delle funzioni o dei poteri) lascia aperto l'interrogativo se l'attuale formulazione («per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri») debba intendersi come riferito a sole funzioni tuttora da espletare o anche a funzioni già espletate: l'interpretazione *in bonam partem*, tra le due possibili, dovrebbe portare a concludere per l'avvenuta depenalizzazione della corruzione impropria successiva, data anche la sua offensività, quantomeno, assai più sfumata (diversamente, la mancata riproposizione del secondo comma con la riforma del

2015 si risolverebbe in un drastico aumento della pena applicabile in tale situazione);

si consideri anche la **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, con pene aggravate se ne derivi una ingiusta condanna;

l'**istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p.**, norma dalla quale si evince (commi 3 e 4) che l'iniziativa proveniente dal soggetto pubblico non implica, da sola, che sia in gioco una concussione piuttosto che una corruzione;

- il problematico inquadramento della fattispecie di **induzione indebita (art. 319-quater c.p.)** introdotta nel 2012, che prevede la punibilità del soggetto privato, sebbene in maniera inferiore rispetto al soggetto pubblico che induce (laddove invece l'induzione, prima della riforma del 2012, si affiancava alla costrizione dell'ambito della concussione);

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 immediatamente posto a seguito di tale innovazione legislativa, il problema di delineare i confini tra condotte riconducibili alla concussione, alla induzione indebita o alla corruzione, essendo immediatamente emerse posizioni diverse nelle stesse pronunce della Cassazione; ne è derivata una pronuncia delle Sezioni Unite, invero non risolutiva:

secondo, dunque, **Cass. s.u. 24.10. 2013, n. 12228 (Maldera)**, riportata tra i "materiali didattici", 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, perchè 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 secondo cui:

«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 antiggiuridico 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);

la questione relativa all'inquadramento di una condotta ingannatoria da parte del soggetto pubblico, che, prima della riforma del 2012, era considerata ipotesi tipica di induzione, ma che oggi sarebbe assurdo punire, *ex art. 319-quater*, anche nei confronti del soggetto privato che subisce l'inganno: il

caso, dunque, appare oggi riconducibile, sussistendone gli ulteriori presupposti, alla sfera applicativa della truffa;

- 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 già fortemente inasprite nel 2012 e poi nel 2015, specie con riguardo ai minimi edittali: nelle 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 che al soggetto privato), da sei a dieci anni per la **corruzione propria** (circa quella impropria v. *infra*) e per la **corruzione in atti giudiziari**, da sei anni a dieci anni a sei mesi per l'**induzione indebita** (rispetto al soggetto pubblico), essendo invece rimasta la reclusione fino a tre anni per il soggetto privato;

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

va considerata, altresì, l'addirittura **quadruplica reazione di natura patrimoniale** che risulta prevista con riguardo ai reati in oggetto: oltre al **risarcimento civilistico del danno**, la **confisca**, anche su beni di valore 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 impropriamente 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, già lo si segnalava, ha inasprito la pena edittale prevista per l'appropriazione indebita: v. *supra*);

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);

tale 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, ed 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, la l. n. 3/2019 **inserisce i delitti in oggetto tra quelli (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.;

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** che possano sussistere motivazioni alla denuncia secondo le condizioni previste; come pure appare molto problematico l'accertamento circa l'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*) alla già prevista ipotesi in cui sia stata ordinata la confisca *ex art. 240-*bis* c.p.* (v. *supra*) con riguardo alla quale è previsto che 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: « 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»;

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, incentrata, secondo l'ottica intimidativa, sull'entità delle pene comminate e sul forte irrigidimento della possibilità di accedere alle misure alternative (si rammenti ancora una volta che il giudice può sempre non raggiungere i massimi edittali), con un sostanziale disinteresse per l'orientamento alla rieducazione, come pure per gli strumenti riparativi): e ciò proprio nel momento in cui si ventila 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 circa la corruzione di strumenti pensati e costruiti, nel passato, per il contrasto delle forme più gravi di criminalità organizzata;

si ha dunque la netta impressione che la gran parte delle scelte operate con la l. n. 3/2019 venga ad assumere, per modalità e durata, più un carattere di accentuata ritorsione nei confronti dell'autore di reato, che quello di un'equilibrata rispondenza a esigenze preventive finalmente percepite come coincidenti con il ricorso alla minaccia di una lunga permanenza in carcere; col rischio che si colpiscano fenomeni di rilievo limitato attraverso condanne esemplari, trascurando, per esempio, fenomeni di condizionamento assai delicato legati a **strategie di lobbying** (circa le quali manca una regolamentazione complessiva, ulteriore ad alcune regole fissate dall'autorità anticorruzione);

## 10.5

- il delitto di **peculato** (art. 314 c.p.) e la sua limitazione, con la riforma del 1990, ai soli casi di appropriazione (non essendo più menzionata la distrazione); il minimo edittale della pena edittale è stato elevato da tre a quattro anni di reclusione con l. n. 150/2012, mentre il massimo edittale è stato elevato da dieci anni a dieci anni e sei mesi di reclusione con l. n. 69/2015;

l'assorbimento a seguito della riforma del 1990 (che ha estromesso il riferimento al "distrarre" nell'art. 314 c.p.) della figura del **peculato per distrazione** nell'abuso d'ufficio, con l'effetto, peraltro, che appropriazioni di valore minimo finiscono per essere punibili 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, molte perplessità l'orientamento giurisprudenziale inteso a punire pur sempre per peculato quando la distrazione, pur non avendo dato luogo a un'appropriazione, abbia rappresentato un radicale distorcimento nella utilizzazione dei beni disponibili, così che essa non risulti più rispondente a interessi della P.A. (come se il soggetto agente avesse disposto dei beni, almeno per un momento, come "cosa propria"): una tale linea interpretativa, infatti, finisce per forzare il principio di legalità (sia sotto il profilo del divieto di analogia, che della riserva di legge, che della determinatezza), tanto più in rapporto a una scelta legislativa espressa (si sarebbe potuto pensare, piuttosto, a una questione di legittimità costituzionale dell'art. 314 c.p., nella parte in cui consente un livello sproporzionato per eccesso di pena, rispetto a casi più gravi puniti meno severamente ai sensi dell'art. 323 c.p.: salva, ovviamente, la possibilità di autonomo intervento da parte del legislatore); del resto, lo stesso parallelo con il fatto che si sia ammessa, talora, un'appropriazione indebita *per distrazione* difficilmente potrebbe essere accettato, perché nell'ipotesi della distrazione da parte del soggetto pubblico un reato applicabile comunque c'è (l'abuso di ufficio), diversamente da quanto può dirsi, ove non si applichi l'art. 646 c.p., per la distrazione posta in essere dal privato;

le differenze con il delitto di **appropriazione indebita**, ex art. 646 c.p. (v. *infra*): soggetto agente, elemento soggettivo, nozione di *disponibilità*; in particolare, il concetto di *disponibilità*, nell'art. 314 c.p., estende il concetto di possesso di cui all'art. 646 c.p.: si consideri che se simile estensione si fosse effettuata per via interpretativa, come avviene per l'appropriazione indebita, si sarebbe configurata, diversamente da quest'ultimo caso, un'ipotesi di analogia *in malam partem*;

come si vedrà, infatti, circa l'appropriazione indebita è necessaria una lettura (*in bona partem*) del **concetto di possesso** che ricomprenda anche la detenzione fuori dalla sfera di controllo diretto del proprietario, onde evitare che si punisca in modo più grave, per furto, una condotta appropriativa del tutto analoga nel suo disvalore a quella tenuta dal possessore in senso civilistico;

l'art. 314, co. 2: il **peculato d'uso**, punito con ambito edittale minore (reclusione da sei mesi a tre anni) con riguardo al caso in cui il colpevole abbia agito allo scopo di fare uso momentaneo della cosa e questa, dopo l'uso momentaneo, sia stata immediatamente restituita.

- concludendo ora la disamina 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)**: confronto con la precedente disciplina, alquanto generica; l'insieme delle materie rilevanti ai fini del primo comma e il concetto di *rifiuto*; la disciplina di cui al secondo comma, riferita agli ambiti diversi da quelli del primo comma e fondata sulla *messa in mora* (30 giorni) del pubblico funzionario; il comportamento necessario da parte del soggetto pubblico affinché la fattispecie di cui al secondo comma non si realizzi; l'alternatività, al secondo comma, tra pena detentiva e pecuniaria; l'inadeguatezza della pretesa di risolvere i problemi dell'apparato burocratico pubblico attraverso una fattispecie penale come quella di cui alla norma in esame;

il reato in esame esige fra l'altro di considerare l'avverbio «indebitamente», di cui al co. 1, in quanto espressivo dei casi di c.d. **antigiuridicità speciale**: quando il legislatore, come nell'art. 328 c.p., inserisce avverbi di questo tipo (anche *abusivamente*, *arbitrariamente*, *illecitamente*, ecc.) prevede l'antigiuridicità della condotta quale espresso elemento del reato, che dunque – al pari di ogni altro elemento della fattispecie tipica – deve risultare coperto (circa i delitti) dal dolo: ciò finisce per rappresentare una deroga al principio di cui all'art. 5 c.p. (cui di fatto viene ricondotto l'errore su elementi normativi extrapenalmente ritenuti integratori della fattispecie

tipica), principio che *esclude* il rilievo dell'errore sull'antigiuridicità penale del fatto, salvo il solo caso dell'errore inevitabile;

secondo un diffuso orientamento, tuttavia, in certi casi (p. es. l'art. 316 c.p.) tali avverbi non sortirebbero l'effetto summenzionato, in quanto le caratteristiche della condotta risulterebbero già, senza dubbio, dagli ulteriori elementi della fattispecie, così che quegli avverbi non svolgerebbero alcuna unzione autonoma;

16.5

- introduzione ai **delitti contro il patrimonio** (titolo XIII, libro II, c.p.);

- **furto (art. 624 c.p.) e rapina (art. 628 c.p.)** come delitti a dolo specifico (v. *supra*) che prevedono il fine di profitto e risultano fondati sull'impossessamento mediante sottrazione della cosa al detentore;

il rapporto tra furto e **appropriazione indebita (art. 646 c.p.)**, consistente nella condotta di cui si appropria, con fine di profitto, del danaro o della cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso;

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 fortemente inasprita dalla l. n. 3/2019 (v. in materia di corruzione), consistendo ora nella la reclusione da due a cinque anni e nella multa da euro 1.000 a euro 3.000;

il concetto di *possesso*, tale da ricomprendere anche la detenzione autonoma (non coincidenza con il concetto civilistico di detenzione);

circa l'appropriazione indebita, infatti, è necessaria una lettura del **concetto di possesso** che ricomprenda anche la detenzione fuori dalla sfera di controllo diretto del proprietario, onde evitare che si punisca in modo più grave, per furto, una condotta appropriativa del tutto analoga nel suo disvalore a quella tenuta da possessore in senso civilistico; si tratta di una lettura *in bonam partem* del concetto di possesso, che attribuisce a quest'ultimo autonomia in ambito penale rispetto a quanto vale nel diritto civile: operazione che, per questo, non collide col principio di legalità;

risulterebbe invece non compatibile 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 sottragga la cosa propria a chi la detenga: soluzione la quale del resto configurerebbe una palese contraddizione con il caso di sottrazione di 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. anche *supra* circa l'illecito di ingiuria);

il regime molto severo del **furto aggravato (art. 625 c.p.)**, come pena della reclusione da due a sei anni) si tenga presente che le aggravanti applicabili sono tali che è molto facile il configurarsi di un furto pluriaggravato; nel caso del concorso di più circostanze tra quelle dell'art. 625 c.p. o tra una di esse ed altra di quelle generali di cui all'art. 61 c.p. la pena diviene quella della reclusione da tre a dieci anni, il che lascia comprendere l'importanza, in proposito, del giudizio di prevalenza o equivalenza fra aggravanti e attenuanti di cui all'art. 69 c.p.;

si consideri anche l'art. 625-*bis*, che dà rilievo in senso attenuante alla collaborazione di giustizia;

- la **rapina (art. 628 c.p.)** costituisce un delitto *speciale* rispetto al furto, in quanto l'impossessamento a seguito di sottrazione si realizza, nella rapina, mediante violenza alla persona o minaccia (mentre

se la violenza è solo sulla cosa si avrà il furto con strappo, previsto all'art. 624-*bis*, co. 2, c.p.); diversamente, dunque, dall'estorsione (v. *infra*), la rapina costituisce, come il furto, un *reato a dolo specifico*;

va peraltro distinta dall'ipotesi base la figura della **rapina impropria** (art. 628, co. 2, c.p.), in cui la violenza o la minaccia sono esercitate *dopo* la già avvenuta sottrazione, per assicurare il possesso della cosa sottratta o per procurare l'impunità;

si consideri, in proposito, la problematica del **rapporto tra rapina impropria e tentativo**, nell'ipotesi in cui la violenza o la minaccia siano esercitate, per i fini di cui sopra, a seguito di un tentativo di furto, che come tale non abbia conseguito la sottrazione della cosa: risulta condivisibile l'opinione dottrinale che ciò configuri un'ipotesi di furto tentato + violenza privata (o percosse, o lesioni) e non una, più sfavorevole, rapina impropria *tentata*: in quanto l'ambito applicativo della fattispecie di rapina presuppone sempre l'avvenuto impossessamento della cosa;

si considerino, inoltre, gli **aumenti dei minimi edittali** di pena introdotti con la l. n. 36/2019: a cinque anni di reclusione nella fattispecie base (massimo dieci anni), a sei anni per la rapina aggravata, a sette anni per la rapina pluriaggravata (massimo in entrambi i casi venti anni), secondo un regime parallelo a quello del furto pluriaggravato (v. *supra*); si osservi, a tal proposito, come ciò che vincola in giudice in sede di determinazione della pena (con effetti circa l'applicabilità della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare applicabili fin dall'inizio dell'esecuzione) sono proprio i minimi, e non i massimi edittali;

si noti anche l'esclusione del giudizio di equivalenza o prevalenza, *ex art.* 69 c.p., rispetto ad attenuanti concorrenti, quando sussistano le abbravanti di cui ai commi da 3 a *tre-quater* (art. 628, co. 5 c.p.);

- l'**estorsione** (art. 629 c.p.) come *reato di evento* (a differenza dei delitti precedenti) e come *reato a concorso necessario*, di cui peraltro uno dei concorrenti è vittima (costrizione a fare od omettere, con esito di profitto proprio o altrui e, insieme, di altrui danno): l'esemplificazione del "pizzo";

si consideri il regime sanzionatorio particolarmente severo, in parallelo a quanto previsto rispetto alla rapina (pena della reclusione da cinque a dieci anni nell'ipotesi base; nell'ipotesi aggravata di cui al secondo comma da sette a venti anni);

nel caso in cui il soggetto passivo non abbia un reale margine decisionale, stante l'entità e l'attualità del male minacciato (l'ipotesi classica è quella in cui si minacci *o la borsa o la vita*), si è tradizionalmente sostenuto il configurarsi della rapina, piuttosto che della estorsione: distinguo attualmente poco rilevante perché il regime sanzionatorio della rapina non è più severo rispetto a quello previsto per l'estorsione;

- il confronto tra i requisiti dei delitti contro il patrimonio da ultimo considerati e il delitto di **violenza privata (art. 610 c.p.)**, quale fattispecie posta a tutela della *libertà morale*, consistente nel costringere con violenza o minaccia a fare, tollerare od omettere, ma senza esiti di profitto e danno;

- la **truffa** (art. 640 c.p.) come delitto di evento a concorso necessario punibile a querela nell'ipotesi base;

la nozione di artifici (materiali) e raggiri (argomentativi): il truffato, diversamente dall'estorsione, ritiene di agire in modo libero, in quanto viene indotto in errore;

la **triplice catena causale** di eventi che caratterizza il delitto di truffa (alla luce dell'elemento implicito consistente in una **disposizione di carattere patrimoniale** da parte della vittima): causazione di un *errore*, che dà luogo alla *disposizione patrimoniale*, da cui deriva l'*ingiusto profitto con altrui danno* (evento congiuntivo, come nell'estorsione);

il rischio di un'utilizzazione estensiva, e censurabile, della denuncia per truffa in rapporto alla causazione, rilevante in sede civile, di un qualsiasi danno ingiusto;

le ipotesi aggravate della truffa ai danni dello stato e del fatto commesso ingenerando il timore di un pericolo immaginario (co. 2)

l'ulteriore ipotesi di cui all'art. 640-*bis* c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche): la discussione sulla configurabilità di tale fattispecie come (ulteriore) ipotesi aggravata dell'art. 640 c.p. o come reato autonomo, e gli effetti di tale alternativa (circa l'elemento soggettivo e l'applicabilità dell'art. 69 c.p. in tema di concorso tra circostanze eterogenee);

nozione di frode informatica: art. 640-*ter*;

l'estensione circa i reati di truffa, *ex art. 640-quater c.p.*, delle disposizioni sulla **confisca** di cui all'art. 322-*ter* c.p. (v. *supra*);

su alcune **problematiche particolari in tema di truffa**: l'attitudine ingannatoria della condotta, in rapporto alla diligenza comunque richiesta alla controparte, sebbene commisurata alla sua competenza; l'esigenza di evitare un'estensione *in malam partem* delle condotte di raggirio rilevanti a quelle meramente omissive (cioè di sola reticenza); l'esigenza di un'effettiva disposizione avente natura patrimoniale, non risultando sufficiente una mera condotta materiale con effetti di profitto e danno (p.es., la distruzione per inganno di un raro francobollo); la non rilevanza di un atto di disposizione avente mero carattere omissivo (p.es., la mancata constatazione dell'infrazione da parte del vigile, per falsificazione, in anni passati, del contrassegno del bollo automobilistico);

l'assai discutibile configurabilità della truffa concernente **atti illeciti**, cioè finalità comunque illecite perseguite dal truffato (si pensi alla truffa nell'ambito di una ricettazione);

la non configurabilità della c.d. **truffa processuale** (consistente nell'inganno dei giudici che abbiano pronunciato una sentenza civile o amministrativa, con conseguente ingiusto profitto e danno), anche in rapporto alla scelta legislativa di prevedere come reato, in materia, 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 il perito nella esecuzione di una perizia);

- a questo punto appare utile collocare – anche ai fini di una adeguata preparazione di base in Diritto penale II – i temi costituiti da **usura, ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio**: reati comuni inseriti tra i delitti contro il patrimonio, ma rilevanti rispetto al contrasto dell'inquinamento delle attività economiche ad opera della criminalità organizzata:

poiché tuttavia a tali delitti, nel corso svolto in questo anno accademico, si sono fatti solo brevi cenni (essendosi inserita, rispetto agli anni precedenti, l'illustrazione degli illeciti in materia di stupefacenti), **lo studio della parte di seguito illustrata su usura, ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio è da considerarsi facoltativa**: lo studente potrà dunque dichiarare di voler essere sentito in sede d'esame anche su tale parte, e ciò potrà costituire un elemento favorevole nei suoi confronti (restano ovviamente obbligatori gli argomenti affrontati nelle lezioni successive dei giorni 17, 23 e 24 maggio: v. *infra*):

- **usura** (art. 644 c.p.): –

il bene tutelato costituito dal patrimonio del soggetto che subisce l'usura e il rapporto con la prevenzione della criminalità organizzata; il divieto di usura come limite alla autonomia contrattuale; la natura di reato a concorso necessario, nel cui ambito, tuttavia, uno dei compartecipi è considerato come vittima e non è punito;

il momento della consumazione, rappresentato dal farsi dare o promettere danaro o altra utilità in corrispettivo di interessi o altri vantaggi usurari; il rilievo della mediazione usuraria (co. 2);

la **riforma** del reato **attuata con legge n. 108/1996**; il passaggio dalla precedente costruzione della fattispecie come reato di pericolo concreto, tale da richiedere la prova dello sfruttamento di uno stato di bisogno, alla diversa configurazione attuale, intesa a «compensare» tale evoluzione con il recupero di determinatezza legato alla definizione di una soglia formale identificativa dell'interesse usurario; la contraddittorietà rispetto a quest'ultimo fine della seconda parte del terzo comma;

il forte aumento nell'entità della pena rispetto al livello previsto prima della riforma del 1996;  
la determinazione degli **interessi usurari** di cui all'art. 644, co. 3 e 4, c.p., secondo il criterio fissato dall'**art. 2, co. 1 e 4, l. n. 108/1996**);

la **determinazione del tasso usurario**, per i diversi tipi di operazioni, in rapporto al tasso medio rilevato trimestralmente rispetto a ciascuna di esse sul mercato e pubblicato, ogni trimestre, attraverso un decreto ministeriale:

ciò **non costituisce**, tuttavia, **una violazione relativa al principio della riserva di legge**, dato che simile determinazione non concede alcun margine di discrezionalità all'autorità amministrativa, rappresentando solo un'applicazione tecnica del criterio previsto al cit. art. 2, co. 4, l. n. 108/1996: il tasso usurario corrisponde al tasso medio rilevato a livello ministeriale nel trimestre precedente in relazione alla categoria dell'operazione di cui si tratti, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, purché la differenza tra il limite rilevante ai fini del tasso usurario e il tasso medio stesso non superi gli otto punti percentuali);

la vicenda relativa alla c.d. commissione di massimo scoperto, originariamente non ritenuta ricomprensibile tra le commissioni, remunerazioni e spese che entrano a far parte del calcolo del tasso d'interesse (co. 4), con successivo mutamento di indirizzo da parte della Cassazione;

la diversa natura dei due "**fondi**" **antiusura** (artt. 14 e 15 l. n. 108/1996; in particolare la funzione di *prevenzione primaria* svolta dal fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura previsto dall'art. 15 e la funzione di aiuto, ma anche promozionale della costituzione da parte della vittima nel processo di usura, svolta dal fondo di cui all'art. 14);

- va premesso, per l'approccio al delitto di riciclaggio, lo studio della **ricettazione (art. 648 c.p.)**: gli elementi del reato, che si configura a dolo specifico (fine di profitto) e richiede che *si acquisti, riceva od occulti* danaro o cose provenienti da *delitto*; le aggravanti e l'ipotesi di particolare tenuità; il confine con il delitto di **favoreggiamento reale (art. 379 c.p.: v. supra)**, che consiste nell'aiutare taluno ad assicurare il prodotto, il profitto o il prezzo di un reato (e non soltanto di un *delitto*) e non richiede il dolo specifico;

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

la ritenuta inadeguatezza, a suo tempo, del delitto di ricettazione a gestire il problema nuovo del riciclaggio (con riguardo, soprattutto, all'interpretazione del concetto di occultamento);

un occultamento senza previa ricezione costituirebbe ricettazione e non riciclaggio ove mancasse la lecito-vestizione del danaro o delle cose (e in mancanza del dolo specifico, rimarrebbe, sussistendone i requisiti, favoreggiamento reale);

- le differenze, nella loro struttura, fra i delitti di **ricettazione e riciclaggio** (artt. 648 e 648-bis ss. c.p.); in particolare, il riciclaggio come delitto – da ritenersi, in realtà, contro l'amministrazione della giustizia – finalizzato a impedire che venga ostacolato il riconoscimento della provenienza delittuosa di danaro o altri beni e, pertanto, al contrasto del riutilizzo nel mercato economico dei proventi da reato;

- il **riciclaggio (art. 648-bis c.p.)** quale delitto compiuto da un soggetto non concorrente nei delitti da cui provengono il danaro, i beni o le altre utilità riciclati («fuori dei casi di concorso nel reato»); le condotte e la centralità delle «operazioni» compiute «in modo da» – e non *al fine di* o *idoneo a* (v. *infra*) – ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di danaro, beni o altre utilità; si osservi la presenza della ulteriore fattispecie, il cui ambito applicativo pare sostanzialmente assorbito, tuttavia, dalla norma precedente, di **impiego di danaro ecc. di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.)**;

- la nuova fattispecie di **autoriciclaggio**, introdotta con l. n. 186/2014, (**art. 648-ter1 c.p.**), che

prevede la punibilità per condotte di riciclaggio, a certe condizioni, anche dell'autore o coautore del delitto-base di provenienza del danaro ecc.;

la forte **problematicità della norma quando al rispetto del principio del c.d. *ne bis in idem* sostanziale** sotto il profitto del c.d. postfatto non punibile (v. concorso di reati, concorso apparente); le motivazioni, di carattere soprattutto processuale, dell'innovazione (il che impone di evidenziare la non accettabilità di un utilizzo del diritto penale sostanziale, sia con riguardo alle incriminazioni che alle entità delle pene previste, in funzione di esigenze processuali – prescrizione, misure cautelari, poteri d'indagine, ecc. – cui si dovrebbe provvedere con norme procedurali specifiche);

la scelta del legislatore di non limitarsi, per punire l'autoriciclaggio, ad abrogare l'inciso «fuori dai casi di concorso nel reato» all'inizio dell'art. 648-bis: con ciò lasciando intendere che si sarebbero selezionate solo forme particolari, per la loro pericolosità, di utilizzo dei proventi illeciti da parte dello stesso soggetto che li aveva precedentemente realizzati (o aveva contribuito a realizzarli), così da evitare la censura di violazione del principio *ne bis in idem*;

la scarsa attitudine delimitativa, tuttavia, della nuova norma, specie in rapporto all'«impiego» del denaro ecc. in generiche «attività economiche»

la non punibilità (co. 4) nel caso di mera *utilizzazione o godimento personale*;

l'interrogativo che è sorto circa la norma penale applicabile nei confronti del riciclatore che agisca cooperando nel riciclaggio con l'autore del reato-base: risponde di riciclaggio o (solo) di concorso in autoriciclaggio?

problemi concernenti la configurabilità dell'autoriciclaggio con riguardo ai reati tributari;

- il sistema di tutela anticipata del riciclaggio costruito, in materia, dal **d.lgs. n. 231/2007** (così come modificato dal d.lgs. n. 90/2017), quale **strategia di prevenzione effettiva del riciclaggio** (l'accertamento a posteriori dei riciclaggi già avvenuti è difficile e assai sporadica);

i principi generali di cui all'art. 2 e i soggetti obbligati di cui all'art. 3;

in particolare, l'estensione degli obblighi per finalità preventive di rilievo pubblico agli esercenti attività di natura privata, fra i quali, per attività diverse da quelle del patrocinio legale, anche l'avvocato, il notaio e altri professionisti;

il ruolo della Unità di Informazione Finanziaria (UIF), di cui all'art. 6 (in part. il co. 4);

- i tre nuclei di **obblighi** (cui si affiancano le misure per la limitazione dell'uso di danaro contante e dei titoli al portatore previste agli artt. 49 ss.):

a) di **adeguata verifica della clientela** (artt. 17 ss.): non solo del titolare effettivo, ma anche del significato economico dell'operazione richiesta (art. 18, co. 1, lett. c); il carattere della proporzionalità all'entità dei rischi, circa le misure di verifica richieste (art. 17, co. 3); gli obblighi del cliente (art. 22); l'obbligo di astensione dal compimento dell'operazione nel caso di impossibilità oggettiva dell'adeguata verifica (art. 42);

b) di **conservazione** dei dati (artt. 31 ss.), a fini di *tracciabilità* delle operazioni;

c) di **segnalazione delle operazioni sospette** e di tutela del segnalante (artt. 35 ss.); gli obblighi specifici di comunicazione da parte degli organi societari (art. 46);

- le disposizioni sanzionatorie in caso di inottemperanza degli obblighi:

le **sanzioni di natura penale** (art. 55);

ma si tenga presente anche il reato di cui ora all'art. 493-ter c.p., introdotto dal d.lgs. n. 21/2018, in tema di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento;

e le **sanzioni di natura amministrativa** (artt. 56 ss.):

si consideri, in particolare, l'**art. 58**, in materia di **inosservanza dell'obbligo di segnalazione**; tale norma prevede una sanzione amministrativa di base, *fissa*, pari a 3000 euro (co. 1), che nel caso di «violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime», secondo i criteri di gravità indicati dalla norma, diviene quantificabile fra euro 30.000 ed euro 300.000 che in caso di vantaggio economico riferisce la sanzione anche all'entità del vantaggio (co. 2); mentre ove da queste ultime violazioni sia derivato un vantaggio economico l'importo massimo della sanzione è elevato fino al doppio

dell'ammontare del vantaggio se questo sia determinato o determinabile (col limite di euro 450.000) o fino a un milione di euro, ove tale vantaggio non sia determinato o determinabile (co. 4);

resta chiaro che il soggetto il quale abbia omesso la segnalazione, non avendo rilevato o segnalato l'operazione sospetta per colpa, e 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, necessita del dolo);

è sorto, peraltro, il quesito relativo alla configurabilità di ricettazione e riciclaggio a titolo di **dolo eventuale**, anche in rapporto a Cass. s.u. 26-11-2009, n. 12433 (Nocera), su dolo eventuale e ricettazione: tale sentenza ha ritenuto 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» (**incauto acquisto**) di cui all'art. 712 c.p.; orientamento che si era reputato di poter estendere anche al riciclaggio, date, fra l'altro, le fattispecie penali di cui al d.lgs. n. 231/2007 che sanzionano specificamente il mancato adempimento di obblighi preventivi (tuttavia, l'illecito amministrativo di mancata segnalazione prevede la clausola «salvo che il fatto costituisca reato»);

deve nel contempo osservarsi, peraltro, che proprio la suddetta sentenza Nocera ha per la prima volta proposto in sede di Cassazione una ricostruzione del dolo eventuale secondo la prospettiva della formula di Frank;

il caso in esame rappresenta uno degli esempi più evidenti della delicatezza del ricorso alla categoria del dolo eventuale e degli eccessi cui quest'ultima può condurre: resta evidente che il pericolo di incriminazioni per riciclaggio a titolo di dolo eventuale sarebbe tanto maggiore ove si volesse continuare a definire quest'ultimo secondo la vecchia formula dell'«accettazione del rischio», piuttosto che secondo la formula di Frank (v. *supra*);

si consideri, inoltre, che la configurabilità del dolo eventuale di riciclaggio verrebbe meno a priori se si rinvenisse nell'art. 648-*bis* c.p. un dolo specifico consistente nel fine di ostacolare l'identificazione della provenienza illecita: si è già osservato, peraltro, che la formula utilizzata in tale fattispecie è «in modo da ostacolare», la quale sembra porsi nella prospettiva di un reato di evento (tale da richiedere che un effettivo intralcio alla identificazione della provenienza illecita si sia realizzato);

- si rifletta, infine, sulla **non identificabilità degli obblighi di agire aventi significato preventivo**, che vanno moltiplicandosi (lo si è visto con riguardo al d.lgs. n. 231/2007) nell'ambito delle diverse forme di prevenzione anticipata, **come posizioni di garanzia rilevanti ai fini dell'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);

dunque, non potrebbe assolutamente configurarsi una punibilità per riciclaggio, a parte ogni altra considerazione circa l'elemento soggettivo, in rapporto a una condotta meramente omissiva (ipotesi della mancata segnalazione di un'operazione da parte dell'operatore bancario, ove l'operazione costituente riciclaggio fosse poi eseguita da un altro soggetto);

## 17.5

passiamo allo studio di due nuclei fondamentali tra i delitti classici di diritto penale dell'economia:

- **false comunicazioni sociali (falso in bilancio) - artt. 2621 ss. cod. civ.:**

premesse storiche: l'evoluzione giurisprudenziale che, negli anni ottanta e novanta, condusse ad applicare la previsione originaria sulle false comunicazioni sociali – punita con reclusione da uno a cinque anni e fondata in primo luogo sull'esporre *fraudolentemente* fatti non rispondenti al vero (per

cui s'era ritenuto che essa richiedesse la prova del danno nei confronti di soci o creditori – anche nei casi in cui tale danno non sussistesse: cioè anche nei casi di semplice bilancio falso (per esempio realizzato nell'interesse stesso dei soci al fine di predisporre fondi neri utilizzabili a scopo di corruzione);

### **la riforma del 2002:**

furono previste due fattispecie, tali che l'art. 2622 c.civ. si distingueva dall'art. 2621 c.civ. per il solo fatto di richiedere il *danno* nei confronti della società, dei soci o dei creditori, configurandosi come reato di evento (punibile a querela nell'ipotesi base), piuttosto che come reato di pura condotta;

sul piano dei beni tutelati, l'art. 2622 si configurava in tal senso per essere orientato alla tutela degli interessi patrimoniali di soci e creditori, mentre l'art. 2621 per essere orientato alla tutela dell'interesse generale alla trasparenza dei bilanci: tuttavia la configurazione dell'art. 2621 quale contravvenzione (con breve termine prescrizione) e l'entità delle pene ivi previste rendevano la penalizzazione del mero falso in bilancio senza prova del danno sostanzialmente pletorica, tanto che **si era parlato di una *depenalizzazione di fatto del (mero) falso in bilancio***;

è ovvio, del resto, che per gli amministratori è assai più temibile una norma che punisca il falso in bilancio in quanto tale, piuttosto che una norma che lo punisca solo quando sia provato un danno per la società, i soci o i creditori (e a maggior ragione ove, nel secondo caso, si esiga altresì la querela da parte della persona offesa);

la previsione per entrambe le fattispecie di requisiti per la **punibilità**, richiedendosi una ***alterazione sensibile*** del bilancio, ritenuta sempre mancante ove si rimanesse al di sotto di tre ***soglie*** definite dal legislatore (artt. 2621, co. 3 e 4, e 2622, co. 7 e 8 vecchio testo): v. *infra*;

### **la disciplina vigente:**

si è avuta, peraltro, una totale riorganizzazione della materia con legge n. 69/2015:

in particolare, è **venuta meno la distinzione in due reati fondata sulla causazione o meno di un danno** per società, soci, o creditori; la causazione di un danno, infatti, non assume alcun rilievo nella nuova norma-base unitaria, costituente un delitto di condotta perseguibile d'ufficio, rappresentata dal nuovo **art. 2621 c.civ.** (con pene ben più gravi di quelle previste sia dal precedente art. 2621, sia dal precedente art. 2622, co. 1, cod. civ.); **oggi, dunque, la condotta di falso in bilancio** (nelle forme attiva e omissiva previste dalla norma) è **punita di per sé**, così che il bene tutelato pare da individuarsi esclusivamente nell'interesse generale alla trasparenza dei bilanci (sebbene permanga il dolo specifico di profitto);

resta il fatto che il recupero di effettività del divieto di comunicazioni sociali false è stato perseguito attraverso la modalità tradizionale che fa leva sull'entità della pena detentiva: il che rimane un limite della riforma;

l'attuale art. 2621 c.civ. richiede, ai fini del falso in bilancio, l'**esposizione (o l'omissione) di fatti materiali**: non rilevano, cioè, meri giudizi sull'andamento societario svincolati dal riferimento a fatti precisi;

il bilancio, peraltro, si compone di **valutazioni** in termini economici di quei fatti e, in proposito, si è discusso circa il venir meno, con la riforma, dell'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*» riferito a quei medesimi fatti, inciso presente, invece, nelle vecchie formulazioni degli artt. 2621 e 2622 c.civ.: la questione (suscitata da una precisa scelta linguistica del legislatore, che tuttavia, ove 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;

si noti anche il venir meno, rispetto all'assetto normativo precedente il 2015, del (secondo) dolo



specifico costituito dall'«intenzione di ingannare i soci o il pubblico», mantenendosi invece il requisito della 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 preoccupa un poco vedere espressamente precisato);

il nuovo **art. 2622 c.civ.** delinea, invece, una fattispecie autonoma – con i medesimi requisiti del 2621, salvo quanto sui dirà poco oltre – riferita a condotte poste in essere nell'ambito di società quotate, ma caratterizzata da sanzioni maggiormente severe;

nei due nuovi delitti viene meno, fra l'altro, la previsione della fascia di non punibilità del falso in bilancio prevista per entrambe le fattispecie anteriori alla riforma introdotta dalla legge n. 69/2015, circa le quali la punibilità era esclusa, come già s'è detto, ove il fatto non costituisse un'*alterazione sensibile* in merito alla rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società e, comunque, quando non risultassero superate tre soglie, due quantitative e una valutativa; in proposito, si poneva l'interrogativo circa la classificazione del superamento di tali soglie come **elementi del reato** oppure come **condizioni oggettive di punibilità (art. 44 c.p.)**, stanti gli effetti di simile alternativa con riguardo all'elemento soggettivo: nel primo caso occorrerebbe anche il dolo di superamento delle soglie, nel secondo caso queste ultime rileverebbero oggettivamente (salvo, secondo un'impostazione minoritaria relativa all'art. 44 c.p., il rilievo della colpa);

si rammenti che sono qualificabili come condizioni oggettive di punibilità solo fattori *estrinseci* rispetto al reato, cioè tali che dalla loro presenza o assenza non dipenda la lesione del bene tutelato, così che esse rispondono a mere valutazioni legislative sulla punibilità (per ragioni di natura politico-criminale);

ove invece si trattasse di fattori *intrinseci* al reato (tali, dunque, che da essi dipenda la lesione del bene giuridico protetto), gli stessi costituirebbero elementi del reato medesimo e necessiterebbero, pertanto, di essere coperti, per i delitti, dal dolo, in conformità al principio di colpevolezza; per stabilire, dunque, se un certo fattore indicato dalla norma penale come necessario per la punibilità debba considerarsi elemento del reato o condizione di punibilità si tratta di domandarsi e dalla presenza o dall'assenza di quel fattore dipenda o meno l'offesa del bene tutelato dalla norma;

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 dei figli a stabilire legami affettivi autonomi da quelli familiari (diritto che verrebbe reso ben difficilmente salvaguardabile ove la l'affettività familiare ricomprendesse condotte *strico sensu* sessuali), 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 solo garantire che il loro realizzarsi non sia reso pubblico;

tornando 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 imposto 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 la lesione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie in oggetto;

la nuova formulazione dell'art. 2621 c.civ. fa corrispondere al venir meno del rilievo delle soglie di punibilità l'inserimento dell'**aggettivo «rilevanti»** con riguardo ai «fatti materiali» cui hanno riguardo le condotte, attiva e omissiva, previste da tali norme: ciò richiama esplicitamente l'esigenza

di una valutazione da parte del giudice in merito alla reale *offensività* del fatto, esigenza che del resto permarrrebbe pur in assenza dell'aggettivo *rilevanti*, in forza del **principio** generale **di offensività**; resterà dunque da valutarsi – nonostante il venir meno delle soglie e per 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 societaria di livello tale da poter incidere sulle decisioni dei destinatari;

si noti, proprio a tal proposito, che rispetto alla (sola) condotta attiva dell'**art. 2622 c.civ.** l'**aggettivo rilevanti** non compare: ma ciò – conformemente agli stessi orientamenti della Corte di Cassazione – non può comportare una differenza interpretativa in *malam partem* rispetto all'art. 2622 c.civ., né potrebbe implicare, in ogni caso, l'irrilevanza rispetto a tale norma del richiamato principio di offensività;

si noti altresì che, sempre rispetto alla (sola) condotta attiva dell'art. 2622 c.civ., manca la limitazione ai soli bilanci, relazioni o altre **comunicazioni** sociali dirette ai soci o al pubblico «**previste dalla legge**», il che comporta un ambito più esteso di rilievo della condotta rispetto a quanto previsto dall'art. 2621 c.civ.;

entrambe le fattispecie vigenti richiedono, inoltre, che le condotte di *esporre* o di *omettere* si realizzino **consapevolmente**: il che non risulta pleonastico, ma limita la responsabilità al solo dolo intenzionale e al dolo diretto, con **esclusione del dolo eventuale**, il che esclude la responsabilità nel caso del mero dubbio sulla falsità: aspetto questo di particolare rilievo per quanto concerne le responsabilità degli amministratori non operativi e dei sindaci, con riguardo a censure di inadeguato controllo che avevano portato talora, in presenza di c.d. *segnali d'allarme*, ad incriminazioni fondate sul dolo eventuale, genericamente inteso non secondo la formula di Frank, ma come mera accettazione del rischio);

- rispetto alla sola casistica di cui all'art. 2621 c.civ., sono stati introdotti, con la riforma del 2015, l'**art. 2621-bis c.civ.** (che prevede una fattispecie di reato punita in modo meno grave, con un'ipotesi, al secondo comma, di perseguibilità a querela), con riguardo a **fatti di lieve entità**, e l'**art. 2621-ter c.civ.**, con riguardo alla non punibilità per **particolare tenuità del fatto** ex art. 131-bis c.p., circa la cui valutazione torna ad assumere rilievo («prevalente») l'entità dell'eventuale **danno** cagionato; si tratta dell'unico profilo per cui il danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori resta rilevante dopo la riforma del 2015;

si deve pertanto 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 ed è punibile con pena diminuita);

### 23.5

- circa la materia costituita dai reati di **bancarotta**, si deve tener conto del **d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)** che, riformando nel suo complesso la materia fallimentare, non ha tuttavia modificato, se non in modo marginale (ma 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**;

il nuovo d.lgs., salvo per alcune norme, entrerà in vigore dopo 18 mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 14 febbraio 2019, e la **disposizione transitoria** di cui all'**art. 389** del medesimo d.lgs. prevede che 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): il che muove nel senso secondo cui la sostituzione del fallimento con la liquidazione giudiziale non possa intendersi come una *abolitio criminis* (art. 2, co. 2, c.p.) circa i reati fallimentari commessi prima dell'emanazione del medesimo d.lgs.

- si considerino **le diverse tipologie di bancarotta fraudolenta** (di cui all'art. 322 d.lgs. n. 14/2019, già art. 216 l.f.): patrimoniale, documentale e preferenziale, nelle forme predichiarativa (prefallimentare) o postdichiarativa (postfallimentare);

- in particolare, la **bancarotta fraudolenta patrimoniale predichiarativa** (prefallimentare) – **art. 322 [216], co. 1, n. 1** – e i due gruppi di condotte da essa previsti (imperniate, rispettivamente, sulla compromissione dell'*attivo* o sulla dilatazione del *passivo*), per il secondo dei quali è indicato il fine del «recare pregiudizio ai soci e ai creditori» e la **bancarotta semplice** – **art. 323 [217]** –, imperniata sulla tenuta (volontaria) di condotte non diligenti (salvo il n. 5, costituente un'ipotesi a sé stante);

il bene tutelato, costituito dal patrimonio dei creditori e dal diritto degli stessi di potersi rivalere, secondo *par condicio*, sul patrimonio residuo del fallito;

l'esigenza che la condotta attivi effettivamente, in termini di c.d. imputazione oggettiva, un rischio significativo rispetto all'esito del dissesto e, dunque, del fallimento;

l'inquadramento consequenziale della bancarotta – posto che i delitti di bancarotta non richiedono l'accertamento di un danno relativo al patrimonio dei creditori – come **reato di pericolo**, che non può considerarsi addirittura *presunto*, e l'esigenza che il sussistere di tale pericolo nei confronti dell'interesse patrimoniale dei creditori sia provato *in concreto* e costituisca oggetto del dolo;

**il ruolo della (successiva) dichiarazione di liquidazione giudiziale** (di fallimento), come **condizione di punibilità** oppure come **elemento del reato**

(si riprenda – v. *supra* – la problematica già trattata con riguardo alla non punibilità del falso in bilancio secondo la legislazione anteriore al 2015, e l'esemplificazione riferita al delitto di incesto):

circa la bancarotta, da un lato la liquidazione giudiziale (il fallimento) può essere intesa come mera 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;

vi sono, conseguentemente, ragioni per sostenere che il realizzarsi della liquidazione giudiziale (del fallimento) non è estraneo alla lesione del bene tutelato, così da non potersi considerare mera condizione oggettiva di punibilità: tale, peraltro, veniva configurata la dichiarazione di fallimento nella relazione del ministro guardasigilli all'atto dell'introduzione della norma;

nondimeno Cass. s.u. 25-1-1958, n. 2, qualificò la dichiarazione di fallimento come una «condizione di esistenza» del reato: tuttavia *sui generis* in quanto tale qualifica non implicherebbe – come invece sarebbe naturale per gli elementi del reato – né che il fallimento sia conseguenza causale delle condotte di bancarotta, né che il verificarsi del medesimo sia oggetto del dolo: implicherebbe piuttosto che la consumazione del delitto, decisiva ai fini del radicamento della competenza territoriale, si avrebbe al momento (e dunque nel luogo) della dichiarazione di fallimento; simile impostazione, con alcune varianti, è risultata a lungo dominante in dottrina, pur nella sua oggettiva contraddittorietà; in epoca più recente Cass. 24-9-2012, n. 47502, considerando a tutti gli effetti la dichiarazione di fallimento come elemento del reato, ebbe a richiedere invece, rispetto alla medesima, sia la causalità che il dolo (per cui – posto che se si esigesse il dolo intenzionale di causazione del fallimento la fattispecie di bancarotta fraudolenta non si applicherebbe quasi mai – è da supporre che tale orientamento avrebbe

condotto a enfatizzare la categoria del dolo eventuale, secondo una lettura molto lata della medesima): ma questo nuovo indirizzo non è stato seguito da pronunce successive; in particolare C 8-2-2017, n. 361, è tornata all'indirizzo originario, configurando la dichiarazione di fallimento 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); tale sentenza resta comunque assai discutibile: essa ritiene la bancarotta fraudolenta come un reato di pericolo (concreto) integrato con la mera tenuta delle condotte bancarottiere, sebbene punito con la reclusione fino a dieci anni; identificando per giunta la fraudolenza, e in tal senso rendendola caratteristica irrilevante, con il mero dolo (vale a dire, con la mera consapevolezza) del pericolo per il patrimonio dei creditori: il che, come si dirà, finisce per assorbire gran parte dei casi di bancarotta semplice in quella fraudolenta; tutto questo rende chiara l'esigenza di una revisione normativa, attesa da decenni, dell'intera disciplina delle bancarotte;

- circa la **bancarotta semplice** (art. 323 [217]), si consideri, innanzitutto, che la mera descrizione oggettiva delle condotte (se ne vedano i cinque gruppi richiamati dalla norma, di cui l'ultimo costituisce una ipotesi a sé stante) non appare in grado di tracciare un confine netto con la bancarotta fraudolenta: tra il fare «spese eccessive» o il compiere «operazioni di pura sorte» (art. 323 [217]) e il «dissipare» (art. 322 [216]), per esempio, non c'è un distinguo chiaro; si consideri, 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**, cioè la loro realizzazione volontaria (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 (od eventualmente colposa o con dolo eventuale); ma configurando in questo modo la bancarotta semplice (e genericamente dolosa quella fraudolenta), e posto che in sede processuale si constaterà di regola la tenuta volontaria delle condotte compatibili con la bancarotta semplice (una spesa *eccessiva* la si fa in modo volontario), il rischio è che si punisca sempre per bancarotta fraudolenta, abrogando, di fatto, quella semplice;

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 solo 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 rimangono valide anche ove si consideri la bancarotta (semplice) come tale da richiedere il fallimento quale evento del reato: sebbene, infatti, l'esplicita caratterizzazione delle condotte come violazioni di regole di diligenza possa costituire motivo, in tal caso, 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;

## 24.5

- la **bancarotta impropria** (societaria):

- **art. 329 (223)** - bancarotta impropria fraudolenta:

il co. 1 estende l'ambito applicativo di cui all'art. 322 (216) agli amministratori e agli altri soggetti previsti dalla norma,

mentre il **co. 2** introduce, rispetto ai medesimi soggetti, **due fattispecie** speciali, pur sempre subordinate alla dichiarazione di liquidazione giudiziaria (fallimento):

la prima – lett. *a*) – si sostanzia nel causare il **dissesto della società** (impossibilità di far fronte ai debiti) **come evento conseguente alla realizzazione di un reato societario**: viene a configurarsi un reato complesso ai sensi dell'art. 84, co. 1, c.p., che esclude il concorso di reati;

il superamento della configurazione di tale norma antecedente alla sua riforma avvenuta nel 2002, che puniva per bancarotta fraudolenta gli autori di un reato societario per il solo fatto dell'avvenuta dichiarazione di fallimento della società stessa, configurando un'ipotesi di *versari in re illicita*, senza neppure la richiesta del nesso di causalità tra commissione del reato societario e fallimento;

il problema oggi riguardante, nondimeno, l'elemento soggettivo doloso (trattandosi di un delitto), posto che ben difficilmente chi realizza un reato societario lo realizza con un dolo intenzionale di dissesto: il che implica il rischio di una dilatazione del ricorso alla figura del dolo eventuale;

la seconda – lett. *b*) – prevede 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*);

la difficoltà interpretativa del concetto di *operazioni dolose*: all'epoca della formulazione della fattispecie, probabilmente, si dava ancora peso a una lettura rigorosa dell'art. 43 c.p., il quale qualifica il dolo secondo la sola *intenzionalità*, che appare incompatibile col dolo eventuale; per cui può ritenersi che con la formula *operazioni dolose* il legislatore abbia inteso riferirsi all'ambito del dolo eventuale (con una indicazione che potrebbe essere raccolta: quando il legislatore intenda estendere l'area dell'imputazione soggettiva oltre i confini del dolo intenzionale lo precisi espressamente, così da evitarsi la configurazione generale di una categoria incerta e senza base di legalità qual è quella del dolo eventuale);

il **rapporto**, non nitido, **tra le lettere a) e b) dell'art. 229, co. 2**, (già prima della riforma del 2019 un dolo di dissesto sembrava comunque implicare, nella pratica, un dolo di fallimento): oggi la fattispecie di cui alla lettera *b*) sembrerebbe 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;

- **art. 330 (224)** - bancarotta impropria semplice:

nell'unico comma, il n. 1 estende agli amministratori e agli altri soggetti previsti dalla norma l'ambito applicativo dell'art. 323 (217), mentre il n. 2 aggiunge la punibilità, sempre subordinata alla dichiarazione di fallimento, del caso in cui tali soggetti abbiano causato il *dissesto* della società «con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge», vale a dire, rispetto al dissesto, secondo modalità da ritenersi colpose (ma pur sempre con la consapevolezza del pericolo per gli interessi dei creditori al momento della tenuta delle condotte: v. *supra*);

- si considerino le disposizioni sulle pene accessorie di cui agli artt. 322 (216), co. 4, 323 (217), co. 3, e 329 (223), co. 3;

- va data da ultimo informazione, a fini di aggiornamento, delle integrazioni apportate dalla **l. n. 36/2019** (e nonostante una casistica giudiziaria limitatissima) in materia di legittima difesa; sono state inserite **ulteriori modifiche** (rispetto a quelle che furono introdotte nel 2006), **sia nel testo dell'art.**

**52 c.p.** (aggiungendo, soprattutto, un ulteriore comma), **sia nel testo dell'art. 55 c.p.** (inserendo un secondo comma); questi i testi delle due norme, con le modifiche del 2019 evidenziate in corsivo:

(art. 52) - Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste *sempre* il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità:

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma *e al quarto comma* si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

*Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone.*

(art. 55 c.p.) - Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

*Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5), ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.*

anche con queste ulteriori modifiche, tuttavia, non si può affatto concludere nel senso dell'apertura a una libertà del ricorso alle armi in contesti di legittima difesa, né dunque nel senso di abbandono del riferimento di fondo al criterio della proporzionalità:

**l'intervento di cui al nuovo co. 4 dell'art. 52 c.p.** non sembra aggiungere molto (mentre il «sempre» inserito al co. 1 appare soltanto enfatico); si richiede pur sempre che sia in atto o una violenza oppure una minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, e l'aggettivo *altri* indica chiaramente che la stessa violenza deve consistere in una violenza sulla persona (e non soltanto su una cosa); mentre **l'intervento di cui al nuovo co. 2 dell'art. 55 c.p.** prevede sì, invece, la non punibilità per chi abbia reagito trovandosi in condizioni tali che ne risultasse ostacolata la «pubblica o privata difesa» (*ex art. 61, co. 1, c.p.*), oppure «in stato di grave turbamento», comunque «derivante dalla situazione di pericolo in atto»: ma pur sempre soltanto «per la salvaguardia della propria o altrui incolumità» (altrimenti la norma sarebbe risultata palesemente incostituzionale); e altresì si consideri, a tal proposito si consideri quanto precisa la **lettera** che il **Presidente della Repubblica** ha scritto ai presidenti delle Camere e al presidente del Consiglio dei ministri all'atto della promulgazione della l. n. 36/2019 «è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una *portata obiettiva del grave turbamento* e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta»;

l'impressione è che, come nel 2006, si sia puntato al **messaggio mediatico** secondo cui «la difesa è sempre legittima», nel senso per cui «ogni» difesa sarebbe sempre legittima, anche *sparando*: sebbene, in base al testo legislativo, non sia così; e allora ciò che preoccupa è il messaggio che si rischia di dare alla società: non devi far conto sulla prevenzione che offrono le istituzioni pubbliche, devi difenderti da solo, e magari comperare un'arma (con ciò scardinandosi quell'elemento di civiltà per cui in Italia il cittadino, ordinariamente, non è armato: motivo non ultimo del fatto che l'Italia ha uno dei tassi di omicidio volontario più bassi al mondo); e puoi farlo, sembrerebbe talora insinuarsi, senza andare tanto per il sottile, infliggendo a chi ruba una pena di fatto ben più radicale di quella che prevede il diritto;

tanto che il Presidente della Repubblica, nel messaggio già richiamato, si premura di precisare: «va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini»;

sotto il **profilo criminologico e politico-criminale**, deve osservarsi che far leva sulla difesa armata in merito al contrasto dei furti in casa (o in altri luoghi di domicilio) aumenta i rischi proprio di chi è in casa, come confermano i dati americani: ciò perché accresce la possibilità che il reato venga commesso da chi sia pronto ad affrontare con i medesimi mezzi (spesso, a sua volta, in uno stato emotivo tutt'altro che freddo) una reazione armata; mentre fa rischiare la vita, comunque, al ladruncolo sprovveduto, per lo più giovane e con problemi di socializzazione; andrebbe piuttosto incentivata sul piano economico, a fini preventivi, l'adozione dei molti strumenti efficaci di difesa del domicilio di tipo passivo.