Sussidiario di diritto penale
Parte speciale
a cura di F. Giunta

Sommario

Introduzione

Secondo un approccio didattico, tipico della nostra cultura giuridica e più in generale della tradizione dei sistemi di *civil law*, lo studio universitario del diritto penale inizia con il corso di "parte generale" e prosegue con quello di "parte speciale".

Il primo ha ad oggetto i principi e le regole che fanno del diritto penale un tipo di disciplina, distinto dagli altri rami dell'ordinamento giuridico. Il suo programma comprende il reato come concetto di genere, le garanzie che lo presidiano e la tipologia delle sue conseguenze sanzionatorie. La "parte speciale", invece, è il catalogo dei singoli reati previsti dalla legge penale e dei rispettivi tariffari di pena, espressivi dei loro specifici disvalori. In prima approssimazione si può dire che le norme di parte generale si rivolgono al giurista, quelle di parte speciale sono regole di condotta per il cittadino.

Fino a qualche anno addietro, in non poche università italiane solo la parte generale costituiva l'oggetto di un insegnamento fondamentale. Ciò non sorprende, se si considera la predilezione che i professori di diritto penale da sempre hanno mostrato per gli istituti della parte generale, terreno delle grandi costruzioni teoriche, di fattura per lo più dottrinale.

Tuttora, per alludere a questo faticoso lavoro di sistemazione concettuale, si parla di "dogmatica" (gli studiosi del diritto penale, adusi a questo termine, non fanno più caso che, nel linguaggio comune, l'aggettivo "dogmatico" può anche indicare una mentalità rigida e assiomatica, poco incline alla dialettica; per molti giuristi "dogmatica" è sinonimo di scienza del diritto).

Per converso, la "parte speciale" è stata meno esplorata dagli studiosi togati, quali sono, o ritengono di essere, i professori che insegnano nelle università. Cosicché, la dimensione in fondo più vitale e pulsante del diritto penale, ossia la fisionomia delle singole figure di reato, finiva per essere degradata a materia di esegesi, come tale rimessa prevalentemente all'elaborazione della giurisprudenza.

Oggi, il quadro è sensibilmente mutato. Sebbene non esistano dogmatiche di "parte speciale" (la qual cosa è probabilmente un bene), lo studio delle singole fattispecie incriminatrici non si è soltanto affrancato dalla sua pretesa subalternità qualitativa rispetto a quello della parte generale, ma ha assunto anche carattere di sistematicità.

Nondimeno, lo studio della "parte speciale" ha mantenuto un qual certo carattere esemplificativo, dovuto – specie con riferimento al nostro ordinamento – alla vastità della materia, un autentico universo in continua espansione. Proprio la costante crescita del catalogo dei reati rende illusoria, infatti, la pretesa della sua compiuta conoscenza.

Sebbene i piani di studio universitari prevedano perlopiù come obbligatorio l'insegnamento del diritto penale "speciale", il relativo programma privilegia giocoforza alcuni settori e,

pertanto, ben può variare da un'università all'altra, in base a opzioni, oltre una certa misura, opinabili. Di solito vengono prescelti settori centrali nell'esperienza giudiziaria, come i delitti contro la persona, il patrimonio, la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, lasciando a insegnamenti ulteriormente specialistici l'approfondimento di comparti *extra codicem* di crescente attualità, come, per esempio, il diritto economico e ambientale, meritevoli di un'offerta didattica *ad hoc*.

In breve: cresce l'attenzione per la "parte speciale" anche a beneficio di una didattica più vicina alla dimensione applicativa del diritto penale, la quale, tuttavia, non può fare a meno di essere illuminata dai principi e gli istituti della "parte generale".

Confido che queste pagine possano aiutare a congiungere lo studio della grammatica penalistica alla vitalità delle singole figure di reato, considerate in se stesse e nei loro reciproci rapporti. La "parte speciale" è il linguaggio del diritto penale. Senza di essa, la conoscenza della "parte generale" mantiene il suo valore culturale, ma perde la sua utilità pratica; come avviene con lo studio delle lingue morte. Viceversa, senza il costante richiamo dei principi fondamentali, non può aversi la corretta applicazione delle singole fattispecie incriminatrici.

Il lettore noterà subito le particolarità di questo sussidiario: allo scheletro, costituito dal testo, sono state aggiunte fasce muscolari e irradiazioni nervose in forma ipertestuale. Nel complesso si tratta di un tentativo di didattica "pluralistica", perché frutto del lavoro di un gruppo nutrito di studiosi, che hanno contribuito all'organizzazione della struttura e ai molteplici innesti costituiti da allegati scritti e audiovideo.

Il debito di gratitudine, che ho contratto con quanti hanno accettato di partecipare a questa avventura, non può essere ripagato con un semplice e doveroso ringraziamento, che sento di esprimere in apertura.

Fausto Giunta

Capitolo I
Ideologie punitive

di Fausto Giunta

1. Giuridicità e scientificità del diritto penale

1.1 "A mali estremi, estremi rimedi". Questo proverbio ben si presta a introdurre la nostra materia. La pena è la risposta dell'ordinamento alla criminalità, quale patologia della vita sociale. Il reato offende interessi individuali e collettivi. Di fronte alla gravità di certe aggressioni la reazione punitiva è una costante storica e comparatistica. Evidentemente non si è disposti a *laissez faire, laissez passer*. Da qui la pena, quale modalità di afflizione. Si tratta di uno strumento rozzo e costrittivo. La sua funzione precipua è arrecare sofferenze al destinatario. Il suo fine l'ultimo è la tutela dei beni individuali e collettivi ritenuti meritevoli.

L'espressione "diritto penale" racchiude in sé due significati distinti. Essa indica sia la disciplina giuridica dei fatti costituenti reato, sia la scienza che la studia. Si tratta di due aspetti tra loro strettamente connessi: per un verso, il diritto penale persegue i suoi fini attraverso la produzione di norme giuridiche; per l'altro, la cultura penalistica ha distillato principi di garanzia, delimitativi dello *ius puniendi*, che hanno funzione autoregolativa, perché affidati alla stessa giurisdizione. La pena, scollegata dalle garanzie, è pura prevaricazione.

1.2. In quanto scienza, il diritto penale studia il disposto delle norme penali positive, considerate sia singolarmente, sia nelle loro connessioni di significato e funzioni. Non diversamente dalle

altre scienze giuridiche, il diritto penale è innanzitutto ermeneutica dei contenuti regolativi delle norme vigenti. La conoscenza del sistema è associata alla valutazione critica del diritto vivente. In secondo luogo, la scienza penale allarga il proprio ambito di interesse alla storia dei sistemi penali, allo studio degli ordinamenti stranieri, che ovviamente non sono fonte del nostro diritto, e alla politica criminale, ossia agli strumenti da allestire *de iure condendo* per il più efficace contenimento della criminalità. La scienza del diritto penale spinge, dunque, la sua attenzione oltre l'orizzonte della disciplina vigente e presenta un ambito di interessi più ampio di quello del diritto penale come fenomeno normativo.

2. Retribuire e prevenire

2.1. Il meccanismo punitivo si presta a molteplici chiavi di lettura, solo in apparenza semplici.

Tra queste, una delle più risalenti fa leva sulla "giustizia" della pena, desunta dalla proporzione tra la sua entità e la gravità del reato, in modo che al disvalore dell'illecito corrisponda il valore della pena. Non può certo sfuggire il senso profondo dell'affermazione: l'afflizione del colpevole realizzerebbe prima ancora dell'utile, il bene e il giusto sociali. Si parla al riguardo di retribuzione. L'impronta etica di questa impostazione è evidente. Problematica è la sua attuazione pratica. Il discorso si mantiene lineare fintantoché il fatto retribuito e la reazione retributiva sono simili. Non a caso una delle più antiche formulazioni del principio è quella biblica: occhio per occhio, dente per dente. In effetti, la legge del taglione, immediatamente eseguita, parrebbe assicurare una qual certa equivalenza tra reato e pena, ma al prezzo dell'equiparazione tra Stato e reo (il male inflitto dal giudice sarebbe identico a quello per cui si punisce) e con il rischio dell'ingiustizia (se la pena tardiva è iniqua di per sé,

quella tempestiva potrebbe esserlo per la sommarietà del giudizio). Non va trascurato il fattore "tempo" che separa il reato, di regola istantaneo, e la pena quale sanzione perlopiù di durata. Il contesto sociale e quello valoriale possono mutare dopo la commissione del reato. Il tempo necessario per la scoperta e l'accertamento del reato cambia situazioni, contesti e persone, annacqua la percezione del fatto e il ricordo dei testimoni; favorendo la cicatrizzazione spontanea del conflitto, frustra la funzione punitiva. Anche la retribuzione perfetta (la fucilazione del reo confesso che ha ucciso con un'arma da fuoco) risulterebbe iniqua per il colpevole. La consapevolezza della morte imminente vanifica il dono di Prometeo, che ce ne spense la vista. L'attesa dell'esecuzione è motivo di sofferenza aggiuntiva e, specie se lunga, risulta una pena ben più severa della stessa morte: come infliggere due volte la morte a chi ha ucciso una volta sola@.

In breve: l'esatta correlazione tra reato e pena è un'aspirazione metafisica, perché presuppone colpevolezze evidenti e una umanità immobile, al pari del suo contesto sociale. La concezione retributiva allinea reato e pena lungo un orizzonte atemporale, una sorta di buco nero giuridico nel quale azione e reazione possono finalmente combaciare. Ma nella realtà è diverso; il decorso della storia deforma l'ambita simmetria compensativa, rendendola illusoria. Particolarmente difficile è mettere in equilibrio entità tra loro eterogenee. Solo per fare un esempio, si pensi all'evasione fiscale, quale condotta offensiva dell'interesse dello Stato al gettito fiscale, punita con la pena detentiva. Proporzione e giustizia della pena possono misurarsi solo in modo approssimativo.

2.2. Per l'opinione attualmente maggioritaria la pena svolge una funzione preventiva. Si tratta di un'impostazione pragmatica e utilitaristica. Alla visione retrospettiva della retribuzione si sostituisce quella *ex ante.* La pena comminata, vale a dire prevista in astratto dal legislatore, mirerebbe a dissuadere dalla commissione dei reati. La pena da valore diventa funzione, si trasforma da significato finale a mezzo. "Solo la pena necessaria è giusta"@.

La logica della prevenzione è connaturata alla secolarizzazione della giustizia. Si allenta la soggezione del diritto penale alla legge morale. La politica criminale diventa protagonista. Nasce una nuova parola d'ordine: il diritto penale come forma di protezione. Gli strumenti, però, sono sempre gli stessi, divieti e afflizioni, i mali minori da maneggiare con professionalità. In questa prospettiva la sanzione è chiamata a dimostrare l'utilità dei suoi servigi, la prevalenza dei benefici offerti sui costi prodotti. L'approccio diventa empirico, ma nemmeno l'efficacia dello strumento è misurabile con precisione. Rimangono incerti anche i criteri per individuare la tipologia punitiva più adeguata. La deterrenza può essere solo supposta. Il discorso non può che svilupparsi sul piano della plausibilità e della verosimiglianza. Ne esce una scienza zoppa, l'unica possibile. Nel dubbio dovrebbe preferirsi la prudenza punitiva. Spesso, però, legislatori e giudici sono portati ad eccedere: *melius adbundare quam deficere*.

Per evitare l'*escalation* incontrollata della risposta punitiva, si ritiene che la prevenzione non debba superare, nella fase della comminazione edittale, l'entità della retribuzione e in quella della irrogazione, ossia dell'applicazione in concreto ad opera del giudice, la misura della colpevolezza individuale. Ancora una volta si pretende di rapportare su carta millimetrata entità incommensurabili. Anche la colpevolezza sfugge a una misurazione attendibile. Ne risentono in generale i limiti garantistici di natura sostanziale. Ciò spiega la preferenza per i criteri di delimitazione formali.

3. Il diritto penale della libertà

3.1. Il potere punitivo è un attributo della sovranità, cui non basta l'effettività; si richiede che il suo esercizio sia anche legittimo. La questione riveste un'importanza ideologica. Non vi è, infatti, un unico modo di avvicinarsi alla nostra materia. Da una

parte, si muove dalla premessa che ciascun individuo, per il fatto stesso di esistere, è portatore di valori originari che lo Stato può comprimere solo se ciò è strettamente necessario, e comunque senza azzerarli. Dall'altra parte, si ritiene che i diritti dell'individuo siano solo quelli che lo Stato gli riconosce. Portato alle estreme conseguenze quest'ultimo ragionamento apre la strada alla repressione penale nella misura dell'utile sociale, che all'occorrenza giustificherebbe reazioni punitive estreme.

Si tratta di scegliere da dove partire: dall'ideologia liberale o da quella solidaristica.

Preferiamo la prima alla seconda, che enfatizza la funzione salvifica della pena. La concezione del punire che muove dalla libertà favorisce, invece, una visione attenta agli eccessi di reazione repressiva. Proprio perché la pena ambisce a fare male a fin di bene, occorre partire dai diritti di liberà che essa sacrifica. Da questa prospettiva è più agevole scorgere quando la punizione sia solo un male. Il sentimento di giustizia fa il giurista, il principio personalistico, come sintesi irriducibile dei diritti e delle libertà fondamentali e inalienabili, fa il penalista.

3.2. Nell'impattare negativamente sul principio di libertà, il diritto penale ambisce a essere razionale, efficace e rispettoso della persona. Per ragioni funzionali, dunque, prima ancora che per esigenze di giustizia, negli ordinamenti ancorati al primato della libertà, il cittadino deve poter distinguere l'area del penalmente rilevante da quella del penalmente indifferente. La definizione del reato è coessenziale all'esistenza dell'illecito penale, quale ipotesi speciale di divieto. Come i divieti hanno carattere eccezionale, così il diritto penale è *ius exceptum*@. Questo carattere è funzionale alla riaffermazione dei valori della persona che subisce la punizione. Finché la Costituzione continuerà a ruotare sul primato della persona e dei suoi beni fondamentali, e fino a quando i contenuti afflittivi della pena incideranno sui beni della persona, vita e libertà personale *in primis*, potrà parlarsi di "diritto penale della libertà"@, senza che l'espressione suoni contraddittoria.

4. Legiferare e giudicare

4.1. Allo scopo di contenere lo sconfinato potere del giudice penale dell'*ancien regime*, il diritto penale di matrice illuministica ha introdotto una netta distinzione tra il legiferare e il giudicare, subordinando – almeno negli intendimenti ideologici originari, recepiti dalla nostra Costituzione – il secondo al primo.

Più il nostro giudice si allontana dal testo e dai suoi significati univoci, più la sua decisione finisce per fondarsi o sull'eventuale precedente in quanto tale, anche disgiunto dalla fedeltà al testo, o su una libera scelta politico-criminale.

Nel primo caso sarà violato il principio, rigorosamente penalistico, della riserva di legge, posto dall'art. 25, comma 2, Cost., per il quale la legge costituisce l'unica fonte del diritto penale ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"). La decisione giudiziale sulla base del precedente soddisfa, infatti, solo il principio della riserva di diritto, ricavabile dall'art. 101, comma 2, Cost. ma sufficiente per gli altri rami dell'ordinamento giuridico, non per il diritto penale. Secondo l'interpretazione prevalente, nell'assoggettare il giudice alla legge, l'art. 101, comma 2, Cost., usa il termine legge come sinonimo di diritto, comprensivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Il vincolo del precedente imporrebbe, comunque, al giudice di decidere secondo un parametro preesistente che il giudicante trova e non crea.

Nel secondo caso, l'epilogo è ancora più grave e illiberale, perché il giudice imbocca la strada del diritto libero, ossia arbitrariamente creato *ex post*.

4.2. Sul piano della pre-esistenza della regola, dunque, la riserva di legge e quella di diritto si equivalgono; non anche sotto il profilo del coefficiente di partecipazione democratica alla

formazione del diritto penale. La legge, infatti, proviene da un organo – il Parlamento – caratterizzato da una legittimazione che promana direttamente dal corpo sociale, in quanto comunità degli elettori; il diritto formatosi attraverso il precedente è figlio di *sacertotes iuris* liberi di procreare.

5. "Diritto" e "penale"

5.1. Come avviene per altri rami dell'ordinamento, il nome della nostra disciplina – "diritto penale" – è composto da un sostantivo e da un aggettivo qualificativo, che indica una modalità di intervento sociale. Questo spiega perché il braccio violento dell'ordinamento – per l'appunto il "penale" – non deve rimanere scompagnato dal provvidenziale sostantivo che lo precede: diritto.

Il baricentro del diritto penale sta nel sostantivo, non nell'aggettivo. Il "penale" reclama efficacia ed efficienza, il "diritto" contempera queste istanze con le garanzie appannaggio del colpevole. Il diritto penale è reocentrico, mentre il "penale" è vittimocentrico, ma solo occasionalmente, essendo la vittima una presenza eventuale.

5.2. In un ordinamento liberale l'efficacia e l'efficienza del "penale" non sono valori assoluti; prima viene la legittimazione del potere punitivo, ossia le condizioni della sua accettabilità e sopportabilità. Il penalista non è un fustigatore: è chiamato a bilanciare la brutalità dello strumento punitivo con le indispensabili esigenze di razionalità, umanità, stretta necessità e legittimazione democratica della sua disciplina.

Il diritto penale, come cultura delle garanzie legittimanti e delimitanti il potere punitivo, è il confine insuperabile della prevenzione dei reati.

6. L'apparente contraddittorietà del "penale liberale"

6.1. L'espressione "giustizia penale liberale" può suonare ossimorica. I due aggettivi che la connotano hanno significati antitetici: il primo, "penale", indica la funzione punitiva dello Stato, liberticida per definizione; il secondo, "liberale", pone l'accento sulla sacralità dei diritti individuali su cui impatta, per l'appunto, la pena detentiva quale archetipo repressivo tuttora dominante.

Tra la dimensione funzionale del "penale" e l'ideologia punitiva "liberale" vi è un'indubbia tensione dialettica, ma anche un'evidente complementarietà. Il sostantivo "giustizia", qui sinonimo di "diritto", fa da calmiere, esprimendo l'ottimale bilanciamento tra l'immoralità necessaria del punire@ e il modo in cui il suo esercizio può essere legittimamente finalizzato alla tutela individuale e collettiva.

La "giustizia penale della libertà" incarna una precisa assiologia, imperniata sul primato del garantismo: l'azione repressiva viene vista principalmente dall'angolo visuale di chi la subisce, piuttosto che da quello difensivo delle istituzioni competenti a esercitarla.

6.2. La materia penale impone, ai blocchi di partenza, una scelta di campo: o si muove dai diritti di libertà sacrificati dalla pena o dal diritto alla tutela contro il crimine, ossia dalla potestà punitiva come prerogativa dell'autorità statale. Si tratta di un ineludibile bivio ideologico, che va affrontato con onestà intellettuale. I due piani sono destinati a intersecarsi successivamente, perché la mediazione tra il valore della persona punita e quello della tutela sociale è l'essenza del diritto penale; ma l'abbrivio non rimane indifferente, perché spiega la preferenza inerziale del sistema per una duplice parola d'ordine: *favor libertatis* e *favor rei*.

7. L'eccezionalità del "penale"

7.1. Sul piano sostanziale, si è già detto che la principale caratteristica della giustizia penale liberale è di essere *ius exceptum*, ossia diritto derogatorio rispetto alla regola della libertà. Ne discende la necessaria definizione *ex ante* del divieto. Si tratta di un'obbligazione di risultato, espressione, a sua volta, di un preciso dovere di diligenza dell'ordinamento giuridico, violato il quale non si può pretendere l'osservanza del cittadino, che non è tenuto ad impegnarsi al massimo delle sue capacità per procurarsi l'ottimale conoscenza del diritto (soprattutto di quello c.d. vivente, talvolta indecifrabile) e neutralizzare in tal modo gli effetti dell'inadempimento informativo del sistema repressivo, che non lo ha messo nelle condizioni di conoscere l'ambito operativo dei divieti penali.

Questo ordine di priorità, di derivazione "contrattualistica", spiega perché in relazione alle disposizioni penali (sfavorevoli) l'interpretazione analogica viene rovesciata, da canone ermeneutico generale, in divieto, accomunando le norme eccezionali e quelle penali, quali *species*. La lacuna *nel* punire non è colmabile e assume un valore assoluto, a prescindere dalla sua razionalità e condivisibilità. Il conflitto tra libertà e giustizia sociale, quando non è espressamente disciplinato, viene risolto a favore della prima non per indifferenza o spregio, ma per il valore prevalente della persona del reo.

7.2. I contenuti impliciti di questo personalismo sono l'umanità e la razionalità *del* punire, che si riverberano nel rispetto dell'individuo quale valore insuscettibile di essere strumentalizzato e sacrificato sull'altare della prevenzione (generale e speciale) dei reati. Da qui l'irrilevanza dei fatti inoffensivi ancorché sintomatici di pericolosità, la necessità di una piena colpevolezza, l'irrinunciabile ragionevolezza della risposta punitiva e l'offerta di riscatto rieducativo, come opportunità salvifica morale e sociale. Con queste garanzie di

civiltà giuridica e di giustizia sostanziale favorevole al reo sta e cade la funzione pratica del diritto penale, che è la pacificazione sociale.

Sul piano processuale, la giustizia penale liberale non disconosce che esiste un "margine irriducibile di illegittimità del potere giudiziario" e che la verità processuale rimane "opinabile in diritto e probabilistica in fatto"@. Per questa ragione la presunzione di non colpevolezza e la regola di giudizio *in dubio pro reo* non sono principi di facciata, ma fari che orientano la navigazione del penalista.

8. Il garantismo

8.1. Questo modello di giustizia, a volte inopinatamente bollato come "veteroliberale", è avversato oggi in nome di emergenze criminali che minacciano gravemente le nostre società. Si propone, in alternativa, un diritto penale di contrasto o di lotta, che sbilancia l'equidistanza della giurisdizione. E non mancano tesi ancora più ardite sul piano dello smantellamento dell'architettura garantistica, destinate a operare nei confronti di fenomeni globali, come mafia e terrorismo internazionale. Il riferimento è al diritto penale del nemico@, che interpreta la giuridicità del punire in chiave sistemica e antipersonalistica, legittimando la relativizzazione dei diritti inviolabili della persona nei confronti di autori di reato, i quali, per il fatto di porsi contro lo stato di diritto, non sarebbero titolari delle garanzie previste per il cittadino che delinque@. Da qui l'asserita praticabilità di trattamenti punitivi speciali (per esempio, condizioni penitenziarie particolarmente afflittive) e mezzi di ricerca della prova (tortura, ipnosi, ecc.), che deprivano dei diritti fondamentali e nondimeno sarebbero consentiti finché perdura l'opposizione delle persone attinte ai principi dello stato di diritto.

8.2. Molto si potrebbe dire sul sostrato ideologico di questa

dottrina che, ben distante dalla tradizione penalistica moderna, pretende di introdurre, nella direzione dell'incrudelimento del *penale*, eccezioni a un diritto che già di per sé è un'eccezione, in nome dello stato di eccezione. Essa, però, è fortunatamente incompatibile con i valori espressi nella nostra Costituzione, primo tra tutti il principio personalistico di matrice kantiana, secondo cui la persona – ivi compresa quella dell'imputato e del colpevole – è pur sempre un fine non strumentalizzabile. Ci sono diritti insopprimibili che operano anche per i nemici sociali, gli inescusabili, i colpevoli dei delitti più efferati. È vero, però, che la nostra realtà non è sempre conseguente alle belle parole che siamo soliti usare per magnificare il nostro diritto penale. Il pensiero va al regime del c.d. carcere duro di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., che da più parti viene equiparato a una forma di tortura.

Nell'epoca del diritto euro-vittimocentrico (che, nel richiamare opportunamente l'attenzione sulla vittima, rischia di oscurare il colpevole, quale principale polo gravitazionale della giustizia penale), va ribadito con forza che i fondamentali principi di garanzia, dotati di rilevanza costituzionale, sono pensati, con le dovute differenziazioni, per imputati e colpevoli. Il penalista liberale pretende che l'imputato sia trattato da innocente, qual è fino a condanna definitiva, e non simpatizza per i colpevoli, ma si batte affinché vengano affermati sia i loro diritti, sia la loro dignità di persone, a prescindere dalle accuse e dalla loro fondatezza. La società ha il pieno diritto di difendersi dai reati, ma nel rispetto di regole irrinunciabili e garanzie non negoziabili.

Di recente il tema è stato rielaborato da un'autorevole voce della nostra dottrina, che ha proposto, in un dotto e ponderoso volume@, una visione generale del garantismo come bilanciamento degli opposti e come concetto declinabile al plurale. I garantismi – si osserva – sono molteplici e tutti necessari; differiscono tra loro per il settore d'intervento, e sono accomunati dalla vocazione al contenimento e alla stabilizzante dei poteri. I vari garantismi (ora positivi, in quanto programmi di tutela, ora negativi, come limiti all'intervento regolativo)

intendono assicurare specifici punti di equilibrio ordinamentali, dando vita a una categoria pluricentrica e trasversale.

Tutto ciò non toglie che è nelle discipline penalistiche che il garantismo trova la sua elaborazione più nota, centrale e risalente. Il garantismo funge da sbarramento al diritto penale dell'oppressione che vede nella pena un *istrumentum regni*, in passato di matrice autoritaria, oggi di ispirazione populista.

Garantista è il diritto penale che limita se stesso, proteggendo il cittadino e la porzione non sacrificabile dei suoi diritti dallo strumento di tutela. Per questa ragione, accanto a garanzie bilanciabili per mano di quella stessa giurisdizione che dovrebbero contenere, ve ne sono altre rigide e non bilanciabili come la legalità. La loro natura di criteri autoregolativi non muta. Il carattere formale, però, ne assicura una maggiore tenuta@.

9. Liberale, non ottocentesco

9.1. La visione liberale del diritto penale non è né inattuale – le sue radici storiche costituiscono piuttosto un valore aggiunto – né ingenua. Come tutte le ideologie penalistiche, propone un modello non da tutti condiviso nella sua purezza, ma niente affatto utopistico. Esso costituisce la risposta culturale al pragmatismo preventivo sempre in agguato, disinvolto e senza limiti, che, portato alle estreme conseguenze, non esita a riproporre finanche la tortura medicalmente assistita quale legittima tecnica investigativa@. Di fronte a questi scenari merita di essere ricordato che le scienze criminalistiche per essere "attuali" non debbono essere "troppo contemporanee"@.

Professarsi liberali non significa riconoscersi ottocenteschi. Il valore del pensiero penalistico liberale sopravvive alla crisi,

verosimilmente irreversibile, di altre bandiere della cultura di quell'epoca, come, per esempio, il mito del codice, quale unico corpo legislativo composto da poche norme chiare, semplici e facilmente conoscibili. Il diritto penale non è come l'acqua di uno stagno; scorre e, come tutto, continuerà a trasformarsi insieme con i contesti e gli assetti normativi. Sopravvivono, però, i valori, che sono cosa diversa dalle tecniche del diritto e non hanno, né potranno avere scadenza culturale, finché il cliente della giustizia penale sarà la persona con la sua dignità, il suo corpo e la sua esistenza.

Le sfide provenienti dalla criminalità vanno contrastate puntando sull'efficienza del sistema preventivo e resistendo alla tentazione fatale di trasformare la giustizia penale in violenza di Stato incontrollata, priva di razionalità contenitiva.

9.2. In breve: il "penale" consegna il governo della sua eccezionalità al "diritto", la cui funzione di garante della persona non ammette eccezioni. Diversamente, politica e magistratura diventerebbero, in ragione delle rispettive competenze, despoti della pena, decisori assoluti di uno stato di eccezione permanente. Il diritto penale cesserebbe di essere il ramo più personalistico dell'ordinamento giuridico, lasciando che l'individuo nelle mani della giustizia diventi semplice destinatario di un pubblico servizio coercitivo. Un epilogo, questo, precluso dallo statuto penalistico costituzionale e dalle sue profonde radici liberali.

Bibliografia essenziale

Capitolo II
Caratteri e principi

di Fausto Giunta

1. Rapporti con il processo

1.1. Il "diritto penale" comprende la disciplina dei reati, ossia i principi e le regole che li riguardano (c.d. parte generale), oltre che il complesso delle singole figure di reato vigenti (c.d. parte speciale). Al "diritto processuale penale" appartengono, invece, i principi e le regole che concernono l'accertamento dei reati e l'individuazione dei soggetti responsabili.

Questi due rami dell'ordinamento giuridico sono tra loro complementari e interconnessi. Il diritto penale si occupa del reato come ente giuridico, ossia della sua struttura, desumendola dall'assetto normativo vigente, e viene denominato *sostanziale* perché dà per scontato l'avvenuto accertamento di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale. Il diritto *processuale* penale si interessa degli aspetti probatori. Insieme delineano la duplice dimensione del reato: come concetto caratterizzato da elevato grado di definizione e come fatto storico, unico e irripetibile.

Avulsa dal processo la previsione di reato sarebbe una monade incapace di svolgere qualsiasi funzione sociale. Per converso, svincolato dai binari del diritto sostanziale, il processo perderebbe la sua strumentalità rispetto a un programma di politica criminale unitario, con il rischio ora di lacune di tutela, ora di eccessi punitivi.

1.2. L'immagine reale del diritto penale si forma *nel* processo, che è il terreno dell'incertezza; prima dell'accertamento ci sono solo ipotesi di reato, che attendono la prova dei fatti. I loro protagonisti sono presunti innocenti e presunte vittime. La certezza subentra con la fine del processo. Solo allora ci saranno un innocente non più presunto o un colpevole oltre ogni ragionevole dubbio. Il diritto penale è il diritto della reità. La sua attuazione costituisce la finalità precipua del processo. Tra diritto

penale e processo intercorre, dunque, un rapporto di reciproca strumentalità.

Il diritto penale costituisce il *prius* logico del processo, al quale offre l'oggetto da provare. Nella nostra tradizione giuridica, il diritto sostanziale è fortemente caratterizzato dal principio di legalità, che costituisce una categoria storica. In altri ordinamenti parimenti evoluti il giudice è meno vincolato da criteri legislativi. Ne consegue un maggiore protagonismo del processo e un diverso ordinamento giudiziario. La legalità sostanziale nasce storicamente per delimitare dall'interno del sistema normativo il potere punitivo del giudice. Giova ripetere che la legalità è un criterio autoregolativo: lo strumento di delimitazione – per quanto possa sembrare ingenuo – è affidato al potere che esso stesso delimita. Negli ordinamenti caratterizzati da una legalità affievolita, la politica criminale passa nelle mani della pubblica accusa e in seconda battuta della giurisdizione che può assecondarla in chiave afflittiva o depotenziarne gli effetti repressivi.

1.3. Può accadere – e accade – che la pratica tradisca la teoria e le sue idealità. Se si vogliono correggere le disinvolture della vita giudiziaria di tutti i giorni, è da una corretta teoria che bisogna partire. Lo scarto fisiologico rispetto alla pratica si riduce considerevolmente in presenza, per un verso, di teorie praticabili, ossia concepite tenendo conto della loro necessaria applicazione processuale e, per l'altro, di una empiria consapevole dell'importanza dei principi regolativi. Alla base, però, sta la scelta di modelli coerenti e trasparenti.

2. L'insularità legalistica

2.1. Nel diritto penale moderno il principio di legalità, per il quale la decisione del giudice non è libera, ma deve conformarsi a un preesistente parametro legale, presenta all'evidenza maggiore

rigidità rispetto a quanto avviene in altri settori pure afferenti all'area del diritto punitivo (si pensi alle garanzie di legalità dell'illecito amministrativo punitivo o del recente illecito civile depenalizzato)@.

Ciò dipende dal fatto che nel campo penale il principio di legalità, affermato dall'art. 25, comma 2, Cost., ha radici più estese e profonde, che affondano nello spirito personalistico e liberale della Costituzione. Con una celeberrima metafora si è detto che il diritto penale è (e deve essere) un "arcipelago di divieti in un mare di libertà"@. Il principio di legalità è un cardine ideologico del sistema. Descrivere il fatto di reato significa narrarlo. La legalità è una modalità narrativa vincolante e in prima battuta linguistica@.

2.2. La tecnica descrittiva è quella consueta del diritto: la fattispecie origina da una narrazione. Si pensi al delitto di omicidio: "Chiunque cagiona la morte di un uomo" (art. 575 c.p.). Caratteristica dell'enunciato è la sinteticità, non la brevità in se stessa, anche se di solito all'una corrisponde l'altra. Esiste una brevità espressiva "antica", tipica di massime, aforismi, epigrammi, ecc., e una brevità moderna, come i *tweet* e la comunicazione internettiana in genere, perlopiù parcellizzata. Soprattutto nel diritto penale, sinteticità dell'enunciato significa compiutezza narrativa.

La fattispecie non indica solamente la finalità della tutela; cala quest'ultima all'interno del fatto narrato. La *ratio* del divieto va ricercata nel fatto vietato, non al di fuori di esso.

3. La "norma generale di libertà"

3.1. Per il principio di matrice liberale sopra evocato, ciò che non è vietato è consentito. Da questa premessa – che funge da norma di chiusura, perché disciplina quanto non espressamente

previsto – discende che i divieti, pur essendo socialmente necessari, hanno carattere di eccezione. Alla base del sistema, dunque, sta una "norma generale esclusiva", per la quale le condotte non vietate non sono tollerate, bensì pienamente permesse.

Costituendo i divieti delle deroghe alla "regola" della libertà, la loro espressa previsione si rende indispensabile.

Inoltre, l'imposizione del divieto deve essere giustificata, mentre lo stesso non vale per la libertà di agire, che è un diritto a-causale, nel senso che risultano irrilevanti le motivazioni sottese al suo concreto esercizio. Con altre parole: la libertà di sedersi sulla panchina di un giardino pubblico è assicurata con pari pienezza indipendentemente dalla circostanza che chi si sieda sia affaticato, voglia leggere il giornale, si prefigga di oziare o altro; ossia dalla meritevolezza degli scopi individuali.

In breve: la completezza del sistema punitivo, ossia la sua non integrabilità in via interpretativa, è una scelta ideologica, che diventa principio regolativo; il non vietato non può che ricadere nell'ambito irriducibile della liceità.

3.2. Le obiezioni che solitamente si muovono alla teoria della "norma generale di libertà" sono condizionate dall'angolo visuale prescelto, perlopiù quello della codificazione civile. Si contesta, in particolare, che la mancanza di una specifica norma possa portare il giudice a respingere la pretesa attorea. Questo epilogo – si precisa – condurrebbe a una conclusione inaccettabile, perché ciò che non è vietato diventerebbe tutelato contro chiunque voglia impedirlo. Si aggiunge che se si fosse coerenti sarebbe impossibile condannare non solo nell'ipotesi di completa mancanza di norme su quel caso, ma anche nell'ipotesi di oscurità normativa[@].

Orbene, nella materia penale l'epilogo paventato è del tutto fisiologico: in mancanza di un divieto esplicito, il giudice deve disattendere l'eventuale richiesta punitiva dell'accusa, senza che ciò appaia in alcun modo disfunzionale. La libertà gode, infatti,

della massima tutela (anche penale) sotto il profilo sia fisico, che morale.

Da qui la conclusione che la norma generale esclusiva, quand'anche priva di valore assoluto, opera appieno nel nostro settore, *sub specie* di "norma penale esclusiva". Essa esprime la completezza regolativa dell'ordinamento penale, ossia la sua necessaria incompletezza precettiva.

4. La frammentarietà

4.1. I reati sono una speciale tipologia di divieti. Per l'ideologia penalistica affermatasi con la modernità il catalogo dei reati deve essere necessariamente chiuso e tassativo. La sua principale peculiarità risiede nella discontinuità dell'area della illiceità. La frammentarietà è un carattere del diritto penale liberale, la diretta implicazione della sua natura eccezionale. L'intervento punitivo è legittimo solo se proporzionato alle esigenze di tutela e strettamente necessario. Vale a dire che il fatto elevato a reato deve essere meritevole di pena e non altrimenti prevenibile con pari efficacia.

La frammentarietà del diritto penale presuppone, a sua volta, la determinatezza delle singole previsioni di reato, ossia la precisione dei segni linguistici utilizzati, l'intellegibilità dei significati desumibili e la certezza dei confini applicativi di ciascun reato.

4.2. Questa concezione della determinatezza, quale principio intimamente garantista, è accolta dalla nostra Costituzione e professata dalla dottrina unanime@, ma derogata non di rado dalla giurisprudenza e da una parte della stessa dottrina, quando dalle enunciazioni di principio si passa all'interpretazione di singole figure di reato.

La norma penale indeterminata è incostituzionale, anche se sono poche le pronunce della Consulta in tal senso (e non certo perché siano rare le figure di reato affette da genericità). D'altro canto, il controllo di costituzionalità può riguardare solo l'indeterminatezza degli enunciati normativi, non anche le applicazioni concrete che ne conseguono. Assicurare la nomofilachia, ossia l'uniformità dell'interpretazione, è compito della Corte di cassazione, quale giurisdizione c.d. suprema.

A rigore il difetto di determinatezza, in quanto genetico, è irreparabile in via interpretativa. Tuttavia, secondo la giurisprudenza costituzionale, il c.d. diritto vivente può sanare il vizio di genericità. Perché il miracolo si compia è sufficiente che il circuito giudiziario distilli un'interpretazione stabile, quale che sia. L'importante – questo il senso del discorso – è che una qualche certezza sia raggiunta. Così facendo, però, la scelta ideologica ed epistemologica dei Costituenti viene di fatto elusa, sebbene per il "nobile" fine di non lasciare privi di tutela i singoli cittadini e la collettività impersonalmente intesa. Per evitare questo scenario, ritenuto insopportabile, si sacrifica il principio costituzionale della riserva di legge, che prevede il monopolio normativo penale a favore del legislatore.

5. La descrizione esemplificativa del reato

5.1. Al modello di diritto penale sopra tratteggiato si contrappone la concezione esemplificativa del reato, caratterizzata da una indeterminatezza normativa deliberatamente prodotta dal legislatore, al fine precipuo di consentire al giudice l'integrazione delle ipotesi di reato da sottoporre a pena.

Questo obiettivo può essere perseguito attraverso tre tecniche normative affini, ma dotate di una diversa portata applicativa.

La prima consiste nella descrizione linguistica di singole figure di reato in termini generici. Ne consegue l'invito al riempimento giudiziale degli elementi non definiti@.

La seconda tecnica utilizza espressioni che estendono esplicitamente l'area della illiceità a casi "simili", "analoghi" o "altri" rispetto a quelli tipizzati. L'integrazione creativa della norma risulta maggiore nei casi di elencazioni eterogenee (si pensi all'art. 434 c.p. che equipara al "crollo di una costruzione" un qualunque "altro disastro").

La terza tecnica normativa si realizza attraverso la previsione di una clausola generale che demanda al giudice la punizione di fatti non espressamente previsti come reato, nondimeno ritenuti meritevoli di pena a giudizio dello stesso giudicante secondo parametri di valore elastici e non meglio formalizzati.

5.2. Quest'ultimo modello, che nel secolo scorso è stato accolto dalle legislazioni penali di regimi dittatoriali tra loro ideologicamente antitetici@, è oggi fermamente rifiutato; le prime due tecniche sono invece praticate, anche sotto mentite spoglie, nelle più avanzate democrazie che professano il carattere legalitario dell'intervento punitivo.

Le cadute di tipizzazione sono più o meno sfacciate, ma il risultato in fondo non cambia: solo per dare concretezza al discorso, si pensi all'insostenibile genericità dei nuovi eco-delitti, previsti nel Titolo VI-*bis* c.p., che si affidano al sano sentimento ambientale dell'interprete. La loro evidentissima indeterminatezza – che, ad oggi, non risulta essere stata deferita al vaglio della Corte costituzionale – è una cambiale in bianco consegnata alla giurisdizione: un'inusitata concessione legislativa al giudice penale dell'inedito ruolo di coautore della politica ambientale in concreto. Lo stesso deve dirsi in relazione ai reati colposi ascritti a titolo di colpa generica, almeno per come quest'ultima viene comunemente intesa: *nomina sunt consequentia rerum.*

L'elencazione potrebbe continuare. Importa rilevare, piuttosto,

che nei casi sopra considerati, in misura maggiore o minore, la nozione di reato rimane "aperta". La norma penale generica, quale che sia la sua scaturigine tecnica, presenta la stessa caratteristica: la portata del divieto non è conoscibile *ex ante* dal cittadino, perché la sua definizione è opera del giudicante *ex post*.

6. L'imprevedibilità dell'analogia

6.1. Lo stesso fenomeno si verifica in presenza di enunciati determinati interpretati analogicamente. Vi è chi esclude che l'analogia abbia una spiccata vocazione al relativismo creativo. Ciò non basta però a negare un'indiscutibile conseguenza pratica: l'approdo applicativo non è deducibile dal cittadino al momento della condotta. Ricapitolando: *ex ante* è possibile solo la conoscenza dell'enunciato normativo. L'esito della sua interpretazione, come tutto ciò che appartiene al futuro, può essere solamente previsto. Conseguentemente, le carenze descrittive precludono il pieno riconoscimento del divieto; per parte sua, l'eccessiva libertà interpretativa ne ostacola la prevedibilità. In entrambi i casi il divieto è riempito dal giudice.

Né varrebbe replicare che l'esito dell'interpretazione, una volta conosciuto dalla collettività, costituisce, per il futuro, un nuovo *a priori*. Resta l'ingiustizia del caso singolo e lo spazio di cui l'interprete si è impossessato a danno della testualità. Un risultato, questo, niente affatto neutro nel campo del diritto penale, perché favorisce la concentrazione nelle mani della giurisdizione dei poteri propri del giudice e di quelli del legislatore, con sommo pericolo per i diritti del cittadino, che si trova esposto a un'azione repressiva eccedente rispetto a quella espressamente autorizzata dal divieto. Da qui, la saggezza dei Costituenti che hanno assoggettato il diritto penale ad un importante principio, caduto oggi in disgrazia, per via della c.d.

crisi della politica e l'avvento del diritto giudiziario (nazionale e sovranazionale): il riferimento è al summenzionato cardine della riserva di legge. Nel confermare la tradizione culturale ispirata alla separazione dei poteri, la Costituzione ha fatto proprio il principio *nullum crimen sine lege*, che intende contenere gli spazi della giurisdizione, esaltati invece dal diverso modello *nullum crimen sine iure sacerdotum*.

6.2. Ciò spiega le ragioni di sistema per cui l'enunciato normativo con funzione incriminatrice deve essere linguisticamente preciso; sono le medesime in base alle quali l'analogia, che è un canone ermeneutico valido per l'intero ordinamento, è esclusa nella materia penale in modo espresso dall'art. 14 disp. gen. ed implicitamente dagli artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost. Si tratta di presidiare il carattere puntiforme del diritto penale, che verrebbe altrimenti nullificato.

7. L'offensività

7.1. Fin qui si sono considerati i criteri delimitativi del diritto penale legati alla formulazione del divieto e al suo più importante corollario ermeneutico, qual è il divieto di analogia.

Tra i caratteri del diritto penale ve ne sono alcuni, però, che assurgono a principi sostanziali, ossia contenutistici, di natura ora oggettiva, ora soggettiva.

A questo proposito viene in rilievo innanzitutto l'offensività. Si è già detto che i reati si caratterizzano per la loro gravità. Ciò significa che ledono interessi rilevanti, individuali o collettivi. La dottrina penalistica li definisce beni (o oggetti) giuridici. La vita, l'integrità, la libertà, il domicilio – solo per fare qualche esempio – sono offesi da reati come l'omicidio, le lesioni, il sequestro di persona e la violazione di domicilio.

Secondo un diffuso orientamento, l'offensività è un principio costituzionale implicito. Il primato della libertà personale stabilito dall'art. 13 Cost. consentirebbe al legislatore di ricorrere alla pena, per sua natura liberticida, solo al fine di tutelare beni di pari importanza costituzionale. L'incriminazione è legittima, dunque, quando l'oggetto giuridico è meritevole di tutela e quest'ultima risulta proporzionata tanto all'importanza dell'interesse presidiato, quanto all'entità della lesione arrecatagli. Occorre inoltre che l'ordinamento non disponga di altri strumenti di tutela ugualmente efficaci, dato che, a parità di effetto preventivo, deve preferirsi la sanzione extrapenale, meno afflittiva e "costosa".

Da qui la conclusione secondo cui la pena può giustificarsi solo come *extrema ratio* (criterio della c.d. sussidiarietà). L'obiettivo perseguito è evidente: contenere l'ambito del diritto penale già sul piano dell'astratta previsione delle ipotesi di reato, favorendo, là dove possibile, l'impiego della sanzione amministrativa o di quella civile. Si tratta di una visione della tutela funzionalmente gradualistica e ideologicamente liberale. Il reato viene concepito anzitutto come tipico, poi anche offensivo, infine colpevole. La legalità e l'offensività assicurano la laicità del diritto penale, tracciando una chiara differenza di piani tra la scelta politico-criminale e lo stigma morale; la colpevolezza personalizza l'illecito in termini di appartenenza ed evitabilità.

7.2. Sennonché, a fronte dei buoni propositi e delle (forse ingenue) aspettative fiorite a margine della loro elaborazione, i principi di offensività e sussidiarietà hanno mancato l'obiettivo deflattivo e contenitivo. È di tutta evidenza, infatti, l'abnorme e costante espansione dell'intervento penale. Le istanze di tutela avvertite dal legislatore, reali o supposte che siano, hanno avuto la meglio sugli ideali di parsimonia punitiva immaginati nei laboratori culturali in cui hanno visto la luce i canoni dell'offensività e della sussidiarietà, rendendo manifesto che il legislatore non può considerarsi un destinatario fedele dei principi in questione, né il loro unico artefice. Indubbiamente vi sono reati offensivi di entità ben definite e preesistenti alle

rispettive fattispecie incriminatrici. In molti altri casi, invece, è davvero difficile cogliere un autentico e tangibile bene giuridico, specie se superindividuale. Si tratta piuttosto di trasfigurazioni verbali del precetto. Si pensi all'ordine pubblico, che si ritiene comunemente offeso dall'associazione per delinquere: un'entità evanescente, non perché immateriale, ma perché concettualmente sfuggente e insuscettibile di essere offesa da condotte umane. Ne consegue che solo i beni giuridici culturalmente e logicamente "tangibili" consentono una verifica critica delle scelte di penalizzazione. Il bene privo di identità e di apprezzabilità vale quanto il bene inesistente, perché in entrambi i casi non è possibile giustificare la creazione legislativa di un divieto penalmente rilevante, come tale incidente su un bene primario e reale, qual è la libertà del cittadino.

7.3. Vero ciò, la teoria del bene giuridico, per quanto sia uno strumento imperfetto di legittimazione del diritto penale, svolge comunque una irrinunciabile funzione di indirizzo: contrastare la concezione del reato puramente formale, come violazione del divieto, oppure etica, come violazione della legge morale. In questa prospettiva il principio di offensività mantiene un valore culturale e pedagogico insostituibile, se non come criterio descrittivo dell'esistente penalistico, almeno come direttrice auspicabile e preferenziale di politica criminale.

8. La colpevolezza

8.1. Il principio di colpevolezza, anch'esso di rilevanza costituzionale, ai sensi dell'art. 27, comma 1, Cost., è esclusivo della responsabilità penale e costituisce il requisito che più caratterizza il reato: il rimprovero per la realizzazione di un fatto evitabile. La personalità dell'illecito rappresenta la vera eccezionalità strutturale del reato rispetto a tutte le altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento giuridico, che non

conoscono criteri di imputazione soggettiva così sviluppati e attenti alle eventuali alterazioni del processo di formazione del volere. Per usare un'espressione geometrica, si può dire che la personalità dell'illecito disegna un cerchio necessariamente concentrico rispetto all'orbita della tipicità. La garanzia che essa offre si somma, non si sostituisce a quella del fatto, che segna il perimetro massimo dell'intervento punitivo.

Va tuttavia precisato che, nell'ambito della teoria del reato, la distinzione tra "oggettivo" e "soggettivo" non dipende dal punto di osservazione, esterno all'agente, nel primo caso, e interno nel secondo, ma dal grado di generalizzazione che presentano i criteri ascrittivi utilizzati. Le componenti oggettive del reato sono impersonali, ossia ritagliate su un modello universale di agente. Quelle soggettive tengono conto di alcune caratteristiche dell'agente reale, comuni a classi di persone più ristrette. Nessun uomo è giudicabile nella sua unicità e irripetibilità, per mancanza di idonei criteri allo scopo. Questo spiega l'ineliminabile margine di oggettivazione che presenta la colpevolezza, in quanto giudizio pur sempre sociale. La funzione selettiva che svolge la colpevolezza non va sopravvalutata. "Soggettivo" sta per "individualizzato in quanto relativizzato".

8.2. Questo rilievo vale in particolare per l'elemento psicologico (meglio: soggettivo) del reato. Il dolo e la colpa (per la preterintenzione va fatto un discorso a parte) presentano una doppia rilevanza: la struttura psicologica effettiva, ossia le componenti volitive e intellettive del dolo, e la violazione della regola cautelare, nella colpa, appartengono al fatto tipico, contribuendo a descriverlo. Intensità del dolo e gravità della colpa esprimono la rimproverabilità soggettiva caratteristica della colpevolezza.

8.3. A differenza della tipicità, costruita come regola di condotta, la colpevolezza è una regola di giudizio particolarmente dinamica, ossia fisiologicamente soggetta a essere bilanciata con le funzioni della pena. La colpevolezza è dunque la nota strutturale più affetta da debolismo sotto il profilo della tenuta garantistica. Il

riferimento è segnatamente alle componenti dell'imputabilità e delle scusanti (*ignorantia iuris* e inesigibilità). Si tratta di categorie dai contenuti controversi e non formalizzati, come tali meno resistenti alla richiesta di tutela che si leva in modo imperioso dal corpo sociale.

9. Umanizzazione e finalismo rieducativo

9.1. Umanizzazione della pena e rieducazione del condannato sono principi costituzionali, anch'essi squisitamente penalistici, che dovrebbero condizionare la stessa tipologia dell'armamentario punitivo e comunque presiedere all'esecuzione della risposta sanzionatoria (art. 27, comma 3, Cost.). La loro nota comune risiede nel porre al centro dell'universo penale il colpevole, al duplice scopo di proteggerlo dagli eccessi punitivi e di offrigli l'opportunità della risocializzazione.

Chiara e netta è la differenza di prospettiva, sul punto, tra l'odierno assetto costituzionale e la concezione della pena secondo il codice Rocco: il reo, isolato da ogni altra comunità, era abbandonato a se stesso e al degrado della condizione di detenuto. La sua afflizione non vantava obiettivi di recupero sociale. Sul condannato incombeva il dovere di espiare la pena, quale percorso emendativo interiore, spontaneo ed eventuale. Il diritto penitenziario, affidato al Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787, si dedicava essenzialmente al governo di corpi avendo cura che le "norme di vita carceraria (…) siano bensì idonee ad emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimidativo". L'esecuzione della pena doveva conservare "quell'austera serietà, che è connaturale al castigo".

9.2. Molto è cambiato da allora. Nondimeno, a fronte delle "aperture" del carcere verso il mondo esterno, per una fetta di popolazione penitenziaria la detenzione si ispira al custodialismo tipico delle istituzioni totali.

Bibliografia essenziale

Capitolo III
Il linguaggio del diritto penale

di Fausto Giunta

1. Il reato come divieto di agire

1.1. Il reato appartiene alla classe dei divieti, i quali svolgono una funzione di orientamento comportamentale.

In una accezione normativa, legata al parametro della doverosità, il divieto può consistere in un'omissione, nel qual caso il contenuto precettivo si rovescia nell'obbligo di agire. Il divieto suona come una doppia negazione: è vietato il non fare una certa cosa, con la conseguenza di rendere doveroso l'agire. Si parla a questo proposito di reati omissivi. L'imposizione di un'azione incide sul diritto di libertà più del divieto di agire; mentre quest'ultimo consente tutte le infinite condotte diverse da quella vietata, l'imposizione della condotta attiva si pone in alternativa ad ogni altra contestuale opzione comportamentale.

1.2. I divieti, anche quelli penali, non sono sempre chiari e precisi. In questi casi non è agevole auscultare il cuore pulsante della forma, quale rivestimento della sostanza regolativa. Una sottocategoria particolarmente problematica è quella dei divieti impliciti, in quanto potenzialmente compresi dalla formulazione espressa del divieto, che tuttavia non li precisa formalmente.

Il cartello "in questo negozio è vietato introdurre cani" sembrerebbe estendere l'interdizione anche ad animali più grandi e pericolosi del cane, come l'orso. Nell'esclusione del "meno"

rientra quella del “più”.

La struttura analogica di una siffatta disposizione è tuttavia evidente, perché il divieto suona in realtà come se fosse formulato in questi termini: “è vietato introdurre animali che, come il cane di media taglia o più del cane, possono creare pericolo per persone e cose”. Così inteso il divieto, se ne potrà negare la violazione nel caso, per esempio, dell’introduzione di un leone in gabbia o di un cane pechinese di piccola taglia tenuto in braccio dal proprietario.

Sennonché anche la finalità del divieto non è chiara. La sua interpretazione cambierebbe se il divieto fosse sorretto da ragioni igieniche o anche solo dal fine di evitare disturbo alle persone; nel qual caso però non si spiegherebbe la sua limitazione ai cani.

1.3. In breve, i divieti impliciti sono assai meno evidenti di quanto possa apparire. Se quello sopra esemplificato fosse un divieto sanzionato penalmente, si tratterebbe di un reato la cui (in)determinatezza andrebbe censurata, perché la portata del divieto rimarrebbe imprecisata. In breve: l’interprete parlerebbe al posto del divieto.

2. Regole di condotta e regole di giudizio

2.1. Il diritto penale non è solo regola di giudizio rivolta alla giurisdizione. È principalmente regola di condotta per i cittadini. Quest’ultima funzione prevale sulla prima, in quanto i contenuti repressivi del diritto penale, suscettibili di essere inflitti con la sentenza di condanna, non devono poter eccedere l’area del divieto quale appariva agli occhi del cittadino prima che questi agisse.

Per dirla con altre parole, la legalità ambisce alla certezza del diritto *sub specie* di garanzia contro sconfinamenti persecutori,

che costituiscono il rischio, niente affatto astratto, dei sistemi punitivi. Quando vi è un'accettabile sovrapposizione (meglio: corrispondenza) tra regola di condotta e regola di giudizio, anche la funzione orientativa e quella garantistica della legge penale vengono a coincidere.

2.2. La funzione garantistica della legalità è ben compatibile, tuttavia, con una motivata contrazione applicativa della legge penale (in nome per esempio del principio di offensività) rispetto al massimo volume del suo involucro letterale. La testualità della legalità, infatti, segna il confine che il giudice non può superare, non il limite interno che deve necessariamente raggiungere il raggio operativo della pena.

La legalità non comporta il dovere di punire, che è principio di natura processuale, la cui rigidità è indipendente dalla legalità sostanziale. Quest'ultima tutela il *favor libertatis*; il principio di obbligatorietà dell'azione penale, l'uguaglianza dei cittadini di fronte all'azione repressiva dello Stato.

3. *Lex scripta*

3.1. La legalità penale è un concetto intuitivo. Difficile spiegarlo meglio di come lo enunciano, con immediatezza, i codici penali e le Costituzioni che lo elevano a principio fondamentale (da noi gli artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost.).

Il linguaggio – l'altra faccia del sociale – ha conquistato da millenni la dimensione della scrittura. Perché non utilizzarla anche per individuare i fatti di reato e stabilire le rispettive cornici sanzionatorie?

Da qui il brocardo, di origine ottocentesca, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, comprensivo della precisazione che la legge deve essere innanzitutto *scripta,* ma anche *praevia* e *stricta*, ossia

vigente prima del fatto e determinata nei contenuti. Solo la disposizione che precede l'agire e precisa in modo rigoroso il divieto può orientare il comportamento umano e può definire, ad un tempo, il potere punitivo nelle mani del giudice. In questo senso, *nemo iudex sine lege.*

Si può dire, dunque, che nella nostra tradizione giuridica la legalità è il linguaggio del diritto penale, il quale, per esprimere i suoi contenuti precettivi attraverso enunciati normativi, si avvale, di regola, del comune uso della lingua. Certamente il linguaggio penalistico presenta immancabili tecnicismi, che non valgono, tuttavia a "separarlo" da quello comune. Il primo rimane una specie del secondo@.

3.2. Il linguaggio è fatto *anche* di parole. "Forse è esagerato pensare che ogni parola possegga sette volte settanta significati: certo, però, che le parole dotate di un solo senso o quantomeno di pochissimi sensi, sono assai rare"@. Ma il linguaggio non si esaurisce nel vocabolario, ossia nei nomi delle cose, creato, secondo la *Genesi*, ancora prima dell'uomo. Fondamentale è la connessione tra i vari segni, che ci consente di selezionare, a seconda dei contesti, il carattere effettivamente polisenso delle parole. Il linguaggio non è tutto, anzi è anche troppo. Ma rinunciarvi significherebbe lasciare campo libero al giudicante. Del resto, il linguaggio non sempre è equivoco, almeno nella misura in cui consente di riconoscere significati certamente arbitrari. Considerarlo tale per definizione è una mistificazione, che finisce per disconoscerne perfino la funzione comunicativa. Nel diritto penale, il linguaggio, a partire da quello legislativo, non è solo scorza formale: i suoi significati costituiscono sostanza garantistica, delimitando il raggio di azione della pena. La soluzione ottimale risiede nell'individuare il senso corretto delle parole della legge@, quale punto d'incontro tra il popolo dei destinatari dei precetti penali e l'autorità preposta a sanzionarne la violazione.

In breve: la parola va rispettata, non spremuta. Pur riflettendo la complessità dell'esistenza, il suo succo non è inesauribile. Chi

troppo vuole dalla parola, nulla stringe. Al tempo stesso, è illusorio cercare un senso al di fuori del linguaggio.

3.3. Il contributo che offre la scrittura alla certezza del diritto non è certo una novità. Basti pensare al codice di Hammurabi, dell'epoca paleo-babilonese, inciso su una stele di diorite, quale prototipo di diritto positivizzato. La fissità della legge scritta contribuisce indirettamente, dunque, alla comunicazione e alla certezza dei suoi contenuti, ma non è condizione sufficiente per la realizzazione di un siffatto importante obiettivo, il quale richiede, come si è detto, anche la pre-esistenza della norma, la determinatezza dei significati desumibili dal testo e la lealtà dell'interprete.

Si comprende allora che la scrittura è solamente il presupposto di alcune importanti caratteristiche della legalità penale. All'oralità del diritto non sono precluse la pre-esistenza e la precisione, che possono mancare alla legge scritta (se intervenuta dopo il fatto o se generica). Allora perché la preferenza per la legalità scritta? Ovviamente per i vantaggi che provengono dalla conservazione del segno, non ultimo quello di poter vagliare, *ex post*, se l'attività interpretativa è stata correttamente svolta. Una verifica, questa, che risulterebbe ancora più impervia se le parole del diritto – dalla legge alle sentenze – non fossero scritte. L'oggettiva materialità del segno offre un presupposto meno opinabile al contraddittorio processuale in ordine ai suoi significati.

3.4. Questo modello di legalità può risultare ingenuo se si sopravvaluta l'univocità espressiva del segno. Ma si tratta di un limite che in ogni caso riguarda la nostra capacità comunicativa e la natura del linguaggio.

4. Meglio della memoria

4.1. A partire dall'Illuminismo, con la crescita di importanza che registrano i beni persona, la legalità penale diventa espressione del *favor libertatis*, come valore destinato a prevalere sull'uguaglianza di trattamento e la giustizia sostanziale.

La legge scritta, in quanto modalità comunicativa di contenuti precettivi, amplifica la funzione garantistica della legalità, sulla quale non ha inciso invece l'evoluzione delle tecniche di scrittura.

È vero, oggi non usiamo più la penna d'oca e il calamaio. La scrittura può fare a meno di un supporto materiale, come la pietra delle tavole di Mosè, e alle cui sorti è stata storicamente legata.

Ma ci sarà una ragione per la quale anche nell'epoca di *YouTube* continuiamo a *scrivere*?

La risposta è semplice: l'oralità si affida alla memoria, che è fallace; la scrittura al segno. Il suo completamento interpretativo non ne fa venire meno l'oggettività.

4.2. La parola detta non è mai sola; è accompagnata e completata da altre tecniche di comunicazione destinate a disperdersi: il tono di voce, le pause, l'accelerazione dell'esposizione, la gestualità, la mimica facciale sono parte del linguaggio orale, che per questa sinergia di mezzi espressivi consente una comunicazione immediata e libera, aperta inoltre all'interazione di chi ascolta, quale destinatario tutt'altro che passivo, solitamente. L'integrabilità del parlato è un fondamentale contributo alla comprensione degli enunciati@.

Per contro, la parola scritta si muove in una cornice di silenzio che accomuna chi la pensa e chi la legge; essa, di regola, non si avvale, nel suo operare, di altri complementi comunicativi. È destinata ad essere autosufficiente o a fallire.

Anche la combinazione di testo e immagine – si pensi ai fumetti e, un tempo, ai fotoromanzi – si caratterizza per l'omogeneità dei mezzi comunicativi utilizzati, entrambi visivi: il segno si aggiunge

al segno, la parola all'immagine. Non cambia la sostanza della tecnica comunicativa.

Solo la combinazione del testo con altri mezzi espressivi eterogenei – come, per esempio, la musica, che mette in campo un altro senso – pone la scrittura in condizione di subalternità espressiva. Ciò accade, per la forza emozionale della musica, ma anche per la perdita, da parte della scrittura, della sua fondamentale condizione co-espressiva: il silenzio e la sua voce. È esperienza comune, nell'ascolto della musica cantata, che raramente il testo sia socio paritario; talvolta viene adeguatamente vivificato dalla musica, in un equilibrio espressivo perfetto. Più spesso accade che la seconda metta in ombra il primo, rendendo il testo complementare alla musica.

5. L'autarchia espressiva della legalità

5.1. La scrittura mantiene ancora intatte queste caratteristiche, nonostante il suo processo di smaterializzazione. È ben vero che la scrittura informatica sta progressivamente soppiantando quella su carta; nondimeno, la parola scritta – che sia tracciata su supporto materiale o codificata attraverso una precisa struttura informatica – resta destinata all'autarchia espressiva. Il suo messaggio non è correggibile o integrabile mentre è in corso la comunicazione. Sarà una fissità precaria; magari vincerà l'interprete, perché il futuro ha l'ultima parola sul passato. Ciò non mette in discussione le ragioni che portano a valorizzare la dimensione scritta della legge penale e la visibilità del divieto.

5.2. La categoria del segno comprende anche il messaggio visivo; si pensi ai segnali propri della circolazione stradale, la cui immagine, tuttavia, non ha una autosufficienza comunicativa, trovando il suo dizionario ancora una volta nel testo di legge, nel caso di specie il codice della strada. L'iconografia non è immune dalle ambiguità che affliggono il segno come genere, e dunque

anche la parola. L'uso dell'immagine, quando risponde a una precisa convenzione di significato, persegue perlopiù una semplificazione del messaggio. Ed è per questo che nel diritto è impiegata con funzione esemplificativa e per esigenze di immediatezza della comunicazione. La legalità penale – saggiamente – evita questo ulteriore passaggio, affidandosi direttamente alle parole quali atomi della testualità del diritto e della sua funzione narrativa. La parola non va sopravalutata, quando rischia di nascondere il pensiero, ma resta ancora un prezioso argine garantistico@.

Questo modello di legalità può risultare ingenuo se si sopravvaluta l'univocità espressiva del segno. Ma si tratta di un limite che in ogni caso riguarda la nostra capacità comunicativa e la natura del linguaggio.

Bibliografia essenziale

Capitolo IV
Le tecniche normative

di Fausto Giunta

1. Il linguaggio legislativo

1.1. Il diritto, per perseguire i propri fini, comunica, e per comunicare usa il linguaggio comune, che talvolta diventa gergale, perché assume significati specialistici@. Gli immancabili tecnicismi non valgono, tuttavia a "separare" il linguaggio penalistico da quello comune. Il primo rimane una specie del secondo@.

Il linguaggio è fatto di parole dette e di parole scritte. Il diritto le

usa entrambe. Il processo penale privilegia le prime, il diritto sostanziale le seconde, attraverso le quali individua i fatti di reato e stabilisce le rispettive cornici sanzionatorie. Nella nostra tradizione giuridica la legalità è il linguaggio del diritto penale.

La precisione che può raggiungere il linguaggio non va mitizzata. Non ogni enunciato scritto è preciso, là dove tale può essere invece un'espressione orale, per esempio un ordine militare, che – come la legge penale – è destinato a motivare il destinatario al comportamento richiesto.

Certo è che non si può prescindere dal linguaggio, il quale non si esaurisce nel vocabolario. Fondamentale è la connessione tra i vari segni, che ci consente di correggere, a seconda dei contesti, il carattere perlopiù polisenso delle parole e di comprenderne al meglio i significati@. Il linguaggio della legge deve essere il punto d'incontro tra il popolo, quale destinatario dei precetti penali, e l'autorità preposta a sanzionarne la violazione.

1.2. Il diritto penale non è solo regola di giudizio rivolta alla giurisdizione; è principalmente regola di condotta per i cittadini. Quest'ultima funzione prevale sulla prima, in quanto i contenuti repressivi del diritto penale, suscettibili di essere inflitti con la sentenza di condanna, non devono poter eccedere l'area del divieto quale appariva agli occhi del cittadino prima che questi agisse.

Per dirla con altre parole, la legalità ambisce alla certezza del diritto *sub specie* di garanzia contro sconfinamenti persecutori, che costituiscono il rischio, niente affatto astratto, dei sistemi punitivi. Quando vi è un'accettabile corrispondenza tra regola di condotta e regola di giudizio, la funzione orientativa e quella garantistica della legge penale vengono a coincidere. Ne deriva una specularità virtuosa tra la ricerca dell'efficacia generalpreventiva e le esigenze di giustizia sostanziale, presupponendo entrambe che il reo sia stato adeguatamente motivato al comportamento alternativo lecito.

La funzione garantistica della legalità è ben compatibile, tuttavia,

con una contrazione applicativa della legge penale rispetto alla portata massima del suo significato letterale, quando la formalizzazione della tutela risulti in concreto inoffensiva (la sottrazione e l'impossessamento un acino di uva corrisponde alla descrizione del delitto di furto contenuta nell'art. 624 c.p., non al suo concreto disvalore). La testualità della legalità, infatti, segna un confine invalicabile per il giudice. L'interpretazione, mentre non può superare il significato massimo delle parole, può legittimamente optare per significati restrittivi.

2. Il rinvio ad altra disposizione

2.1. Può accadere che l'enunciato normativo rinvii ad altra disposizione.

L'impiego di questa tecnica, finalizzata a richiamare nella norma richiamante i contenuti regolativi della disposizione richiamata, è frequente nell'odierno diritto penale e diffuso negli altri rami dell'ordinamento. Oltre a soddisfare intuitive esigenze di sintesi ed economia di linguaggio, la tecnica del rinvio consente di coordinare tra loro settori normativi diversi, favorendone contestualmente l'aggiornamento, ossia l'automatico adattamento delle norme richiamanti all'eventuale modifica della disposizione richiamata.

Ciò accade nel codice penale (si pensi all'art. 615-*bis* c.p., che rinvia all'art. 614 c.p. a proposito dei luoghi tutelati dalle interferenze illecite penalmente rilevanti) e soprattutto nel diritto *extra codicem*, specie quando la sanzione penale viene chiamata a presidiare la regolamentazione civile o amministrativa di un determinato settore.

2.2. Il diritto penale, infatti, interviene in campi di materia tra loro molto diversi, spesso regolati anche da norme non penali. Si pensi, per esempio, alla legislazione in materia ambientale,

economica, antinfortunistica, agro-alimentare ecc., dove il testo di legge contenente la disciplina civile o amministrativa si chiude con una clausola sanzionatoria: con una o più norme, cioè, contenenti le sanzioni previste per la violazione di singoli aspetti della disciplina extra-penale@.

Ebbene, il carattere non esclusivo della regolamentazione penale spiega, sotto il profilo funzionale, gli stretti nessi che esistono tra la fattispecie penale e le disposizioni extra penali, soprattutto quando tali correlazioni affiorano al livello della tipicità. In questi casi il rinvio può interessare norme aventi forza di legge o poste da fonti diverse dalla legge (con le implicazioni che ne conseguono sul terreno della riserva di legge).

3. Rinvio nominale ed elementi c.d. normativi giuridici della fattispecie

3.1. Il rinvio a un'altra norma può essere realizzato in modo nominale, ossia indicando espressamente la disposizione richiamata attraverso gli estremi identificativi della sua fonte di cognizione. Si è già fatto l'esempio dell'art. 615-*bis* c.p., che rimanda a un altro articolo dello stesso codice. Volendone fare un altro, si pensi alla fattispecie di omicidio stradale, di cui all'art. 589-*bis* c.p., che rimanda all'art. 187 cod. strada in materia di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

In alternativa, il rinvio può avvenire per tramite dei c.d. elementi normativi, intendendosi con tale espressione quelle componenti linguistiche che individuano un requisito di fattispecie attraverso il rimando a norme diverse, la cui concreta individuazione è rimessa all'interprete. Si tratta di un rinvio logico, poiché l'identità della disposizione richiamata si desume dalla *ratio* della norma richiamante, come accade nell'art. 575 c.p., che rimanda

in via interpretativa alla nozione di morte cerebrale (quale cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo) accolta dalla l. n. 578 del 1993. Si pensi, ancora, al concetto di "matrimonio avente effetti civili", che, presente nella fattispecie di bigamia (art. 556 c.p.), per la sua esatta comprensione rinvia alla nozione contenuta negli artt. 82 s. c.c. Si considerino infine i concetti di denuncia, querela, richiesta e istanza, che, espressamente previsti nella fattispecie di calunnia di cui all'art. 368 c.p., rimandano alle corrispondenti definizioni contenute nel codice di procedura penale.

Quando gli elementi normativi qualificano un dato elemento di fattispecie attraverso la mediazione di una disposizione non penale, essi determinano l'eterointegrazione della norma penale, nel senso che la norma incriminatrice, incorporando in sé i contenuti delle disposizioni extra-penali, assoggetta gli enunciati normativi così richiamati ai princìpi propri della disciplina penale. Anche per i contenuti dispositivi incorporati vale il principio di legalità, *sub specie* di riserva di legge, determinatezza, divieto di analogia e irretroattività della disciplina sfavorevole. In breve: la norma penale richiamante estende alla disposizione richiamata le istanze di garanzia proprie della legge penale, la tecnica del rinvio sarà legittima nella misura in cui l'intarsio normativo che ne deriva produce una fattispecie determinata. Una volta incorporate nella fattispecie incriminatrice, anche le norme civili e amministrative devono considerarsi penali, talché, in termini più generali, si può dire che, accanto a norme penali che nascono tali, ve ne sono altre che diventano penali in ragione della loro incorporazione nell'ambito della fattispecie incriminatrice.

3.2. Benché le due anzidette modalità di rinvio producano gli stessi effetti e ripropongano problematiche sostanzialmente unitarie, va precisato che, a differenza del rinvio nominale, quello effettuato attraverso l'elemento normativo non è *prima facie* né sicuro, né univoco. Esso, cioè, si manifesta solo a seguito di una prima verifica Nulla esclude, infatti, che l'elemento che si suppone normativo sia tale solo in apparenza, nel senso che, non potendosi considerare come un rinvio al contenuto regolativo

di un'altra norma, pena l'irragionevolezza dell'esito interpretativo, lo si debba intendere in modo a-tecnico, secondo il significato, di solito meno univoco, che il termine assume nel linguaggio comune.

Si pensi al tormentato dibattito sulla nozione di possesso nei delitti contro il patrimonio. Se si intendesse, il concetto di possesso – che, come noto, rileva, tra l'altro, come presupposto positivo dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.) e presupposto negativo del furto (art. 624 c.p.) – in senso civilistico, ovvero quale elemento normativo da interpretarsi alla stregua dell'art. 1140 c.c., dovrebbe concludersi per l'irrilevanza penale della condotta del depositario, del locatario, del comodatario o del mandatario che si appropriano la cosa altrui.

Per la legge civile, infatti, tali figure sono meri detentori e non possessori, con la conseguenza che essi non potrebbero considerarsi soggetti attivi dell'appropriazione indebita, ma nemmeno autori di furto, dato che, tipizzando una condotta di spoglio, quest'ultima fattispecie non può essere logicamente realizzata da chi detiene la cosa.

Ebbene, proprio l'irragionevole lacuna di tutela cui condurrebbe l'accezione del possesso quale elemento normativo ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a optare per una interpretazione c.d. autonoma (i.d. non normativa) della nozione di possesso@.

Viceversa, quella che *prima facie* sembra una componente linguistica comune della fattispecie, a un più attento esame può rivelarsi un elemento normativo.

Infine, nulla esclude che, a seguito di un intervento definitorio, un elemento della fattispecie *ab origine* naturalistico diventi normativo (è il caso della nozione di morte, di cui si è detto).

3.3. Per l'opinione prevalente, l'elemento normativo si distinguerebbe in giuridico e sociale a seconda che esso per l'appunto rinvii a una norma giuridica o sociale. Ebbene, nonostante la sua diffusione, questa impostazione rischia di

confondere fenomeni tra di loro diversi. Invero, mentre l'elemento normativo giuridico determina un rinvio a un'altra norma giuridica, l'elemento normativo sociale rimanda a parametri di valutazione di natura socio-culturale già impliciti nel significato che il termine, utilizzato per esprimerlo, assume nel linguaggio comune. In altre parole: mentre il primo fenomeno interessa il rapporto tra fonti normative, il secondo si esaurisce a livello interpretativo.

Diversa, del resto, è anche la funzione del c.d. elemento normativo sociale, dato che esso non mira a correlare tra loro settori normativi, ma serve ad adeguare il linguaggio legislativo all'evoluzione della realtà socio-culturale.

Da qui l'opportunità di superare la distinzione tra elemento normativo ed elemento descrittivo a favore di una diversa classificazione delle componenti linguistiche della fattispecie: quella tra unità linguistiche ordinarie, decifrabili alla stregua del linguaggio comune, e unità linguistiche giuridiche che vanno intese alla stregua di altre norme giuridiche@. Questa partizione offre, tra l'altro, il vantaggio di poter qualificare nell'ambito delle prime gli elementi linguistici che rinviano a nozioni scientifiche, come ad esempio il concetto di sordomutismo, oppure "norme" in senso improprio in quanto, essendo meramente descrittive e non anche prescrittive, non operano quali criteri di comportamento. Naturalmente, nulla impedisce che un elemento della fattispecie rinvii a una norma giuridica, la quale a sua volta rimandi, nella parte in cui essa non è definita, a un enunciato scientifico. Il linguaggio legislativo, invero, può snodarsi attraverso rinvii di natura diversa, come accade per l'appunto con la disciplina della causalità: il verbo "cagionare", presente nelle fattispecie causalmente orientate rimanda alla disciplina contenuta negli artt. 40 e 41 c.p., che, a loro volta, rinviano – secondo la dottrina unanime – alle leggi scientifiche per la messa a fuoco della nozione di causa.

4. Clausole sanzionatorie finali

Specialmente nel diritto penale *extra codicem* il legislatore fa uso talvolta di c.d. clausole sanzionatorie finali. Può accadere, cioè, che una disciplina extra-penale di tipo organico sia corredata di norme penali chiamate a presidiarne l'effettività.

Di solito le disposizioni penali, aventi funzione puramente sanzionatoria, vengono raggruppate in uno o più articoli finali (rubricati "Sanzioni penali"), che chiudono il testo normativo e determinano un rinvio in blocco non sempre preciso, anzi poco aderente alle specificità strutturali e all'eterogeneità di disvalore delle singole violazioni penali. La normativa ambientale è un settore dove le c.d. clausole sanzionatorie finali sono addirittura frequenti@.

La dottrina non ha mancato di stigmatizzare l'abuso di questa tecnica normativa, che impone la ricomposizione testuale, prima ancora che funzionale, del precetto e della sua sanzione, quali momenti strettamente connessi della norma penale, ma pericolosamente allontanati dal legislatore.

Bibliografia essenziale

Capitolo V
L'interpretazione della legge penale

1. Un mondo di parole

di Fausto Giunta

1.1. Si è già detto che il diritto penale è linguaggio regolativo, è

comunicazione sociale: l'enunciato normativo svolge la sua funzione di orientamento comportamentale comunicando la regola di condotta. La prevenzione generale usa tutti i possibili canali di comunicazione. *In primis* la pubblicazione della disposizione penale nella Gazzetta Ufficiale. *In secundis* la sua diffusione massmediatica. Anche il passaparola svolge un suo ruolo. È meno affidabile, ma questa è altra questione.

La comunicazione si avvale di un vettore: la parola, che esporta e importa significati. È l'altra faccia della socialità. Quanto al significato, la parola può essere chiara o oscura, ossia univoca o polisensa. Distinguere i vari casi non è facile. In parte il risultato dipende dal segno in sé (ossia dalla maggiore o minore ampiezza dell'area semantica), in parte può derivare dal contesto linguistico (ossia dai significati degli altri segni compresenti nel medesimo enunciato normativo).

Il linguaggio governa i necessari meccanismi comunicativi del sistema penale. Nei manuali giuridici il tema sembra trascurato. In realtà se ne parla in modo implicito: "alla legalità linguistica corrisponde la legalità giuridica"@. Ciò vale anche e soprattutto nel diritto penale per disposto costituzionale (art. 25, comma 2).

1.2. L'enunciato normativo penale va scritto per essere letto secondo le regole del linguaggio; fa da vettore di significati, suscettibili di essere compresi dai comunicanti@; deve essere rispettato dal destinatario, sul quale grava un obbligo di conformazione. Di regola i comunicanti si trovano in posizione di parità. Il diritto penale, in ragione del suo carattere autoritario, fa eccezione. L'artefice impone l'enunciato e i suoi contenuti regolativi; il cittadino deve rispettarli.

Per molto tempo il linguaggio penalistico è stato visto ed esaminato dall'angolo visuale di chi ha il potere di porre la disposizione normativa, che, nel nostro, come in altri ordinamenti di *civil law,* è il legislatore. Si è approfondito soprattutto il momento della scrittura. È rimasta nell'ombra l'altra faccia del linguaggio giuridico, che guarda verso i destinatari

dell'enunciato, ossia cittadini e giuristi, tanto pratici, quanto teorici. Oggi si tende, giustamente, a rivalutare quest'ultima dimensione del linguaggio giuridico. Da qui una triplice linea di tendenza, che può sintetizzarsi come segue: artefice *vs* destinatario; scrittura *vs* lettura; divieto *vs* osservanza.

I destinatari dell'enunciato normativo penale entrano in comunicazione con i suoi contenuti in momenti diversi. Con il cittadino la disposizione parla *ex ante*, ossia prima che egli agisca. Per lui l'enunciato normativo è regola di condotta. L'operatore del diritto (il giudice, in primo luogo) prende in considerazione la disposizione dopo il fatto. La considera, cioè, come regola di giudizio.

2. Lettura, comprensione e interpretazione

di Fausto Giunta

2.1. In che rapporto stanno la lettura, la comprensione e l'interpretazione di una disposizione? Possono considerarsi espressioni equivalenti?

Partiamo da un tipo di enunciato normativo apparentemente semplice, qual è il divieto dell'automobilista di transitare con il rosso. Il semaforo è un simbolo convenzionale disciplinato dal codice della strada@. Attraverso un segnale luminoso, esso attualizza e semplifica l'enunciato normativo, rendendolo di immediata percezione.

È indubitabile che l'estrema formalizzazione del simbolo facilita la comprensione del precetto, assottigliando lo spazio della sua interpretazione, che recupera centralità in situazioni patologiche ed eccezionali, tali da mettere in discussione l'operatività del divieto.

Ciò è implicitamente riconosciuto anche da quella autorevole

dottrina che sottolinea l'indefettibilità del momento interpretativo e la molteplicità degli esiti, tutti metodologicamente legittimi e diversi@. Ebbene, pur ammettendo che il semaforo possa essere interpretato teleologicamente, una siffatta eventualità appare infrequente. Di regola l'obbligo di conformazione deve essere immediato, al punto che la riflessione ermeneutica, con il suo ingombro temporale, può apparire addirittura disfunzionale.

2.2. La stessa logica di semplificazione caratterizza l'ordine, che può essere, scritto, orale oppure ancora affidato ad apposita gestualità (si pensi al vigile urbano che, paletta alla mano, intima a un automobilista di fermarsi)@.

Del resto l'ordine, quale precetto posto dal superiore gerarchico e caratterizzato dalla tendenziale insindacabilità, conferma l'esistenza di regole comportamentali nelle quali l'interesse prevalente è l'esecuzione subitanea, quasi irriflessiva, purché l'ordine presenti la forma richiesta, dalla quale si desume la legittimazione dell'ordinante a emetterlo. Di sicuro, l'obbligo di obbedienza deve essere diligente e intelligente, ma ciò non toglie che l'interpretazione, che va ponderata, si ponga in tensione con l'esigenza dell'immediata obbedienza. Se i destinatari dell'ordine avessero il potere di rivalutarlo con tutta calma e adeguati margini di creatività, l'ordine perderebbe gran parte della sua ragion d'essere.

2.3. Sia detto *per incidens*: la rivalutazione (fino all'estremo dell'enfatizzazione) del momento interpretativo interessa soprattutto la lettura giudiziale *ex post* dell'enunciato normativo. Analoghi riconoscimenti non si riscontrano invece a proposito dello stesso enunciato normativo considerato *ex ante* da parte del cittadino. Sembra quasi che la complessità non sia carattere dell'attività interpretativa in sé, ma dipenda dalla posizione di chi la svolge, come dimostra la giurisprudenza in materia di *scientia iuris*. Nei non frequenti casi di diritto incerto, il cittadino non può scusarsi dimostrando di avere ponderato attentamente l'interpretazione prescelta, magari più fedele al testo; il suo impegno non vale a nulla, perché deve conformarsi

all'interpretazione giudiziale, per definizione preferibile. E se quest'ultima non è univoca, il cittadino deve astenersi dall'agire. Chi pattina sul ghiaccio sottile – si afferma – deve mettere in conto il rischio di sprofondare nell'acqua gelida@. *Imputet sibi*, anche quando pattinare sul ghiaccio di Stato è una necessità e non una libera scelta del cittadino.

In breve: l'interpretazione giudiziale si rivela sempre più esposta al relativismo e alla precomprensione. Da qui un atteggiamento di accettazione dei margini di creatività e aleatorietà dei risultati. Riguardo all'interpretazione del diritto da parte del cittadino il discorso cambia, perché muta il parametro di valutazione. Il consociato è l'incarnazione dell'*homo oeconomicus*, freddo e razionale, capace di interpretare al meglio il diritto e dunque colpevole di non essere pervenuto alle conclusioni della giurisprudenza, specie se creative.

3. *In claris non fit interpretatio?*

di Fausto Giunta

Il brocardo *in claris non fit interpretatio* viene giustamente criticato per la sua perentorietà. L'adattamento al caso concreto è un'esigenza che si avverte in presenza di qualsiasi disposizione, la quale di per sé è una fredda successione di parole.

L'interpretazione è dunque parte integrante della comprensione.

La critica mossa a questo brocardo è tuttavia anch'essa estrema e assoluta. Per quanto rare, esistono disposizioni chiare che sdrammatizzano l'interpretazione. Si tratta di casi per così dire semplici, non solo per la natura della materia trattata, ma anche in ragione del carattere univoco dell'enunciato normativo. L'interpretazione non viene meno, ma l'attribuzione di senso è certamente più agevole.

4. Interpretare l'interpretazione

di Fausto Giunta

4.1. Anche il termine interpretare va correttamente inteso, perché molteplici sono i suoi usi Interpretare può significare leggere, comprendere, spiegare, eseguire e via discorrendo.

L'interpretazione ha un oggetto, che può consistere a sua volta anche nella precedente interpretazione di qualcosa. Volendo, rispetto a uno stesso dato di realtà, si può distinguere l'interpretazione di primo grado o diretta e quella di secondo grado o indiretta, quando l'interpretazione del dato finale avviene attraverso il filtro di una sua pregressa interpretazione.

Si consideri la poesia "L'infinito" di Giacomo Leopardi@. Studiarla significa interpretarne in modo diretto il testo e, indirettamente, la condizione umana del poeta, ulteriormente generalizzabile. Pietro Citati, che ha scritto di recente su Leopardi@, ricostruisce in modo minuzioso la vita e la malattia del poeta, paragonando, anche sotto il profilo dei rapporti con la famiglia, il piccolo mondo di Recanati a una carcerazione. La poesia è del 1819, l'anno più terribile della vita di Leopardi. Eppure in quella poesia "non c'è minima traccia di dolore". L'allungamento dello sguardo verso l'infinito "non aveva fondo: era una sensazione irraggiungibile", incarnava l'idea di evasione dalla "siepe-carcere"@. Come Leopardi scava nella sua vita, così il suo interprete scava, con tutta la profondità di cui è capace, nelle parole del poeta.

Diversa cosa è l'interpretazione come recitazione. Anche qui l'oggetto è un testo. L'attore ha licenza di integrare quanto non è indicato dal componimento poetico. Al di fuori di quest'ambito l'esecuzione non è più tale e non può parlarsi di recitazione. In particolare ritmo, pause e intonazione possono mutare

sensibilmente come testimoniano i video linkati di seguito@. Per quanto tra loro diverse, le "letture" selezionate sono tutte consentite dal testo. Le regole sulla suddivisione temporale, tipiche della scrittura (e affidate essenzialmente alla punteggiatura), non sono infatti stringenti come quelle di uno spartito musicale. Questo spiega perché nella musica classica, eseguita nel rispetto dello spartito, il testo vincola maggiormente l'esecuzione. La diversità delle interpretazioni, pure innegabili, sono tra loro meno distanti.

Ne è una conferma la musica leggera di solito eseguita "a orecchio" da cantanti non musicisti. Essa si presta a esecuzioni più libere, come dimostra il brano musicale che segue@. Questa "discrezionalità interpretativa" però non è illimitata. Anche il *remake* ha le sue regole. L'atto creativo produce un nuovo prodotto. Una citazione non è una interpretazione@.

4.2. Tornando al diritto, la libertà ermeneutica non è la stessa nei vari rami dell'ordinamento. Nel diritto penale, stante l'incidenza sulla persona del reo, il vincolo al testo ha funzione garantistica e, per questa ragione, è particolarmente stringente specie quando ha ad oggetto norme incriminatrici. Non solo: il principio di uguaglianza dei cittadini sarebbe poca cosa se valesse solo di fronte alla legge e non anche di fronte alla sua interpretazione.

Ciò spiega, ma non giustifica, il netto disfavore che già Cesare Beccaria esprimeva nei confronti dell'interpretazione giudiziale e teleologica in specie@. Per ovviare al rischio del relativismo ermeneutico, infatti, Beccaria finiva per negare l'importanza del momento applicativo, che non può essere ridotto a un automatismo meccanicistico. Un epilogo, questo, ingenuo e irrealistico. Un sistema affidato a precetti massimamente formalizzati al punto da poter funzionare senza passare dall'interpretazione, sarebbe utopistico. La semplificazione del divieto penale attraverso la sua riproposizione simbolica costituisce l'eccezione, non la regola. Il codice penale non può aspirare allo schematismo comunicativo tipico del semaforo, per

via della complessità della vita sociale che la norma penale è chiamata a regolare.

In un certo qual senso Beccaria è stato il precursore di quel filone di pensiero secondo il quale, come per la geometria euclidea per due punti passa una sola retta, per tre punti non allineati un solo piano, così l'enunciato normativo consentirebbe un'unica interpretazione.

4.3. A questo irrealistico dogma si è contrapposta nel tempo la tesi, altrettanto unilaterale, del numero illimitato delle interpretazioni@, fino all'affermazione estrema secondo cui "non ci sono fatti ma solo interpretazioni"@, la quale in fin dei conti "mette in questione la nozione di 'fatto' come qualcosa di indipendente dalle nostre interpretazioni", giungendo a negare il concetto stesso di verità"@.

Sennonché quest'ultimo fortunato aforisma è stato spesso equivocato. Esso non rappresenta un manifesto dell'antirealismo, ma un temperamento dei valori supremi e dell'approccio positivistico che si è sviluppato a partire dall'Ottocento. Il monito nietzschiano ci ricorda che il nostro mondo, comprensivo dei valori assoluti offerti dalle religioni e dalle ideologie, non è autoevidente e incontrovertibile, ma richiede per la sua conoscenza un vaglio critico e razionale. Per quel che più ci interessa, il riferimento all'importanza dell'interpretazione non intende né negare l'esistenza del reale, né contestare che l'interpretazione ha regole sue proprie@, né, ancora, affermare una sorta di relativismo cognitivo universale. Anche l'affermazione "esistono solo interpretazioni" è un'interpretazione@.

D'altro canto, Il linguaggio non sempre è equivoco; come minimo, non lo è nella misura in cui consente di riconoscere significati certamente arbitrari@. Considerarlo tale per definizione è una mistificazione. Nel diritto penale, il linguaggio, a partire da quello legislativo, non è solo scorza formale: i suoi significati costituiscono sostanza garantistica, delimitando il fatto

tipico e conseguentemente il raggio di azione della pena. Da questo punto di vista l'art. 12 delle preleggi assume una rilevanza costituzionale@. L'interprete manipolatore ambisce a sostituirsi al legislatore, senza averne titolo. La sua scelta politico-criminale potrebbe essere anche migliore e preferibile, ma non è prevista dalle regole generali del sistema, per le quali la parola legislativa è ad un tempo il percorso e l'argine insuperabile del diritto penale.

Anche nel diritto penale lo "spartito" guida e vincola l'interprete@.

5. Ricapitolando

di Fausto Giunta

5.1. La parola è un recinto di significati, che si combinano con quelli delle altre parole compresenti in un dato discorso. Interpretare consiste nell'attribuire significati ai segni. Si tratta di un'attività sperimentale, perché, specialmente nei casi complessi, procede per tentativi; ed è anche creativa, in quanto solitamente lascia a chi la compie apprezzabili margini di scelta.

L'interpretazione, però, non è libera, né arbitraria, avendo ad oggetto il segno, che è portatore di un fascio di significati suoi propri, tutti possibili e suscettibili di essere compresi secondo le regole proprie del linguaggio con il quale è stato posto. Il linguaggio, soggetto ad una spontanea, impersonale e democratica evoluzione, è dunque l'anima del segno, ciò che impedisce alla scrittura di ridursi a pensiero pensato. Finché l'enunciato non sarà travolto dalla vetustà linguistica (con conseguente cessazione della funzione comunicativa del linguaggio), il segno sarà pensiero pensante.

Nel diritto il segno è costituito dall'enunciato normativo. L'esito interpretativo vede accrescere la sua prevedibilità nella misura in

cui il riconoscimento di senso, da parte del giudicante, si mantenga nell'ambito dei significati nucleari comunemente riconosciuti ai segni che compongono lo specifico discorso giuridico. Nel campo penale, l'imposizione del segno è governata dal principio di legalità, quale precondizione della sua corretta interpretazione. L'enunciato normativo deve essere scritto e preciso, perché testualità e determinatezza sono funzionali alla certezza del diritto.

5.2. L'interpretazione è esposta, per sua natura, al soggettivismo e finanche all'intuizionismo dell'interprete. Ciò non significa rinunciare all'oggettività e alla razionalità del giudizio, che sono favorite dall'obbligo della motivazione scritta funzionale alla comunicazione e al controllo. Il principio di stretta interpretazione impedisce l'*inventio* di nuovi significati a danno dell'imputato. Le regole del linguaggio, che si modificano di pari passo con la storia sociale, assumono valore garantistico. La testualità del diritto penale va presa sul serio@, come carattere sia dell'enunciato normativo, sia della motivazione giudiziale. In questo senso la letteralità è l'orizzonte massimo dell'interpretazione nel campo penale.

Oggetto di interpretazione, dunque, non è il contesto sociale che si è evoluto, ma resta il testo che, attraverso il linguaggio, lo narra, lo comprende e lo regola.

L'interprete non può spezzare la circolarità dell'ermeneutica sostituendo il contesto al testo, ma deve rimanere all'interno dei (plurimi) significati consentiti dall'enunciato normativo, per proiettarli, nel rispetto di tali limiti, sulla realtà sociale.

La ritenuta inadeguatezza dell'art. 674 c.p. – per fare un esempio – non consente di applicare la contravvenzione del getto pericoloso di cose alla creazione dei campi elettromagnetici, per la semplice ragione che essi – di sicuro – non sono cose mobili suscettibili di essere gettate, come richiede chiaramente l'enunciato normativo in questione. L'adeguamento del testo al contesto sociale, che va oltre i significati linguisticamente

plausibili, non è compito dell'interprete, ma del legislatore@.

L'interprete della meritevolezza di pena è il legislatore, che vi provvede formulando l'enunciato normativo. Il giudice, quale interprete di secondo grado, è soggetto alla legge, per disposto dell'art. 101, comma 2, Cost.

5.3. Nell'ambito delle interpretazioni conformi al testo, la scelta dell'interprete non è priva di parametri orientativi. Vengono qui in rilievo, da un lato, i principi costituzionali di offensività e colpevolezza, dall'altro, il precedente conforme come meccanismo di stabilizzazione del c.d. formante giurisprudenziale. In origine il precedente di legittimità vantava un'influenza meramente persuasiva e argomentativa; oggi il sistema sembra volersi avvicinare alla regola dello *stare decisis*, seppure limitatamente alla giurisprudenza delle Sezioni Unite. La riforma c.d. Orlando (l. n. 103 del 2017) ha introdotto, nel riformulato l'art. 618 c.p.p., un vincolo ordinamentale e procedimentale. La Sezione semplice che intenda discostarsi dalle Sezioni Unite deve rimettere a queste ultime la questione. La certezza del diritto è un valore e una garanzia, che non deve tuttavia diventare una rinuncia all'argomentazione e l'adesione a un acritico conformismo decisionale.

6. La scelta interpretativa e i principi: l'offensività

di Gianfranco Martiello

6.1. Il «principio di necessaria offensività» (*nullum crimen sine iniuria*) presenta, storicamente, un duplice contenuto precettivo. Da un canto, e saldandosi con la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientato, esso si propone quale vincolo *de iure condendo* all'opera di poiesi normativa, imponendo al legislatore di confezionare fattispecie incriminatrici che, sul piano strutturale, rechino fatti offensivi di beni giuridici ben

identificabili e rilevanti sul piano socio-costituzionale (c.d. «offensività in astratto»). Dall'altro, esso si pone quale limite *de iure condito* all'applicazione delle fattispecie incriminatrici, prescrivendo al giudice di accertare segnatamente che il fatto storico, così come presentatosi nella realtà, risulti in concreto offensivo del bene protetto dalla fattispecie astratta di reato, pena la sua a-tipicità (c.d. «offensività in concreto»).

Ed è proprio quest'ultimo il profilo che in questa sede segnatamente rileva, nell'unitaria premessa, tuttavia, che, comunque lo si intenda, il principio di offensività presenta un forte radicamento sia logico- razionale che normativo-costituzionale. Ed invero, ove si muova dalla constatazione che la pena di norma attinge il bene fondamentale della libertà personale, è ragionevole concludere che, per un'intuitiva esigenza di proporzione, il fatto che la determina debba essere realmente offensivo di un valore altrettanto importante; d'altro canto, di una pena che tende a «rieducare» il condannato sarebbe difficile parlare ove essa venisse inflitta a chi nei fatti non ha violato alcun valore penalmente protetto, al quale essere perciò rieducato; ben si comprende, infine, che ove si sanzionasse una condotta rivelatasi in concreto inoffensiva, si finirebbe sostanzialmente per punire la mera «volontà» del reo di produrre un certo risultato lesivo, e non già, propriamente, un «fatto»: logiche, queste, che non è difficile scorgere nella congiunta lettura degli artt. 13, comma 1, 25, comma 2 e 27, comma 3, Cost.@.

6.2. Nonostante la sua fondazione costituzionale, il principio di offensività stenta ad affermarsi nella pratica applicazione della parte speciale del diritto penale, la quale, come si sarà già compreso, dovrebbe invece costituire il campo d'azione elettivo di siffatto canone: quest'ultimo, difatti, pur solitamente tematizzato nella «Parte generale», vive poi operativamente del confronto tra il «fatto storico», che emerge dalla concreta vicenda giudiziaria, ed il «fatto tipico» codificato dalle singole fattispecie incriminatrici di «Parte speciale» che vengono di volta in volta in rilievo.

Ed invero, uno sguardo ai repertori giurisprudenziali mostra l'esistenza quantomeno di due tendenze interpretative che chiaramente confliggono con l'attuazione del canone di offensività, quando addirittura – e paradossalmente – non ne stravolgono l'orientamento finalistico.

A tale riguardo, occorre in primo luogo prendere atto dell'esistenza di una significativa tendenza della giurisprudenza, manifestatasi in alcuni settori, ad un certo formalistico «testualismo» interpretativo. Così, ad esempio, una parte della prassi applicativa sostiene che, allorquando gli artifizi ed i raggiri posti in essere dal reo abbiano ottenuto il rilascio, da parte della vittima, di un titolo di credito, la truffa si consumi non appena quest'ultimo sia transitato dalla sfera di disponibilità del proprietario a quella del soggetto attivo, evidentemente così ritenendo che il «danno» (patrimoniale) a cui si riferisce l'art. 640 c.p. si realizzi – ma lo è solo formalisticamente parlando – con lo spossessamento del titolo, e non già – sostanzialmente – nel momento e nel luogo in cui il titolo verrà posto all'incasso. Non poche sono poi le pronunce che, con riferimento a figure di reato incentrate sulla violazione di un obbligo di autorizzazione preventiva della P.A., tipiche della materia edilizia e paesaggistica, hanno più volte ribadito che, in ossequio alla natura di fattispecie di pericolo astratto che esse formalmente posseggono, la responsabilità penale si attiverebbe con la semplice inosservanza del precetto, la quale produrrebbe una sorta di "offesa *in re ipsa*", ritenendosi del tutto irrilevante qualsivoglia accertamento volto a verificare l'effettiva ed apprezzabile lesione del territorio o del paesaggio eventualmente arrecata dall'*opus sine titulo*.

In secondo luogo, non sono mancati casi nei quali, conscia dell'opinabilità che talvolta contraddistingue l'opera di identificazione del bene giuridico, la giurisprudenza ha ribaltato il funzionamento del canone di offensività. Il riferimento è all'uso strumentale che una certa prassi applicativa ha fatto della categoria del reato plurioffensivo, della quale non solo è stata spesso ampliata in modo artificioso la rilevanza pratica, e ciò

essenzialmente mediante la fittizia proliferazione ermeneutica delle oggettività giuridiche ricollegabili alla sfera di tutela di certe fattispecie, ma viepiù è stato distorto l'intrinseco significato offensivo, ritenendo che per l'integrazione delle fattispecie criminose di tal fatta fosse sufficiente l'offesa portata anche solo ad uno dei beni da esse tutelati. Paradigmatica, in tal senso, si è rivelata, ad esempio, la vicenda applicativa del delitto di false comunicazioni sociali dell'originario art. 2621, comma 1, n. 1, c.c., che parte della giurisprudenza ha ritenuto posto a salvaguardia di un così ampio ed eterogeneo ventaglio di interessi, ognuno considerato come autonomamente rilevante (trasparenza dei bilanci, interesse economico dei creditori, dei soci e dei futuri investitori, ragioni fiscali dello Stato, ecc.), da renderne praticamente automatica l'applicazione in presenza di una qualsiasi forma e specie di mendacio societario, e ciò – paradossalmente – con il complice "avallo" del canone di offensività.

Nonostante queste indubbie refrattarietà, non mancano casi nei quali, al contrario, del principio in parola la giurisprudenza ha fatto buon uso, utilizzandolo propriamente quale canone ermeneutico restrittivo della tipicità penale. Così, ad esempio, una consolidata prassi applicativa sostiene che l'offerta in vendita di sostanze che, pur rientrando nell'elenco di quelle formalmente considerate come «stupefacenti», tuttavia non contengano in concreto una quantità di principio attivo tale da produrre il fisiologico effetto psicotropo, non costituisca reato ai sensi dell'art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990. Ad analoghe conclusioni giunge la prassi applicativa nel caso del c.d. «falso grossolano», che ad esempio è stato rinvenuto nella contraffazione di cartamoneta, testualmente punita dall'art. 453 c.p., rivelatasi però così maldestra da risultare riconoscibile *ictu oculi* da chiunque, sì da potersi ritenere del tutto inidonea a sorprendere la buona fede del pubblico. Sulla stessa linea interpretativa si collocano, infine, sia quelle pronunce che ritengono inapplicabile il delitto di calunnia ai casi di c.d. «denuncia inverosimile e assurda», ritenuta inidonea ad attivare (a vuoto) l'apparato giudiziario, e

quindi a pregiudicare il bene tutelato dall'art. 369 c.p., sia quegli arresti giurisprudenziali che ritengono inapplicabile il reato *ex* art. 372 c.p. a quelle testimonianze mendaci aventi ad oggetto, però, fatti o circostanze estranei al *thema probandum* o del tutto insignificanti ai fini del decidere, come tali prive della capacità di fuorviare il magistrato giudicante.

6.3. In linea di principio, il canone interpretativo di «offensività» si distingue da quello di «esiguità» (*Geringfügigkeitprinzip*), che valuta non già la presenza o l'assenza in concreto dell'offesa al bene giuridico, bensì il *quantum* di essa presente nel fatto materiale tipico@. Ben si comprende, infatti, come un conto è un fatto materiale che risulta del tutto inoffensivo del bene tutelato, e che quindi deve valutarsi come a-tipico ai sensi della fattispecie incriminatrice applicabile; un altro conto è invece un fatto che, pur risultando materialmente offensivo dell'interesse protetto, e perciò tipico al cospetto della figura criminosa conferente, reca al bene tutelato un'offesa di entità così ridotta da potere essere dispensato dalla pena, anche in considerazione del rapporto tra costi (per l'apparato repressivo, per il reo e per la stessa vittima) e benefici (per la vittima), in accordo, peraltro, all'adagio per cui «*minima non curat praetor*». Ne dovrebbe risultare, nel primo caso, la presa d'atto dell'insussistenza del fatto di reato e, nel secondo, la dichiarazione di non punibilità per ragioni di "opportunità", con le note conseguenze sia in termini di tipologia di sentenza assolutoria da emettere, sia in punto di effetti extrapenali producibili dal giudicato penale ai sensi degli 651 ss. c.p.p.

La limpidezza teorica di tale distinzione tende tuttavia ad intorbidirsi allorquando si guardi alle non poche clausole normative per mezzo delle quali il legislatore ha nel tempo inteso elevare a criterio interpretativo espresso il canone dell'offensività in concreto, intesa come "tenuità". Così, ad esempio, l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 consente al Giudice di Pace di dichiarare il reato improcedibile ove il fatto risulti di «particolare tenuità», e ciò precipuamente allorquando, «rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la

sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale». A sua volta, l'art. 27 del d.p.r. n. 488 del 1988 permette al giudice minorile di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per «irrilevanza del fatto» ove questi ritenga «la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento». Da parte propria, ed in materia di falso societario, l'art. 2621-*ter* c.c. consente al giudice di dichiarare la «non punibilità per particolare tenuità del fatto», valutando però «in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621-*bis*». Più in generale, l'art. 131-*bis* c.p. dispone che «nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, comma 1, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

Appare evidente come tali clausole, sebbene convergenti nel sottrarre alla pena i fatti «tenui», risultino tra loro contenutisticamente disomogenee quanto ai criteri in base ai quali tale carattere del fatto dovrebbe essere individuato, quanto allo specifico titolo giuridico in virtù del quale l'esenzione dalla pena dovrebbe essere dichiarata, e quanto alla parte del fatto normativo materializzatosi nella realtà – in verità spesso commisto anche ad elementi di pretta natura soggettiva – alla quale il giudice dovrebbe guardare ai fini della predetta valutazione di tenuità. Invero, l'impressione è che, nel confezionare le suddette clausole, il legislatore ne abbia più che altro valorizzato la funzione deflattiva, che appare dominante, piuttosto che porsi problemi di loro inquadramento teorico. Non è infatti un caso che la dottrina e la giurisprudenza che di tali clausole si sono occupate più da vicino quasi mai giustificano l'esenzione del fatto «tenue» dalla pena in termini di a-tipicità dello stesso, preferendo piuttosto ricorrere alla più elastica categoria delle "cause (sopravvenute) di non punibilità", ovvero

affidarsi agli istituti processuali che inibiscono la procedibilità dell'azione penale o la prosecuzione del processo: soluzioni, queste, spesso imposte dal dato normativo, ma che, a ben vedere, confermano la non perfetta sovrapponibilità tra la categoria della «offensività» e quella della «tenuità».

7. La sussidiarietà

di Gianfranco Martiello

7.1. Il «principio di sussidiarietà» richiede che la sanzione penale venga utilizzata solo allorquando, per reprimere un certo fatto, l'ordinamento non disponga di altri strumenti di tutela parimenti efficaci, sul presupposto che, a parità di effetti, debba preferirsi la sanzione E questo segnatamente perché, *ex parte subiecti*, quest'ultima risulta assai meno incisiva dei diritti fondamentali, mentre, *ex parte obiecti*, essa si rivela dimostra meno dispendiosa per l'ordinamento, specie in fase esecutiva. Da qui, la nota affermazione secondo la quale il ricorso alla pena dovrebbe presentarsi come una *extrema* (o *ultima*) *ratio* di disciplina dei fatti umani.

Similmente al canone di offensività, anche quello di *extrema ratio* si presenta quindi, in prima battuta, come direttiva per il legislatore, la quale persegue l'eguale fine di contenere già in astratto l'area di intervento del diritto penale, contribuendo perciò a conferire allo *ius criminale* quel carattere «frammentario» che dovrebbe essergli proprio. Purtroppo, il principio di sussidiarietà non ha avuto il dovuto successo quale canone di contenimento del diritto penale, data l'evidente situazione di «*overcriminalization*» nella quale l'ordinamento versa.

Ciò detto, deve segnalarsi come una parte della dottrina e della giurisprudenza abbia cercato allora di valorizzare sul diverso

piano ermeneutico l'impiego del canone di sussidiarietà, al fine di recuperare sul versante applicativo una parte di quella funzione restrittiva della punibilità che, invece, il canone in parola non è riuscito storicamente a svolgere come direttrice politico-criminale per il legislatore.

L'idea di fondo rimane quella di evitare che una pena debordante si sostituisca a tecniche sanzionatorie meno invasive dei diritti fondamentali della persona, finendo per attrarre a sé fatti ai quali l'ordinamento nega la tutela extrapenale, ovvero la rimette ad una vittima che non risulta tuttavia averla voluta attuare. A siffatto risultato si perviene, in concreto, riconoscendo al giudice il potere di promuovere una sorta di "gradualismo" nell'applicazione delle sanzioni civili, amministrative e penali, e quindi di riperimetrare l'ampiezza del raggio applicativo della fattispecie incriminatrice alla luce della normativa extrapenale, la quale, per lo meno in certi ambiti, costituisce il *prius* logico dell'intervento penale@.

7.2. Alcuni esempi risultano senz'altro utili per comprendere il modo di operare logico della sussidiarietà "in concreto". Paradigmatico, al riguardo, appare l'esempio fornito dal delitto di «Frode nell'esercizio del commercio», il quale, esemplificando, punisce colui che, richiesto del prodotto "α", consegni invece al cliente il prodotto "β", ossia un *aliud pro alio*. La giurisprudenza più rigorosa ritiene infatti che, tutelando la (astratta) buona fede commerciale, funzionale a garantire il buon andamento della «Economia pubblica, industria e commercio», la fattispecie dell'art. 515 c.p. dovrebbe applicarsi in modo del tutto indifferente rispetto al bilancio economico della vicenda storica o alla volontà della parte lesa. Questo significa, in concreto, che secondo tale orientamento il reato *de quo* sussisterebbe sia laddove il commerciante, magari non volendo scontentare l'abitudinario cliente, consegnasse a quest'ultimo un prodotto similare ma di valore maggiore rispetto a quello richiestogli, richiedendo tuttavia il più basso prezzo di quest'ultimo, sia laddove il cliente si rendesse conto della sostituzione del bene ma, chiaramente, nulla obbiettasse. Orbene, a fronte di un tale

rigorismo applicativo sul versante penale, non si avrebbe tuttavia molta difficoltà a dimostrare che, su quello civile, un analogo fatto non avrebbe invece alcun rilievo. Da un canto, infatti, pur avendo il venditore violato l'obbligo di «esegu[ire] esattamente la prestazione dovuta» *ex* art. 1218 c.c., appare chiaro come egli non abbia cagionato all'acquirente alcun pregiudizio patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 1223 c.c.; dall'altro, la mancata opposizione del consapevole cliente potrebbe comunque essere interpretata come convalida implicita del contratto annullabile, a norma degli artt. 1444 ss. c.c. Ecco che, argomentando *a fortiori*, si potrebbe concludere che, non costituendo quel fatto un illecito per il diritto civile, che pur fornisce la disciplina retrostante di riferimento di quella che nella sostanza è una vicenda di mero inadempimento contrattuale, a maggior ragione quel medesimo fatto non dovrebbe essere assoggettato alla ben più afflittiva sanzione penale.

Non meno significativo è l'esempio del delitto di «Illecita influenza sull'assemblea» previsto dall'art. 2636 c.c., il quale reprime con la pena chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determini la maggioranza in assemblea allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Anche in tal caso, la giurisprudenza più rigorista, facendo leva sulla natura "istituzionale" del bene giuridico protetto, identificato nel «regolare funzionamento degli organi societari», ha ritenuto del tutto irrilevante, ai fini penali, la successiva approvazione della delibera da parte di quegli stessi soci il cui voto fosse stato artatamente ritenuto minoritario. E ciò, nonostante che, sul versante civile, che ancora una volta rappresenta il *prius* logico del fenomeno sul quale la disciplina penale si innesta, il comma 8 dell'art. 2377 c.c. neghi espressamente l'accesso al rimedio dell'annullamento della delibera assembleare pur assunta in difformità alla legge o all'atto costitutivo laddove essa sia stata sostituita da un'altra presa in conformità ai suddetti parametri.

Un ultimo, ma non meno istruttivo esempio di applicazione interpretativa del canone di sussidiarietà è dato dalla repressione del c.d. «*elettrosmog*», neologismo con il quale spesso si indica

l'inquinamento elettromagnetico. Senza qui volere indulgere nella ricostruzione di una vicenda regolativa molto complessa, basterà ricordare che, al fine di disciplinare il fenomeno e riorganizzare il contrasto ai suoi eccessi, del quale nel tempo si era occupata a modo proprio la giurisprudenza penale, il legislatore ha varato, nel 2001, una legge-quadro (l. n. 36 del 2001). Quest'ultima, in particolare, consente la creazione e la diffusione di campi elettromagnetici entro determinati limiti tabellari, ritenuti ragionevolmente sicuri per la salute umana, sottoponendo poi a sanzione amministrativa le emissioni che detti argini dovessero superare, «salvo che il fatto costituisca reato» (v. art. 15). Orbene, proprio appigliandosi formalisticamente a tale ultima clausola, ma evidentemente obliterando ogni esigenza di gradualità di intervento delle diverse tutele, una parte della giurisprudenza ritiene le emissioni elettromagnetiche infra-tabellari penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 674 c.p., che per inciso sanzionerebbe letteralmente il getto pericoloso di «cose». A tale approccio ne fa tuttavia eco un altro, il quale, dimostrando invece maggiore sensibilità alle esigenze della sussidiarietà tra forme progressive di tutela, nega rilievo penale a tali emissioni, considerato che la loro irrilevanza già ai sensi dell'illecito amministrativo previsto dal suddetto art. 15, e quindi l'impossibilità di sottoporle ad una sanzione meno grave, preclude logicamente la via al più rigoroso rimedio penalistico.

7.3. Di un tale possibile – ed in parte già praticato dalla giurisprudenza – approccio pratico-applicativo al principio di sussidiarietà, che persegue fini del tutto condivisibili e di certo costituzionalmente significativi, non devono tuttavia tacersi anche i possibili Gli esempi portati, del resto, dimostrano come un tale uso della sussidiarietà trovi la sua naturale e più feconda ambientazione in quegli ambiti regolatori nei quali più stretto può apparire il rapporto tra la fattispecie penale ed una normativa civile o amministrativa che possa definirsi come «retrostante», quanto meno, come già si precisava, dal punto di vista logico. Invero, l'esistenza di un tale "rapporto di presupposizione" circoscrive in ogni caso i possibili campi operativi del canone,

senza contare che non sempre la sua ricostruzione, specie per poterne poi dedurre effetti decriminalizzanti, appare indiscutibile. Va infine aggiunto che la sussidiarietà, insieme per vero alla più parte dei principi riduzionisti e di garanzia, deve oggi convivere con un clima culturale non certo propizio, il quale, più che a favore di un diritto penale "pigro" o "ritroso" che dir si voglia, sembra invece maggiormente propenso a promuovere un diritto penale che, seppure con sconforto, di recente è stato efficacemente definito come «totale».

8. La colpevolezza

di Gianfranco Martiello

8.1. L'adeguamento interpretativo ai principi costituzionali riguarda anche il principio di colpevolezza affermato all'art. 27, comma 1. Per opinione condivisa, il principio di colpevolezza richiede che tutti gli elementi costitutivi del reato siano investiti dal dolo o almeno dalla colpa, risultando così "rimproverabili" all'agente. Similmente a quanto si sostiene per altri principi costituzionali in materia penale, anche quello di colpevolezza impone all'operatore di interpretare le fattispecie penali sì da pretendere l'esistenza del suddetto collegamento soggettivo tra il reo e gli elementi essenziali della fattispecie penale.

8.2. Un primo ed ormai "classico" terreno di innesto di tale principio è costituito da quelle ipotesi nelle quali, posta in essere una condotta dolosa penalmente rilevante, al suo autore viene imputato anche l'evento più grave da lui causato, ma non voluto@. Per scongiurare la sopravvivenza del canone del *versari in re illicita,* gli orientamenti più sensibili al principio di colpevolezza hanno concluso che, per l'ascrizione dell'evento aggravatore, fosse necessaria una d. «*culpa in re illicita*». Sennonché, questa «*culpa*», proprio perché «*in re illicita*», non pare completamente sovrapponibile a quella "ordinaria" tipica

dell'attività *ab initio* lecita. Se, difatti, ai sensi dell'art. 43 c.p. la colpa si struttura anzitutto come violazione del dovere oggettivo di diligenza (c.d. «misura oggettiva della colpa»), risulta evidente come un tale schema non possa applicarsi ad una condotta già in sé penalmente illecita, rispetto alla quale la prospettazione di norme cautelari appare logicamente contraddittoria. A ben vedere, la penetrazione del principio di colpevolezza sortisce effetti meno significativi di quel che sembra, perché fondati sulla semplice «prevedibilità-evitabilità» dell'evento più grave.

A tale riguardo, un utile banco di prova è costituito, anzitutto, dal disposto dell'art. 586 c.p. applicato in materia di responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente a cui ha fornito lo stupefacente. Secondo tale disposizione quando la morte è conseguenza «non voluta» di un altro reato, di essa risponde ugualmente l'autore del precedente delitto. Ciò che non è chiaro è se la responsabilità per l'evento più grave si fondi sul semplice nesso causale oppure su una parvenza di colpa, stante il carattere illecito della condotta di base incompatibile con la violazione di regole cautelari dotate di una finalità preventiva che non fosse già assorbita nel divieto di spaccio.

Ebbene, un'importante pronuncia di legittimità, in nome del principio di colpevolezza, ha stabilito che, nel caso di specie, l'evento morte dovesse imputarsi sulla base di un concetto di colpa parametrato sul modello dell'«individuo medio e razionale posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale». Se ne è tratta la conclusione che la responsabilità dello spacciatore dovrebbe negarsi laddove la morte della vittima sopravvenga «per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente», quali, ad esempio, la contemporanea ingestione di alcool o di psicofarmaci, l'ulteriore cessione ad un terzo con un ridotto grado di tolleranza, la repentina ingestione di una grande quantità di stupefacenti a seguito dell'intervento delle forze dell'ordine, e via dicendo@.

8.3. Un altro caso di interesse è rappresentato dall'art. 116 c.p., che disciplina il caso in cui il reato commesso da taluno dei

concorrenti risulti diverso (più grave) da quello concordato. In tale evenienza – dispone l'art. 116 c.p. – di esso risponderanno anche gli altri compartecipi. Orbene, non v'è dubbio che l'istituto richiamasse il canone del *versari in re illicita*, tanto che già in uno dei suoi primi interventi la Consulta precisò come l'art. 116 c.p. dovesse interpretarsi nel senso che, per imputarsi anche agli altri concorrenti, il reato diverso o più grave avrebbe dovuto «rappresentarsi nella psiche dell'agente come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»@. Sebbene scongiurata la responsabilità oggettiva, resta l'anomalia, tuttora irrisolta, di un reato colposo che viene punito a titolo di dolo.

8.4. L'affermazione del principio di colpevolezza è tutt'altro che piena, anche perché i suoi deficit sono genetici e, come tali, difficili da colmare in via interpretativa.

Si pensi all'art. 117 c.p., secondo il quale in caso di mutamento del titolo del reato in virtù della qualifica del soggetto intraneo, il compartecipe *extraneus* continua a rispondere di concorso nel reato proprio a prescindere dal fatto che egli conoscesse o meno la qualifica dell'*intraneus*, il che deroga ai principi generali in materia di dolo, dato che l'imputazione del contributo concorsuale permane *ope legis* dolosa.

Il principio di colpevolezza fatica ad imporsi anche nell'ambito della preterintenzione (ad es.: art. 584 c.p.), dell'*aberratio ictus* bioffensiva (art. 82 c.p.), dell'*aberratio delicti* monolesiva (art. 83 c.p.) o della responsabilità del direttore, dell'editore o dello stampatore nel caso di reati commessi a mezzo della stampa (artt. 57 ss. c.p.): ipotesi, tutte queste, nelle quali la non decisività del dato normativo, da un lato, e una certa ritrosia culturale all'accettazione del garantismo costituzionale in favore di ragioni repressive e general-preventive, dall'altro, ancora consentono alla responsabilità oggettiva, o a forme di responsabilità penale "anomala", di vegetare nel sistema.

E ciò per non dire di quelle non poche ipotesi nelle quali, a prescindere dal maggiore o minore tasso di ambiguità del dato

normativo, la prassi continua di fatto ad impiegare il meccanismo imputativo del *versari in re illicita* paludandolo sotto altre vesti, tanto che, con felice espressione, si parla in dottrina di responsabilità oggettiva «occulta». Si pensi a tutte le volte nelle quali la colpa generica risulta parametrata su di un agente modello – spesso costruito *ex post factum* – che assume le sembianze del *vir diligentissimus* che "tutto vede, tutto prevede e tutto evita", ed ogniqualvolta si cancella di fatto la componente volitiva del dolo, o applicando il teorema processuale del "non poteva non sapere", ovvero ritenendo che il titolare di una data posizione di garanzia concorra omissivamente nel reato altrui solo perché egli non avrebbe colto quei «segnali d'allarme» che gli avrebbero dovuto rappresentare alla mente la commissione dell'illecito penale, e via discorrendo.

8.5. Non meno difficoltoso appare l'innesto del principio di colpevolezza anche in ambiti diversi da quello dell'ascrizione dell'evento non voluto, del quale si è detto sin qui.

Si pensi, in questa prospettiva, al tema dell'imputabilità, e quindi all'accertamento della sussistenza o meno della «capacità di intendere e di volere». Una concezione rigorosamente personalistica della responsabilità penale dovrebbe infatti caratterizzarsi, nel perimetrare i confini dell'imputabilità, per un costante riferimento a componenti fattuali e naturalistiche attinenti alla psiche del reo, da ritenere esistenti al momento della commissione del fatto e da accertare in concreto. Anche prescindendo dai casi nei quali è lo stesso legislatore ad avere limitato in materia l'operatività del principio di colpevolezza, prevedendo ipotesi nelle quali la imputabilità viene ribadita nonostante che al momento del fatto l'agente potesse non avere la reale capacità di intendere e di volere (si pensi ai casi di c.d. «pre-colpevolezza» degli artt. 87, 92, 93 o a quello dell'art. 90 c.p.), uno sguardo alla prassi mostra come non raramente nel giudizio di imputabilità rifluisca di fatto anche l'esigenza di contemperare le istanze di garanzia con quelle della prevenzione. Il che avviene, segnatamente, attribuendo rilevanza anche a componenti valutative che, essendo previamente passate da un

processo di oggettivazione e standardizzazione, si pongono in contrasto con il pieno riconoscimento del principio di colpevolezza individuale, portando ad una sorta di paradossale "spersonalizzazione" dell'imputabilità. Si pensi ad esempio a quella prevalente giurisprudenza che esclude di principio la rilevanza delle psicopatie, delle nevrosi e di tutta una serie di anomalie psichiche che non si risolvano in una malattia psichiatrica in senso stretto, sebbene in molti casi esse possono di fatto risultare idonee ad escludere o attenuare la capacità di intendere il disvalore del fatto, oppure a quei non pochi processi nei quali il giudice appiattisce la propria decisione circa la sussistenza della capacità di intendere e di volere su cliché delle neuroscienze, rinunciando ad ulteriori ed individualizzanti riscontri in ragione della specificità del caso concreto (c.d. «prova inferenziale»).

8.6. Il principio di colpevolezza dovrebbe infine giocare un ruolo non certo secondario anche nella fase di irrogazione della Sebbene il concetto di colpevolezza risulti storicamente complementare anzitutto alla funzione retributiva della pena, rispetto alla quale esso fungerebbe da irrinunciabile parametro commisurativo, appare ormai acquisito il fatto che pure laddove si ritenga la pena orientata principalmente a scopi preventivi, non per questo il principio di colpevolezza rimarrebbe silente. Rileggendo le categorie del reato dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale, infatti, la dottrina ha chiarito come la colpevolezza non solo abbia un ruolo «fondante» della responsabilità penale, consentendo l'ascrizione del fatto al suo autore materiale in presenza di un determinato nesso psicologico, ma svolga anche una funzione «limitativa» della sanzione penale nel momento della sua commisurazione, tanto più ove alla pena venga riconosciuto uno scopo general-preventivo negativo. In quest'ultima prospettiva teleologica, infatti, la colpevolezza dovrebbe impedire che il singolo reo venga per così dire "strumentalizzato" dal giudice per dissuadere gli altri consociati dal crimine, evitando segnatamente che a questi venga pretestuosamente irrogata una pena "esemplare", piuttosto che

una pena proporzionata al reale disvalore oggettivo e soggettivo del fatto commesso. Invero, non è difficile rendersi conto come, nel primo caso, il *quantu*m di pena eccedente risulterebbe comminato al reo secondo una logica sostanzialmente non molto dissimile da quella sottostante alla responsabilità oggettiva, considerato che ciò che il giudice valuterebbe in modo preponderante non sarebbe più la gravità della condotta intrapresa dal reo che ha di fronte, bensì l'appartenenza del reo a quella stessa comunità alla quale si intenderebbe inviare il messaggio dissuasivo, rispetto al quale il fatto giudicato costituirebbe una mera «*occasio*».

9. L'interpretazione secondo il diritto europeo

di Costanza Bernasconi

9.1. L'interpretazione conforme costituisce uno dei principali meccanismi attraverso i quali si può realizzare la penetrazione per via giudiziaria del diritto europeo nel diritto L'obbligo di interpretazione secondo il diritto europeo vincola, infatti, il giudice ad applicare la normativa nazionale attribuendo ad essa un senso conforme alla lettera e alla *ratio* delle fonti sovranazionali@, talché ne scaturisce una disciplina di sintesi, in cui la disposizione applicata è nazionale, ma il suo contenuto è determinato alla luce del diritto UE@.

9.2. L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia mostra, peraltro, quanto elasticamente sia stato fin qui inteso il concetto di interpretazione conforme, ritenuto uno strumento insostituibile per rendere effettiva l'applicazione del diritto eurounitario nel diritto Il canone dell'interpretazione conforme sembra addirittura assumere, nella prospettiva europea, tratti di tale necessità ed insostituibilità da far passare in secondo piano il tema dei "confini" di detta interpretazione, apparendo tale argomento recessivo rispetto a quella che costituisce per la Corte

di Giustizia la vera priorità, "marcatamente orientata a garantire in termini effettivi la corretta applicazione del diritto dell'Unione"@.

Invece, quello dei limiti è (o almeno dovrebbe essere) il tema centrale nell'ambito dello *ius criminale*. Si tratta, infatti, di comprendere fino a che punto possa spingersi detta attività conformativa dell'interprete senza sfociare in forzature ermeneutiche e incrinare, conseguentemente, il fascio di garanzie legate alla necessità della *praevia et stricta lex parlamentaria*.

9.3. Nel cercare di dare risposta a tale quesito, occorre innanzitutto muovere dal presupposto che l'interpretazione conforme (si badi: ogni interpretazione conforme) deve rispettare il tenore letterale della norma, non potendo mai risolversi in esiti ermeneutici *contra legem*. In altre parole, il *telos* del forzoso adeguamento ermeneutico delle norme interne alle esigenze della normativa europea non può comportare alcuno stravolgimento dei contenuti della legislazione nazionale.

Siffatto risultato parrebbe (salvo inattesi e inaccettabili *revirements*) acquisito, in linea di principio, anche sul fronte della giurisprudenza europea, ad avviso della quale "il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale"@.

Inoltre, deve escludersi che l'interpretazione *more communitario* possa avere ricadute peggiorative sulla situazione giuridica del singolo, comportando un'estensione dell'ambito applicativo di fattispecie incriminatrici nazionali. Eventuali obblighi di penalizzazione o di irrigidimento del trattamento sanzionatorio, sia pure discendenti dal diritto UE, non possono infatti che essere attuati mediante normativa interna di trasposizione@. Un epilogo *in malam partem* dell'interpretazione è, infatti, interdetto – lo si ribadisce – dall'operatività del principio di legalità in tutte le sue declinazioni.

9.4. Per quanto non siano mancate iniziative dei giudici nazionali volte a invocare il diritto dell'Unione al fine (non di circoscrivere,

bensì) di ampliare l'area dell'illiceità penale, con evidenti effetti *in malam partem*@, le sezioni unite della Corte di Cassazione sono intervenute in diverse occasioni per disinnescare tale meccanismo@, oltre che per cercare di inibire l'uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di ottenere forme di tutela penale altrimenti precluse dalla legislazione nazionale@.

In tale prospettiva si è ricordato che l'obbligo di interpretazione conforme – oltre al vincolo di ordine logico-formale consistente nel divieto di pervenire ad una interpretazione *contra legem* – trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza e di non retroattività@. Sicché, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale sussiste "entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme (.....). Peraltro, è costante la giurisprudenza costituzionale secondo la quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. Deve concludersi, pertanto, che l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi, va escluso allorquando – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale"@.

9.5. Resta naturalmente aperta, invece, la strada per una interpretazione conforme idonea a produrre effetti *in bonam partem*, la quale – all'evidenza – non soffre i vincoli garantistici sottesi al *nullum crimen* e ai suoi corollari@. In siffatta eventualità, il (non trascurabile) problema è, piuttosto, quello relativo all'individuazione del parametro europeo cui adeguare l'interpretazione della norma interna, considerata l'immensa quantità di norme europee, la notevole eterogeneità qualitativa e contenutistica delle stesse, le non infrequenti pronunce della Corte di Giustizia volte a chiarirne la portata@. Circostanza,

questa, che, da un lato, impone uno straordinario impegno ricostruttivo da parte del giudice, oltre che una profonda e consolidata conoscenza delle fonti sovranazionale e dei loro rapporti interni, e che, dall'altro lato, rischia di trasformare l'interpretazione conforme in un'attività dagli esiti difficilmente prevedibili.

Bibliografia essenziale

Capitolo VI
Diritto dell'Unione europea e diritto penale

di Fausto Giunta

1. Il diritto eurounitario

1.1. A fronte della crisi politica che sta scuotendo dalle fondamenta il progetto eurounitario@, l'Europa del diritto si è da tempo espansa e consolidata. Ne è conseguita una rilevante modificazione degli ordinamenti nazionali sotto il profilo sia dei contenuti regolativi, sia delle logiche di funzionamento.

Per converso, non possono sottacersi le resistenze che l'avanzata del diritto unionista incontra sul terreno della giustizia penale, più agevole da armonizzare che da unificare, trattandosi di un settore nel quale la prospettiva dell'integrazione non può trascurare le differenze nazionali@. Il diritto penale, in particolare, è ancora permeato da una tradizione statualistica, etichettata come domestica o sovranista, perché storicamente legata ad alcuni caratteri identitari tipici del concetto di nazione, quali il popolo, la lingua e il territorio. Volendo si può parlare di una controtendenza penalistica di fronte al generale processo di

rovesciamento della sovranità da verticale a orizzontale@.

È a questo "altrove" − il cupo e arroventato "inferno" della punizione − che il penalista rivolge quotidianamente l'attenzione, nella consapevolezza di operare in un ordinamento in continua trasformazione ed estroversione. Ciò non lo autorizza, tuttavia, a disperdere quella specificità culturale del settore penale, in virtù della quale le nuove istanze di tutela devono restare avvinte al catalogo delle garanzie, storicamente sviluppatesi sotto l'egida dello Stato nazionale, non più Leviatano, ma Stato costituzionale, che le eleva a principi fondamentali.

Da qui una precisazione non solamente nominalistica: se, sul piano della politica criminale, ossia delle scelte di parte speciale, in molti settori della vita economica e sociale si può oramai anteporre al diritto penale l'Europa quale sua dante causa, sul piano dello statuto garantistico, ossia della parte generale e dei principi costituzionali, occorre ancora muovere dal diritto nazionale e dal suo retroterra di civiltà giuridica consacrato a livello costituzionale. Un conto sono i campi di materia trapuntati dalla pena, un altro il diritto penale come tipo di disciplina.

Ciò significa che, per evitare esiziali distorsioni prospettiche, al momento l'associazione terminologica "Europa e diritto penale" va letta anche in modo speculare: "Diritto penale ed Europa", senza che la prima espressione ridimensioni la seconda, sottolineando, anzi, che entrambe sono complementari. Il diritto penale non è solamente prevenzione dei reati. È ad un tempo personalismo costituzionale applicato.

Detto altrimenti: sta mutando il rapporto di scala tra tutela e garanzia: la prima si apre all'Europa più della seconda. Rimane il valore del loro irrinunciabile bilanciamento funzionale. Nell'ambito della giustizia penale il sistema multilivello non può fare a meno di altrettante multigaranzie e dei necessari contrappesi di legittimazione, che sono al momento offerti, però, principalmente dal diritto interno. Solo con l'ottimale composizione tra le ragioni della tutela, da un lato, e quelle

garantistiche, dall'altro, il diritto penale potrà esibire la pienezza di uno specifico statuto disciplinare europeo.

2. Competenza e legittimazione

2.1. Nel mondo del diritto la categoria della competenza interessa e connota, con i dovuti adattamenti, tutti i rami dell'ordinamento. Essa indica i settori regolati, i soggetti che sono abilitati a regolarli e le modalità del loro intervento regolativo.

Perlopiù il concetto di competenza contribuisce a definire i vari rami del diritto.

Sotto questo profilo il diritto penale e il diritto dell'Unione europea rappresentano delle eccezioni. Il loro punto in comune è di essere rami dell'ordinamento trasversali.

Il diritto penale non ha un campo di materia inteso come specifico settore d'intervento nella vita sociale. Esso si caratterizza piuttosto per il tipo di disciplina@. Anche il linguaggio giuridico è tuttavia convenzionale. Non meraviglia pertanto che, secondo alcuni usi linguistici, la disciplina penale venga considerata essa stessa "materia", seppure *sui generis.* Da questa angolazione, privilegiata dalla giurisprudenza Cedu, la materia penale finisce per coincidere, allora, con la funzione di tutela del diritto punitivo e le sue tecniche di intervento, alla luce dei principi che bilanciano la prima con le seconde. "Se c'è un apriori questo non è tanto la *materia* penale quanto la *pena*@. Stante l'importanza dei beni in gioco, la competenza penale non può intendersi solamente come potere regolativo. Nella materia penale, la competenza assume il significato ulteriore di legittimazione, ossia come speciale autorizzazione dell'autorità fondata sul riconoscimento del suo valore razionale@.

2.2. Il diritto dell'Unione europea sta perdendo le sue origini

mercantili (che, nondimeno, di tanto in tanto riemergono) e di conseguenza la possibilità di essere definito in base alla natura dei rapporti regolati. Ciò che lo caratterizza è il suo finalismo normativo, ossia l'unificazione degli ordinamenti. Quanto ai mezzi per perseguirla, l'Unione europea si avvale di nuove fonti, tutte sovraordinate alla normativa interna, ossia espressione di una concezione gerarchica delle discipline astrattamente concorrenti.

La logica del diritto interno, che si fonda sul coordinamento tra discipline di vario rango, ruota sul concetto di competenza-potere. I conflitti tra fonti diverse trovano soluzione in base al criterio, nella sostanza autoritario, del loro posizionamento nella gerarchia delle fonti. L'ancoraggio del diritto penale al principio della riserva di legge restringe l'ambito della competenza-potere, con esclusione delle fonti regolamentari, ragion per cui può parlarsi di competenza-legittimazione a favore del parlamento monopolista. Per parte sua, il diritto dell'Unione europea rispetta l'edificazione del diritto penale sulla riserva di legge (nazionale), rivendicando unicamente un'attribuzione indiretta di competenza@, ossia un potere di intervento nella materia penale scompagnato da una legittimazione a produrre effetti punitivi direttamente a carico dei cittadini. In breve, l'Europa del diritto può normare nella materia penale, limitatamente a settori di criminalità particolarmente grave e tassativamente elencati, con l'interposizione del parlamento nazionale cui compete dare attuazione (pena la procedura di infrazione) alle direttive di tutela penale derivanti, a norma dell'art. 83 TFUE, dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

3. La materia penale tra diritto dell'UE e legislatore nazionale. La competenza indiretta

3.1. Il sistema di produzione giuridica dell'Unione europea è, in linea di principio, "leggicentrico", ossia ancorato alla distinzione

tra *ius facere* e *ius dicere*. Ciò non significa, però, che il modello legislativo europeo si ispiri alla tradizione del parlamentarismo. Nonostante che il Trattato di Lisbona abbia assicurato maggiore centralità al Parlamento europeo, la complessa procedura di codecisione (oggi: procedura legislativa ordinaria *ex* art. 294 Tfue) stempera ma non elimina l'impronta governativa della legislazione europea@, e non supera la risalente critica che attiene al deficit di democrazia della produzione normativa eurounitaria@. La "qualità democratica" della norma europea è ancora lontana dall'essere ottimale@. La decisione politica proviene, in misura significativa, da organi certamente democratici, ma non direttamente rappresentativi del corpo elettorale, come tali ammessi solo in via di eccezione, dalla nostra Costituzione, a produrre atti aventi forza di legge nel campo penale. D'altro canto non consola e non giustifica lo strappo al principio della riserva di legge la pur innegabile constatazione che nella nostra esperienza nazionale si sia abusato della legislazione penale governativa@. La misura delle garanzie – in questo caso quella del *favor libertatis* – non può essere affidata alla logica della concorrenza al ribasso.

3.2. La competenza penale indiretta del diritto dell'UE non smentisce la perdurante centralità della riserva di legge, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., la quale risulta anzi funzionale all'attuazione degli obblighi di penalizzazione, che richiedono la collaborazione del parlamento nazionale.

Questi rilievi aiutano a comprendere meglio le ragioni della crisi che la riserva di legge in materia penale sta vivendo soprattutto in Italia, le quali risiedono solo in parte nell'europeizzazione del diritto. Il fattore di crisi più grave ha natura sostanziale e origini nazionali. La riserva di legge introduce infatti un monopolio a favore della scelta politica, purché effettuata con il vincolo modale della procedura legislativa parlamentare. Ebbene, la crisi della politica, segnalata come fenomeno storico e planetario@, è da noi particolarmente acuta e profonda, specie nel campo penale, per il prevalere di visioni propagandistiche e di suggestioni populistiche orientate alla captazione di consensi

contingenti ed emozionali. Vista dall'interno, la crisi della politica è un fenomeno più culturale che ordinamentale.

Ciò non significa che il principio della riserva di legge non registri un ulteriore ridimensionamento ad opera di direttive europee che, nell'imporre agli Stati membri obblighi di tutela penale, dettagliano sempre più l'intervento richiesto sotto il profilo della descrizione del fatto da reprimere e della cornice sanzionatoria da comminare.

3.3. A questo proposito, tuttavia, è ancora aperto il dibattito circa l'efficacia vincolante dell'obbligo di penalizzazione. L'idea che il parlamento nazionale sia tenuto a un recepimento meccanico e acritico, in definitiva "cieco", appare estrema in ragione delle sue possibili conseguenze sia sul piano degli equilibri costituzionali, sia su quello della razionalità complessiva del sistema sanzionatorio interno@.

Quanto ai primi, la degradazione del legislatore nazionale a mero passacarte sanzionatorio trasformerebbe la riserva di legge – se si passa l'espressione volutamente contraddittoria – in un "principio formale", in quanto deprivato dei contenuti decisionali ad esso storicamente riconosciuti. Ciò equivarrebbe, a dispetto delle enunciazioni, al surrettizio riconoscimento in capo al diritto dell'UE, di una competenza penale in realtà diretta, appena schermata da un'intercapedine fittizia.

Con riguardo agli inconvenienti del secondo tipo, la concezione dell'obbligo di tutela alla stregua di un vincolo assoluto, come tale insuscettibile di adattamento al sistema che deve recepirlo, espone il diritto interno a disarmonie introdotte a colpi di ariete, tutte le volte in cui, in relazione a specifiche forme di criminalità, venga richiesta una risposta sanzionatoria sproporzionata per eccesso rispetto alla dosimetria che ispira il sistema interno nel suo complesso. L'obbligo di tutela penale non può perseguire la logica di risultato fino al punto di compromettere la razionalità e la gradualità del diritto interno. Non bisogna scordare che il legislatore nazionale è gravato da un vincolo di fedeltà

bidirezionale, nei confronti sia del diritto dell'UE, sia dell'ordinamento interno, ancorato, tra l'altro, al principio di uguaglianza di trattamento. In quest'ottica il compito dei legislatori nazionali non è quello di rivendicare un'attribuzione penalistica formale, ma di trovare il punto di equilibrio tra due doveri di fedeltà.

4. La direttiva c.d. PIF

4.1. Una conferma della fondatezza dei timori sopra esposti è offerta dalla recente Direttiva UE 2017/1371 (c.d. Direttiva PIF), in materia di lotta contro la frode che lede interessi finanziari dell'UE@.

Per quel che qui più rileva, essa richiede un livello minimo della risposta sanzionatoria per le sottofattispecie incriminatrici tributarie lesive degli interessi dell'UE, ferma restando la libertà degli Stati membri di allestire tutele più rigorose. Da qui il rischio, tutt'altro che ipotetico, di disarmonie dosimetriche della pena sia rispetto a reati offensivi di beni giuridici più rilevanti meno severamente puniti, sia rispetto ai medesimi reati tributari nelle ipotesi non offensive degli interessi finanziari dell'UE. Senza contare l'effetto di trascinamento verso l'alto della risposta sanzionatoria, che ne deriverà nei casi di connessione tra reati per così dire "PIF" e reati-"non PIF" (si pensi alla continuazione *ex* art. 81, comma 2, c.p.: il giudice assumerà verosimilmente, o potrebbe assumere, come reato più grave la sottofattispecie-"PIF", con un aumento proporzionale della pena finale destinato a riverberarsi negativamente sui reati-"non PIF").

4.2. Per non dire dell'inclusione delle sottofattispecie tributarie-"PIF" nel catalogo dei reati-presupposto ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, che potrebbe convivere con l'esclusione della fattispecie generale nella parte "non PIF".

La disarmonia diventa ancora più acuta, però, in relazione all'obbligo di prevedere la punizione dei reati tributari-"PIF" a titolo di concorso di persone e di tentativo, attualmente esclusa, in termini generali, dal d.lgs. n. 74 del 2000. È fin troppo evidente che l'introduzione, per le sole sottofattispecie tributarie-"PIF", di una deroga alla deroga sarebbe fonte di sperequazioni stridenti e di una sostanziale irrazionalità di sistema. In particolare, come si ricorderà, la scelta di non punire il tentativo incarnava una precisa opzione politico-criminale, a suo tempo accolta con favore perché volta ad ancorare il sistema penaltributario al principio di offensività e a favorire, sul piano operativo, la resipiscenza del contribuente; disciplina, questa, che potrebbe sopravvivere per fattispecie-"non PIF".

5. L'efficacia delimitatrice e integratrice

5.1. Un diverso discorso va fatto per i casi in cui il diritto penale nazionale è chiamato a convivere con l'efficacia diretta dell'UE. Il riferimento è, per un verso, al fenomeno dell'eterointegrazione della fattispecie nazionale ad opera di fonti europee, rappresentate essenzialmente da regolamenti e, per l'altro verso, all'introduzione di nuovi limiti scriminanti di matrice europea@; ipotesi, quest'ultima, riconducibile alla prima, ove si ritenga che la scriminante dell'esercizio del diritto, di cui all'art 51 c.p., sia "in bianco" e come tale integrabile anche dal diritto dell'UE.

Considerata la funzione delimitatrice delle scriminanti, che porta finanche a disconoscerne la natura penale@, l'interferenza del diritto dell'UE *in bonam partem* non può ritenersi in alcun modo incompatibile con la *ratio* garantistica della riserva di legge@.

5.2. Più problematico, invece, è il caso in cui il regolamento integratore comporti un'espansione operativa dell'elemento normativo su cui interviene e, di riflesso, della fattispecie incriminatrice che lo incorpora@. La questione non può risolversi

affermando l'innocuità del fenomeno in ragione della natura tecnica della disciplina importata dall'elemento normativo@, perché tale carattere, presente per esempio nelle regole cautelari tipiche della colpa, non sempre ricorre nell'ambito della c.d. eterointegrazione. Talvolta l'elemento normativo indica, al pari e anche più di altri requisiti di fattispecie, il baricentro della scelta politico-criminale (si pensi ai limiti-soglia dei reati ambientali).

Il tema, però, non sembra avere un'autonomia rispetto al generale fenomeno dell'eterointegrazione delle fattispecie penali ad opera di fonti non abilitate a produrle, ma ammesse a completarle. Per quanto la linea di confine sia difficile da tracciare, la casistica va distinta, più che sulla base della natura nazionale o sovranazionale dell'elemento integratore, in ragione della funzione svolta da quest'ultimo. Un conto è il "normativo" che specifica una scelta politico-criminale legislativa in termini quantitativi o modali, rimanendo in un ambito valoriale predefinito dalla *ratio legis*, altro conto è l'elemento integratore che non attua, ma fonda la scelta politico-criminale. Senza contare che in questi ultimi casi può aprirsi una dialettica tutta interna al principio di legalità: l'eterointegrazione può risultare *in extremis* se non l'unico modo, almeno il più efficace, per determinare un elemento di fattispecie altrimenti rimesso alla discrezionalità giudiziale.

6. Diritto dell'UE e giurisdizionale nazionale

6.1. Il profilo più delicato dei rapporti tra diritto penale e diritto dell'UE attiene però al piano applicativo, ossia all'allargamento delle opzioni che si presentano all'interprete. Si tratta del cavallo di Troia attraverso cui il diritto penale europeo rischia di sovvertire il sistema delle garanzie liberali.

Di regola, il giudice nazionale ha il diritto-dovere di interpretare la norma e, se la ritiene illegittima, di sollevare la questione di

costituzionalità. Ebbene, il diritto dell'Unione europea scardina questa impostazione binaria, consentendogli un groviglio di ulteriori alternative, tra le quali l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione e la disapplicazione della norma nazionale considerata in contrasto con il diritto dell'UE. Senza contare che, nella concreta dinamica operativa il giudice nazionale, con ricorso pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, può chiamare a intervenire, nelle vesti di regolatrice dell'interpretazione, la Corte di giustizia; sempre che il giudice nazionale non si ritenga in grado di provvedere da sé.

In breve, si moltiplicano le sponde sulle quali può rimbalzare la biglia dell'interpretazione, prima di rotolare in buca o fermarsi esausta sul panno verde. Per un verso, infatti, aumentano i soggetti potenzialmente competenti a pronunciarsi in diritto: soprattutto *in apicibus*, ciò comporta un riparto di competenze non sempre chiaro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale. Per l'altro verso, il quadro complessivo risulta foriero di molteplici esiti alternativi tra loro, con la conseguenza di rendere incerta e addirittura irrealistica la prevedibilità e la stabilizzazione del diritto.

6.2. Nell'attuale sistema multilivello il giudice nazionale, operando come giudice europeo, non solo ha margini interpretativi più ampi@, ma si ritrova nelle mani il potere di scegliere la fonte da applicare, ipotecando in tal modo la soluzione. Il diritto vissuto dal cittadino non discende dalla fonte applicabile, ma da quella applicata, la cui scelta è funzionale alle esigenze motivazionali dell'esito perseguito.

7. L'interpretazione conforme

In senso stretto l'interpretazione conforme ha funzione adeguatrice, mira ad allineare il diritto interno a quello sovranazionale, nella misura in cui quest'ultimo è rimasto del

tutto inattuato o non è stato attuato totalmente o fedelmente (v. *supra*, cap. V, § 9). Essa opera, dunque, in nome del primato del diritto dell'UE e dell'obbligo di leale collaborazione. In breve: l'eventuale inadempimento del legislatore nazionale può essere compensato dall'intervento, conformativo a scavalco, del giudice.

Questa modalità di avvicinamento tra diritto nazionale e diritto europeo costituisce una spinta in più lungo la strada dell'interazione normativa, che tuttavia deve rispettare il senso profondo della competenza penale solo indiretta del dritto dell'UE. Il giudice penale non può surrogarsi al legislatore, pena la violazione della riserva di legge e la creazione di una competenza diretta non prevista dal Trattato.

Ne consegue che nel campo penale l'interpretazione conforme deve rispettare il controlimite del divieto di interpretazione *in malam partem*, confermando la funzione garantistica della testualità dell'enunciato normativo, che non può sprigionare significati da esso non contemplati, ancorché socialmente più giusti o fatti propri dal diritto sovranazionale.

8. Le (pretese) dinamiche (dis)applicative

8.1. Le ragioni di un approccio contenitivo del diritto dell'UE, ossia rispettoso della cultura garantistica e personalistica di cui è intriso del diritto penale, sono sfuggite talvolta alla nostra giurisprudenza.

Tra i punti di emersione del fenomeno, vi è quello della disapplicazione (v. *supra*, cap. V, § 9). Si è ritenuto, infatti, che tale potere possa riguardare un singolo elemento delimitativo del fatto tipico o una disciplina penale favorevole, con la conseguenza di rendere operante nei confronti del cittadino una fattispecie penale (di risulta) più ampia di quella vigente al momento della sua condotta e senza che ciò determini la caducazione della

norma disapplicata, che rimane vigente e suscettibile di una differente operatività ad opera di altri giudici.

8.2. La casistica delle ritenute ricadute penali, essendo nota, sarà qui ricordata in estrema sintesi, limitando l'attenzione a quelle vicende che hanno avuto un esito applicativo, anche parziale e temporaneo, degno di rilievo in chiave eurounitaria, e con esclusione invece dei casi in cui i tentativi, compiuti dai nostri giudici nazionali, di nullificare riforme penali ritenute lassiste, si sono rivelati velleitari. Si pensi alla vicenda delle false comunicazioni sociali, nella versione risultante a seguito del d.lgs. n. 61 del 2002, che si voleva illegittima per asserita violazione dell'obbligo europeo di tutela della trasparenza societaria. La Corte di giustizia (Grande Sezione, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764), deludendo una nutrita *claque* di eurotifosi, ha escluso che una direttiva comunitaria possa determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, senza una legge dello Stato membro che la recepisca.

8.3. La nozione di rifiuto, sulla quale ruota gran parte della normativa ambientale di derivazione europea, è notoriamente sfuggente, affidando la sua identità non alle intrinseche caratteristiche sostanziali della materia, ma alla sua destinazione. Ciò che fa il rifiuto è la volontà o l'obbligo di disfarsi dei prodotti ovvero ancora più semplicemente il fatto stesso di disfarsene.

Ciò detto, va ricordato che la nostra giurisprudenza aveva scartato la possibilità di definire in via interpretativa il c.d. sottoprodotto, ossia i residui della lavorazione aventi valore economico e reimpiegati nello stesso ciclo produttivo. Per venire incontro al mondo imprenditoriale, il nostro legislatore ritenne opportuno positivizzare la nozione di sottoprodotto (art. 14 d.l. n. 138 del 2002), tipizzandola in termini generali e astratti sulla base dei requisiti distillati dalla giurisprudenza prevalente della Corte di giustizia, previa la razionalizzazione della stessa, a volte ondivaga e incoerente. L'obiettivo perseguito era quello di sburocratizzare la materia, sottraendo il sottoprodotto alla fitta

rete degli obblighi autorizzativi previsti finanche per la movimentazione dei rifiuti.

Sollecitata a intervenire dal giudice nazionale con domanda pregiudiziale *ex* art. 234 CE, la Corte di giustizia, con la sentenza *Niselli* dell'11 novembre 2004 (C-457/02), ha dichiarato in contrasto con il diritto dell'UE (all'epoca comunitario) la nozione italiana di sottoprodotto con l'effetto di autorizzarne la disapplicazione, quale elemento delimitativo di molteplici fattispecie penali ambientali. Tutto ciò, inaudita la Corte costituzionale. Così facendo, si è ritenuto tipico un comportamento che al tempo della condotta era lecito, perché conforme al diritto interno; soluzione, questa, che una parte della giurisprudenza di legittimità aveva adottato prima ancora della pronuncia della Corte di Giustizia@.

Come noto, oggi la nozione di sottoprodotto è stata tipizzata dal diritto di derivazione eurounitaria (art. 184-*bis* d.lgs. n. 152 del 2006) in termini nel complesso non dissimili a quelli cassati dalla sentenza *Niselli*.

8.3. A dir poco stravagante è la vicenda della pesca del c.d. novellame, ossia del pesce sottomisura, fino a non molto tempo fa vietata da una fattispecie contravvenzionale (artt. 15 e 24 l. 963 del 1965), la cui operatività risultava tuttavia ristretta da un regolamento nazionale (suscettibile di essere considerato quale elemento negativo del fatto tipico o come parametro integratore dell'esercizio del diritto scriminante *ex* art. 51 c.p.), con l'effetto di escludere la responsabilità nella misura in cui il "novellame" non superasse il 10% del pescato (art. 91 d.p.r. n. 1639 del 1968).

La Corte di cassazione, con un grappolo di pronunce@, ha avallato la linea dei giudici di merito. Questi ultimi, fattisi diretti interpreti del divieto di pesca e commercializzazione del "novellame", contenuto nel Reg. CE 17 giugno 1994, n. 1626, a sua volta inteso in senso assoluto, e lasciando inaudita la Consulta, avevano disapplicato *in malam partem* il limite escludente la fattispecie, condannando l'imputato per un fatto,

all'epoca della sua realizzazione, conforme all'ordinamento interno@.

Anche qui il seguito della storia non consola, ma semmai indispettisce: la pesca del "novellame" è stata oggi depenalizzata (l. n. 154 del 2016).

8.4. Sul caso *Taricco* è stato scritto molto, forse anche troppo, con toni giustamente preoccupati per la tenuta garantistica del principio di legalità di fronte a un euroentusiasmo meritevole di miglior causa. Per quel che più interessa, il giudice penale nazionale aveva sollecitato il pronunciamento della Corte di giustizia sulla nostra disciplina della prescrizione, la quale, stante la sua verosimile applicazione nel caso di specie per l'eccessiva durata delle indagini preliminari, veniva ritenuta ostativa della condanna degli imputati per reati tributari e in contrasto dell'interesse a riscuotere la (per il vero minima) quota dell'IVA di spettanza eurounitaria (Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP dott. Alberto Boetti).

Ebbene, in un primo tempo, i Giudici di Lussemburgo, facendo leva sull'obbligo di tutela del gettito fiscale eurounitario ai sensi dell'art. 325, §§ 1 e 2, Tfue, avevano aperto alla disapplicazione delle cause di interruzione della prescrizione *ex* artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p. (sent. 8 settembre 2015, Grande Sezione, causa C-105/14), trascinandosi dietro un intempestivo e maldestro allineamento della nostra Corte di cassazione (Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210, in *Ced* 266121).

La fine della storia è nota. Chiamata a chiarimenti con rinvio pregiudiziale dalla nostra Corte costituzionale (ord. 24/2017), la Corte di giustizia ha dovuto fare marcia indietro come se nulla fosse (sent. 5 dicembre 2017, Grande Sezione, causa C-42/17); così facendo, si è potuta perpetuare la raffigurazione idealizzata ed edulcorata delle Corti che si abbracciano.

Ma fino a un certo punto. Il ripensamento dei Giudici europei, infatti, non ha impedito alla Consulta di ribadire che il principio di legalità, comprensivo della testualità del diritto e dunque della

riserva di legge, costituisce un controlimite fondamentale; un freno a mano di uso eccezionale, che in casi estremi la Corte costituzionale si è dichiarata pronta ad azionare.

La pronuncia n. 115/2018 della Corte costituzionale riveste pertanto un'importanza storica@, che sopravanza, di gran lunga, la specifica e stravagante questione che l'ha occasionata. Il suo *core business* non sta nel *decisum*, ma nelle ragioni per le quali la "regola Taricco" non poteva trovare applicazione nel nostro ordinamento, nemmeno in nome del primato del diritto dell'UE.

Da qui la *declaratio* del nostro paradigma giuridico-penale. Non si tratta – sia chiaro – di un rigurgito di sovranismo. Le precisazioni della Consulta guardano al futuro dell'Europa come istituzione politica, ma nel rispetto della cultura penalistica europea, con specifico riguardo ai paesi di tradizione continentale. Del resto, il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri – ricorda la Consulta – non è affatto estraneo al diritto dell'Unione.

Per quanto concerne l'Italia, ciò significa che le scelte politico-criminali devono incarnarsi in testi legislativi. La *lex scripta* costituisce il *prius* logico e cronologico dell'interpretazione, quale scelta circoscritta ai significati autorizzati dal testo.

Quanto basta per togliere ogni legittimazione al giudice di scopo, nazionalista o europeista che sia.

9. Chiusa

Il contributo chiarificatore offerto dalla nostra Consulta nella vicenda Taricco è prezioso per evitare pericolose fughe in avanti. Come si è detto, si è trattato di una necessaria *actio finium regundorum*. La sua importanza sta nel detto, che non è poco, e nel non detto, che è comunque implicito, ossia nel riabilitare una

concezione rigorosa della nozione di "competenza penale indiretta", inteso da parte della giurisprudenza in modo troppo accomodante, nel senso di ammettere interpretazioni euroeccedenti equivalenti a una criptonormazione giudiziale doppiamente non consentita.

Ciò non significa che, nel settore penale, il sistema multilivello non abbia una sua razionalità di sistema e una sua grammatica regolativa. Premesso che è la legislazione nazionale il primo meccanismo di trasformazione della politica criminale eurounitaria in diritto interno, ne consegue che il giudice penale nazionale non può né interpretare direttamente il diritto sovranazionale, né surrogarsi al legislatore nazionale inerte o infedele, quando ciò sortisca effetti applicativi *in malam partem* per il cittadino. Per la prima esigenza deve rivolgersi alla Corte di giustizia, per la seconda alla Corte costituzionale, fermo restando i limiti davvero molto stretti in cui è ammissibile lo scrutinio delle leggi penali di favore@.

10. La Corte Edu

10.1. Nelle pagine che precedono il rapporto tra Europa e materia penale è stato tratteggiato nella prospettiva sovranazionale, ossia prendendo in considerazione il diritto dell'UE. Ma vi è un altro importante profilo di natura convenzionale cui occorre accennare: il riferimento è alla copiosa giurisprudenza della Corte Edu.

Qui il piano sembrerebbe ribaltarsi. La natura personalistica della Cedu fa sì che la sua incidenza interessi soprattutto lo statuto penalistico di parte generale. Non solo: la formulazione della Cedu come catalogo di principi assiologici, condiziona anche il metodo di produzione del diritto, che risulta casistico e finalizzato a distillare soluzioni fondate sul bilanciamento dei principi di volta in volta presi in considerazione@. Mentre la

logica della fattispecie è quella di offrire al giudice l'esito di una ponderazione degli interessi già risolto in astratto dall'autorità legittimata a produrla, la tecnica del bilanciamento vede protagonista assoluto il giudice (la Corte Edu), cui viene demandato il compito di trovare, di volta in volta, il punto di equilibrio ottimale tra valori tendenzialmente divergenti.

Per dirla con estrema semplificazione: nell'attuazione della Cedu, il paradigma di *civil law*, ancora presente nel diritto penale di derivazione sovranazionale, cede il passo al paradigma tipico del *common law*, nonostante esso sia estraneo alla gran parte dei paesi che aderiscono alla *Convenzione*. Ne consegue in ogni caso un diritto ondivago, assai lontano dal costituire un seppure embrionale statuto di parte generale. La qual cosa spiega l'atteggiamento di sorvegliata prudenza della nostra Corte costituzionale nei confronti del diritto Cedu.

10.2. Sul piano dei contenuti, non deve fuorviare l'attuale prevalenza di una giurisprudenza penale garantistica e la conseguente impressione che a Strasburgo abbia sede la "Corte buona", in quanto giudice dei principi. In certa misura la natura "favorevole" del diritto convenzionale è a sua volta "favorita" dalla sua ragion d'essere: la piena ed effettiva affermazione dei diritti fondamentali della persona, sui quali il diritto penale impatta, per definizione, in negativo. Questo spiega l'approccio volto al tendenziale contrasto degli eccessi di rigorismo punitivo nei quali può incorrere la macchina repressiva nazionale.

Con riguardo alla nostra legislazione, le pronunce da ricordare sarebbero molte. In questa sede è possibile solo un cenno a quelle più note anche per i settori di incidenza e il dibattito che hanno suscitato.

Sul versante strettamente sostanziale, rivestono particolare importanza gli interventi in materia di ragionevole prevedibilità del diritto e, segnatamente, di irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale *in malam partem*, quando non è ancora sufficientemente stabilizzata (si pensi, a titolo esemplificativo,

alla controversa figura del concorso esterno nel reato di associazione mafiosa, elaborata dal diritto vivente, su cui: Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia). Per non dire delle letture garantistiche concernenti il sistema sanzionatorio. Qui il raggio di azione della Corte spazia dai principi generali (qual è quello del *ne bis in idem* tra sanzione penale e sanzione amministrativa: Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia) alla natura preventiva e repressiva di specifici istituti, come la pena pecuniaria di importo particolarmente elevato (Corte Edu, sez. II, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia).

Con riferimento al pianeta "carcere" non possono trascurarsi poi le censure mosse alla situazione di sovraffollamento dei nostri istituti penitenziari, quale condizione di deprivazione fattuale dei diritti sanciti dalla Convenzione nei confronti della persona (Corte Edu, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia). Sul piano della funzione rieducativa della pena, la Corte Edu ha censurato da ultimo l'ergastolo ostativo (Corte Edu, sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia).

Quanto al processo penale, anche per i suoi nessi con il contrastato dibattito sulla disciplina della prescrizione, è sufficiente menzionare la copiosa giurisprudenza, che qui è superfluo richiamare, sulla durata ragionevole del processo, quale garanzia soggettiva, che costituisce per l'ordinamento interno un'obbligazione di risultato.

10.3. Sennonché, il diritto penale è notoriamente un'arma a doppio taglio, perché, per un verso, incide sulla libertà personale, per l'altro è lo strumento di tutela dei diritti della persona. Ciò non preclude, dunque, alla giurisprudenza Cedu di sollecitare, all'occorrenza, l'impiego del diritto penale. Come non si è mancato di rilevare, al riguardo, il sistema Cedu mostra di poter produrre esiti si segno opposto, facendo prevalere sbilanciamenti ispirati a una visione vittimocentrica del diritto penale@. Stante la posizione dialettica in cui si trovano reo e vittima, optare per i diritti della vittima significa indebolire la cultura penalistica reocentrica non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello

processuale, esposto a virate inquisitorie per ovviare al maggior rischio di vittimizzazione secondaria insito nel modello accusatorio@.

11. L'EPPO

11.1. Tornando al diritto sovranazionale, la novità di maggiore spessore è l'istituzione, ad opera del Regolamento EU 2017/1939, della Procura europea (EPPO), la quale potrebbe condizionare la legalità vivente@, ma – sia chiaro – non depone affatto per l'implicito avvento di una competenza penale sostanziale in capo al diritto dell'UE.

L'EPPO costituisce, piuttosto, un'eccezione alla regola generale che affida la persecuzione dei reati, anche di quelli offensivi di interessi eurounitari, alle procure nazionali. In quanto deroga, l'innovazione non può essere estesa oltre i confini della sua espressa previsione, il cui ambito di competenza concerne, al momento, i summenzionati reati tributari previsti dalla Direttiva PIF. I procuratori che opereranno in ambito EPPO sono pur sempre magistrati nazionali, seppure diretti e coordinati da un Procuratore-capo europeo. In base alla recente legge di delegazione europea 2018, in vigore dal 2 novembre 2019, il nostro Governo dovrà adeguare il nostro ordinamento nazionale.

11.2. L'interesse del diritto dell'UE per l'ordinamento giudiziario, in senso lato, ossia per l'organizzazione delle persone chiamate ad applicare il diritto penale, non può certo meravigliare. Il diritto penale sostanziale non è più l'artefice principale della giustizia penale: crescono di importanza, al suo fianco, il ruolo del processo e quello dei suoi attori. Il maggior peso che è venuto acquisendo lo *ius dicere* spiega pertanto l'attenzione crescente che parte della dottrina mostra per l'ordine magistratuale in genere, anche a livello europeo@.

In questa prospettiva non può nemmeno escludersi che l'odierno interesse eurounitario per la figura del pubblico ministero sia destinato ad estendersi alla giurisdizione. Nel qual caso, però, il quadro cambierebbe in modo significativo, perché un ordinamento giudiziario eurounitario, specie se incentrato sul modello del giudice facitore della norma, potrebbe consentire al diritto dell'UE di recuperare, per così dire a valle, quella forza di incidenza negatagli, a monte, dalla mancanza di una competenza penale diretta.

Sennonché, *rebus sic stantibus* l'ipotesi formulata altro non è che una suggestione; come si diceva, la competenza EPPO è limitata a taluni reati tassativamente indicati. Si tratta, però, di una competenza problematica e non priva di criticità se si tiene conto delle future possibili attuazioni della Direttiva UE 2017/1371 (PIF).

Come noto, infatti, la competenza per materia degli organi giudiziari è definita tradizionalmente mediante criteri formali, chiamati a operare prima che il processo affronti il merito. Si fa riferimento cioè alle figure di reato, che vengono indicate nominativamente o per classi (variamente definite in ragione della misura della sanzione o di talune note strutturali del fatto tipico, come l'evento o l'elemento soggettivo, ovvero ancora in base alla loro collocazione "topografica").

Ebbene, la competenza dell'EPPO è individuata in base all'entità dell'offesa in concreto e alla titolarità dell'interesse: deve trattarsi di interessi finanziari dell'Unione europea particolarmente rilevanti. Il criterio della competenza è, dunque, almeno in parte sostanziale, ossia legato a una caratteristica del fatto storico. La competenza dipenderà, pertanto, da come l'accusa sarà formulata nel capo di imputazione, con margini di verifica ridotti almeno nelle fasi iniziali del procedimento.

12. Guardando al futuro, senza dimenticare il presente

12.1. La dottrina europeista più sensibile al garantismo penale, storicamente condensatosi nelle codificazioni e nelle costituzioni nazionali, non ha mancato di proporne il rafforzamento anche a livello sovranazionale. Il riferimento è al "Manifesto per una politica criminale europea" del 2009@: un documento molto importante, null'altro, però, che una testimonianza di alta cultura penalistica, proveniente da un gruppo di studiosi, intesa ad arginare il predominio del pensiero unilateralmente securitario@.

Tuttora, la politica criminale promossa dall'UE ha a cuore l'allineamento delle legislazioni lungo lo standard di tutela più elevato, trascurando di promuoverne un simmetrico adeguamento ai migliori livelli nazionali di garanzia. Si tratta di un'occasione mancata: più che mai oggi, il diritto dell'UE dovrebbe arginare le derive populistiche nazionali che impazzano anche nelle più avanzate democrazie. Obiettivo, questo, che richiede l'elaborazione di uno statuto penalistico sovraordinato, di impronta personalista, che funga da limite insuperabile della politica criminale fondata sulla prevenzione generale, al fine di evitare che "il diritto europeo riduca il diritto penale ad un 'meccanismo di rafforzamento' del diritto europeo e degli scopi europei per specifici settori"@.

12.2. D'altro canto, per non rimanere lettera morta, l'ossigenazione garantistica del diritto penale di derivazione unionista deve poter contare su una maggiore centralità del Parlamento europeo. Solo l'Europa dei popoli, direttamente rappresentata nella sede per antonomasia della democrazia, può contenere le spinte disgregatrici@ e vincere la sfida populistica, rafforzata, invece, dall'aura di elitismo che promana dalle tecnoburocrazie radicate nelle istituzioni europee. Il populismo è per sua natura antiestablishment@. Il diritto dell'UE non può ignorare le radici di questa pericolosa degenerazione delle nostre democrazie, talvolta associata a spinte indipendentiste interne

sulle quali l'Unione europea non ha titolo per intervenire direttamente@.

Per quanto paradossale possa apparire la riserva di legge europea, da un lato, e lo statuto sovranazionale delle garanzie penalistiche, dall'altro, possono validamente contribuire a contenere una prevenzione generale di marca intergovernativa, polarizzata su sicurezza e mercato. Il cittadino europeo non è solamente un consumatore di beni e servizi; è titolare dei diritti di libertà su cui impatta la pena. Anche i valori della persona colpiti dalla pena vanno messi al centro del processo di integrazione normativa, perché contribuiscono a delineare l'identità europea, specie se l'Europa futura avrà un'organizzazione di tipo federale, come tale distinta e autonoma dagli ordinamenti nazionali.

Bibliografia essenziale

Capitolo VII
La "parte speciale"

di Fausto Giunta

1. "Parte generale" e "parte speciale"

1.1. Secondo una diffusa e condivisibile definizione, per "parte speciale" del diritto penale si intende il catalogo (o, se si preferisce, l'elenco) dei fatti costituenti reato e delle rispettive cornici sanzionatorie.

Assai più della denominazione, è la sua spiegazione che rende il concetto comprensibile.

L'espressione "parte speciale", infatti, è un'etichetta che non

dice nulla dei contenuti normativi cui si riferisce. Anzi complica le cose, in quanto l'aggettivo "speciale", evocando l'alterità del suo oggetto rispetto a un'altra "parte" del diritto penale, detta "generale", rimanda ad essa per coglierne i tratti differenziali. Senza contare che definire la "parte generale" è ancora più difficile, perché i suoi contenuti sono eterogenei. Per rimanere ad alcuni degli istituti in essa compresi, cosa hanno in comune il tentativo e le pene accessorie o il delitto preterintenzionale e la confisca? Scavando, il nesso si coglie, ma non affiora certo nell'aggettivazione di questo settore normativo come "generale".

Ancora: nel diritto penale il concetto di specialità è tutt'altro che univoco. Il codice penale parla espressamente di leggi penali speciali agli artt. 15 e 16, facendo riferimento a fenomeni tra loro diversi. E precisamente: la prima disposizione, ossia l'art. 15 c.p., disciplina il concorso apparente di norme, che viene risolto con l'applicazione della legge speciale in deroga a quella "generale" (l'aggettivo "generale" connota qui la disciplina di portata più ampia, come tale comprensiva di quella speciale). L'art. 16 c.p., invece, fa riferimento alle leggi *extra codicem*, disponendo che ad esse cui si applichino i principi della "parte generale".

Detto con altre parole, la distinzione tra "parte generale" e "parte speciale" del diritto penale non è affatto univoca e intuitiva. Essa riflette, a tutta prima, il criterio in base al quale il diritto penale è organizzato dal punto di vista normativo. Per questa ragione, la distinzione può apparire convenzionale e meramente sistematica, se non la si cala in una ben precisa cornice storica: quella del processo di codificazione penale, quale fenomeno che connota, nell'Europa continentale, l'esperienza giuridica dell'età moderna. Il tramonto del diritto dell'*ancien régime* porta con sé l'affermazione di un nuovo attore nella produzione del diritto penale, qual è il Legislatore, identificato nel Parlamento. Il diritto penale sostanziale assume un ruolo preminente, perché definisce l'oggetto del processo.

1.2. Esemplificativa di questo fenomeno è l'origine processuale della più importante categoria della dogmatica moderna, ossia

quella del *Tatbestand*. Essa, secondo note ricostruzioni storiche, deriverebbe dalla nozione di *corpus delicti* (per esempio il cadavere della vittima nell'omicidio), la cui funzione era quella di perimetrare l'*inquisitio generalis*, quale fase del processo finalizzata ad accertare il reato come accadimento naturalistico, accertato il quale poteva procedersi all'*inquisitio specialis,* essenzialmente finalizzata a far luce sull'autore del reato. Nel Medioevo era la categoria del *corpus delicti* che conteneva lo straordinario potere dell'inquisitore.

Ebbene, il declino dell'*inquisitio generalis* è segnato storicamente dal sopraggiungere, con l'Illuminismo, del principio di legalità, che descrivendo in astratto e in modo tassativo le tipologie di reato, ha inteso mandare in soffitta, con l'*inquisitio generalis,* anche il *corpus deliciti,* la cui funzione delimitativa è stata assunta per l'appunto dal c.d. fatto tipico (*Tatbestand*)@. Il passaggio non è nominalistico, perché muta la prospettiva: il *corpus iuris* è espressione di una visione empirica del reato; la tipicità è pura forma.

Nella modernità la legalità sostanziale è l'àncora cui è ormeggiato il processo, contro il rischio di derive punitive incontrollate. Il processo penale diventa così lo "*strumento dello strumento,* cioè del diritto sostanziale", che "riverbera sul processo le medesime funzioni di garanzia di legalità e libertà"@.

La codificazione, infatti, non solo quella penale, sottende una precisa concezione del diritto, che viene inteso, in linea di partenza, come *lex scripta*, chiara, precisa e ordinata, accessibile ai cittadini, prima ancora che ai giudici, perché espressa attraverso il linguaggio comune. Questa aspirazione, che è fatta propria dall'art. 25, comma 2, Cost., caratterizza ancora più marcatamente l'idea stessa del codice penale, chiamato a rafforzare il principio di legalità come fondamento e perimetro operativo del diritto penale. Per via della sua incidenza sulle libertà fondamentali, il meccanismo repressivo richiede di essere contenuto entro confini predefiniti e non disponibili da parte della giurisdizione@.

1.3. Ne discendono due conseguenze.

La prima: i reati devono essere previsti in modo tassativo e non possono essere applicati in modo analogico. L'interpretazione – vedremo – presenta margini di libertà, ma non può ricreare liberamente il significato del segno.

La seconda: la parte speciale, ossia l'elencazione dei reati in numero chiuso, se nella struttura del codice segue alla parte generale, in realtà, sotto il profilo funzionale, la precede.

Vediamo in che senso e perché.

Come conferma l'analisi storica e comparatistica, la codificazione penale si apre con l'affermazione del principio di legalità. Si pensi alle legislazioni preunitarie, come il "Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla" del 1820 (art. primo@), il "Codice pel Granducato di Toscana" del 1853 (art. 1@), il "Codice penale per gli Stati del Re di Sardegna e per l'Italia Unita" del 1859 (artt. 1-3@). Lo stesso va detto con riguardo al "Codice Zanardelli" del 1889 (art. 1@) e alle principali codificazioni europee attualmente vigenti, come, per esempio, lo "*Strafgesetzbuch*" tedesco (§ 1@), il "*Code pénal*" francese (art. 111-1 e segg.@), il "*Código penal*" spagnolo (artt. 1 e segg.@) e il "*Código penal*" portoghese (art. 1@).

Naturalmente, non fa eccezione il nostro codice penale, che all'art. 1 c.p. dispone: "*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*".

Anche nel contesto di un codice penale autoritario quale era il codice Rocco del 1930, aprire la parte generale con l'enunciazione del principio di legalità equivale a richiamare *in limine* la parte speciale, quale incarnazione del carattere discontinuo, puntiforme e frammentario dell'intervento penale@. I reati sono monadi non comunicanti, isole di un arcipelago, chiamato "parte speciale". Il confine tra mare e terra non è frastagliato, ma lineare; ricorda le sponde della laguna,

attraversata da onde lente e composte, nonostante l'alternarsi delle maree, non le scogliere battute dall'oceano. La legalità è la carta geografica di questo territorio, fatto di acqua e di terra, composto, in linea di principio, da una maggioranza di terre sommerse e una minoranza di terre emerse.

2. "Il reato in generale" e "i reati in particolare"

2.1. Apriamo adesso il codice penale, e soffermiamoci sulla sua struttura, quale risulta dalle intitolazioni dell'indice. La distinzione tra "parte generale" e "parte speciale", così espressa nello StGB tedesco anche sotto il profilo terminologico ("*Allgemeiner Teil*" e "*Besonderer Teil*"), è ben presente nel nostro codice, che usa tuttavia denominazioni diverse: il Libro I è intitolato "Del reato in generale"; i Libri II e III rispettivamente "Dei delitti in particolare" e "Delle contravvenzioni in particolare".

Una terminologia non dissimile era utilizzata dal codice Zanardelli ("Dei reati e delle pene in generale", "Dei delitti in specie" e "Delle contravvenzioni in specie") ed è ancora oggi presente in altri ordinamenti stranieri (si pensi al codice penale francese e a quello spagnolo).

Ebbene, queste intitolazioni esprimono meglio i rispettivi contenuti normativi. Da un lato, vengono raggruppate le disposizioni che riguardano il reato come concetto di genere, ossia il reato al singolare, dall'altro, sta il catalogo delle singole figure di reato, descritte nei loro tratti essenziali e differenziali, ossia i reati al plurale.

2.2. Tanto chiarito, continueremo a parlare di parte generale e parte speciale. L'importante è intendersi, posto che i due comparti normativi si distinguono per l'angolazione da cui si

guarda lo stesso fenomeno normativo, ossia il reato, visto ora nei suoi necessari elementi strutturali, ora nei suoi connotati specifici. Ciò non può certo stupire, perché il diritto penale è monotematico, ruota cioè interamente sul concetto di illecito. La sua fisiologia consiste nell'essere *contra legem*. Il comportamento osservante, pur rappresentando un auspicabile traguardo sociale, non ha rilevanza giuridica. Il diritto penale entra in scena quando è disattesa l'aspettativa che i divieti siano rispettati.

Anche altri rami del diritto conoscono, quale momento patologico, l'illecito (si pensi, per un verso, alla responsabilità civile sia contrattuale, che extracontrattuale, per l'altro al sistema sanzionatorio amministrativo disciplinato dalla l. n. 689 del 1981). Si tratta, tuttavia, di settori dell'ordinamento nei quali l'illecito è uno dei fenomeni regolati, non il solo oggetto di disciplina. Il diritto penale, invece, non esisterebbe senza il reato, non ha altre funzioni regolative; in questo senso è debitore dell'illecito.

3. Cosa è nata prima?

3.1. La priorità sistematica della parte generale non equivale alla sua primogenitura storica. In realtà la parte generale nasce per astrazione dalla parte speciale, o meglio da un suo ristretto ma importante segmento.

Il riferimento è alle incriminazioni che tipizzano i reati c.d. di sangue, come le fattispecie di omicidio, che rappresentano storicamente il terreno nel quale si sono sviluppate le fondamentali categorie della parte generale, la cui validità, per l'appunto "generale", è stata consacrata con il trasferimento della loro disciplina nella prima parte del codice penale.

Il confronto con il dato normativo può aiutare a comprendere. L'art. 575 c.p., rubricato "Omicidio", prevede una fattispecie che si caratterizza per essere descritta in modo estremamente

sintetico: "*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*". Poche sillabe in più caratterizza la descrizione dell'omicidio colposo: "*Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni*" (art. 589 c.p.).

3.2. A ben vedere questa sintesi descrittiva richiama una insospettata moltitudine di istituti di parte generale, che meritano di essere ricordati.

A) Le fattispecie di omicidio non descrivono la condotta in termini naturalistici, come avviene in altre fattispecie incriminatrici (si pensi al furto, di cui all'art. 624 c.p. che punisce "*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri*"). La condotta dell'omicidio è tipica in ragione della sua efficacia a causare l'evento, ossia la morte di un uomo. Siamo in presenza, dunque, di una figura di reato a forma libera, come ebbe a definirla, con terminologia mutuata dalla teoria del negozio giuridico, Francesco Carnelutti@. Per dirla con il linguaggio penalistico, le fattispecie di omicidio sono causalmente orientate. Ciò significa che questi reati impongono l'accertamento del nesso di causalità tra azione ed evento, quale elemento da cui dipende la tipicità del delitto di omicidio. Nel codice Zanardelli, infatti, la disciplina del concorso di cause era collocata tra le norme in materia di omicidio, anche se differiva, in certa misura. da quella odierna (gli artt. 367 e 368, comma 2@, attribuivano alla presenza delle concause una rilevanza non già interruttiva del nesso di causalità, ma semplicemente attenuante della responsabilità).
L'accertamento della causalità riguarda solo alcune fattispecie incriminatrici (si pensi anche alle lesioni personali). Nondimeno, per ragioni di economia normativa, l'istituto della causalità è disciplinato, oggi, una volta per tutte, nella parte generale del codice penale, e precisamente agli artt. 40 e 41. Sempre secondo le regole generali, le fattispecie causalmente orientate possono commettersi con omissione, alle condizioni indicate, anche in questo caso una volta per tutte, nell'art. 40, comma 2, c.p.).

B) E ancora: l'omicidio assume rilevanza nell'ambito di distinte fattispecie incriminatrici, imputabili a titolo di dolo, colpa, o preterintenzione. Altre ipotesi di reato, come, per esempio, le lesioni personali, possono essere dolose o colpose. La gran parte dei reati, invece, è prevista nella sola forma dolosa, se non è diversamente stabilito (art. 42, comma 2, c.p.). Orbene, la disciplina dell'elemento soggettivo, originariamente collocata nella parte speciale dai primi codici ottocenteschi, più precisamente a margine delle fattispecie di omicidio e lesioni personali (cfr. gli artt. 107, 124, 128, 138 e 139 del codice penale Toscano@), è contenuta oggi nella parte generale. Si pensi alle definizioni previste all'art. 43 c.p. e agli istituti, tra gli altri, della c.d. *suitas* della condotta (art. 42 c.p.) e dell'errore di fatto quale fattore di esclusione del dolo (art. 47 c.p.). Con riferimento alla definizione legislativa di colpa, si può osservare come essa fosse originariamente contenuta nelle norme dedicate all'omicidio e alle lesioni personali, ancorché tale definizione, di regola, valesse anche per altre ipotesi di reato colposo. È quanto avveniva nel codice penale di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 (art. 349@), nel codice penale Sardo del 1865 (artt. 554 e 555@) e nello stesso codice Zanardelli (artt. 371 e 375@).

C) Ma non è tutto. Anche le scriminanti sono germogliate intorno alla figura dell'omicidio (e degli altri delitti di sangue). Pertanto, esse erano originariamente contenute nella parte speciale, come dimostra, per esempio, il codice penale parmense, che agli artt. 355-357@ prevedeva l'adempimento del dovere, la legittima difesa e lo stato di necessità, quale disciplina *a latere* delle fattispecie di omicidio e lesioni personali.

In breve: molte norme di "parte generale" completavano la descrizione e la disciplina dei delitti di sangue. Dalla loro attuale presenza nella parte generale discende l'applicabilità a un numero indeterminato di reati.

3.3. Se si guarda all'evoluzione storica dei codici penali, si colgono agevolmente le ragioni della progressiva e costante crescita della parte generale. Le nostre prime codificazioni

ottocentesche si caratterizzavano per la presenza di una parte generale ancora poco sviluppata. Ne è un indizio il numero degli articoli ad essa dedicati: la parte generale del codice toscano constava di 95 articoli, quella del codice parmense di 98 articoli, quella infine del codice Zanardelli di 103 articoli, a fronte dei 240 articoli della parte generale del codice Rocco, sulla cui ampiezza, però, influiva anche la nota (e spesso criticata) propensione del nostro codificatore del 1930 per le definizioni legislative e il carattere estremamente analitico della disciplina. Va tenuto presente, infatti, che il numero degli articoli è un elemento solo indicativo della crescita della parte generale, dato che al suo sviluppo contribuisce in modo considerevole l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Si comprende al contempo come la progressiva crescita della parte generale abbia comportato una speculare scarnificazione degli enunciati normativi di parte speciale. Questi ultimi contengono oggi la descrizione essenziale di ciascun fatto punito, ossia gli elementi che consentono di differenziarlo dai comportamenti leciti e dagli altri reati; cui si aggiunge l'indicazione della cornice sanzionatoria prevista. Alla norma di parte speciale, dunque, non compete la descrizione esaustiva e completa del fatto punito: essa tipizza i soli profili espressivi della sua specificità tipologica, ossia della sua *differentia specifica* rispetto agli altri illeciti penali; la sua collocazione sistematica ne rivela invece il *genus proximum*, soprattutto nell'ambito delle legislazioni organiche, qual è, tradizionalmente, il codice penale.

Data la stretta interdipendenza funzionale tra parte generale e parte speciale, quali componenti di quell'*unicum* che è la normazione penale, appare chiaro che più aumenta la completezza della parte generale, più sono omogenei i princìpi ispiratori che governano l'applicazione delle norme di parte speciale; con la conseguenza di garantire tendenzialmente a tutti i reati l'operatività dei fondamentali principi di garanzia del diritto penale. Diversamente, quando la parte speciale introduce deroghe alla disciplina generale (si pensi, ad esempio, alle limitazioni al bilanciamento delle circostanze previste dagli artt.

280, comma 5, 280-*bis*, comma 5, 289-*bis*, comma 5, 590-*quater*, 628, comma 5, e 630, comma 6, c.p.) (v. *infra*, cap. XII, § 3), la disuguaglianza di trattamento che ne deriva dovrà essere attentamente valutata sotto il profilo della sua ragionevolezza politico-criminale.

4. La funzione prevalentemente di disciplina della parte generale

4.1. Come si diceva, la parte generale racchiude in sé norme dai contenuti eterogenei. Si possono distinguere quattro categorie di disposizioni.

La prima è quella delle norme assiologiche. Vengono qui in rilievo non solo i principi espressi, come quelli di legalità e irretroattività (artt. 1 e 2 c.p.), ma anche quelli in parte impliciti, come il principio di colpevolezza, il cui valore garantistico è rafforzato dalla copertura costituzionale.

Le disposizioni rientranti nella seconda categoria sono definitorie o esplicative di altre norme. Si pensi agli articoli che definiscono la natura dei reati (delitti e contravvenzioni: art. 39 c.p.) e la tipologia delle pene, sia principali, che accessorie (artt. 17 seg.), nonché delle misure di sicurezza (art. 215 seg.). Si tratta di norme funzionali alla perimetrazione della materia. Il nostro codice, a differenza di altri (per esempio lo *Strafgesetzbuch* tedesco), si spinge a definire anche i criteri di imputazione soggettiva (dolo, colpa e preterintenzione: art. 43 c.p.), i quali, presentando una dimensione prevalentemente teorico-culturale, sarebbe meglio rimettere all'elaborazione giuridica teorica e pratica.

La terza categoria comprende disposizioni che hanno una portata incriminatrice, simile a quella delle norme che tipizzano le singole figure di reato. Esse confermano che il confine tra le funzioni della parte generale e quelle della parte speciale non è sempre

netto. Si pensi all'omissione impropria (art. 40, comma 2, c.p.), nonché alle forme di manifestazione del tentativo e del concorso di persone (artt. 56 e 110 seg.), che tuttavia hanno un livello di determinatezza inferiore a quello richiesto per le figure di reato presenti nella parte speciale. Le clausole generali di estensione della responsabilità penale non contengono, bensì presuppongono un "tipo" di reato cui accedere.

La quarta categoria, per così dire residuale, contiene norme di disciplina: si pensi, solo per fare qualche esempio, alle disposizioni sull'applicazione del diritto penale nel tempo e nello spazio (artt. 2 e 6 seg.), alle circostanze (art. 59 seg.), al concorso di reati e di pene (artt. 71 seg.), alla commisurazione infraedittale (art. 133 c.p.) e alle vicende del reato e della pena (art. 150 seg.).

Ne esce confermato che, considerate nel loro complesso, le norme della parte generale delineano i princìpi e gli istituti che connotano la disciplina dei reati, distinguendola da quella degli illeciti extra penali (ossia, civili e amministrativi).

4.2. Al fine di identificare le norme di parte generale, secondaria risulta invece la loro presenza nel libro primo del codice penale, essendo questo un criterio di identificazione puramente formale e non sempre decisivo, come dimostra l'esistenza nella parte speciale di disposizioni aventi validità generale (si consideri la circostanza aggravante comune della finalità di terrorismo, prevista dall'art. 270-*bis*1 c.p. e tendenzialmente applicabile a tutti i reati; per converso, si pensi all'art. 235, comma 2, c.p., che, seppure collocato nella parte generale del codice penale, contiene oggi la fattispecie incriminatrice dell'inosservanza dell'ordine di espulsione o allontanamento dal territorio dello Stato).

È ben più importante segnalare, invece, come la disciplina espressa dalla parte generale sia direttamente implementata dalla Costituzione, che ha introdotto nuovi principi e ne ha costituzionalizzati altri già esistenti a livello di legge ordinaria.

E ancora: la parte generale tende alla completezza; essa si erige a sistema e aspira alla stabilità. Per questa ragione, le eventuali

lacune di disciplina della parte generale vengono avvertite come limiti da colmare. Cosicché, se non vi provvede il legislatore, interviene inevitabilmente l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In breve: ogni problema di disciplina deve poter trovare una soluzione interpretativa, se del caso anche analogica.

4.3. Stante l'attitudine della parte generale a esprimere compiutamente le peculiarità del tipo di disciplina penale, si comprende che la sua capacità di evolversi attraverso riforme settoriali sia poco spiccata. Infatti, proprio per via della vocazione sistematica della parte generale, è difficile intervenire significativamente sul suo *corpus* normativo, con l'intento di rinnovarlo nelle idee, mantenendone l'originaria coerenza funzionale.

Infine: negli enunciati regolativi o di scopo (tipici della parte generale), fatta eccezione per le norme definitorie con funzione di perimetrazione del sistema (per esempio, le disposizioni sulla tipologia delle sanzioni), l'istanza di legalità subisce una fisiologica flessione. Ciò accade massimamente in relazione alle definizioni delle categorie fondamentali del diritto penale, come le nozioni di dolo, colpa e preterintenzione. La certezza e l'uguaglianza di trattamento che esse mirano a garantire possono essere validamente assicurate dall'elaborazione scientifica, la quale, in settori come quello delle nozioni fondamentali, si caratterizza per diffusione, stabilità e ponderatezza anche superiori alla legge. Ne consegue che tali nozioni possono condizionare l'intervento penale anche a prescindere dalla legittimazione democratica che proviene dalla legge.

5. La funzione incriminatrice della parte speciale

In quanto catalogo dei fatti puniti e delle rispettive sanzioni, la parte speciale indica i settori di intervento del diritto penale e i

beni giuridici tutelati; è il luogo nel quale si delineano altresì le proprietà strutturali dei diversi tipi di reato previsti dall'ordinamento giuridico@.

Essendo destinata a una fisiologica incompletezza, la parte speciale risulta il terreno dove, con la massima immediatezza, si manifesta la frammentarietà dell'intervento punitivo e appare più evidente l'impronta politico-criminale delle scelte di tutela.

La parte speciale contiene narrazioni episodiche, storie pluralizzate. La sua disarticolazione è funzionale al continuo (non parossistico) aggiornamento dei beni giuridici, delle modalità aggressive da sottoporre a sanzione, delle tecniche di tutela più appropriate ed efficaci e, infine, dello stesso tariffario delle sanzioni previste per ciascun reato. La sua funzione narrativa è affidata alla semantica a dizionario@, ossia a tratti, che, frantumando i significati, è coerente con la frammentarietà del discorso penalistico. Ben più problematico è, invece, l'impiego della semantica a enciclopedia, olistica e tendenzialmente aperta all'insieme generale delle conoscenze sul mondo di natura fattuale e potenzialmente illimitato@, la quale rischia di sacrificare il carattere disanalogico e stringente delle narrazioni penalistiche di parte speciale.

Bibliografia essenziale

Capitolo VIII
La parte speciale codicistica

di Fausto Giunta

1. L'organizzazione della materia

1.1. Prima di esaminare i caratteri della parte speciale del codice Rocco, quale risulta a seguito delle tante innovazioni introdotte nei suoi oltre novant'anni di vita, è opportuno soffermarsi su un aspetto preliminare, che riguarda l'organizzazione della materia. La classificazione dei reati, infatti, costituisce una caratteristica ordinatoria della codificazione penale, quale forma di legislazione organica per antonomasia e, come tale, destinata ad esprimere, se non il diritto penale nella sua interezza, almeno il suo nucleo principale e più significativo.

Per quanto riguarda la parte speciale del codice, del tutto inidonei appaiono i criteri formali ed estrinseci, come potrebbe essere l'ordine alfabetico delle singole figure di reato in base ai rispettivi *nomina iuris*. Una siffatta soluzione non consentirebbe di cogliere le specificità dei singoli reati. Ne risulterebbe compromessa la funzione principale della classificazione dei reati, che è quella di esprimere una visione complessiva e coerente dei contenuti normativi della parte speciale codicistica.

Del resto, che la sistematica della parte speciale non sia fine a se stessa, ma comporti possibili ricadute sull'attività ermeneutica, lo conferma il tradizionale e generale canone della c.d. interpretazione sistematico-testuale, volto a desumere la *voluntas legis* dalla *sedes materiae* degli enunciati normativi@. Perché ciò accada, però, è necessario che i criteri legislativi di classificazione siano corretti. Nel caso contrario la sistematica codicistica diventa inidonea allo scopo. Si pensi, ad esempio, all'improprietà e finanche erroneità della classificazione dei delitti contro il patrimonio contenuti nel Titolo XIII c.p.: la categoria degli illeciti commessi con violenza si apre con il reato di furto, che si caratterizza per una condotta per lo più clandestina e comunque non violenta; per converso tra i delitti commessi con frode è collocata l'appropriazione indebita che è un reato di aggressione unilaterale privo di componenti ingannatorie@.

1.2. La dottrina che si è occupata di questa tematica ha elaborato criteri di classificazione assai vari. Qui è sufficiente

ricordare la proposta di raggruppare i reati in base alle modalità della condotta, distinguendo a seconda che si tratti di reati violenti, fraudolenti o clandestini. Da altra angolazione, si è ritenuto che la sistemazione legislativa dei fatti di reato dovesse avvenire in ragione dell'elemento soggettivo: separando cioè i reati dolosi da quelli colposi. Non è mancato, infine, chi ha proposto una classificazione fondata sui moventi, distinguendo i reati a seconda che siano commessi per istinto o di proposito, per vantaggio economico o per stato di bisogno ecc. In Italia questa impostazione è stata patrocinata dalla Scuola positiva; è pur vero che un analogo criterio sistematico è rinvenibile nella letteratura straniera@.

Com'è evidente, le scelte classificatorie della parte speciale sono coerente espressione di un preciso modo di concepire il reato. Per esempio, una sistematica imperniata sui moventi è coerente con un diritto penale volto al contenimento della pericolosità soggettiva.

Nella storia delle codificazioni penali, il criterio classificatorio più seguito è quello del bene tutelato, di matrice chiaramente liberale. Va tenuto presente, infatti, che le codificazioni penali fioriscono nell'epoca del progressivo superamento (e poi del definitivo abbandono) del concetto di reato come *crimen laesae maiestatis* ovvero come violazione dell'obbligo di obbedienza e di fedeltà al sovrano. Ebbene, col finire dell'assolutismo, si viene affermando progressivamente l'idea del reato come lesione di un bene (o interesse) individuale o collettivo; concetto, questo, che, già nelle prime elaborazioni illuministiche, operava a presidio delle libertà individuali di fronte al potere di punire. In particolare, l'impiego del bene tutelato, quale criterio di sistemazione della parte speciale, trova un evidente e ampio accoglimento nella nostra tradizione codicistica. Si pensi al codice di Parma, Piacenza e Guastalla (1820)@, al codice Toscano (1853)@ e al codice Zanardelli (1889)@. Da allora, l'articolazione sistematica della parte speciale intorno al concetto di bene giuridico è diventata una costante delle moderne codificazioni penali, come dimostrano le più recenti legislazioni straniere, quali

il codice penale austriaco del 1974@, il codice penale francese del 1994@ e i codici penale spagnolo@ e portoghese@, entrambi del 1995.

1.3. Quanto al codice Rocco, anch'esso articola e distribuisce la parte speciale in base al criterio dell'oggetto giuridico di categoria, ossia sulla scorta del bene o interesse che, accomunando più fattispecie incriminatrici, consente un razionale raggruppamento dei reati. Tuttavia, proprio perché comune a più figure di reato, il bene giuridico di categoria non può costituire un criterio sistematico esclusivo. Infatti, esso viene integrato dal criterio dell'oggetto giuridico specifico, ossia del bene tutelato da una singola fattispecie o da un più ristretto gruppo di fattispecie. Si pensi al Titolo XII dedicato ai delitti contro la persona, che al suo interno si articola in capi e sezioni, a seconda che l'offesa riguardi la vita, l'integrità, la libertà personale, l'onore, ecc. In secondo luogo, va tenuto presente che spesso, nella classificazione dei reati, il criterio del bene giuridico viene integrato da quello che fa leva sulle modalità della condotta, come accade nel Titolo XIII, in materia di delitti contro il patrimonio. Infine, il legislatore utilizza talvolta l'elemento soggettivo come criterio ordinatorio interno a una classe di reati già individuata sulla base dello specifico bene giuridico che essi hanno in comune; si pensi, ad esempio, alle fattispecie di omicidio, contenute nel Capo I, del Titolo XII, dove l'ordine di classificazione delle fattispecie distingue ulteriormente a seconda che si tratti di omicidio doloso (art. 575), preterintenzionale (art. 584) o colposo (art. 589).

2. La sistematica della parte speciale. La c.d. progressione discendente

2.1. Nell'ordinare i tredici titoli di cui, nel suo disegno originario, si componeva il Libro II, il codice Rocco seguiva il criterio della

c.d. progressione discendente. Questa impostazione resiste tuttora, nonostante l'inserimento di nuovi titoli. Si parte dai delitti offensivi dei beni pubblici di tipo istituzionale (personalità dello Stato, pubblica amministrazione, amministrazione della giustizia) per finire con quelli personali e privati (persona e patrimonio). Tra questi due poli trovano collocazione una serie di beni collettivi e sociali (come, ad esempio, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, la fede pubblica e l'economia pubblica).

Il criterio ordinatorio della parte speciale del codice penale esprime, dunque, il primato dei beni giuridici superindividuali e, ad un tempo, una visione autoritaria degli obiettivi di tutela penale che risulta difficilmente conciliabile con la scala dei valori sanciti nella Costituzione, dove, anche sotto il profilo sistematico, primeggiano invece i beni personali, affermati significativamente nella parte prima intitolata "Principi fondamentali". Nell'impianto della Costituzione la preminenza del principio personalistico si coglie, sinteticamente, già nell'art. 2 Cost., là dove si afferma che «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*». Ne discende che le formazioni sociali non devono soffocare, bensì valorizzare la personalità individuale, quale punto di irradiazione dell'intero ordine costituzionale.

2.2. Sennonché, per quanto condivisibile, questo rilievo non va enfatizzato. Certamente, la progressione ascendente, che procede dai beni della persona a quelli superindividuali, è una caratteristica comune alle più recenti codificazioni democratiche: da quella austriaca a quella francese, da quella spagnola a quella portoghese. Al contempo, va tenuto presente che la progressione discendente non era una peculiarità esclusiva del codice Rocco, ma una caratteristica dei codici ottocenteschi *tout court*, come si coglie agevolmente da una scorsa all'impianto sistematico sia del codice Zanardelli di ispirazione liberale@, che posponeva i delitti contro la libertà ai delitti contro la Patria e poneva in chiusura i delitti contro la persona e quelli contro la proprietà, sia delle codificazioni straniere ad esso coeve, come ad esempio il codice penale tedesco del 1870@. In breve: la progressione discendente,

esprime più semplicemente il valore prioritario dei beni collettivi, frutto a sua volta di un'accentuazione dell'impronta solidaristica dell'intervento penale.

Ciò non toglie che sia certamente da condividersi la scelta, effettuata dal Progetto Pagliaro per l'emanazione di un nuovo codice penale, di articolare la parte speciale secondo il criterio della progressione ascendente: partendo cioè dalla tutela dei beni della persona, protetti in sé e nelle formazioni sociali, per passare poi a quelli delle istituzioni@. L'innovazione proposta appaga prevalentemente un'istanza di tipo simbolico, per la quale il moderno diritto penale mostra una crescente sensibilità. Va da sé, però, che, ai fini dell'effettività della tutela dei beni giuridici, quel che rileva non è l'ordine sistematico della parte speciale, ma il modo in cui vengono costruite le fattispecie incriminatrici alle quali viene affidato il compito di tutela.

3. La pubblicizzazione degli oggetti della tutela

3.1. Anche a prescindere dal criterio ordinatorio che governa la classificazione dei fatti costituenti reato, la parte speciale del codice Rocco offre ulteriori e ben più significative conferme dell'impronta autoritaria del regime fascista, che ne volle la nascita. Ciò – si badi – non sorprende affatto, poiché assai più della parte generale, è il catalogo dei reati contenuti nella parte speciale che rivela il livello di democraticità di un determinato sistema penale@. Infatti, essendo la parte speciale la tavola dei "disvalori" e del tariffario sanzionatorio cui vengono assoggettati i reati, essa è al contempo lo specchio dei valori fondamentali dell'ordinamento.

Dalla parte generale del codice Rocco, invece, non è possibile desumere con altrettanta immediatezza e univocità i condizionamenti derivanti dall'ideologia fascista. Invero, il ripristino della pena di morte, il mantenimento dell'ergastolo e il

frequente ricorso alla responsabilità oggettiva, solo per citare alcuni istituti comunemente considerati come indicatori dell'impronta autoritaria del codice, pur essendo espressione di un diritto penale illiberale, vantavano all'epoca – in Italia come all'estero – un sostegno scientifico discutibile, ma condiviso. Si pensi, per esempio, alla convinzione di poter incrementare la funzione generalpreventiva, ricorrendo a pene terrorizzanti e, ad un tempo, svincolando l'imputazione del reato dal principio di colpevolezza; soluzioni, queste, che costituiscono ancora oggi tentazioni repressive costantemente in agguato.

3.2. L'autoritarismo del codice Rocco si coglie appieno soprattutto in altre e ben più significative caratteristiche della parte speciale.

Il riferimento è anzitutto al metodo casistico@, ossia alla moltiplicazione dei titoli di reato, ispirata dalla velleitaria pretesa di completezza normativa e frutto, a sua volta, di un'esasperazione della concezione positivistica del diritto, che sconfina in un autentico delirio di onnipotenza legislativa. In effetti, la parte speciale del codice Rocco esprime l'ambizione del legislatore a prevedere ogni possibile variante dei fatti di reato e a vincolare completamente il giudice attraverso l'allestimento di un ordito normativo minuzioso e dettagliato fino al parossismo. Sennonché, come dimostra l'esperienza, l'eccessiva frammentazione delle fattispecie, da un lato, crea inevitabili lacune di tutela, dall'altro lato, amplifica i problemi interpretativi connessi alle frequenti ipotesi di concorso apparente di norme. Non meraviglia, dunque, che l'impronta casistica della parte speciale del codice Rocco finisca di fatto per restituire all'interprete, seppure in altra forma e comunque in misura addirittura sproporzionata e disfunzionale, quella libertà interpretativa che si intendeva negargli.

In secondo luogo, e per quel che concerne ancora la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici, l'impronta autoritaria del codice Rocco si coglie agevolmente nella caduta di determinatezza degli enunciati normativi, riscontrabile

segnatamente – anche se non esclusivamente – nell'ambito nei delitti contro la personalità dello Stato (si pensi all'art. 246), nel cui contesto la consapevole deroga al canone della determinatezza esprime l'intento legislativo di potenziare in chiave repressiva la discrezionalità giudiziale@.

E ancora: è certamente il portato di una concezione autoritaria, se non liberticida, della potestà punitiva la scelta legislativa di elevare a reato l'esercizio di autentici diritti di libertà. Si pensi, sempre con riguardo al volto originario del codice, al reato di accettazione di onorificenze (art. 275, abrogato dall'art. 18 l. n. 205 del 1999), alle diverse fattispecie di sciopero (art. 502 seg., in larga parte dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale) e all'incriminazione di autentiche manifestazioni di pensiero, come le condotte di disfattismo e vilipendio (artt. 265, 269, 279, 290, 291 e 292, materia, questa, oggetto di riforma ad opera della l. n. 85 del 2006, che ha abrogato gli artt. 269 e 279 c.p.).

3.3. Un particolare rilievo merita, infine, l'inclinazione del codice Rocco verso la marcata pubblicizzazione degli oggetti di tutela@. Quest'ultimo punto richiede attenzione, poiché, come si è detto, il primato dei beni giuridici superindividuali, se non può considerarsi una costante assoluta delle codificazioni penali moderne, è certamente ravvisabile nella gran parte di esse. Bisogna chiedersi, dunque, in che senso la pubblicizzazione dei beni giuridici è frutto di autoritarismo. Ebbene, per rispondere a questa domanda, va tenuto presente che, se per primato dei beni giuridici superindividuali si intende il mero dato della loro prevalenza numerica rispetto a quelli personali e privati, non si può dire che essa sia una caratteristica esclusiva del codice Rocco, né un connotato del suo carattere autoritario. Da questo punto di vista, anzi, la preminenza dei beni giuridici superindividuali potrebbe risultare una nota di sorprendente modernità del codice Rocco, nel senso che il codificatore del 1930 avrebbe saputo cogliere anzitempo la dimensione collettivistica di beni giuridici emergenti, come per l'appunto quello dell'economia pubblica, ulteriormente valorizzati dalla legislazione penale più recente. Diversamente, la pubblicizzazione dell'oggetto della

tutela penale rivela le sue venature illiberali nelle ipotesi in cui taluni beni, aventi tradizionalmente una natura privata, vengono sottratti all'ambito di disponibilità dei singoli consociati per essere assoggettati all'incondizionata pretesa punitiva dello Stato.

3.4. Già da queste considerazioni si evince che con l'espressione "pubblicizzazione dei beni tutelati" si designa un fenomeno ben più vario e articolato di quanto non sembri a prima vista, e sul quale è opportuno soffermarsi ancora per alcune precisazioni.

In effetti, in una prima accezione di significato, la pubblicizzazione dei beni tutelati si coglie sul piano puramente simbolico@, nel senso che essa si esaurisce nella scelta classificatoria di collocare talune ipotesi delittuose nell'ambito di determinati raggruppamenti sistematici della parte speciale (titoli, capi o sezioni), accomunati da una intitolazione espressiva della loro unità categoriale. Si pensi alle fattispecie di aborto – come noto, oggi non più vigenti – che erano collocate agli artt. 545 s., all'interno del Titolo X, rubricato "Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe". Un analogo rilievo vale per la disciplina dei delitti sessuali, che, nel disegno originario del codice Rocco, era contenuta nel Titolo IX, intitolato "Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", mentre oggi, a seguito della legge di riforma n. 66 del 1996, si trova opportunamente inserita nel Titolo XII (Sez. II del Capo III), dedicato ai delitti contro la persona.

Ebbene, se la scelta sistematica compiuta dal codice Rocco ha infranto la tradizione culturale che valorizzava la natura personale dei beni tutelati dalle fattispecie di aborto, annoverate dal codice Zanardelli tra i delitti contro la persona (artt. 381 seg.), lo stesso non può dirsi per la violenza sessuale prevista anche dal codice Zanardelli tra i delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie (Titolo VIII del Libro II).

Ad ogni modo, va tenuto presente che l'opzione classificatoria effettuata dal codice Rocco non ha impedito alla dottrina e alla

giurisprudenza di continuare a considerare come personale il bene giuridico offeso dai reati anzidetti@, confermando la tendenziale autonomia di quest'ultimo dalla rubrica del titolo in cui figuravano le fattispecie poste a sua tutela.

3.5. Sennonché, non sempre la scelta classificatoria ha un valore esclusivamente simbolico. Da essa, infatti, possono discendere importanti implicazioni interpretative, tutte le volte in cui l'opzione sistematica consente o incoraggia il ricorso al canone dell'interpretazione sistematica.

Si pensi al reato di calunnia di cui all'art. 368. La sua collocazione tra i delitti contro l'amministrazione della giustizia ha portato la dottrina e la giurisprudenza a esaltare la dimensione pubblicistica della tutela, con conseguente soffocamento dell'interesse privato facente capo alla persona ingiustamente incolpata. Non a caso, per opinione pacifica, il reato di calunnia sussiste per il solo fatto che, con la sua condotta, l'agente abbia creato il pericolo di mettere in moto la macchina giudiziaria; a prescindere, cioè, dalla sua idoneità a determinare una condanna del calunniato. Com'è evidente, in questo caso, la pubblicizzazione del bene giuridico, effettuata a livello sistematico, presenta ricadute applicative assolutamente significative.

Il più delle volte, infine, il fenomeno della pubblicizzazione del bene giuridico si coglie nella tecnica di costruzione della fattispecie destinata a tutelarlo o nel trattamento sanzionatorio cui essa è assoggettata. In effetti, in alcune ipotesi è agevole osservare che il bene tutelato viene sottratto alla sua naturale sfera di rilevanza individuale per essere proiettato in una dimensione di tutela dai marcati contorni collettivistici.

Un chiaro esempio di ciò era costituito, nel disegno originario del nostro codice penale, dai delitti contro il sentimento religioso, previsti agli artt. 402 s., nel Titolo IV, Capo I, significativamente rubricato "Dei delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi". Come si evince dalla citata intitolazione, l'oggetto della

tutela non risiedeva nel sentimento religioso di ciascun individuo, ma nella religione dello Stato e nei culti ammessi, intesi non come somma di beni facenti capo a singoli individui, bensì quale entità autonoma. La materia è stata riformata dalla citata l. n. 85 del 2006, che, mutando prospettiva di tutela, ha riscritto le fattispecie in questione ponendole a tutela delle confessioni religiose e dell'esercizio delle relative funzioni, previa modifica della rubrica del Capo I, oggi intitolata "Dei delitti contro le confessioni religiose". Ebbene, nonostante la riforma, secondo parte della dottrina il sistema sarebbe ancora legato alla logica di una tutela della religione come bene giuridico caratterizzato da una dimensione culturale e collettiva non dissimile, nella logica di fondo, dalla visione che ne aveva il codificatore del 1930@.

Lo stesso si può dire in relazione ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, raccolti nel Titolo IX. Il fatto osceno, rilevante ai sensi dell'art. 527, è tipico in quanto contrario al comune sentimento del pudore; indipendentemente, cioè, dalla circostanza che taluno si sia sentito offeso in concreto.

E ancora. Nei delitti contro la fede pubblica, previsti nel Titolo VII, i fatti di reato tipizzati non si caratterizzano per il danno che essi causano in concreto, ma per il potenziale turbamento della certezza e della correttezza degli scambi.

3.6. Quanto al trattamento sanzionatorio, è agevole osservare come alla coloritura collettivistica del bene giuridico corrisponda un incremento della sanzione penale, tale da testimoniare il maggior disvalore che assume il fatto quando esso è offensivo di un interesse personale che viene inglobato in una cornice di tutela di tipo superindividuale.

Si pensi al reato di oltraggio individuale, prima abrogato dalla l. n. 205 del 1999 e poi ripristinato dalla l. n. 94 del 2009 (art. 341-*bis* c.p.), dove alla dimensione pubblicistica dell'offesa al pubblico ufficiale si collega una sanzione considerevolmente più elevata di quella prevista per il delitto di ingiuria (art. 594 c.p.), per converso depenalizzato dal d.lgs. n. 7 del 2016.

Ma un analogo e sproporzionato rafforzamento della tutela penale si può riscontrare in altre fattispecie tuttora operative, come ad esempio i reati di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 seg. c.p.), il cui disvalore è considerato maggiore rispetto a quello proprio dei reati di percosse (art. 581 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.) e violenza privata (art. 610 c.p.), offensivi di soli beni personali.

4. Linee evolutive della parte speciale

4.1. La parte speciale del codice penale è stata oggetto nel tempo di numerosi e diversi interventi di riforma, ad alcune delle quali si è già fatto cenno.

Si pensi alla disciplina vigente in materia di delitti sessuali (l. n. 66 del 1996, successivamente modificata dalla l. n. 38 del 2006).

Si possono ricordare inoltre, per la loro ampia e incisiva portata, gli interventi legislativi in materia di: a) tutela della riservatezza domiciliare (l. n. 98 del 1974); b) delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (leggi 86/1990, 146/1990, 181/1992, 205/1999, 300/2000, 188/2009, 190/2012, 69/2015, 3/2019); c) reati informatici (leggi 547/1993 e 48/2008); d) maltrattamenti di animali (l. n. 189 del 2004, introduttiva del Titolo IX bis del codice penale, intitolato "Dei delitti contro il sentimento per gli animali"); e) pedopornografia (l. n. 38 del 2006); f) reati di opinione (l. n. 85 del 2006); f) reati di falso (l. n. 99 del 2009; d.lgs. n. 7 del 2016); g) ecodelitti (l. n. 68 del 2015, introduttiva del Titolo VI-*bis* del codice penale, intitolato "Dei delitti contro l'ambiente); h) lesioni e omicidio "stradali" (l. n. 41 del 2016); i) responsabilità medica (dapprima con il d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012, e, da ultimo, con la l. n. 24 del 2017); l) delitti in materia di terrorismo (l. n. 153 del 2016); m) delitti contro il patrimonio culturale (l. n. 22 del 2022,

introduttiva del Titolo VIII-*bis* del codice penale).

E ancora nel settore dei delitti contro il patrimonio importanti interventi riformatori hanno riguardato il delitto di usura (l. n. 108 del 1996); la materia del riciclaggio (d.l. n. 59 del 1978, conv. in l. n. 191 del 1978 nonché leggi 55/1990, 328/1993 e 231/2007), con l'introduzione del delitto di autoriciclaggio (l. n. 186 del 2014); il corredo delle circostanze aggravanti dei reati di furto, rapina e danneggiamento (leggi 41/2007 e 94/2009), nonché la disciplina dei delitti di danneggiamento e di deturpamento o imbrattamento di cose altrui, che è stata irrigidita per contrastare in modo più efficace il fenomeno del c.d. "graffitismo" urbano (l. n. 94 del 2009). Un cenno va, da ultimo, alla normativa c.d. anti-rave (l. n. 199 del 2022), che ha introdotto all'art. 633-*bis* c.p. la nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità privata.

Molte delle anzidette innovazioni sono espressione di un ripensamento delle scelte politico-criminali sottese al disegno originario del codice penale, che ha portato talvolta alla modificazione, talaltra all'integrazione dell'assetto normativo previgente.

4.2. A quest'ultimo proposito, l'elenco delle riforme deve includere anche la lunga serie degli interventi che hanno creato, in modo puntiforme, nuove incriminazioni, come testimoniano, tra l'altro, gli articoli della parte speciale la cui numerazione è seguita da un "*bis*", "*ter*", ecc.; segno che si tratta di disposizioni inserite successivamente all'entrata in vigore del codice.

Si sono già citati i nuovi i delitti contro il sentimento degli animali (artt. 544-*bis* e seg.), le fattispecie in materia di pedopornografia (artt. 600-*bis* e seg.), i delitti sessuali (artt. 609-*bis* e seg.), le fattispecie a tutela dei segreti (artt. 615-*bis*, 617-*bis* e 617-*ter*), i reati informatici (artt. 615-*ter*, 615-*quater*, 615-*quinquies*, 617-*quater*, 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* e 640-*bis*), e i delitti di riciclaggio e autoriciclaggio (artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1*), nonché il

ripristino del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis*).

Ma il riferimento è anche ai reati di terrorismo, introdotti agli artt. 270-*bis* e ss. e 289-*bis* dai d.l. nn. 59/1978, 625/1979, 374/2001, 7/2015 e dalla l. n. 153 del 2016; ai delitti di false informazioni al pubblico ministero e al difensore, collocati agli artt. 371-*bis* e 371-*ter* ad opera del d.l. n. 306 del 1992 e della l. n. 397 del 2000; alla fattispecie di associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis*, creata dalla l. n. 646 del 982 e recentemente estesa dalla l. n. 125 del 2008 alle consorterie criminali straniere; alla figura dello scambio elettorale politico-mafioso, introdotta all'art. 416-*ter* dal d.l. n. 306 del 1992, conv. nella l. n. 356 del 1992, e da ultimo sostituito dalla l. n. 43 del 2019; all'incendio boschivo di cui all'art. 423-*bis*, aggiunto dal d.l. n. 220 del 2000; alle lesioni personali consistenti in mutilazioni genitali femminili, introdotta all'art. 583-*bis* dalla l. n. 7 del 2006; alle nuove figure di furto in abitazione e con strappo, coniate dalla l. n. 128 del 2001 e inserite all'art. 624-*bis*; al reato di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* (c.d. *stalking*), introdotto dal d.l. n. 11 del 2009, poi convertito dalla l. n. 11 del 2009; alle numerose nuove incriminazioni inserite nella parte speciale del codice dai c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e 2009 (v. le più volte richiamate leggi 125/2008 e 94/2009), tra le quali possono qui richiamarsi, il delitto di fraudolenta alterazione del proprio corpo per impedire l'accertamento dell'identità o di altre qualità personali (art. 495-*ter*), quello di agevolazione ai detenuti sottoposti al regime carcerario speciale dell'art. 41 *bis* della l. n. 354 del 1975 (art. 392-*bis*), nonché, infine, quello di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis*).

Una menzione particolare richiedono anche alcune incriminazioni di più recente introduzione, quali la diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-*septies*); il c.d. *revenge porn* (art. 612-*ter*); il c.d. "caporalato" (art. 603-*bis*); la costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis*); i delitti contro il patrimonio culturale (artt. 518-*bis*-518-*undecies*).

Un cenno infine meritano gli interventi "sottrattivi", come la

depenalizzazione "secca" di taluni reati (si pensi agli atti osceni colposi originariamente previsti all'art. 527, comma 2), ora con la loro degradazione in illeciti amministrativi (si pensi alle contravvenzioni previste agli artt. 654, 663, 663 bis, 664, 666, 675, 705, 724 e 725 depenalizzati dalla l. n. 205 del 1999 e dal d.lgs. n. 507 del 1999) oppure in illecito civile (anche con indubbie particolarità di disciplina, come nel caso dell'ingiuria, nonché dei reati di falso in scrittura privata). In breve, tra articoli di nuovo conio, altri modificati, altri ancora espunti, l'odierna parte speciale codicistica è una parente assai lontana di quella del 1930.

5. Gli interventi della Corte costituzionale

5.1. Un contributo significativo al rinnovamento della parte speciale lo ha dato la Corte costituzionale con interventi diversificati.

Vengono in rilievo, anzitutto, le pronunce di illegittimità costituzionale. Senza pretesa di completezza, si pensi alla dichiarazione di incostituzionalità dei delitti di: istigazione di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 (sent. 139/1989); associazioni antinazionali, di cui all'art. 271 (sent. 243/2001); illecita costituzione di associazioni aventi carattere internazionale e illecita partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale, di cui agli artt. 273 e 274 (sent. 193/1985); turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa, di cui all'art. 405 (sent. 327/2002); delitti in materia di sciopero, adulterio e concubinato, di cui agli artt. 559 e 560 (sent. 126/1968 e 147/1969); plagio, di cui all'art. 603 (sent. 96/1981).

Talvolta, l'incostituzionalità è stata dichiarata solo parzialmente, con riguardo a segmenti della fattispecie non più coerenti col quadro costituzionale: si pensi, in proposito, alle sentenze relative

alle fattispecie di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707) e di possesso ingiustificato di valori (art. 708), che hanno dichiarato l'illegittimità delle predette norme incriminatrici nella parte in cui fanno richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicità, di ammonito ovvero di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta (rispettivamente, sent. 14/1971 e sent. 370/1968; occorre notare che quest'ultima è stata poi superata dalla sent. 370/1996, con la quale la Corte ha definitivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 708).

5.2. Vanno tenute presenti altresì le sentenze c.d. additive.

Si pensi, ad esempio, all'estensione della non punibilità, prevista per la ritrattazione di cui all'art. 376 c.p., ai casi di false informazioni alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, affermata dalla sent. 101/1999, ovvero al recente ampliamento della portata della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 2, c.p. al soggetto che renda false o reticenti informazioni alla polizia giudiziaria pur non potendo egli essere obbligato a rilasciare dichiarazioni all'Autorità poiché indagato per un reato collegato a quello per cui si procede, operato dalla sent. 75/2009. Per non dire delle tutt'altro che rare pronunce interpretative di rigetto, con le quali la Corte ha indirizzato l'interpretazione della norma penale sospettata di illegittimità in modo conforme ai princìpi costituzionali.

Si ricordi la dichiarazione di infondatezza della questione sollevata in relazione alla fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione. L'art. 630, comma 4, dispone invero una notevole riduzione di pena a favore del reo che si adopera per la liberazione dell'ostaggio dissociandosi dagli altri. La Corte, nel rigettare i sospetti di incostituzionalità, ha chiarito che l'attenuazione di pena si applica anche al reo che non si è dissociato dai correi (perché unico autore del reato o perché la liberazione dell'ostaggio è stata condivisa dai correi). In tal modo la Corte ha rettificato la dizione testuale della norma, che, facendo leva sul requisito della dissociazione, conduceva

all'applicazione restrittiva della fattispecie di ravvedimento (sent. 143/1984).

Un altro esempio di notevole interesse è rappresentato dalla pronuncia relativa al c.d. "disastro innominato" (art. 434 c.p.), salvato dalla censura di incostituzionalità per violazione del principio di tassatività – ricompreso nel disposto dell'art. 25 Cost. – sulla scorta di una interpretazione sistematica della norma gravata rispetto alle omologhe fattispecie di comune pericolo previste agli artt. 424 ss., che ha consentito di enucleare i requisiti "impliciti" della significatività dimensionale e offensiva dell'evento lesivo, anche sulla scorta della stratificazione di una analoga giurisprudenza di legittimità (sent. 327/2008).

Può ricordarsi poi la dichiarazione di infondatezza delle questioni poste in relazione al delitto di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) – con particolare riferimento al difetto di determinatezza della condotta e di altri requisiti costitutivi della fattispecie (il "perdurante e grave stato di ansia e di paura", la "fondatezza" del timore, le "abitudini di vita") – fondata sull'apporto del c.d. "diritto vivente" nella profilatura in concreto dei contorni dell'illecito penale (sent. 172/2014).

Da ultimo la Corte costituzionale è intervenuta in materia di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), affermando la legittimità, a determinate e stringenti condizioni, dell'agevolazione del c.d. suicidio medicalmente assistito e, per converso, la parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost. (sent. 242/2019). Ad essere attinta dal giudizio di incostituzionalità è la mancata esclusione della punibilità di chi "con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 2019 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) agevola l'esecuzione del proposito suicida, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli,

sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”@.

6. La riserva di codice

È paradossale che la perdita di sistematicità della parte speciale, avvenuta nei decenni e intensificatasi negli ultimi lustri, abbia subito il colpo di grazia ad opera di una sciagurata riforma, che, almeno a parole, intendeva rilanciare invece la centralità del codice nell’universo legislativo penale. Con questi propositi, velleitariamente ordinatori e sistematici, il d.lgs. n. 21 del 2018 ha finito per sfigurare del tutto i tratti somatici superstiti del nostro ultranovantenne codice@.

La riforma introduce nella parte generale l’ennesima disposizione sottonumerata, l’art. 3-*bis*, che recita: “*Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*”. Questo principio, non essendo formalmente sovraordinato alla legge, ha il valore delle buone intenzioni, nella di più. L’ordine, uno, se non ce l’ha, mica se lo può dare. Se il legislatore fosse stato capace di legiferare salvaguardando il sistema, lo avrebbe già fatto. Invece, l’entropia normativa domina incontrastata.

Fin qui l’inutilità della riforma, che tuttavia è stata anche dannosa, e proprio sul piano dell’ordine sistematico della parte speciale. Un profluvio di incriminazioni *extra codicem* sono state fatte traslocare, prevalentemente immutate, nella ritenuta casa di famiglia, il codice, aumentandone il sovraffollamento e la promiscuità normativa. Oramai l’unica speranza di ordine legislativo può venire da nuovi corpi normativi autonomi, collocati fuori del codice@.

Bibliografia essenziale

Capitolo IX
La legislazione penale *extra codicem*

1. La c.d. decodificazione

di Gianfranco Martiello

1.1. Accanto alla parte speciale codicistica, di cui si è detto, si sono venuti sempre più sviluppando settori normativi che costituiscono quello che correntemente viene designato come «diritto penale complementare». Per vero, quest'ultima espressione sembra letteralmente sottintendere il fatto – probabilmente vero all'indomani della codificazione – che le fattispecie incriminatrici dislocate al di fuori del codice penale siano, appunto, del tutto "complementari", "accessorie" rispetto a quelle contenute nella parte speciale del codice, e ciò sia per quantità che per rilevanza degli oggetti tutelati.

Orbene, ove si preferisca si può tutt'ora continuare a parlare di «diritto penale complementare», come del resto molti fanno, ma nella consapevolezza che, ad oggi, siffatta espressione allude solo alla circostanza che le figure criminose che lo compongono sono collocate al di fuori del codice penale, ma non certo al fatto che esse risultano meramente "accessorie", "complementari" rispetto a quelle contenute nei Libri II e III del codice penale, che si vorrebbero, al contrario, come "principali" e numericamente prevalenti.

Ed invero, ove si gettasse uno sguardo anche superficiale all'odierno ordinamento penale, balzerebbero subito agli occhi

due innegabili circostanze di fatto. La prima è che le ipotesi criminose extracodicistiche risultano numericamente superiori a quelle contenute nella parte speciale del codice. La seconda è che, se è vero che nella parte speciale del codice penale continuano a trovarsi i reati per così dire "più tradizionali" (ed *in primis* i cc.dd. «delitti naturali»), che appartengono al nucleo delle costanti storiche di ogni ordinamento penale un minimo evoluto (si pensi all'omicidio, al sequestro di persona, al furto, alla rapina, ecc.), non è meno vero, però, che molte delle fattispecie collocate al di fuori del codice scolpiscono condotte considerate oggi molto gravi, e tutelano beni giuridici che, quanto meno nelle società moderne, hanno acquistato un enorme valore sociale: si pensi, ad esempio, ai reati in materia di traffico di sostanze stupefacenti, di armi, di immigrazione, così come ai reati tributari, ai reati fallimentari, a quelli in materia di violazione della *privacy*, ecc. Si consideri, inoltre, che il codificatore del 1930 decise scientemente di non collocare nella sua «Parte speciale» reati assolutamente rilevanti già allora, come ad esempio i reati tributari, i reati societari e quelli fallimentari: fattispecie criminose, tutte queste, che anche il successivo legislatore repubblicano, peraltro, ha deciso di mantenere al di fuori del codice.

1.2. Bisogna interrogarsi allora sul perché del diritto penale speciale *extra codicem* e sulle principali ragioni della sua costante crescita.

In primo luogo, va tenuto presente che alcune regolamentazioni penali sono nate all'insegna della eccezionalità e della sperata provvisorietà (si pensi alla normativa antiterrorismo degli anni '70), ma poi, in realtà, si sono consolidate.

In secondo luogo, occorre considerare che la parte speciale *extra codicem* si è prestata a soddisfare istanze di tutela eterogenee rispetto a quelle codicistiche sotto il profilo dei beni e delle tecniche normative di tutela. Ed invero, la gestione dei numerosi interessi contrapposti che spesso si agitano nelle moderne società complesse ben difficilmente risulta condensabile in un precetto

penale di poche righe, come tipicamente sono, invece, quelli codicistici. È così che il legislatore sempre più spesso demanda all'autorità amministrativa la mediazione tra siffatti interessi, il cui raggiunto bilanciamento il diritto penale si limita poi a presidiare. Da qui, la prassi dei regolatori di redigere "appendici sanzionatorie penali" poste a chiusura di leggi che regolamentano un determinato settore, aventi il più delle volte la funzione di reprimere con la pena la violazione di quell'assetto di interessi che è la pubblica amministrazione ad avere cristallizzato in quel certo atto o provvedimento amministrativo (c.d. «amministrativizzazione» del diritto penale), ovvero la tendenza a confezionare fattispecie penali abusando della c.d. «tecnica del rinvio»: fenomeno, questo, che si manifesta, ad un primo livello, nella massiccia iniezione nel precetto penale di elementi normativi la cui definizione è rimessa a norme extrapenali e, ad un secondo livello, nella sostanziale riduzione della figura criminosa a mera clausola sanzionatoria della violazione di una specifica regola comportamentale introdotta dalla disciplina civile od amministrativa di settore.

In terzo luogo, bisogna considerare che la capienza del codice e la sua architettura non avrebbero retto all'impatto di una crescente quantità di materiale normativo, dovuto al ricorso inflazionistico alla sanzione penale, che nel tempo il legislatore ha sostanzialmente cessato di considerare propriamente come misura di *extrema ratio* per la tutela di specifici e ben individuati beni giuridici, ma ha inteso, al contrario, quale immediato mezzo di controllo sociale.

1.3. Non v'è dubbio che la crescita a dismisura della parte speciale *extra codicem* tradisce il mito della legislazione organica, di cui il codice voleva essere la massima espressione.

Nella tradizione illuministica, infatti, la codificazione svolgeva una funzione ordinatoria e razionalizzante del diritto, contrapposta alla disordinata pluralità e contraddittorietà delle fonti di *ancien régime*. Resta tuttavia il fatto che il mito della codificazione è in crisi in Italia così come in altri paesi

dell'Europa continentale, i cui ordinamenti giuridici risultano anch'essi connotati da un profluvio, spesso disordinato, di leggi esterno al corpo del codice.

Né si può troppo insistere sui vantaggi che la codificazione offrirebbe facilitando la conoscibilità della legge. Da un lato, infatti, occorre prendere atto di come il nostro codice sia ormai affetto da un processo di c.d. «balcanizzazione», e cioè risulti afflitto dalla presenza di interne frammentazioni e rabberciature. Dall'altro, bisogna riconoscere che la conoscibilità della legge è ostacolata, più che dalla collocazione topografica dell'enunciato normativo, dalla instabilità delle interpretazioni. Peraltro, l'odierna informatizzazione della legislazione ha modificato il modo di reperire i testi normativi, favorendone la conoscenza attraverso i motori di ricerca e le banche dati, che rendono obsoleto l'uso dei vecchi strumenti cartacei. Rimane, semmai, un qual certo valore simbolico che assumono le figure di reato collocate nel codice, ma, a ben vedere, si tratta di un simbolismo effimero, smentito da tante fattispecie codicistiche assai poco applicate e dalla presenza di settori invece assai più vitali del diritto penale *extra codicem*.

1.4. Sul finire degli anni settanta del secolo scorso, la dottrina giusprivatista osservava come il diritto civile vivesse ormai da anni nella «età della decodificazione», con ciò volendo sottolineare la tendenza del legislatore non solo – e non tanto – a collocare topograficamente la disciplina di fenomeni sempre più rilevanti della vita sociale in leggi *extra codicem*, ma soprattutto a costruire veri e propri "sottosistemi" giuridici, ossia discipline organizzate che regolamentano specifici settori dell'ordinamento secondo regole e principi che divergono, anche in modo significativo, da quelli espressi dal codice civile@. Da qui, il manifestato timore che lo stesso ordinamento giuridico smarrisse la propria unitarietà e coerenza, che a ben vedere ne costituisce l'essenza concettuale.

In effetti, è innegabile che il nostro codice penale soffra di molti mali. Tuttavia, ad un esame spassionato, non sembra che esso

condivida la sorte di quello civile, sebbene la ragione di ciò non possa ridursi alla sola presenza dell'art. 16 c.p., il quale peraltro, come noto, non solo ammette espressamente la possibilità che leggi future introducano deroghe ai principî codicistici, ma, evidentemente, non possiede alcuna cogenza costituzionale. In effetti, se è vero che esiste la tendenza a "decodificare" (*id est*: a disciplinare in modo diverso rispetto a quanto faccia il codice) gli stessi istituti della parte generale, nel tentativo di adattarli alle specificità che presenterebbero certi ambiti di intervento della pena (si pensi alla diversa declinazione che la giurisprudenza ha fatto della causalità nel settore della responsabilità penale da malattia professionale, ovvero alla colpa professionale in ambito sanitario), non è men vero che le deroghe presenti nel diritto penale complementare sono relativamente poche, quanto meno ove le si consideri in rapporto all'elevatissimo numero di disposizioni incriminatrici di cui si parla, il che, ovviamente, non significa che esse non esistano@.

A tale ultimo riguardo, si pensi alle evidenti deviazioni dalla disciplina degli istituti di parte generale rappresentate, ad esempio, dalla parificazione *quod poenam* tra il tentativo e la consumazione del reato prevista dalla disciplina sanzionatoria in materia di contrabbando (v. l'art. 293, DPR 23 gennaio 1973, n. 43), ovvero dalla dilatazione della scriminante dell'uso legittimo delle armi riconosciuta a favore del personale addetto al servizio di frontiera o in zone di vigilanza doganale (v. l'art. 1, l. 4 marzo 1958, n. 100). Ma, stante il loro numero, è propriamente possibile parlare di eccezioni. Per questa ragione, la decodificazione penalistica non appare simmetrica e speculare a quella civilistica, poiché, mentre quest'ultima ha creato sottosistemi esterni dotati di autonomia disciplinare, quella penale risulta assai più edulcorata, per quanto marcata possa apparire dal punto di vista formale.

2. Il diritto penale societario

di Gianfranco Martiello

2.1. Tra i settori di intervento della pena sin dalle origini decodificati, spicca, per il suo indubbio rilievo pratico, quello del diritto penale societario. In effetti, non è difficile comprendere come, rispetto all'esercizio individuale dell'impresa, quello collettivo consenta il reperimento di un maggiore capitale d'investimento, e perciò l'esercizio di una attività economica maggiormente complessa sotto il profilo organizzativo e di più vaste dimensioni, con potenziali ricadute benefiche sia all'interno della stessa società, sia al suo esterno.

D'altro canto, occorre considerare che la possibilità giuridica, riconosciuta ai soci, di innalzare uno "schermo societario" tra il loro patrimonio individuale e le ragioni degli eventuali creditori dell'ente collettivo ha imposto al legislatore la necessità di prevedere anche una serie di norme che disciplinassero la costituzione, la vita e l'estinzione di quest'ultimo, in modo da garantire, per quanto possibile, le ragioni dei suoi eventuali creditori e degli stessi soci di minoranza.

Ciò vero, non deve stupire il fatto che, nella prospettiva del rafforzamento di tali garanzie, il legislatore abbia presidiato l'osservanza delle più rilevanti disposizioni regolanti la vita delle società commerciali con la comminatoria della pena. È così nato – in seno al codice di commercio, prima, ed al codice civile, poi – lo specifico plesso normativo noto ai più come «diritto penale societario» (o «delle società»), che ha storicamente strutturato le proprie fattispecie, almeno in origine, secondo il modello della clausola sanzionatoria della violazione di precipue disposizioni della normativa civilistica retrostante, ovvero, per poche figure di reato, sul paradigma del reato di truffa. Si pensi, a tale riguardo, agli art. da 246 a 250 del codice di commercio del 1882, contenenti le scarne «Disposizioni penali» a chiusura del Titolo IX, Libro I, dedicato alle «Società e [...] associazioni

commerciali»@, alla l. n. 660 del 1931, che aveva convertito il precedente r.d.l. n. 1459 del 1930, recante «Disposizioni penali in materia di società commerciali»@, ovvero agli originari artt. da 2621 a 2642 del codice civile, che lo stilema del diritto penale puramente sanzionatorio portarono al parossismo, come ad esempio sommamente dimostravano, tra gli altri, gli abrogati artt. 2630 e 2632 c.c.@.

2.2. La disciplina penale fondamentale delle società commerciali continua ad essere anche oggi racchiusa negli artt. 2621 ss. del codice civile, il cui attuale volto, tuttavia, appare assai diverso da quello che essi presentavano nel lontano 1942. Sebbene non certo poche siano state le novelle che, a partire dalla metà degli anni ottanta del secolo scorso, hanno contribuito in varia misura ad emendare la costellazione degli illeciti in discorso, spesso in parallelo con quanto lo stesso legislatore faceva sul versante della disciplina civile delle società, non v'è dubbio che l'intervento riformatore più incisivo sia stato quello operato dal d.lgs. n. 61 del 2002, che introdusse una radicalmente nuova «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali»@.

La ragione per la quale tale ultima novella deve qui prendersi in considerazione, seppur in modo cursorio, risiede non tanto nel fatto che essa continua comunque a costituire l'impalcatura portante dell'odierno diritto penale societario, sebbene esso se ne sia in più parti allontanato, ma soprattutto nella circostanza che essa ha costituito il più vistoso tentativo di conferire alle fattispecie qui in rilievo una struttura la più possibile autonoma rispetto alla normativa civile sottostante, e smarcare così questa costellazione criminosa dal tradizionale *cliché* del diritto penale extracodicistico che, nell'incriminare a tappeto la disubbidienza a precetti *aliunde* creati, risulta dimentico del canone di frammentarietà. Da qui, un significativo mutamento genetico sia dei beni giuridici protetti, sia – e conseguentemente – delle tecniche di tutela adottate dal legislatore.

Non potendosi qui dilungare su di un argomento del resto assai

articolato e complesso, sarà sufficiente rilevare come, nel disgiungere la comminatoria della pena dalla previa violazione di un precetto civile di volta in volta segnatamente richiamato, la novella del duemiladue abbia inteso anche tendenzialmente abbandonare la stratificata credenza che il diritto penale societario dovesse soprattutto salvaguardare l'astratta integrità di quei beni giuridici di natura artificiale preformati dalla normativa civilistica di settore (le cc.dd. «istituzioni societarie»), avendo al contrario scelto di connotare le oggettività giuridiche autonomamente protette dalle riformate fattispecie penali in senso fortemente patrimoniale. Da qui, non solo l'introduzione di figure di reato – per vero da tempo reclamate dalla più lungimirante dottrina – che proprio sulla tutela del «patrimonio societario» risultavano così espressamente incentrate, come ad esempio la «Infedeltà patrimoniale» dell'art. 2634 c.c. o la c.d. "corruzione tra privati" dell'iniziale versione dell'art. 2635 c.c., ma, viepiù, la connotazione in senso patrimoniale di fattispecie tradizionali in precedenza focalizzate sulla protezione di beni giuridici strumentali dai connotati più sfuggenti, testimoniata, ad esempio, dall'inserzione al loro interno di inediti eventi di danno patrimoniale, del dolo specifico di profitto, del dolo intenzionale di danno, di soglie quantitative di rilevanza degli effetti patrimoniali della condotta criminosa, di clausole estintive del reato vincolate alla ricostituzione pecuniaria dell'entità economica da quest'ultima dispersa o pregiudicata, e via discorrendo.

2.3. Sebbene poi con gli artt. 9 ss. della l. n. 69 del 2015 il legislatore abbia operato una sorta di "controriforma" rispetto all'intervento del duemiladue, pur limitata alle sole – ma statisticamente rilevanti – fattispecie di «False comunicazioni sociali», non v'è dubbio che, come già si è detto, molte delle novità introdotte dal citato d.lgs. n. 61 del 2002 continuino ancora oggi a costituire *ius conditum*.

Tuttavia, ciò non deve portare a ritenere che la costellazione dei reati societari che emerge dagli attuali artt. 2621 ss. c.c. costituisca oggi un *corpus* normativo autonomo dalla disciplina

civile delle società commerciali, la quale, al contrario, continua a costituirne l'indispensabile presupposto logico-concettuale ed applicativo.

Ed invero, se, da un canto, è agevole constatare come siano oggi praticamente scomparse da tale plesso normativo fattispecie criminose costruite esplicitamente sul modello strutturale della "clausola meramente sanzionatoria", dall'altro, tuttavia, non può sfuggire come il ricorso alla disciplina civilistica continui a risultare di fatto irrinunciabile per la compiuta comprensione del precetto penalmente sanzionato, e quindi per la sua pratica applicazione.

A ben vedere, in effetti, praticamente tutte le fattispecie *de quibus* contengono uno o spesso più «elementi normativi» il cui significato non può che perimetrarsi se non ricorrendo alla normativa civile del fenomeno societario, come dimostrano, tra i numerosissimi esempi che si potrebbero snocciolare, i riferimenti alle «comunicazioni sociali […] previste dalla legge» (*id est*: dalla legge civile), ai «bilanci», ai «conferimenti», alle «riserve legali», alle «fusioni» o «scissioni» societarie, alla «convocazione dell'assemblea dei soci nei casi previsti dalla legge» (*scilicet*: dalla legge civile), che lì si rinvengono numerosi. Il che spiega, con tutta probabilità, il motivo per il quale i reati societari siano stati da subito collocati al di fuori del codice penale ma in coda alla disciplina civile del fenomeno societario, dalla quale essi paiono sistematicamente difficili da scindere.

3. Il diritto penale dell'intermediazione finanziaria

di Gianfranco Martiello

3.1. Un ulteriore settore di intervento della pena sin dall'inizio decodificato, e nondimeno rilevante dal punto di vista pratico, è senz'altro quello costituito dal c.d. «diritto penale dei mercati

finanziari» o della «intermediazione finanziaria».

Invero, poche parole sono sufficienti per ricordare quanto importante sia oggi divenuta la "finanza" per le moderne economie di mercato, non a caso correntemente definite come post industriali. Se, difatti, sino a non moltissimi anni fa queste ultime erano fondamentalmente sospinte dai tradizionali comparti della produzione industriale e della produzione agricola, con i servizi accessori forniti dal settore terziario, oggi è difficile disconoscere il ruolo sempre più significativo svolto dai mercati finanziari nella produzione della ricchezza, che ha così assunto una dinamicità senza precedenti.

Non è certo un caso, allora, che da più parti si parli ormai dell'avvenuta "finanziarizzazione" dell'economia, volendo con ciò alludere a quella attuale fase del capitalismo mondiale nella quale il peso della speculazione finanziaria in seno alle economie di mercato avrebbe raggiunto valori assolutamente importanti, spesso superiori a quelli dei comparti tradizionali.

Non stupisce, perciò, che praticamente tutti gli Stati abbiano da tempo regolamentato lo scambio degli strumenti finanziari, creando per essi appositi «mercati», da intendersi come *loci* giuridici nei quali tali operazioni potessero svolgersi in modo ordinato e protetto. In Italia, a tale esigenza ha dato risposta, nel tempo, una serie di provvedimenti legislativi *ad hoc*, quasi tutti contenenti fattispecie incriminatrici strutturate, secondo la già richiamata tendenza della disciplina extracodicistica, sul modello della clausola sanzionatoria della violazione di precipue disposizioni della normativa civilistica retrostante (v. *retro*, § 2).

A tale riguardo, ed in prospettiva storico-evolutiva, si pensi all'art. 55 l. n. 272 del 1913, recante l'ordinamento delle «Borse di commercio»@; agli artt. 5-*quinquies* e 18, ultimo comma, l. n. 216 del 1974@, che regolamentava organicamente le società quotate ed istituiva la Consob; all'art. 14 l. n. 1 del 1991@, di riordino dei mercati mobiliari; all'art. 2, commi 5 e 6, l. n. 157 del 1991@, repressiva delle pratiche di *Insider trading*, ecc.

3.2. Ad oggi, la disciplina dei mercati finanziari è contenuta in un unico ed organico corpo normativo, ossia il d.lgs. n. 58 del 1998, recante il «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria» (d'ora innanzi: Tuf), che può considerarsi il "punto di arrivo" della disciplina nazionale in materia: "punto di arrivo" – beninteso – solo quanto a *sedes materiae*, posto che esso è risultato e risulta ancora oggi soggetto a frequenti modifiche, spesso imposte dalle necessità di adeguamento interno alla normativa comunitaria, che in questo ambito persegue con forza l'obbiettivo di uniformare quanto più possibile le legislazioni degli Stati membri, considerato il carattere transnazionale che le operazioni sui mercati finanziari frequentemente assumono.

L'addenda penale prevista dal Tuf, contenuta precipuamente nei Titoli I e I-*bis* della sua Parte V (artt. 166 ss.), ha in buona misura conservato la richiamata "struttura sanzionatoria" della previgente disciplina, pur presentando elementi di indubbia sofisticazione che, rispetto al passato, la rendono formalmente meno appiattita sulla regolamentazione civile sottostante, che tuttavia, come si chiarirà, rimane di imprescindibile rilevanza. Le ragioni della conservazione alle fattispecie del Tuf di una tale architettura debbono peraltro ritenersi in buona parte necessitate dalla natura dello stesso bene giuridico protetto. Ed invero, sebbene non sia mancato in dottrina il tentativo di rinvenire il denominatore comune all'intero plesso del diritto penale dei mercati finanziari nella diretta protezione di beni macroeconomici ad amplissimo spettro, e di chiara connotazione pubblicistica, quali il «risparmio collettivo» o la «economia pubblica», ben altre risultano, oggi, le ricostruzioni più accreditate in materia.

In effetti, è agevole constatare come soltanto una minuta parte delle condotte criminose tipizzate nel Tuf appaiano idonee ad attingere direttamente beni giuridici di così ampia portata come il «risparmio», la «economia pubblica» od il «mercato finanziario» nel suo complesso, che rimangono ben appartate sullo sfondo della tutela. Al contrario, all'interno del Tuf risultano del tutto prevalenti quelle figure di reato che presidiano il rispetto di

alcune regole di natura extrapenale che sovraintendono *lato sensu* al buon funzionamento del mercato finanziario, e ciò non certo casualmente.

Ed invero, non è difficile rilevare come il risparmio investito in prodotti finanziari si connoti per un tasso di rischio del tutto fisiologico, in quanto legato alla natura intrinsecamente incerta degli andamenti dei listini di borsa.

3.3. Escluso, quindi, che il diritto penale possa mirare all'azzeramento di una tale alea, suo compito non potrebbe che essere quello di impedire l'insorgenza di un rischio "anomalo", in quanto trascendente quello socialmente ammesso, la cui area risulta delimitata da alcune «regole del gioco», ossia proprio da quelle norme comportamentali extrapenali imposte agli operatori che mirano, vuoi a mantenere la credibilità e l'affidabilità patrimoniale di questi ultimi, vuoi all'espletamento dell'attività di vigilanza sugli stessi da parte dei soggetti preposti, vuoi a garantire la parità di accesso alle informazioni da parte di coloro che agiscono nel mercato, e via dicendo. Tali interessi, difatti, costituirebbero altrettanti «beni intermedi» funzionali alla tutela ultima delle ragioni economiche degli investitori e degli stessi operatori finanziari, riportabile al cono di tutela proiettato dagli artt. 47 e 117, comma 2, lett. *e*), Cost.

In breve: in questo ambito, il diritto penale non tutelerebbe in via immediata e diretta il (macro-)bene del risparmio collettivo o individuale, ma sarebbe chiamato a presidiare quelle forme organizzative e tecnico-operative del mercato finanziario che mirano ad evitare che le risorse che vi circolano vengano esposte ad una rischiosità anomala, e ciò secondo quel sistema di sostanziale "delega" alla P.A., o comunque alla disciplina civile, della composizione degli interessi contrapposti alla quale si è fatto già riferimento quale principale causa della c.d. «decodificazione» del diritto penale.

3.4. Del resto, già da tempo è stato chiarito che, laddove si reclami la protezione penale di beni superindividuali ad ampio

spettro, la tutela deve tendere – pena la sua pratica inefficacia – ad assumere forme del tutto peculiari rispetto a quelle più tradizionali imperniate sulla previsione di eventi di danno o sulla creazione di situazioni di pericolo concreto per tali beni, la cui prova in giudizio risulterebbe oltremodo gravosa.

D'altra parte, la realtà dimostra come le più subdole aggressioni a tali beni provengano o da comportamenti prodromici alla produzione di un evento di danno o di pericolo concreto, ovvero da condotte che, singolarmente considerate, costituiscono mere "microlesioni" dei beni in questioni, i quali possono essere effettivamente pregiudicati soltanto da una ripetizione scalare, e ripetuta nel tempo, di tali comportamenti.

Da qui, la teorizzazione di specifici modelli di tutela penale anticipata, non a caso largamente impiegati dal legislatore all'interno del Tuf, che possono esemplificarsi nei due fondamentali paradigmi@: *a*) della norma il cui precetto rinvia ad una disciplina amministrativa generale ed astratta che impone il possesso di certi requisiti e/o l'adozione di determinate modalità operative per l'esercizio di una determinata attività, la cui violazione viene stigmatizzata con la previsione di una pena; *b*) della norma il cui precetto rinvia a provvedimenti individuali e concreti emessi da una determinata autorità amministrativa, i quali impongono specifiche cautele o l'osservanza di determinate prescrizioni per l'esercizio di una certa attività, la cui infrazione viene repressa con la sanzione penale, secondo il c.d. «modello ingiunzionale».

Ne risulta che l'offesa arrecata dal fatto tipico al bene finale – la cui protezione costituisce lo scopo ultimo della norma incriminatrice – viene di fatto surrogata dall'offesa a beni «*intermedi*» e/o «*strumentali*», incarnati dalle "regole del gioco" di cui si diceva, la cui salvaguardia costituisce una sorta di "barriera antemuraria" rispetto alla lesione del bene finale. Vero ciò, non è difficile comprendere come il diritto punitivo dei mercati finanziari costituisca uno dei più tipici terreni operativi dei «reati ad offesa funzionale», e quindi ben possa annoverarsi

tra quei non pochi comparti normativi quali il legislatore ha di fatto attestato la rilevanza penale della condotta sulla soglia del pericolo astratto.

3.5. La intrinseca "dipendenza" del diritto penale dei mercati finanziari dalla normativa civile retrostante è del resto osservabile anche sotto il diverso, ma convergente profilo della tecnica redazionale impiegata dal legislatore per confezionare le disposizioni incriminatrici in materia. Ed invero, è sufficiente anche una sommaria rassegna delle fattispecie penali contemplate dagli artt. 166 ss. Tuf per accorgersi che queste ultime risultano legate alla normativa extrapenale di settore non solo sotto il già ricordato versante della individuazione degli interessi sostanziali protetti, e quindi della tecnica di tutela che esse inverano, ma anche sotto quello della definizione del loro stesso precetto sanzionatorio.

Praticamente tutte le fattispecie qui in rilievo, difatti, presentano al loro interno uno o più «elementi normativi», per la cui comprensione l'interprete non può che guardare – per l'appunto – proprio alla normativa civile di settore, come dimostrano, a tacer d'altro, i richiami ai vari concetti di «strumento finanziario», di «servizio o attività di investimento», di «gestione collettiva del risparmio», di «servizio di gestione di portafogli», di «informazione privilegiata», dei quali esse sono in abbondanza ricche. Ennesima riprova, questa, della difficoltà pratica di collocare entro il codice penale fattispecie così intensamente legate a normative settoriali extrapenali.

4. La crisi d'impresa

di Gherardo Minicucci

4.1. La crisi d'impresa costituisce un altro settore di grandissimo interesse nel panorama del diritto penale *extra codicem*. La fonte

di riferimento è il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), il quale – dal 15 luglio 2022, quando è entrato in vigore dopo una lunga *vacatio legis* – ha soppiantato la "legge fallimentare" (r.d. n. 267 del 1942) quale corpo normativo organico regolatore delle procedure concorsuali, nell'ambito delle quali, mediante una esecuzione collettiva, si intende assicurare al meglio la soddisfazione dei creditori e a garantire la loro *par condicio*.

Tale obiettivo è generalmente perseguito mediante lo spossessamento del debitore e l'avvio di una gestione coattiva che si attua nel più ampio quadro di un procedimento giurisdizionale, pur con alcune peculiarità di indubbia rilevanza. È proprio questo insieme di particolarità che ha dato luogo ad una tutela penale più complessa e più severa rispetto a quella apprestata con riguardo alle procedure di esecuzione dei creditori singolarmente intesi (tradizionalmente affidata agli artt. 388 e 388-*bis* c.p.).

4.2. L'apparato penalistico del Codice della crisi è raccolto nel titolo IX della parte prima, a sua volta diviso in cinque capi.

Il primo capo (*Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale*) contempla le più significative incriminazioni, ovverosia i delitti di bancarotta fraudolenta e semplice (artt. 322 e 323), il ricorso abusivo al credito (art. 325) e la denuncia di creditori inesistenti (art. 327), nonché la disciplina delle circostanze speciali (art. 326), oltre alla disposizione estensiva che punisce le medesime condotte laddove realizzate da soci illimitatamente responsabili nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice (art. 328).

La progressiva valorizzazione di istituti alternativi al fallimento ha indotto il legislatore, già nel 2010, a prevedere una serie di ipotesi di esenzione dai reati di bancarotta, confluita nell'odierno art. 324. Tale norma rappresenta l'essenziale collegamento tra i predetti strumenti di risoluzione della crisi e le disposizioni penali, in considerazione del fatto che, in caso di insuccesso, le operazioni e i pagamenti effettuati dall'imprenditore ben

avrebbero potuto essere in astratto sussunti sotto le fattispecie di bancarotta.

4.3. È opportuno notare che tali delitti, pur costituendo l'architrave del sistema di tutela, sono ancora modellati come reati propri dell'imprenditore individuale, e che quindi la presenza di un'impresa in forma societaria impedirebbe, a rigore, la loro applicazione. Da qui la necessità di un doppio regime di clausole estensive: da un lato, riferibili alle procedure concorsuali diverse dalla liquidazione giudiziale (su tutte il concordato preventivo), non richiamate dalle fattispecie-base; dall'altro, relative alle ipotesi di bancarotta "impropria", ovverosia realizzata dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci o dai liquidatori di società (artt. 329 e 330), nonché dagli institori (art. 333).

Queste ultime disposizioni aprono il secondo capo (*Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale*), nel quale trovano collocazione anche i reati del curatore e dei suoi coadiutori (artt. 334-337) e i reati dei creditori o di persone comunque estranee al fallimento (artt. 338-340).

4.4. Le norme del terzo capo (*Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa*), consentono appunto l'estensione delle fattispecie incriminatrici anzidette agli altri strumenti del diritto concorsuale (nonché alla liquidazione coatta amministrativa: art. 343), prevedendo anche alcune ipotesi di reato specifiche (art. 341). In considerazione del particolare rilievo assunto, nell'ambito di dette procedure, dalle relazioni o attestazioni rese da professionisti, il legislatore ha previsto una specifica ipotesi di reato a tutela della veridicità e della completezza delle medesime (art. 342).

4.5. Il quarto capo (*Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*) ha un oggetto parzialmente diverso, poiché relativo a procedure pensate per debitori "comuni", non esercitanti l'attività di impresa.

Da ultimo, il quinto capo del titolo IX contiene le disposizioni di procedura (artt. 346 ss.), da leggere in uno con le disposizioni degli artt. 317 ss., dedicate al delicato rapporto tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali.

4.6. Com'è intuibile, le fattispecie penali appena descritte sono largamente debitrici rispetto all'impianto civilistico-commerciale di riferimento, che rappresenta un presupposto normativo e interpretativo del tutto imprescindibile. Pur risultando opportuna la scelta legislativa di lasciarle al di fuori del codice penale, in stretto contatto con la disciplina di dettaglio, ciò comporta un duplice ordine di effetti.

In primo luogo, la "lontananza" dal codice ha contribuito alla formulazione di precetti dallo scarso pregio tecnico, caratterizzati dall'abuso del sistema casistico e dal frequente impiego del rinvio a catena, soprattutto in relazione alle norme in tema di estensione della punibilità. Tali criticità affondano le loro radici nella sostanziale identificazione della bancarotta col fallimento, come è dimostrato proprio dall'empirismo casistico – tipico dell'ambito della prova – che innerva le fattispecie incriminatrici, nelle quali, peraltro, «si mescolano, in pittoresco disordine, elementi di responsabilità oggettiva e contravvenzionale con elementi di indubbia rilevanza delittuosa a titolo di frode»@.

In secondo luogo, il rapporto biunivoco tra le disposizioni civili e quelle penali comporta che la modificazione delle prime dia luogo – o possa dar luogo – a conseguenze interpretative non compiutamente predeterminabili *ex ante*.

4.7. Se la legge fallimentare era nata nel segno della accentuazione del carattere afflittivo della procedura – la cui natura era puramente "pubblica", in vista dell'accreditamento di un archetipo "palingenetico" dell'economia nazionale, legato all'emarginazione degli agenti meno competitivi – il modello recato dal Codice della crisi è assai diverso, contemperando molteplici interessi meritevoli di protezione: la libertà di iniziativa economica; l'interesse alla conservazione del valore dell'impresa;

la salvaguardia dei livelli occupazionali; la protezione delle imprese con partecipazione pubblica.

L'evoluzione normativa che ha condotto alla riforma sistematica delle procedure concorsuali, in definitiva, ha preso atto che la "crisi" è l'antefatto dell'insolvenza e che essa riviste un ruolo chiave in tutte le forme di risoluzione anticipata e concordata del debito, specialmente in vista della continuità dell'impresa. L'introduzione del Codice della crisi, al termine – almeno momentaneo – di questa evoluzione, ha segnato alcune decisivi mutamenti, tra cui spicca l'eliminazione lessicale del termine 'fallimento', in ogni sua variante. Al suo posto compare la 'liquidazione giudiziale' – termine assai lontano dalla storia della concorsualità e riecheggiante gli ambiti tipici del diritto societario – impiegata nell'intento di oggettivare la crisi, trasformandola da una connotazione (negativa) dell'imprenditore ad un difetto dell'impresa.

4.8. È da notare che, in questo percorso evolutivo, i reati concorsuali non sono mai entrati in un effettivo percorso di riforma, venendo solo in parte toccati da interventi marginali (salve le introduzioni degli odierni artt. 324 e 342). Si è creato, così, uno iato profondissimo tra le disposizioni incriminatrici e il loro quadro normativo di riferimento. Anche in occasione del varo del Codice della crisi, il legislatore ha esplicitamente rinunciato a delineare un nuovo sistema penale di corredo, che resta quindi del tutto sovrapponibile a quello disegnato, in un contesto socio-economico totalmente diverso, dal legislatore del 1942. Al netto delle non marginali questioni poste dal raccordo tra il nuovo codice e le fattispecie incriminatrici, il punto di maggiore interesse concerne i riflessi che, a prescindere dalla formulazione testuale degli illeciti, si dovranno produrre sul piano interpretativo. Infatti, nonostante l'identità – reale o apparente – delle fattispecie penali, il complessivo mutamento del sistema imporrà di misurarsi con i suoi effetti indiretti@.

5. La tutela dell'ambiente: rinvio

di Fausto Giunta

Tra i settori normativi che sono germogliati fuori del codice penale, merita particolare attenzione il diritto dell'ambiente.

A partire dagli anni '70 si sono progressivamente stratificati corpi normativi, posti a tutela di specifiche componenti dell'ecosistema (territorio, aria, acqua, ecc.), cui si sono aggiunte normative dedicate a campi di materia riconducibili in senso lato al concetto di ambiente (come l'assetto urbanistico, il patrimonio paesaggistico, artistico e culturale. Di tutto ciò si dirà meglio avanti (cap. VIII, § 6).

Al momento deve ricordarsi che questo importante sottosistema era originariamente del tutto esterno al codice. Di recente, tuttavia, parte della materia ha fatto ingresso nella parte speciale codicistica, previa creazione del nuovo Titolo VI-*bis.* Il riferimento è ai c.d. ecodelitti, sui quali si tornerà (*infra*, cap. X, § 2).

6. Gli stupefacenti

di Gherardo Minicucci

6.1. Il fenomeno della cessione di sostanze stupefacenti, assieme alle altre condotte sanzionate nel D.P.R. n. 309 del 1990, rappresenta oggi una delle parti proporzionalmente più significative del contenzioso giudiziario. Si tratta di un sotto-sistema normativo che agglomera sia la disciplina della produzione e del commercio degli stupefacenti e dei medicinali equiparati, sia quella degli illeciti connessi e alcune peculiari disposizioni in tema di procedura e di misure alternative (titolo VIII).

È dunque chiara, anche in questo caso, la ragione per la quale la scelta del legislatore è stata nel senso di agganciare direttamente la tutela penale al corpo normativo di riferimento.

6.2. Il D.P.R. n. 309 del 1990 affronta il traffico e il consumo degli stupefacenti secondo un approccio *lato sensu* proibizionista, nel quale spiccano alcune caratteristiche di fondo: *(i)* la distinzione tra droghe "leggere" e "pesanti", contenute in diverse tabelle che sono oggetto di un continuo aggiornamento da parte del ministero della salute; *(ii)* la previsione di un sistema di tutela "scalare", che dalla fattispecie di uso personale, costituente un illecito amministrativo (art. 75), si snoda nella fattispecie di lieve entità (art. 73, comma 5), fino ai più gravi reati dei commi 1 e 4 dell'art. 73, rispettivamente relativi alle cc.dd. droghe pesanti e leggere.

Il sistema delineato è il frutto di plurimi interventi riformatori e di numerose sentenze costituzionali, che hanno inciso assai significativamente sul tessuto normativo del testo unico. Sul punto, occorre soprattutto ricordare la sentenza costituzionale n. 32/2014, con la quale il Giudice delle Leggi ha caducato i *nova* introdotti in sede conversione del d.l. n. 272 del 2005 (intervenuta con la l. n. 49 del 2006) per violazione dell'art. 77 Cost., in considerazione del "*difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione* [… in rapporto di] *evidente estraneità rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto legge*"@.

La riforma del 2006 marcava ulteriormente l'approccio proibizionistico del sistema, specialmente mediante l'equiparazione delle droghe "leggere" alle droghe "pesanti", anche se con la parallela implementazione di misure volte al recupero del tossicodipendente, tra cui l'applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità nei casi di fatto lieve commesso da soggetto assuntore di sostanza stupefacenti (art. 73, commi 5-*bis* e 5-*ter*).

6.3. In conseguenza del rilevante intervento della Corte costituzionale, il legislatore ha poi ricomposto alcune aporie del sistema con il d.l. n. 36 del 2014, convertito con modificazioni nella l. n. 79 del 2014.

Il sistema di tutela si impernia su una nozione "legale" di stupefacente, che dipende dall'adozione del sistema tabellare, e che è essenzialmente rimessa, quanto alla sua perimetrazione concreta, ad un'attività normativa sub-legislativa da parte del ministero competente. L'art. 73, quindi, costituisce una fattispecie penale in bianco, nella quale la fonte extrapenale precisa l'oggetto materiale del reato, essendo capace di adeguarsi con grande rapidità al mutamento delle conoscenze e all'emergenza di nuovi principi attivi. Ad oggi sono previste cinque tabelle, che compendiano le droghe leggere e pesanti, le sostanze medicinali rispettivamente equiparate e, infine, i medicinali.

6.4. Un tema di grande interesse è l'individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie di reato previste dal D.P.R. n. 309 del 1990.

Da un lato, si è sostenuto che l'art. 73 tutelerebbe il bene-salute, sia come interesse dell'individuo, quanto della collettività; dall'altro, si colgono, specialmente nella giurisprudenza@, posizioni che uniscono alla salute anche la protezione degli interessi sovraindividuali della sicurezza e dell'ordine pubblico@. Nondimeno, la più recente giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, sembra aver segnato un'inversione rispetto alla tendenza al riferimento ad oggetti di tutela "vaghi" o "sfumati": più in particolare, si è affermato che sarebbe "*superfluo il richiamo a concetti come la sicurezza, l'ordine pubblico o il mercato clandestino, che* (...) *appaiono declinati in forma eccessivamente generica perché privi di collegamento sufficientemente diretto con quello della salute*", e che quindi l'unico bene giuridico ravvisabile consisterebbe nella salute individuale e collettiva, qualificata all'art. 32 della Carta costituzionale come un diritto soggettivo del singolo@.

Se tale impostazione è certamente prossima alle fattispecie di cessione, acquisto, etc., tuttavia mal si presta alla lettura delle alternative modalità della condotta che sono individuate all'art. 73, tra cui, principalmente, quelle connesse alla produzione stessa degli stupefacenti, al trasporto, all'importazione/esportazione, etc. Peraltro, pur essendo certamente meno impalpabile della sicurezza o dell'ordine pubblico, v'è da dire che la salute collettiva sembra una vera e propria superfetazione di un bene che, anche laddove riferito a più persone, non può che essere concepito in chiave individuale@.

6.5. Passando ad una rassegna analitica delle fattispecie di maggior interesse – oltre all'art. 75, che, come detto, è un illecito amministrativo – le disposizioni da richiamare sono essenzialmente gli artt. 73, 74 e 80.

L'art. 73 costituisce il fulcro della tutela penale in tema di stupefacenti.

Il primo e il quarto comma, rispettivamente relativi alle cc.dd. droghe pesanti e leggere, condividono il presupposto fondamentale dell'assenza della prescritta autorizzazione alla gestione delle sostanze psicotrope (art. 17). Si tratta, in entrambi i casi, di norme a più fattispecie, tutte di mera condotta, le quali puniscono il fatto della coltivazione; della produzione, estrazione, fabbricazione, raffinazione; dell'offerta o della messa in vendita; del procurare, commerciare o trasportare; del consegnare, distribuire o inviare; del passare o spedire in transito; del vendere o del cedere, dell'acquisto e della detenzione per uso non personale (dunque al di fuori delle ipotesi contemplate nell'art. 75). Si tratta, a tutta evidenza, di una precisa scelta legislativa, con la quale si è inteso non lasciare alcuno spazio vuoto nella repressione del traffico degli stupefacenti. I commi 2 e 3, invece, individuano fattispecie autonome di reato proprie dei soggetti autorizzati, punendo le condotte anzidette con pene più severe.

Il quinto comma, come si è anticipato, oggi prevede una

fattispecie autonoma di reato attenuata per tutti i casi in cui il fatto sia di "lieve entità", a prescindere dal tipo di sostanza oggetto della condotta. Il giudizio circa l'entità deve essere condotto secondo molteplici indici, tenuto conto delle circostanze concrete del fatto. Merita segnalare, sul punto, che la pluralità di sostanze, in quanto tale, è stata ritenuta insufficiente a fondare il passaggio dalla fattispecie in discorso a quella ordinaria (comma 1 o comma 4, ovvero entrambi)@.

6.6. Una seconda disposizione di grande interesse è l'art. 74, che vieta l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Si tratta di una fattispecie punita assai gravemente, che, come accade in tutti i reati associativi, distingue la posizione dei promotori, dei costitutori, degli organizzatori e dei finanziatori da quella del partecipe, sanzionato con una pena più mite (comma 2). È interessante notare, al di là del corredo di circostanze speciali che corredano la norma incriminatrice, che l'associazione finalizzata al compimento di fatti di lieve entità (art. 73, comma 5) è sanzionata mediante un rinvio al delitto di associazione per delinquere "semplice" (art. 416 c.p.).

6.7. Chiude questo micro-sistema l'art. 80, che prevede una nutrita serie di aggravanti specifiche per i delitti previsti dall'art. 73.

Più in particolare, esse riguardano il coinvolgimento di persone minorenni o comunque incapaci, ovvero di tossicodipendenti (anche con lo scopo di ottenere da parte loro prestazioni sessuali); l'impiego di armi e il c.d. travisamento; l'adulterazione o la commistione degli stupefacenti con altre sostanze che ne accentuino la potenzialità lesiva; il compimento del fatto in particolari luoghi in cui il traffico di stupefacenti può rivelarsi di maggior gravità concreta (scuole, comunità, caserme, carceri, ospedali, strutture riabilitative).

6.8. Infine, al secondo comma, l'art. 80 prevede un'aggravante ad effetto speciale – con aumento della pena dalla metà a due

terzi – per il caso in cui il fatto riguardi "quantità ingenti" di sostanze stupefacenti. La fattispecie in discorso, pur periferica, costituisce nondimeno un osservatorio privilegiato sul c.d. diritto penale giurisprudenziale e sui confini dell'interpretazione della norma penale, circa i quali si rinvia alla trattazione dedicata.

È ben evidente, infatti, che la locuzione "ingente quantità" rappresenta un elemento particolarmente elastico, e dunque esposto a possibili censure in tema di violazione del principio di tassatività-determinatezza e del principio di uguaglianza, nonché – in estremo – dello stesso diritto di difesa. La giurisprudenza di legittimità, del tutto consapevole dei profili critici anzidetti, oltre che del rischio di una applicazione disomogenea della fattispecie, ha progressivamente tipizzato il contenuto dell'ingente quantità, sostituendosi in tutto e per tutto – pur assecondando ragioni condivisibili – al legislatore.

Le Sezioni Unite, investite della questione, hanno superato il criterio della "eccezionalità" delle transazioni illecite, adottato in un primo momento, per giungere alla definizione di una grandezza numerica da sostituire alla generica clausola dell'art. 80, comma 2. In questa prospettiva, hanno stabilito che i valori-soglia delle dosi medie giornaliere – individuati dal ministero con riguardo a ciascuno stupefacente – siano un necessario punto di riferimento quale base per la determinazione della ingente quantità, concludendo nel senso che l'aggravante in esame non sarebbe ravvisabile quando la quantità dello stupefacente sia inferiore a 2.000 volte il valore-soglia, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando tale quantità sia in concreto superata@.

Il mutamento, poi, del quadro normativo a seguito dell'intervento della Corte costituzionale e del legislatore ha imposto alla Suprema Corte di tornare su queste asserzioni, specialmente in considerazione della riemersione della distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti: le Sezioni Unite, in una recente pronuncia, hanno quindi sottolineato che, nonostante gli stravolgimenti della materia, il concetto di "ingente quantità"

resta necessariamente ancorato ai c.d. valori-soglia, tuttavia precisando che, con riferimento alle droghe leggere, il "moltiplicatore" debba essere rivisto verso l'alto, fissandolo in 4.000 volte il valore-soglia di riferimento@.

Bibliografia essenziale

Capitolo X
Il ritorno al codice

1. I principali interventi

di Fausto Giunta

Deve ricordarsi, adesso, che ben prima dell'introduzione dell'art. 3-*bis* c.p., il legislatore non aveva mancato di imboccare, seppure occasionalmente, la strada del ritorno al codice e ai suoi lidi ordinati, non senza per questo invertire la generalizzata tendenza alla fuga verso le spiagge libere della legislazione c.d. complementare.

Non ci si riferisce né alle tante nuove fattispecie incriminatrici che trapuntano con la loro sotto-numerazione il libro II c.p., né al massiccio e disordinato trasferimento nell'impianto della parte speciale codicistica di corpi normativi nati storicamente al di fuori di essa. Si è già detto, infatti, sia del primo fenomeno (*supra*, Cap. IX, § 1), sia delle conseguenze derivanti dall'attuazione per così dire "retroattiva" della riserva di codice (*supra,* Cap. VIII, § 6).

Ciò che preme sottolineare, adesso, è la collocazione all'interno del codice di comparti normativi di nuovo conio; una scelta, questa, intesa a rimarcare l'importanza dei beni giuridici tutelati.

Viene qui in rilievo soprattutto l'introduzione di tre nuovi comparti. Nell'ordine della loro collocazione: il Titolo VI-*bis*, *Dei delitti contro l'ambiente*, il Titolo VIII-*bis*, *Dei delitti contro il patrimonio culturale* e il Titolo IX-*bis*, *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, sui quali conviene concentrare l'attenzione.

2. Gli ecodelitti

di Costanza Bernasconi

2.1. L'inserimento nel codice penale del nuovo Titolo VI *bis* ("Dei delitti contro l'ambiente"), ad opera della l. n. 68 del 2015, nonché l'ulteriore integrazione apportata a detto Titolo con il d.lgs. n. 21 del 2018, costituiscono emblematicamente espressione del tentativo del legislatore di "ritornare" al Codice come strumento privilegiato per la tutela di determinati interessi.

Il primo tra i due citati interventi normativi era atteso da molti anni. L'obiettivo da esso perseguito aveva, infatti, già in passato ispirato numerosi progetti di riforma e ottenuto un convinto sostegno da parte della dottrina, in considerazione della ritenuta necessità di includere la tutela dell'ambiente nel c.d. nucleo "duro" del diritto penale (*Kernstrafrecht*).

L'introduzione delle nuove fattispecie delittuose all'interno del codice penale ha, peraltro, segnato l'inizio della "*terza età*" del diritto penale ambientale.

2.2. Quest'ultimo, infatti, *ab origine* (vale a dire, nella sua "*prima età*"), in assenza di una normativa che prevedesse specifiche fattispecie sanzionatorie concepite per la tutela delle risorse naturali, nacque e si sviluppò sostanzialmente come diritto di creazione giurisprudenziale. A fronte, cioè, di un vuoto normativo e di un legislatore allora del tutto inadempiente, la giurisprudenza intraprese a cavallo degli anni '60 e '70 una

strada pionieristica, senz'altro animata da lodevoli intenti, ma gravida di pericoli sotto il profilo del rispetto dei fondamentali principi garantisti, primo tra tutti quello di legalità, specie nella sua più peculiare declinazione della determinatezza o precisione della fattispecie. Il riferimento va, come è intuitivo, a quelle operazioni interpretative volte non solo a piegare, ma in alcuni casi anche a forzare, in funzione della tutela del bene ambiente allora emergente, la tipicità di fattispecie codicistiche esistenti, ma evidentemente pensate dal legislatore del '30 per finalità completamente diverse. Operazioni, queste, portate avanti in sede applicativa anche in tempi recenti (pur dopo l'avvento di una normativa specialistica *ad hoc*) fino all'introduzione dei citati nuovi ecodelitti.

Tuttavia, i rischi insiti in espedienti di questo tipo non tardarono a manifestarsi e divennero ben presto di immediata percezione, sotto il profilo sia – come detto – del rispetto delle fondamentali garanzie che connotano il diritto penale, sia degli esiti applicativi che in alcuni casi si rivelarono del tutto fallimentari.

Anche per tali ragioni il legislatore a poco a poco iniziò a reagire, nel corso di quella che potremmo definire la "*seconda età*" del diritto penale ambientale. Cominciò così ad affermarsi progressivamente una legislazione specificamente volta alla tutela, anche penale, del bene ambiente, pur se furono immediatamente chiare le difficoltà tecniche insite nell'operazione di tipizzazione di fattispecie incriminatrici che inevitabilmente – lo si voglia o meno – devono sforzarsi di realizzare un delicatissimo contemperamento tra interessi contrapposti. E' evidente, infatti, che ogni attività umana, dalla più semplice alla più complessa, è suscettibile di realizzare quotidianamente una molteplicità di (micro o macro) aggressioni alle risorse naturali. Ed è altrettanto evidente che risulterebbe del tutto utopistico vietare e/o sanzionare tutte le predette attività, alcune delle quali appaiono imprescindibili per la vita dell'uomo (si pensi, non solo all'attività industriale, bensì, più banalmente, ad un'attività come quella di gestione e smaltimento dei rifiuti, che ha indubbiamente un notevole impatto ambientale,

ma che risulta irrinunciabile).

In tale prospettiva si spiega allora la difficile opera di mediazione realizzata dal legislatore in sede extrapenale, attraverso la predisposizione di minuziose normative tecniche volte a disciplinare, monitorare e contenere i rischi insiti nelle predette attività, al fine di mantenerli all'interno della sfera di c.d. rischio consentito dall'ordinamento. Da qui si comprende anche la previsione di procedimenti amministrativi di controllo preventivo e di successiva verifica delle attività potenzialmente inquinanti, nonché di limiti di accettabilità, volti a segnare con precisione il confine tra liceità e illiceità. Una strada, questa, tipicamente adottata in relazione a quelle fenomenologie dannose, la cui prevenzione richiede complicate conoscenze specialistiche e – come anticipato – complesse operazioni di bilanciamento@.

2.3. Per lungo tempo, dunque, il paradigma privilegiato di illecito utilizzato dal legislatore nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem* è stato quello del reato di pericolo astratto, volto – *in primis* – a presidiare l'osservanza della predetta opera di perimetrazione del rischio giuridicamente consentito. La logica del bilanciamento degli interessi nell'ambito del diritto penale ambientale ha, in siffatta fase di vita del diritto penale ambientale, forgiato direttamente la tipicità penale, posto che la ricerca del punto di equilibrio tra i beni in gioco non è stata rimessa al giudice, ma è stata risolta dal legislatore, il quale, in sede penale, ha sottratto all'intervento punitivo il perimetro di liceità già tracciato dalla disciplina extrapenale.

Nel corso del tempo, tuttavia, la tutela affidata ad illeciti di pericolo astratto di natura quasi esclusivamente contravvenzionale ha mostrato diversi limiti, segnatamente a fronte delle più gravi forme di aggressione ambientale e ci si è resi conto che l'arsenale sanzionatorio doveva essere implementato attraverso la previsione di ipotesi delittuose più gravemente sanzionate. Fin da subito, però, apparve chiaro come l'opzione politico-criminale ispirata al modello c.d. penalistico puro non potesse porsi come alternativa alla tecnica normativa

utilizzata nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem*, bensì fosse destinata ad integrarla, in considerazione del fatto che la tutela quotidiana delle risorse naturali non può che passare attraverso una dettagliata disciplina amministrativa delle immissioni consentite, la cui osservanza è già presidiata da apposite fattispecie punitive.

Si comprende allora come da tempo si coltivasse l'idea di introdurre nuove fattispecie delittuose, destinate a colpire adeguatamente i più gravi fenomeni di inquinamento e pregiudizio ambientali a fronte dell'acquisita prova del nesso di causalità tra le suddette condotte inosservanti (già rilevanti a titolo contravvenzionale) e siffatte rilevanti compromissioni. Infatti, in mancanza della fattispecie di evento, il *surplus* di offensività rispetto alla fattispecie di pericolo astratto rimaneva, di fatto, non coperto, in termini di dosimetria sanzionatoria, dalle fattispecie contravvenzionali@.

2.4. Lo scopo dei nuovi ecodelitti avrebbe, dunque, dovuto essere quello di rafforzare gli strumenti di contrasto nei confronti della criminalità ambientale, senza però rinnegare lo sforzo di perimetrazione della liceità di attività socialmente utili, e in quanto tali giuridicamente autorizzate e disciplinate, svolta dal legislatore in sede extrapenale.

Avrebbe dovuto, in tal modo, aprirsi – come detto – la *terza età* del diritto penale ambientale, un'età matura, che avrebbe dovuto far tesoro del suo percorso evolutivo, durato decenni.

Sennonché, il legislatore, con la riforma del 2015, non ha resistito alla tentazione di creare, attraverso la previsione dei nuovi ecodelitti, presidi punitivi omnicomprensivi, in nulla idonei a contenere la discrezionalità giudiziale in sede applicativa. L'opera di ricostruzione della tipicità risulta, infatti, ora affidata all'esegesi di incerti ed evanescenti concetti che si avvicendano nella descrizione delle diverse fattispecie incriminatrici, ma che risultano del tutto privi di un'autentica funzione selettiva dei comportamenti penalmente rilevanti@. Si pensi, solo a titolo

esemplificativo, agli indici di "significatività" e "misurabilità", che dovrebbero caratterizzare l'evento di inquinamento ai sensi dell'art. 452-*bis,* o all'avverbio "abusivamente", che qualifica, quale controverso requisito modale della condotta, le più significative ipotesi di delitto ambientale@.

Siffatta istanza di integrale penalizzazione, che finisce per mettere nuovamente nelle mani del giudice l'individuazione dell'area di rilevanza penale, ha prevalso sulle istanze di garanzia, rinnegando – a parere di chi scrive – l'idea stessa di "ricodificazione".

La codificazione, infatti, sottende una precisa concezione e funzione del diritto, tanto più evidente nel settore penale, là dove la potenziale incidenza delle sue armi sulla libertà personale impone un rafforzamento del principio di legalità, inteso come fondamento e perimetro operativo di intervento, reso, dunque, in tal modo indisponibile da parte della giurisdizione.

Non solo. L'aspirazione ad una rinnovata centralità del Codice dovrebbe essere strumentalmente diretta ad assicurare maggiore conoscibilità e più chiara intellegibilità delle norme penali, funzionali alla prevedibilità delle conseguenze dell'agire da parte di ogni consociato.

2.5. In tale prospettiva, si comprende, peraltro, la *ratio* del secondo citato intervento normativo (realizzato con d.lgs. n. 21 del 2018), per effetto del quale, in attuazione del principio della riserva di codice, contestualmente introdotto all'art. 3 *bis* c.p., si è deciso di ricondurre all'interno del Titolo VI-*bis* anche il delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito dei rifiuti*, fino a quel momento disciplinato nell'ambito della legislazione speciale.

Nondimeno, a dispetto di siffatte buone intenzioni, il risultato complessivo raggiunto con l'edificazione del nuovo Titolo VI-*bis* (se si eccettua la valorizzazione e la "visibilità" che la collocazione codicistica ha senz'altro conferito al bene protetto) è apparso fin da subito piuttosto deludente.

La mancanza di determinatezza delle neonate fattispecie impedisce, infatti, *inter alia,* di individuare il preciso spettro applicativo delle stesse, nonché di determinare una chiara linea di confine rispetto agli illeciti descritti nell'ambito della legislazione speciale. Il rischio tangibile è che lo spazio applicativo riconducibile a questi ultimi venga, nella prassi applicativa, fagocitato dai nuovi ecodelitti, senza – tuttavia – che di questi si possano neppure nitidamente individuare i tratti fisionomici caratterizzanti.

Un paradosso per concludere. La fattispecie delittuosa, tra quelle attualmente presenti nel Titolo VI-*bis,* che vanta il maggior grado di determinatezza è quella nata, *ab origine,* nell'ambito della legislazione speciale, vale a dire proprio il delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, ora prevista dall'art. 452-*quaterdecies*.

L'ingresso nel Codice del "fratello acquisito" ha fatto, dunque, ancor più sfigurare quelli che dovrebbero costituire i principali paradigmi sanzionatori delle più gravi offese alle risorse naturali, dimostrando come la vetrina, sia pur bella e prestigiosa, da sola non basta per far brillare i suoi contenuti.

3. I delitti contro il patrimonio culturale

di Niccolò Decorato

3.1. La l. n. 22 del 2022 ha riformato la materia della tutela penale del patrimonio culturale, segnando un importante passaggio da un modello repressivo prevalentemente contravvenzionale ad uno prevalentemente delittuoso.

Prima della sua entrata in vigore, infatti, il diritto penale dei beni culturali era costituito dagli illeciti, perlopiù contravvenzionali, contenuti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004; *postea* CBC ovvero c.d. Codice Urbani), dall'art. 733

c.p. (Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) e da due aggravanti per i reati comuni di danneggiamento e di deturpamento ed imbrattamento di cose altrui.

È stato così introdotto nel codice penale il Titolo VIII-*bis*, rubricato "Dei delitti contro il patrimonio culturale". Al suo interno si possono distinguere cinque gruppi di fattispecie a seconda che la condotta consista: nella sottrazione di beni culturali (artt. 518-*bis* e 518-*ter* c.p.); nell'inquinamento del mercato (artt. da 518-*quater* a 518-*septies* c.p.); nel falso culturale (artt. 518-*octies*, 518-*quaterdecies* e 518-*quinquiesdecies* c.p.); nell'illecita circolazione di beni culturali (artt. da 518-*novies* a 518-*undecies* c.p.); nel danneggiamento del patrimonio culturale (artt. 518-*duodecies* e 518-*terdecies* c.p.). Seguono le disposizioni comuni (artt. da 518-*sexiesdecies* a 518-*undevicies* c.p.).

3.2. In mancanza di una nozione penalistica di bene culturale, non resta che attingere al disposto dell'art. 2 CBC, a norma del quale "[i]l *patrimonio culturale* è costituito dai *beni culturali* e dai *beni paesaggistici*" (corsivi aggiunti). "Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà". Sono *beni paesaggistici* (o paesistici) "gli immobili e le aree (…), costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge".

3.3. Gli artt. 518-*bis* e 518-*ter* c.p. prevedono i delitti di sottrazione (furto e appropriazione indebita) di beni culturali.

Il primo si compone di due commi: l'uno descrive la fattispecie base e l'altro una aggravante indipendente. Sono previste due condotte alternative, l'una mutuata dal delitto di furto (art. 624 c.p.), l'altra dal contestualmente abrogato art. 176 CBC

(impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato). Si noti che il dolo specifico tipico del furto è richiesto solo per la prima modalità della condotta.

Quanto all'art. 518-*ter* c.p., è costruito sul calco dell'art. 646 c.p. con la sola differenza che la prima norma, a differenza della seconda, non specifica che il bene oggetto di appropriazione debba essere mobile. Considerato che i beni culturali possono anche essere immobili, ciò significa che nulla pare ostare formalmente all'applicazione della fattispecie *de qua* anche a tale categoria di beni.

3.4. I delitti di inquinamento del mercato, di cui agli articoli compresi da 518-*quater* a 518-*septies* c.p., consistono in altrettante varianti dei comuni delitti di cui agli artt. da 648 a 648-*ter*.1 c.p. Da qui un rapporto di specialità reciproca fra i due gruppi di fattispecie: quelle del Titolo VIII-*bis* sono speciali rispetto a quelle del Capo II del Titolo XIII perché hanno per oggetto beni culturali, mentre queste ultime sono speciali rispetto alle prime perché includono un più ampio novero di reati presupposto.

3.5. Gli artt. 518-*octies* e 518-*quaterdecies* c.p. prevedono i delitti di falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali e contraffazione di opere d'arte.

Nel caso dell'art. 518-*octies* c.p. non è richiesto il fine di ricavare un vantaggio, per sé o per altri, né di arrecare un danno ad altri, bensì il fine di far apparire lecita la provenienza del bene.

La contraffazione di opere d'arte si articola in quattro ipotesi alternative che possono sinteticamente descriversi come falsificazione *stricto sensu*, commercio, autenticazione ed accreditamento di falsi. In comune hanno tutte l'oggetto materiale: un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico.

L'art. 518-*quinquiesdecies* c.p., impropriamente rubricato "casi di non punibilità", prevede che le disposizioni di cui all'articolo

immediatamente precedente non si applichino nel caso di "copie di opere di pittura, di scultura o di grafica, ovvero copie o imitazioni di oggetti di antichità o di interesse storico o archeologico, dichiarate espressamente non autentiche, mediante annotazione scritta sull'opera o sull'oggetto o, quando ciò non sia possibile per la natura o le dimensioni della copia o dell'imitazione, mediante dichiarazione rilasciata all'atto dell'esposizione o della vendita".

3.5. Gli artt. da 518-*novies* a 518-*undecies* c.p. sanzionano le violazioni del peculiare regime di circolazione dei beni culturali.

È stata anzitutto trasferita nel codice penale, all'art. 518-*novies* c.p., la previgente incriminazione di cui all'art. 173 CBC, le cui condotte consistono: nella alienazione od immissione sul mercato di un bene culturale in assenza della prescritta autorizzazione (n. 1); nella omessa o tardiva denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o detenzione di un bene culturale da parte di chi vi sia tenuto (n. 2); nell'effettuazione della consegna di un bene culturale soggetto a prelazione nelle more dello spirare del termine per l'esercizio di tale diritto (n. 3).

In secondo luogo l'art. 518-*decies* punisce l'importazione illecita di beni culturali provenienti da delitto ovvero rinvenuti a seguito ricerche svolte senza autorizzazione.

L'art. 518-*undecies* c.p., infine, assoggetta a pena tre condotte.

Il primo comma punisce chi, senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, "trasferisce all'estero beni culturali, cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali".

Nel secondo comma sono invece incriminati: a) l'omesso rientro nel territorio nazionale di "beni culturali, cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche

disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali, per i quali siano state autorizzate l'uscita o l'esportazione temporanee" allo spirare del termine di queste ultime; b) le "dichiarazioni mendaci [rese] al fine di comprovare al competente ufficio di esportazione, ai sensi di legge, la non assoggettabilità di cose di interesse culturale ad autorizzazione all'uscita dal territorio nazionale".

3.6. L'ultimo gruppo di disposizioni incriminatrici, comprende le fattispecie di danneggiamento di cui agli artt. 518-*duodecies* e 518-*terdecies* c.p.

Il primo articolo riprende la fattispecie di danneggiamento di cui all'art. 635, comma 1, c.p., ma senza riproporre il requisito dell'uso della violenza, della minaccia, ovvero dell'avvenire in occasione dell'interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità. Inoltre è aggiunta la condotta alternativa del "rendere (in tutto od in parte) non fruibile" l'oggetto materiale del reato (che è qui costituito da beni culturali o paesaggistici).

Il secondo comma del medesimo articolo è foggiato invece sul calco dell'abrogato art. 170 CBC e su quello del delitto di deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art. 639, comma 1, c.p.), di cui riprende anche la clausola di salvaguardia, che per l'ipotesi comune esclude il concorso con il delitto di cui all'art. 635 c.p., mentre per quella in oggetto esclude che le due ipotesi del medesimo art. 518-*duodecies* c.p. possano concorrere fra loro.

La condotta punita consiste nel deturpare od imbrattare un bene culturale o paesaggistico, oppure nel destinare un bene culturale ad un uso incompatibile con il suo carattere storico od artistico, ovvero pregiudizievole per la sua conservazione od integrità.

La disposizione si chiude con una deroga alla disciplina della sospensione condizionale dello stesso tenore di quella di cui all'art. 635, comma 4, c.p.: essa "è subordinata al ripristino dello stato dei luoghi o all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato,

comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna".

3.7. L'art. 518-*terdecies* c.p. è un'ipotesi speciale della fattispecie di devastazione e saccheggio di cui all'art. 419 c.p., della quale riproduce anche la clausola di salvaguardia rispetto al più grave e specifico art. 285 c.p., che include la strage e richiede lo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato.

3.8. A chiusura del Titolo VIII-*bis* troviamo una serie di disposizioni comuni a questo micro-sistema.

L'art. 518-*sexiesdecies* c.p. prevede una serie di circostanze aggravanti: danno di rilevante gravità; commissione nell'esercizio di un'attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria; commissione da parte di un pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio che sia preposto alla conservazione o tutela di beni culturali mobili od immobili (si noti che non è ricompreso il caso in cui sia preposto alla sua valorizzazione); commissione nell'àmbito di un'associazione per delinquere (art. 416 c.p.).

Il secondo comma dispone inoltre le pene accessorie dell'interdizione da una professione od arte (art. 30 c.p.) e della pubblicazione della sentenza penale di condanna (art. 36 c.p.) nel caso di commissione nell'esercizio di un'attività professionale o commerciale.

L'art. 518-*septiesdecies* c.p. prevede invece delle attenuanti.

La pena è diminuita di un terzo se il danno cagionato è di speciale tenuità, oppure se il lucro è di speciale tenuità ed al contempo anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità. Non è perspicuo se tale disciplina costituisca una deroga *in peius* (ma senza alcuni requisiti negativi) a quella generale prevista dall'art. 131-*bis* c.p. per la *particolare* tenuità del fatto, oppure se quest'ultima possa applicarsi laddove ne ricorrano gli estremi.

La pena è invece diminuita da un terzo fino ad addirittura due

terzi "nei confronti di chi abbia consentito l'individuazione dei correi o abbia fatto assicurare le prove del reato o si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori o abbia recuperato o fatto recuperare i beni culturali oggetto del delitto", nell'evidente intento di incentivare la collaborazione con le autorità, nella consapevolezza della forte presenza del crimine organizzato nel settore dei reati contro il patrimonio culturale.

L'art. 518-*duodevicies* c.p. introduce due nuove ipotesi speciali di confisca obbligatoria.

Al primo comma è prevista non solo la confisca "in ogni caso" delle cose indicate all'art. 518-*undecies* c.p. (uscita o esportazione illecite di beni culturali) che siano state oggetto del reato (salvo che appartengano a persona estranea a quest'ultimo), ma soprattutto è specificato che in caso di estinzione del reato il giudice procede comunque con le forme del procedimento di esecuzione (art. 666 c.p.p.) e conformemente alla disciplina relativa alle cose oggetto di contrabbando ai sensi della legge doganale. Ciò costituisce una forma di confisca senza condanna ed è chiaramente volta ad evitare l'evenienza frequente nella pratica che il maturare della prescrizione frustri gli sforzi di recupero del bene.

Al secondo comma è prevista una più tradizionale confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.) per uno qualunque dei delitti del presente Titolo. Sono fatte salve le cose appartenenti a persone estranee al reato. Laddove ciò non sia possibile, il terzo comma prevede il giudice ordini la confisca per equivalente pari al valore del profitto o del prodotto del reato.

Il quarto comma consente agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di tutela dei beni culturali di ottenere in custodia giudiziale le navi, le imbarcazioni, i natanti e

gli aeromobili, le autovetture e i motocicli sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria a tutela di tali beni. Stranamente non si menzionano invece i beni paesaggistici.

Chiude il Titolo l'art. 518-*undevicies* c.p., che ne estende l'applicabilità nello spazio anche all'estero, laddove il reato sia in danno del patrimonio culturale nazionale. Rispetto a tali offese vige quindi il principio di universalità nell'applicazione della relativa legge penale.

4. La tutela penale degli animali

di Gherardo Minicucci

4.1. Un altro settore nel quale il legislatore "ha fatto ritorno" al codice è quello della tutela penale degli animali, la cui complessiva revisione si deve alla l. n. 189 del 2004, che ha introdotto il Titolo IX-*bis* nel Libro II, dedicato ai delitti contro il sentimento per gli animali. Si è così innestata nel codice, subito dopo i delitti contro la pubblica morale e il buon costume, una articolata disciplina che si centra su quattro fattispecie incriminatrici – che puniscono l'uccisione (immotivata) di animali (art. 544-*bis*) e i maltrattamenti dei medesimi (art. 544-*ter*), nonché l'organizzazione di spettacoli o manifestazioni vietate che comportino sevizie o strazio per gli animali (art. 544-*quater*) ovvero l'organizzazione di combattimenti (art. 544-*quinquies*) – con una norma di corredo che regola i casi di confisca dell'animale e di applicazione delle speciali pene accessorie ivi previste (art. 544-*sexies*).

La necessità dell'intervento normativo dipendeva, essenzialmente, dalla riconosciuta inadeguatezza dell'art. 727 c.p. a rivestire il ruolo di norma di riferimento per la tutela dell'emergente interesse alla protezione degli animali. Quest'ultima disposizione, infatti, pur adeguata alla repressione

delle condotte di minor gravità, risultava tuttavia incapace di abbracciare il maggior disvalore incarnato dalle condotte di uccisione e di maltrattamento di animali, che con la novella andranno a costituire le fattispecie incriminatrici "di punta" di questo micro-sistema normativo.

4.2. La l. n. 189 del 2004 ha riscritto l'art. 727 c.p. e ha creato un vero e proprio *novum* nell'ambito dei delitti, lasciando tuttavia fuori dal codice la nuova contravvenzione di divieto di utilizzo a fini commerciali di pelli e pellicce di cani e gatti (art. 2 della citata legge), più volte modificata nel 2010 per effetto di provvedimenti di allineamento alle previsioni dei regolamenti europei in materia.

Occorre notare che la scelta del legislatore non è stata quella di dare rilevanza, quale soggetto giuridico, all'animale, che giuridicamente resta una *res*, seppur dalle caratteristiche assai peculiari. L'oggetto giuridico tutelato è il c.d. sentimento per gli animali, il quale – analogamente al ben più tradizionale bene della pietà per i defunti – appartiene alla comunità degli uomini, che è offeso da condotte produttive di sofferenze gratuite per l'animale. È opportuno notare che tale interesse ha trovato da ultimo pieno riconoscimento costituzionale con la novella dell'art. 9 Cost. recata dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

Si tratta, al fondo, di una riconferma della visione antropocentrica che, più in generale, permea l'intero sistema penale; la quale, mentre non ammette la titolarità diretta di una posizione giuridica in capo all'animale – che è relegato ad oggetto materiale del reato – certamente consente di riconoscere e affermare la diversa sensibilità contemporanea nei suoi confronti, talora in connessione con istanze di diverso segno. Si pensi, ad esempio, ai nessi di collegamento che le fattispecie in discorso hanno tessuto con gli ambiti delle sperimentazioni animali@ ovvero con gli allevamenti di tipo intensivo: settori ben diversi dalla "criminalità comune", e nondimeno interessabili, in casi estremi, dalle fattispecie in esame.

Del resto, diversamente opinando, si sarebbe dovuta riconoscere una indiscriminata tutela ad ogni essere vivente: dal micro-organismo complesso, al verme, perfino alla zanzara. La centratura della tutela penale sull'umano sentimento per gli animali, in ultima analisi, non comporta unicamente l'effetto di escluderne la soggettività giuridica, ma soprattutto quello di delimitare l'alveo degli esseri viventi rispetto alle cui sofferenze, comunemente, l'uomo prova pietà, a prescindere dalla loro natura o della riconducibilità o meno al patrimonio personale di un singolo.

Il che, naturalmente, rende tale insieme dinamico, e decisamente soggetto ai mutamenti di costume della società.

Bibliografia essenziale

Capitolo XI
Sottosistemi trasversali

1. Il contrasto della criminalità organizzata

di Dario Guidi

1.1. La "criminalità organizzata", caratterizzata dalla stabilità del vincolo associativo e dall'organizzazione, ricomprende al suo interno le tre grandi *species* della criminalità *politica*, *comune* e *di tipo mafioso*.

In una prima fase, successiva all'emanazione del codice Rocco, il contrasto della criminalità organizzata si incentrava pressoché esclusivamente su alcune fattispecie associative collocate nella parte speciale di tale codice.

Inizialmente non era prevista una fattispecie incriminatrice *ad hoc* per le associazioni di tipo mafioso mentre erano (e sono tuttora) presenti numerose figure delittuose associative in materia di criminalità "politica" e una fattispecie incriminatrice dell'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati "comuni". In particolare, nell'ambito delle norme dirette a contrastare la criminalità organizzata di indole "politica" vanno annoverati i delitti di *cospirazione politica* mediante accordo (art. 304 c.p.) e mediante associazione (art. 305 c.p.); *banda armata* (art. 306 c.p.); *associazioni sovversive* (art. 270 c.p.); *associazioni antinazionali* (art. 271 c.p.); *associazioni internazionali illecite* (artt. 273 e 274 c.p.). Gli artt. 271, 273 e 274 sono stati successivamente dichiarati incostituzionali, mentre l'art. 270 è stato incisivamente riformulato. Inoltre, come si dirà tra breve, sono state recentemente aggiunte nuove ipotesi criminose in materia di terrorismo.

1.2. Per reprimere la criminalità organizzata "comune" si è invece fatto ricorso per lungo tempo (fino all'introduzione del reato di *associazione per delinquere di tipo mafioso* nel 1982) esclusivamente alla fattispecie delittuosa di cui all'art. 416 c.p. ("associazione per delinquere"), che si configura «quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti».

Con l'introduzione di questa fattispecie il legislatore del 1930 si proponeva di apprestare uno strumento repressivo "ad ampio raggio", suscettibile di contrastare la criminalità associata in tutte le sue possibili forme e modalità realizzative. Nondimeno, l'eccessiva selettività del dolo specifico (correlato alla commissione di "più delitti") ha reso tale figura delittuosa sostanzialmente inidonea a colpire le più insidiose forme di manifestazione della criminalità organizzata, soprattutto in considerazione del fatto che le associazioni mafiose talvolta prescindono da un programma criminoso *stricto sensu* inteso, secondo la valenza data a questo elemento tipico dall'art. 416 c.p., affidando il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal sodalizio criminoso alla forza intimidatrice del vincolo mafioso in quanto tale.

1.3. Negli anni '60 del secolo scorso si è aperta una seconda fase nella strategia di contrasto al crimine organizzato, in cui il nostro legislatore ha iniziato a far leva su istituti extra-codicistici, rafforzando in particolar modo la sfera della prevenzione *ante delictum*, che fino a quel momento era incentrata soltanto su figure di pericolosità sociale correlate alla criminalità comune.

1.4. Il punto di svolta, in tal senso, si fa risalire all'emanazione della l. n. 575 del 1965 (recante: "disposizioni contro la mafia"), che ha esteso l'applicazione delle tradizionali misure personali di prevenzione contemplate dalla l. n. 1423 del 1956, anche agli "indiziati di appartenere ad associazioni mafiose", ampliando nel contempo i poteri di intervento dell'autorità giudiziaria *in subiecta materia*@.

Nasceva in quegli anni l'idea della strategia di contrasto al crimine organizzato articolata sul doppio fronte preventivo-repressivo, ma gli strumenti utilizzabili in tal senso erano ancora deficitari, soprattutto perché limitati alle sole misure di carattere personale. Pochi anni dopo, per far fronte alla situazione emergenziale venuta a determinarsi nel nostro Paese negli anni della cosiddetta "strategia della tensione", la l. n. 152 del 1975 (legge "Reale") introdusse alcune nuove categorie di destinatari delle misure di prevenzione personale, tutte riconducibili ad una particolare figura di soggetto pericoloso per la pubblica sicurezza (*sub specie* di "pericolosità politica"), ossia il c.d. "sovversivo", integrando così il quadro delle misure di prevenzione anche con riferimento al fenomeno della criminalità associativa di natura *politica*@.

1.5. Infine, la l. n. 646 del 1982 (legge "Rognoni-La Torre"), ha inaugurato una "terza fase" nella strategia di contrasto alla criminalità organizzata, in cui si è assistito ad un generalizzato potenziamento della normativa antimafia sia sul fronte codicistico che su quello della legislazione *extra-codicem*. Tale legge ha reso più efficace l'attività di contrasto al fenomeno associativo-mafioso sotto un duplice profilo: da un lato, mediante l'inserimento nel codice penale del nuovo delitto di *associazione di tipo mafioso* di

cui all'art. 416 *bis*, nella cui struttura lo "scopo di commettere più delitti" di cui all'art. 416 è stato soppiantato dall'individuazione espressa di un ventaglio di finalità più coerenti con il tipico *modus operandi* delle associazioni mafiose e incentrate sullo sfruttamento della forza di intimidazione del vincolo associativo (ad esempio la finalità di «acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici»); dall'altro lato, con l'introduzione nell'ambito del sistema delle misure di prevenzione *ante delictum*, per la prima volta nel nostro ordinamento, anche di misure di carattere patrimoniale, volte a contrastare l'illecita accumulazione di ricchezza da parte delle organizzazioni criminali (quali il *sequestro* e la *confisca* di prevenzione dei beni di sospetta provenienza).

1.6. La linea direttrice del "doppio fronte" di intervento ha ispirato un altro provvedimento-cardine nella complessa intelaiatura normativa della legislazione antimafia: si allude al d.l. n. 306 del 1992 (decreto "Scotti-Martelli", convertito nella l. n. 356 del 1992), che ha rafforzato ed ampliato le misure di contrasto alla criminalità organizzata sotto vari aspetti.

Ai fini che qui interessano, i profili di maggior rilievo sono essenzialmente due: la modifica dell'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975 ("ordinamento penitenziario") con l'inserimento di un secondo comma che estende il regime detentivo c.d. del "carcere duro", inizialmente previsto per i "casi eccezionali di rivolta" o per "altre situazioni di emergenza", anche ai detenuti appartenenti alle associazioni di tipo mafioso (si consideri che oggi, quando si parla di regime carcerario *ex* art. 41-*bis*, si fa riferimento quasi esclusivo a quest'ultima ipotesi); l'introduzione nel codice penale del reato di "scambio elettorale politico-mafioso" di cui all'art. 416-*ter* (il cui testo è stato prima incisivamente riformulato dalla l. n. 62 del 2014 e poi modificato dalla l. n. 103 del 2017) che punisce chi accetta la promessa di procurare voti con le modalità mafiose di cui all'art. 416-*bis* in cambio dell'erogazione di denaro o di altre utilità.

1.7. Anche nel settore della criminalità associata "politica" vi sono stati rilevanti interventi di riforma della parte speciale del codice penale che hanno ridisegnato l'originario assetto di tutela *in subiecta materia*. Anzitutto, il d.l. n. 374 del 2001 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 438 del 2001), oltre a riformulare completamente il testo dell'art. 270-*bis* c.p. (recante «associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico»), originariamente introdotto nell'ordinamento dal d.l. n. 625 del 1979 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 15 del 1980), ha inserito nel codice penale la nuova fattispecie di "assistenza agli associati" (art. 270 *ter*). Successivamente, con il d.l. n. 144 del 2005 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 155 del 2005), sono state introdotte nel codice penale due nuove figure delittuose, denominate, rispettivamente, «arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quater* c.p.) e «addestramento ad attività di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quinquies* c.p.), nonché una norma definitoria delle «condotte con finalità di terrorismo» (art. 270-*sexies*).

Con il d.l. n. 7 del 2015, convertito con modificazioni nella l. n. 43 del 2015, è stato inserito in questo intricato mosaico normativo anti-terrorismo il reato di «organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo» (art. 270-*quater*.1). L'anno seguente si sono aggiunte le due fattispecie di «finanziamento di condotte con finalità di terrorismo» (270 *quinquies*.1) e di «sottrazione di beni sottoposti a sequestro» (270 *quinquies*.2), ad opera della l. n. 153 del 2016.

1.8. In questa terza fase si registrano anche due ulteriori interventi normativi sul versante della prevenzione *ante delictum*: ci si riferisce al d.l. n. 92 del 2008 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 125 del 2008), che ha significativamente modificato l'assetto di disciplina delle misure di prevenzione, introducendo il principio generale secondo cui le misure di prevenzione patrimoniale possono essere richieste e applicate disgiuntamente dalle misure personali, anche in caso di morte del destinatario della proposta; e alla l. n. 94 del 2009, che, modificando l'art. 2-

bis della già menzionata l. n. 575 del 1965, ha introdotto un altro importante e innovativo principio, in base al quale le misure di prevenzione patrimoniale possono essere richieste e applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto al momento della richiesta della relativa misura.

Infine, va evidenziato che le disposizioni in materia di prevenzione *ante delictum* di cui abbiamo parlato sinora sono poi confluite in un testo unico, il c.d. "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione" (d.lgs. n. 159 del 2011), la cui emanazione si è resa necessaria per soddisfare pressanti esigenze di razionalizzazione sistematica in un campo di materia ormai caratterizzato da disorganicità ed eccessiva stratificazione normativa. Il Codice delle leggi antimafia ha così raccolto e riorganizzato all'interno di un *corpus* normativo unitario ed organico le numerose disposizioni che concorrevano a comporre il quadro complessivo della prevenzione *ante delictum*, confermando l'assetto di disciplina incentrato sulla bipartizione tra misure personali e misure patrimoniali e potenziando, tra le altre cose, il sistema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alle associazioni criminali di tipo mafioso.

2. Il diritto penale dell'economia

di Gianfranco Martiello

2.1. Nel Libro II del codice penale è presente un Titolo VIII espressamente dedicato ai delitti contro «l'economia pubblica», ma, già ad un primo e superficiale sguardo, tale raggruppamento normativo mostra chiaramente la propria datata origine storica, che ne determina l'inidoneità a rappresentare il moderno concetto di «reato economico», non certo più coincidente con le sole condotte depauperative delle materie prime e dei mezzi di produzione dannose per l'intera economia nazionale. E ciò – si

badi – senza considerare la problematica compatibilità di alcune di tali fattispecie con il mutato quadro giuridico, come dimostrano, su tutti, i reati di sciopero e serrata per fini contrattuali, non a caso fortemente manipolati dalla Consulta, quando non addirittura dichiarati incostituzionali.

Del resto, nonostante che, più di recente, il legislatore abbia tentato di attualizzare tale categoria sistematica, inserendovi fattispecie orientate a tutelare la moderna proprietà industriale o l'origine certificata dei prodotti agroalimentari (v. artt. 517-*ter*, 517-*quater* e 517-*quinquie*s c.p.), i reati compresi nel suddetto Titolo VIII hanno comunque da sempre mostrato quanto meno due contrapposti eccessi, che li rendono, per una parte, eccentrici rispetto allo stesso bene giuridico di categoria attorno al quale essi dovrebbero coagularsi, e, per un'altra parte, incapaci a fornire la promessa tutela. Da un canto, infatti, appare evidente come alcune di quelle fattispecie incriminino sostanzialmente fatti di truffa contrattuale, che solo ove mentalmente collocati in una supposta catena di ripetizioni seriali possono ritenersi astrattamente offensivi della «economia pubblica». Dall'altro, ed all'opposto, risulta altrettanto chiaro come la pretesa – espressa in altre disposizioni incriminatrici – che una singola condotta arrechi danno all'intera produzione nazionale, agricola o industriale che sia, renda tali fattispecie applicabili soltanto a vicende economicamente "catastrofiche", condannandole, conseguentemente, ad una operatività del tutto residuale@.

2.2. Si potrebbe allora pensare che la denominazione «diritto penale dell'economia», e quelle ad essa associabili, sia propria del linguaggio parlato dalla dottrina, del resto incline a costruire categorizzazioni concettuali. Una tale supposizione coglierebbe certamente nel segno, ma sarebbe tutt'altro che decisiva per il successivo e proficuo svolgersi dell'indagine, che di certo sarebbe chiamata a ricostruire i contenuti che tale espressione sottintende.

In effetti, è agevole constatare come, specie negli ultimi venti anni, sia fiorita una vasta manualistica variamente dedicata al

«diritto penale dell'economia», al «diritto penale dell'impresa», al «diritto penale commerciale», alle «condotte economiche» quali fonti di «responsabilità penale», sino a giungere a trattazioni che hanno inteso isolare anche una vera e propria «Parte generale» del diritto penale economico. Tuttavia, proprio guardando a tale produzione didattica, non è difficile accorgersi come la consistenza della "materia" qui in rilievo non sia univocamente intesa. Ed invero, se da un lato emerge l'innegabile esistenza di un nocciolo duro dai più condiviso, costituito dai reati societari, dai reati fallimentari, dai reati in materia di mercati finanziari, ai quali spesso si aggiunge la responsabilità da reato delle persone giuridiche, dall'altro risulta in modo altrettanto evidente come la pertinenza all'ambito *de quo* di ulteriori classi di fattispecie sia invece oscillante, risentendo, evidentemente, delle scelte discrezionalmente operate dai vari autori. È questo il caso, ad esempio, dei predetti reati di cui al Titolo VIII, Libro II del codice penale, dei reati ambientali, di certi reati contro il patrimonio ritenuti idonei ad attingere valori economici collettivi o pubblici (si pensi alla truffa ai danni dello Stato o dell'UE, alle varie forme di riciclaggio e reimpiego di valori, all'usura, ecc.), dei reati in materia di sicurezza del lavoro, dei reati doganali, dei reati tributari, dei reati in materia di proprietà intellettuale.

2.3. Naturalmente, le segnalate differenze circa l'*ubi consistam* dell'oggetto che qui interessa non sono casuali, né paiono il risultato di scelte arbitrarie. Il vero è, difatti, che nel definire il concetto di «reato economico» – e quindi, per estensione, quello di «diritto penale economico» – la dottrina ha storicamente seguito almeno due approcci differenti: *a*) quello c.d. «funzionale», che definisce il reato economico come fatto strumentalmente connesso all'esercizio di un'attività economica in forma di impresa, nel cui "ambiente" – anche criminologico – esso perciò troverebbe la propria genesi, tanto che alcuni preferiscono precipuamente parlare al riguardo di «diritto penale dell'impresa»; *b*) quello c.d. «effettuale», che invece individua siffatto illecito in ragione della sua incidenza offensiva su interessi di natura economica, con la non trascurabile

precisazione che questi ultimi dovrebbero comunque avere natura sovraindividuale, la quale solitamente emerge laddove la ricchezza prodotta non si sia cristallizzata su singoli e statici beni (il «patrimonio»), ma conservi uno stato per così dire "dinamico", aperto allo scambio ed alla sua circolazione.

Sono questi, come appare evidente, approcci diversi, in parte connotati anche da elementi tautologici, che ben spiegano, a valle, la diversa ampiezza dei confini legittimamente attribuibili al «diritto penale dell'economia», che non a caso viene da molti visto – forse con una certa rassegnazione definitoria – come uno «spazio aperto ed in continuo divenire»@.

2.4. Premessa, quindi, la natura sostanzialmente stipulativa di ogni definizione di «diritto penale dell'economia», è però indubbio che il nucleo primigenio della materia sia stato storicamente costituito dai seppure oggi anacronistici reati di cui al richiamato Titolo VIII, Libro II del codice penale, nonché dai reati societari e fallimentari – ossia da quello che, sino a qualche tempo fa, veniva definito come «diritto penale commerciale» –, ai quali la modernità sembra suggerire di aggiungere, in ragione della rilevanza economica degli interessi sovraindividuali oggi in essi coinvolti, quanto meno gli illeciti in materia di intermediazione finanziaria.

Orbene, uno sguardo d'insieme alla "materia" così convenzionalmente perimetrata mostra come in essa, vuoi per la stessa struttura normativa di molti dei reati che la compongono, vuoi per la peculiare applicazione che di essi ha fatto la giurisprudenza, alcune fondamentali categorie concettuali del diritto penale liberale subiscano una significativa torsione applicativa@.

2.5. Per dimostrarlo, poche esemplificazioni saranno sufficienti.

Si pensi, in primo luogo, alla già ricordata elefantiasi degli eventi contemplati da alcune delle fattispecie incluse nel Titolo VIII, Libro II del codice penale, la quale, in mancanza di precipue leggi scientifico-economiche di spiegazione del nesso causale tra

condotta ed accadimento offensivo, rischia di aumentare a dismisura la discrezionalità del giudice nella definizione del rapporto eziologico, nonché di mortificare l'utilità del principio *nullum crimen sine iniuria*.

In secondo luogo, va considerata la prevalenza che la tutela di «funzioni» amministrative ha assunto rispetto a quella dei veri e propri «beni» nel settore dei reati finanziari, la cui prevalente struttura – non a caso – è quella della clausola sanzionatoria dell'inosservanza di precetti *aliunde* collocati, qualche volta anche in patente violazione del principio di riserva di legge.

In terzo luogo, ed in conseguenza della natura prevalentemente accessoria – rispetto alla disciplina civile sottostante – dei reati finanziari e societari, nonché di certe forme di bancarotta, occorre evidenziare lo svilimento della funzione delimitativa della colpevolezza dolosa, non potendosi trascurare che, assumendo *ivi* in prevalenza rilievo condotte materialmente neutre, il cui disvalore è apprezzabile solo alla luce della normativa tecnica sottostante, il dolo vede svalutare le proprie e caratterizzanti componenti psicologiche effettive, tendendo a sfumare in un rimprovero di fatto colposo.

Infine, va tenuto conto dell'applicazione assai lasca che, probabilmente in ragione degli interessi coinvolti, nel settore dei reati societari e finanziari la giurisprudenza tende a fare del concorso omissivo di persone nel reato, apprezzabile sia nella definizione della posizione di garanzia, sia nella ricostruzione del dolo concorsuale, spesso processualmente esaurito, in presenza di meri "segnali d'allarme" di un possibile comportamento illecito altrui, nella presunzione probatoria del «non poteva non sapere».

Da ciò, e da altri numerosi esempi che si potrebbero portare, deriva l'impressione che il diritto penale economico (in senso stretto) presenti caratteristiche peculiari tali da poterlo considerare come uno dei "sottosistemi" che si estendono trasversalmente dal codice penale alle leggi *extra codicem*.

3. Il diritto penale della sicurezza del lavoro

di Fausto Giunta

3.1. Il lavoro, considerato un diritto sociale, è anche un fattore criminogeno. Le morti c.d. bianche, gli infortuni che cagionano lesioni personali e le malattie professionali costituiscono una piaga sociale anche statisticamente allarmante. In presenza di questi eventi, il diritto al lavoro si trasforma in delitto sul lavoro. Da questa angolazione, la materia della sicurezza del lavoro confluisce in quella più generale della tutela della persona, *sub specie* di tutela della vita e dell'integrità fisica. Vengono in rilievo, tra le altre, le fattispecie codicistiche di omicidio e lesioni personali, la cui concreta operatività non può prescindere dalla normativa di settore, prevalentemente *extra codicem.*

La materia della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ha subito negli ultimi decenni una profonda trasformazione sia legislativa, che giurisprudenziale. Con il convenzionalismo che connota tutte le semplificazioni storiche, l'anno di svolta può individuarsi nel 1994, allorché entra in vigore la nuova normativa di derivazione europea, costituita per l'appunto dal d.lgs. n. 626 del 1994, della quale l'odierno d.lgs. n. 81 del 2008 rappresenta l'ulteriore sviluppo e consolidamento.

3.2. Prima di allora, il perno del sistema era costituito, a livello della legge ordinaria, principalmente dall'art. 2087 c.c., secondo il quale "*L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*".

L'art. 2087 c.c. costituisce una clausola generale, di natura civilistica, che ha una soggettività molto ristretta perché concentra la sua focale preventiva sulla persona dell'imprenditore, trascurando di considerare il datore di lavoro pubblico e il privato non imprenditore.

A parte ciò, l'art. 2087 c.c. è figlio del suo tempo: sottintendeva un modello di organizzazione aziendale per così dire semplice, centrato sulla figura del datore di lavoro, quale esclusivo debitore di sicurezza.

A partire dalla l. n. 626 del 1994 la disciplina positiva si aggiorna, si adegua a una realtà datoriale più variegata, connotata di frequente da una maggiore complessità dell'organizzazione lavorativa: il datore di lavoro ben può essere "lontano", sotto il profilo della distanza materiale e delle competenze antinfortunistiche, dal lavoratore e dai fattori di rischio. Non solo l'imprenditore, soggetto che guarda al mercato, può non avere le competenze necessarie per adempiere direttamente il debito di sicurezza.

3.3. Sulla scia della l. n. 626 del 1994, la normativa vigente, il d.lgs. n. 81 del 2008, declina al plurale i contenuti inespressi dell'art. 2087 c.c., passando dalla figura dell'unico obbligato (il datore di lavoro) a un fascio di posizioni di obbligo.

Numerosi sono, infatti, i destinatari *iure proprio* – ossia in forza di un'investitura originaria che discende direttamente dalla legge – di specifici obblighi a garanzia della salute e della sicurezza dei lavoratori, la cui violazione è fonte di responsabilità, anche sul piano penale.

Si pensi, in particolare: ai dirigenti e ai preposti, al responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), al medico competente, al committente, al responsabile dei lavori, al coordinatore per la progettazione, al coordinatore per l'esecuzione e, finanche, a soggetti estranei al rapporto di lavoro, come fabbricanti, progettisti, fornitori e installatori, i cui inadempimenti sono appositamente sanzionati dalla normativa di settore. Lo stesso lavoratore, creditore di sicurezza, non è destinatario passivo del debito di sicurezza. Ha doveri suoi propri (art. 20).

3.4. Il punto di irradiazione del sistema prevenzionistico rimane, però, la figura del datore di lavoro che è il perno su cui ruota

l'intera normativa, posto che, proprio a tale figura, è affidata, in generale e in via prioritaria, la gestione dei rischi connessi all'attività lavorativa.

Su di lui gravano obblighi delegabili, ossia trasferibili ad altri per il loro espletamento, e obblighi esclusivi non delegabili (art. 17 d.lgs. n. 81 del 2008). A quest'ultimo proposito il riferimento è (*a*) alla valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del D.V.R. (documento di valutazione dei rischi) e (*b*) alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (R.S.P.P.).

Il Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro traccia una nozione peculiare di datore di lavoro, che può non coincidere con la definizione di datore di lavoro operativa ad altri fini (ad esempio, in campo giuslavoristico, previdenziale, ecc.).

Nel settore privato la posizione datoriale è individuata sulla base di due criteri, l'uno di natura formale, consistente nella titolarità del rapporto di lavoro, l'altro, di tipo funzionale ed effettuale, concernente la responsabilità dell'organizzazione o dell'unità produttiva.

Nel caso dell'impresa individuale è agevole ravvisare una piena coincidenza tra la figura del datore di lavoro ai fini prevenzionistici e la persona fisica dell'imprenditore che non solo rappresenta la controparte contrattuale del lavoratore nel rapporto di lavoro, ma a norma dell'art. 2086 c.c. è a «*capo dell'impresa*».

3.5. Un discorso più articolato richiede l'individuazione della figura datoriale nelle società di capitali. In assenza di più puntuali specificazioni normative, il principale parametro di riferimento è dato dallo statuto societario, nel quale l'ente può chiarire le competenze e i poteri di intervento del soggetto legittimato a svolgere la funzione di datore di lavoro ai fini della sicurezza. Sennonché, non sempre dagli statuti sono desumibili chiare indicazioni sul soggetto gravato degli obblighi prevenzionistici. Ciò spiega le oscillazioni della stessa giurisprudenza in materia,

per la quale, se il datore di lavoro è una persona giuridica, destinatario delle norme è il legale rappresentante dell'ente imprenditore, quale persona fisica attraverso la quale il soggetto collettivo agisce nel campo delle relazioni intersoggettive, così che la sua responsabilità penale, in assenza di valida delega, è indipendente dallo svolgimento o meno di mansioni tecniche, attesa la sua qualità di preposto alla gestione societaria. Ne consegue che, in tema di sicurezza e di igiene del lavoro, nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i vertici dell'azienda stessa, quali il Presidente del Consiglio di Amministrazione, o Amministratore delegato o Componente del Consiglio di Amministrazione cui siano state attribuite le relative funzioni.

Ancora più complessa risulta l'identificazione della posizione datoriale ove non si possa fare leva sulla compenetrazione del dato formale con l'esercizio dei poteri tipici di tale figura. Soccorre qui la nozione effettuale di datore di lavoro, che fa perno su colui che è responsabile non già dell'impresa come ente, bensì dell'organizzazione o dell'unità produttiva: colui che esercita, effettivamente, i poteri decisionali e di spesa.

La questione dell'individuazione del datore di lavoro "sostanziale" ai fini della sicurezza si pone, segnatamente, all'interno delle realtà aziendali complesse nelle quali, infatti, per esigenze organizzative, si può assistere ad una scissione tra la titolarità formale del rapporto di lavoro, da un lato, e l'esercizio effettivo dei poteri gestionali, dall'altro. In tali contesti, mentre la titolarità del rapporto lavorativo, in genere, spetta al soggetto collettivo e al suo rappresentante legale, il potere organizzativo e gestionale, al cui esercizio è correlato il dovere si sicurezza, di regola, è ripartito tra una pluralità di soggetti o è attribuito ad organi collegiali, nel cui ambito occorrerà individuare, appunto, il soggetto qualificabile come datore di lavoro per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

3.6. Sotto questo profilo, dunque, si rende necessaria una analisi attenta della concreta articolazione aziendale, dovendosi, in

particolare, distinguere *(a)* i casi di delega gestionale (o organizzativa) *(b)* da quelli in cui l'assegnazione dei compiti e delle connesse responsabilità è legislativamente prevista (si pensi alla scelta, da parte dell'imprenditore, di individuare il dirigente di un'autonoma attività produttiva quale datore di lavoro della stessa).

Con riguardo ai primi, è noto che, all'interno delle società di capitali, talune attribuzioni proprie del Consiglio di Amministrazione (per esempio, la qualifica di responsabile della sicurezza o la stessa qualifica datoriale) possano essere conferite, a norma dell'art. 2381, comma 2, c.c., «*se lo statuto o l'assemblea lo consentono*», ad alcuni dei suoi componenti e, segnatamente, ad un amministratore delegato (c.d. delega di gestione). Ebbene, il soggetto delegato a norma dell'art. 2381 c.c., ove gli vengano conferiti tutti i poteri in materia antinfortunistica altrimenti spettanti al Consiglio di Amministrazione, si identifica con il datore di lavoro per la sicurezza ai fini dell'applicazione del d.lgs. n. 81 del 2008, *sub specie* di garante originario. Inoltre, egli, in quanto datore di lavoro per la sicurezza, potrà avvalersi del meccanismo della delega di funzioni in relazione agli obblighi delegabili. Si ritiene che sugli altri membri del Consiglio di Amministrazione, diversi da quello a cui è stata conferita la delega di gestione *ex* art. 2381, comma 2, c.c., gravi un obbligo di vigilanza sul suo operato, sempre che siano a conoscenza di fatti pregiudizievoli e dispongano di poteri impeditivi.

3.7. La normativa prevenzionistica – come ricordato – identifica in alternativa il datore di lavoro con chi è capo di una unità produttiva, sempre che eserciti i poteri decisionali e di spesa in materia di sicurezza (art. 2, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81 del 2008). Per «unità produttiva» si intende lo «*stabilimento*» o la «*struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale*» (art. 2, comma 1, lett. *t*, d.lgs. n. 81 del 2008).

La definizione lata non rende agevole l'individuazione, nell'assetto complessivo di un'impresa, della presenza o meno di

una o più unità produttive. Per l'orientamento preferibile per aversi un'unità produttiva è necessario che la struttura aziendale: a) sia finalizzata alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, ossia a realizzare l'intero ciclo produttivo o una fase completa dello stesso; b) sia dotata di autonomia finanziaria; c) presenti un'autonomia tecnico-funzionale; d) sia dotata di maestranze adibite in via continuativa.

Nelle imprese di grandi dimensioni la nozione effettuale di datore di lavoro può prescindere da quella formale, con la conseguenza di ravvisare il garante originario del debito di sicurezza in via del tutto fattuale. In tale prospettiva, si valorizza l'art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008, là dove fa discendere la veste di garante anche dall'esercizio in concreto dei poteri giuridici riferiti al destinatario primario degli obblighi di sicurezza, pure se sprovvisto di regolare investitura.

Vero ciò, le due nozioni valorizzate dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, d.lgs. 81 del 2008 possono ora convergere in capo al medesimo soggetto, ora, invece, divergere, favorendo, in questo modo, la proliferazione dei centri di imputazione dell'obbligo di sicurezza.

In quest'ultimo caso, a prevalere, in linea di principio e tendenziale, sarà l'aspetto sostanziale; il criterio fondamentale per l'individuazione del datore di lavoro ai sensi del d.lgs. n. 81 del 2008 diventa, infatti, la concreta gestione dell'attività produttiva, che potrà rilevare, a seconda dei casi, in aggiunta o in sostituzione della nozione formale di datore di lavoro.

3.8. Nella connotazione strutturale della nozione di datore di lavoro si deve tenere conto, infine, dello specifico rischio che caratterizza il contesto lavorativo. Sulla base delle indicazioni che si desumono dall'analisi che precede, deve ritenersi che la nozione formale sia suscettibile di riespandersi e di operare in via residuale, allorquando la prevenzione degli infortuni sul lavoro implichi l'adozione di scelte gestionali di fondo, le quali per onerosità e portata investono la complessiva politica di sicurezza dell'azienda e che, pertanto, non possono che essere adottate

soltanto al più alto livello imprenditoriale. In queste specifiche ipotesi il titolare *ex lege* degli obblighi prevenzionistici non ha soltanto il potere, ma anche il dovere di intervenire in surroga, con la conseguenza di ancorare e formalizzare la figura datoriale in seno al Consiglio di Amministrazione.

Diversamente, in presenza di rischi non particolarmente elevati e non strettamente connessi alle scelte organizzative e produttive dell'impresa, sarà possibile polarizzare la figura del datore di lavoro in termini esclusivamente effettuali, fino a considerare tale figura quale centro di imputazione autonomo e alternativo a quello formale.

3.9. La delega di funzioni dà rilevanza, anche a fini penali e pure in presenza di reati propri, al trasferimento di mansioni amministrative e gestionali dal titolare originario ad altri collaboratori, particolarmente e comunque adeguatamente qualificati, rendendo al contempo più efficiente l'organizzazione aziendale.

Sotto questo profilo, la delega di funzioni, prima di essere una condizione di possibile esonero da responsabilità del delegante, opera come ottimale modalità di osservanza degli obblighi prevenzionistici, coinvolgendo nel loro adempimento le professionalità necessarie.

L'istituto, di origine giurisprudenziale, ha ricevuto una espressa formalizzazione con riguardo al settore giuslavoristico. L'art. 16 d.lgs. n. 81 del 2008 è intervenuto, infatti, a dare "veste legale" alla delega attraverso la ricezione dei requisiti già fissati dalla giurisprudenza.

A norma dell'art. 16 d.lgs. n. 81 del 2008, dunque, la delega di funzioni è efficace solo in presenza di una serie di specifiche condizioni, tra cui spiccano, anzitutto, le "qualità" del soggetto delegato, ossia il possesso di una precipua competenza tecnica, in grado di soddisfare «*i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*» (comma 1, lett. *b*). Il requisito in parola allude, evidentemente, ad una

particolare preparazione in materia antinfortunistica, ossia ad una competenza specialistica sul piano professionale, parametrata alla concreta tipologia di rischio delle attività lavorative eseguite nell'impresa.

Ai fini della validità della delega si richiede, inoltre, che al delegato siano attribuiti i poteri gestori propri del datore di lavoro, compresi quelli di natura finanziaria, affinché possa far fronte in via diretta alle esigenze in materia di prevenzione degli infortuni, esercitando concretamente ed efficacemente le funzioni affidategli In breve: il delegato deve disporre «*di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*» (comma 1, lett. *c*), nonché dell'«*autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate*» (comma 1, lett. *d*).

L'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2008 prevede a carico del datore di lavoro l'obbligo di vigilanza «*in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite*». Si tratta di un obbligo di «*vigilanza alta*» diversa dal controllo, momento per momento, della concreta e minuta modalità di svolgimento e conformazione delle lavorazioni.

All'evidenza, dunque, la delega di funzioni, anche se formalmente corretta ed efficace, non può legittimare un sostanziale disinteresse del datore di lavoro, tenuto a provvedere in via sostitutiva al mancato o inidoneo esercizio della delega, sempre che sia a conoscenza di fatti pregiudizievoli per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in azienda. In nessun caso, infatti, l'istituto della delega di funzioni può sostituire il datore di lavoro quale centro di imputazione originario. Esso crea ulteriori centri di imputazione limitatamente ai compiti esecutivi suscettibili di essere demandati a soggetti competenti e dotati di adeguati poteri di intervento.

Requisiti essenziali e ulteriori della delega sono la forma scritta, la data certa, l'adeguata e tempestiva pubblicità nonché l'accettazione da parte del soggetto delegato.

4. Il diritto penale della circolazione stradale

di Dario Guidi

4.1. I reati in materia di circolazione stradale sono oggi inclusi in due diversi corpi normativi: il d.lgs. n. 285 del 1992 (c.d. "codice della strada") e il codice penale.

In una prima fase il d.lgs. n. 285 del 1992 contemplava numerose figure di "reato stradale" (prevalentemente ipotesi contravvenzionali) mentre nel codice penale la «violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» costituiva una circostanza aggravante speciale di due fattispecie delittuose "comuni", ossia, rispettivamente, l'omicidio colposo (art. 589) e le lesioni personali colpose (art. 590).

Negli ultimi decenni del secolo scorso il codice della strada ha formato oggetto di vari interventi di depenalizzazione, tra i quali il più importante è rappresentato dal d.lgs. n. 507 del 1999, che ha riformato l'intero impianto sanzionatorio del d.lgs. n. 285 del 1992, lasciando in vita solo alcune fattispecie criminose connotate da maggiore gravità.

4.2. In una seconda fase, che ha avuto inizio nei primi anni di questo secolo, vi è stata una forte inversione di tendenza rispetto alla logica della "depenalizzazione": sull'onda emotiva di alcuni gravi fatti di cronaca (come l'aumento dei casi di investimento di pedoni in area urbana) il legislatore italiano è nuovamente intervenuto sul codice della strada reintroducendo alcune figure di reato e inasprendo il trattamento sanzionatorio (oltreché, in alcuni casi, il raggio applicativo) delle fattispecie "sopravvissute" alla depenalizzazione (ciò è avvenuto con alcuni provvedimenti legislativi emanati nel primo decennio del 2000 e in particolare: il d.l. n. 151 del 2003; il d.l. n. 117 del 2007; la l. n. 120 del 2010; il d.l. n. 92 del 2008 e la l. n. 94 del 2009).

In particolare, meritano annotazione alcuni interventi di riforma emblematici di tale nuovo corso: la reintroduzione del reato di guida di un veicolo senza aver conseguito la corrispondente patente di guida; la previsione di nuove circostanze aggravanti ad effetto speciale in relazione ai reati di guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti; l'introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 186-*bis* Cds («guida sotto l'influenza dell'alcool per conducenti di età inferiore a ventuno anni, per i neo-patentati e per chi esercita professionalmente l'attività di trasporto di persone o di cose»), nonché dei delitti di organizzazione di competizioni non autorizzate con veicoli a motore e partecipazione alle gare (art. 9-*bis* Cds) e di effettuazione di gare su strada al di fuori delle predette competizioni organizzate (art. 9-*ter* Cds); il generale inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati di guida in stato di alterazione psicofisica.

4.3. La terza fase, che è quella attuale, si caratterizza per la valorizzazione del ruolo della parte speciale del codice penale nella repressione dei più gravi fatti commessi in violazione della disciplina della circolazione stradale (una sorta di "ritorno al codice").

Con la l. n. 41 del 2016, infatti, sono stati introdotti nel codice penale i delitti di *omicidio stradale* (art. 589-*bis*) e di *lesioni personali stradali gravi o gravissime* (art. 590-*bis*), nonché le circostanze aggravanti ad effetto speciale di cui agli artt. 589-*ter* (*fuga del conducente in caso di omicidio stradale*) e 590-*ter* (*fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali*).

Contestualmente, la legge in esame ha abrogato le figure circostanziali incentrate sulla violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale precedentemente contemplate negli artt. 589 e 590 c.p.

4.4. Il trattamento sanzionatorio dei nuovi reati di omicidio e lesioni stradali è connotato da particolare severità e può essere ulteriormente incrementato quando ricorrono le circostanze

aggravanti correlate alla guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti.

Tali circostanze, previste direttamente all'interno dei suddetti articoli 589-*bis* e 590-*bis* c.p., sono state inoltre sottratte al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. dall'art. 590-*quater* c.p. (introdotto anch'esso dalla l. n. 41 del 2016), e quindi devono considerarsi in ogni caso prevalenti rispetto ad eventuali circostanze attenuanti concorrenti (salve le circostanze attenuanti di cui agli artt. 98 e 114 c.p.).

Merita anche rilevare che, nello stesso periodo, il d.lgs. n. 8 del 2016, ha depenalizzato tutte le violazioni per le quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda (eccezion fatta per i reati previsti dal codice penale, salvo alcune eccezioni espressamente indicate) e ciò ha comportato un effetto automatico di trasformazione di alcuni reati stradali in meri illeciti amministrativi (ciò è avvenuto, ad esempio, con riguardo alla già menzionata ipotesi della guida di un veicolo senza previo conseguimento della patente, che in precedenza era punita con la pena dell'ammenda e costitutiva dunque una contravvenzione).

Da ultimo, l'art. 2, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 150 del 2022, in attuazione della delega conferita con l'art. 1, comma 15, lett. a, della l. n. 34 del 2021 (c.d.tta "Legge Cartabia"), ha modificato il regime di procedibilità del reato di "lesioni stradali", introducendo la regola della punibilità a querela della persona offesa (mentre in precedenza era d'ufficio) se non ricorrono le circostanze aggravanti contemplate nello stesso art. 590-*bis* c.p.

5. Il diritto penale della medicina

di Fausto Giunta

5.1. L'attività medica costituisce un altro importante campo di

materia sul quale interviene con ampia eco il diritto penale. Ciò si deve in larga misura all'importante impulso che è provenuto dalla giurisprudenza: basti pensare che le sentenze penali a carico del personale medico e sanitario in genere, un tempo rare e per lo più assolutorie, vengono segnalate, oggi, anche al di fuori delle riviste specialistiche, soprattutto quando contengono verdetti di colpevolezza. Si può dire, pertanto, che il rapporto tra medico e paziente – peraltro profondamente mutato anche dal punto di vista deontologico – è presidiato oggi da una disciplina penale, che sta acquisendo effettività, forse anche eccessiva, al punto da porre al centro dell'attenzione l'esigenza di un suo equo contenimento, non ultimo al fine di evitare i danni della c.d. medicina difensiva (quale complesso di comportamenti del medico volti a schermare preventivamente la sua responsabilità eccedendo negli aspetti formali e procedurali ovvero sottraendosi dall'intervenire nei casi più critici e rischiosi).

La tematica è molto ampia e complessa, anche per la mancanza nel nostro ordinamento di una normativa *ad hoc,* pensata espressamente per gli illeciti penali in cui può incorrere il medico nello svolgimento della sua attività professionale. La responsabilità penale del sanitario discende infatti dall'adattamento, non sempre agevole, delle norme penali comuni e dei principi generali alle particolarità dell'attività medico-chirurgica.

Nel suo nucleo principale, vengono in rilievo le fattispecie incriminatrici (comuni) di omicidio e lesioni personali colpose (artt. 589 e 590 c.p.), spesso imputate a titolo di omissione e cooperazione.

Le problematiche principali che si agitano nella cornice delle fattispecie incriminatrici anzidette attengono tuttavia al ruolo fondamentale che svolgono alcune categorie della parte generale. E precisamente: sotto il profilo della legittimazione dell'atto medico, vengono in rilievo la scriminante dell'esercizio di un diritto (*rectius*: di un'attività autorizzata) e dell'adempimento di un dovere, avuto riguardo altresì all'imprescindibile condizione

del consenso informato espresso dal paziente; sotto il profilo dell'imputazione assoluto rilievo assumono la causalità, l'omissione, la colpa e il concorso di persone.

5.2. Di recente, tuttavia la materia si è arricchita di una normativa specifica che, dapprima esterna al codice, oggi trova collocazione nella parte speciale codicistica a seguito della l. n. 24 del 2017.

Si tratta di un'unica disposizione di legge, l'art. 590-*sexies*, che, lasciando immutata la disciplina comune dell'omicidio e delle lesioni personali colposi, così come le categorie della causalità, dell'omissione e della cooperazione, interviene su una specifica forma della responsabilità colposa, qual è l'imperizia.

Dispone infatti la nuova norma codicistica, con riguardo ai casi di lesioni e omicidio colposi commessi nell'esercizio della professione sanitaria, che "Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto"@.

5.3. Un cenno infine merita la materia dei trapianti. Anche qui condotte penalmente rilevanti, un tempo previste in corpi normativi assestanti, sono state trasferite di recente nella parte speciale codicistica e più precisamente nel Titolo XII, tra i delitti contro la persona.

Il riferimento è all'art. 601-*bis* (Traffico di organi prelevati da persona vivente), che sanziona chiunque: a) illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente; b) svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente al fine di trarne un vantaggio economico; c) organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci

finalizzati al traffico di organi o parti di organi da vivente.

6. Il diritto penale dell'ambiente

di Costanza Bernasconi

6.1. Come già anticipato (*supra*, Cap. IV, § 2), con l. 22 maggio 2015, n. 68, il legislatore ha introdotto nel codice penale il nuovo Titolo VI-*bis* (specificamente dedicato alla tutela dell'ambiente), prevedendo fattispecie delittuose robustamente sanzionate, fino a quel momento del tutto inedite.

Nondimeno, l'inserimento degli ecodelitti all'interno del codice penale non ha sostanzialmente toccato il preesistente arsenale sanzionatorio di natura contravvenzionale, collocato nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem*, interamente sopravvissuto alla riforma.

Il diritto penale ambientale, infatti, si è progressivamente formato – segnatamente negli ultimi decenni del secolo scorso – attraverso la predisposizione di autonomi corpi normativi, mediante i quali si era, *ab origine,* realizzata una vera e propria settorializzazione della tutela, sulla base delle differenti risorse naturali (aria, acqua e suolo) di volta in volta oggetto di considerazione.

Ragioni di vario tipo, legate in particolare alla stretta accessorietà del diritto penale rispetto alla disciplina amministrativa vigente nei diversi ambiti, hanno sempre giocato un ruolo decisivo a favore della collocazione extracodicistica delle fattispecie incriminatrici a tutela dell'ambiente.

6.2. Sennonché, detta legislazione *extra codicem,* già per sua natura fisiologicamente instabile, aveva raggiunto nel settore qui considerato profili di straordinaria complessità, dovuta in parte anche all'esigenza di dare seguito a impulsi del legislatore

sovranazionale o di rispondere ad esigenze di tutela indotte da situazioni emergenziali.

Tali fattori non di rado avevano finito per generare un fenomeno di disordinata ipertrofia normativa, causa di enormi problemi di coordinamento tra le diverse norme che andavano ad affiancarsi e/o a sovrapporsi a quelle precedenti, oltre che di intellegibilità di un corpo di disciplina vieppiù vasto e di difficile gestione.

Proprio per questa ragione nel 2004 il legislatore conferì delega al Governo per l'adozione di "uno o più decreti legislativi di riordino, coordinamento e integrazione delle disposizioni legislative" in alcuni specifici settori espressamente indicati@.

Ne scaturì il d.lgs. n. 152 del 2006, noto anche come Codice dell'ambiente o Testo Unico ambientale (tuttora vigente), all'interno del quale confluì, in effetti, buona parte del materiale normativo fino a quel momento sparpagliato in una molteplicità di fonti diverse.

Rimasero, tuttavia, estranei a siffatto sforzo di razionalizzazione altri importanti settori di tutela (quali, per esempio, quelli afferenti alla protezione del territorio, dei beni culturali ed artistici, delle specie animali e vegetali protette, nonché numerose norme volte a contrastare particolari forme di inquinamento), a tutt'oggi collocati fuori dal citato Testo Unico.

6.3. Tanto premesso, vale comunque la pena di ricordare come il paradigma di illecito di gran lunga più utilizzato dal legislatore nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem* è sempre rimasto quello del reato contravvenzionale di pericolo astratto. Salvo pochissime eccezioni, infatti, le fattispecie incriminatrici presenti nella legislazione speciale non descrivono condotte di diretta aggressione ambientale, nelle forme dell'illecito di danno o di pericolo concreto, bensì condotte inosservanti della disciplina amministrativa volta a realizzare il necessario bilanciamento tra interessi contrapposti che contraddistingue in modo molto significativo siffatto ambito normativo.

Le peculiari caratteristiche del bene protetto e il rapporto talvolta antagonistico dello stesso rispetto ad altri interessi ritenuti comunque meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento hanno, infatti, indotto il legislatore a predisporre in sede extrapenale minuziose normative tecniche volte a individuare la sfera di c.d. rischio consentito, all'interno del quale possono essere esercitate attività caratterizzate da potenziale impatto ambientale. La sanzione penale, mediante il paradigma dell'illecito contravvenzionale, interviene, dunque, con la funzione di presidiare l'osservanza di siffatta disciplina attraverso, appunto, la costruzione di fattispecie di pericolo astratto, alle quali è, invero, tuttora affidato un importante ruolo di tutela.

Bibliografia essenziale

Capitolo XII
Le innovazioni concernenti la risposta sanzionatoria

1. Il sistema delle sanzioni: premessa

di Fausto Giunta

1.1. Anche il nostro sistema penale si caratterizza per il primato della pena detentiva, che perdura tutt'oggi sebbene nel tempo si sia attenuato.

Le pene principali, infatti, sono in prevalenza detentive e in alternativa pecuniarie. Le prime sono sanzioni di durata e si distinguono, sotto il profilo nominale più che sotto quello del contenuto afflittivo, nella reclusione e nell'arresto, a seconda che

riguardino rispettivamente un delitto o una contravvenzione (artt. 23 e 25 c.p.). La pena dell'ergastolo, nonostante i suoi ritenuti profili di incostituzionalità per contrasto con il principio della rieducazione del condannato (art. 27, comma 3, cost.), è prevista dall'art. 22 c.p. come pena perpetua. È fatta salva, tuttavia, la possibilità che il condannato, dopo aver scontato una parte della pena, acceda ai benefici penitenziari, riacquistando in tutto o in parte la libertà.

Le pene pecuniarie sono la multa e l'ammenda, a seconda che si riferiscano a un delitto o a una contravvenzione (artt. 24 e 26 c.p.).

1.2. Mentre le pene detentive e l'ergastolo limitano la libertà personale, le pene pecuniarie consistono nell'obbligo di parare allo Stato una somma di denaro. Nel disegno originario del codice Rocco la pena pecuniaria insoluta si convertiva direttamente in pena detentiva della specie corrispondente. Oggi, a seguito del recente d.lgs. n. 150 del 2022, si distingue opportunamente tra insolvenza e insolvibilità del condannato. La nuova regola generale prevede che la multa e l'ammenda inadempiute si convertono in semilibertà sostitutiva (v. il nuovo testo dell'art. 102 l. 24 novembre 1981, n. 689) secondo il criterio di ragguaglio per il quale un giorno di semilibertà sostitutiva equivale a euro 250 (art. 135 c.p.). Nel caso di accertata insolvibilità, la pena pecuniaria si converte nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo e, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva (v. il nuovo testo dell'art. 103 l. 24 novembre 1981, n. 689). Ciò conferma che in definitiva la caratteristica basilare del nostro diritto penale è tuttora la sua incidenza, diretta o indiretta, sulla libertà personale del condannato. Nell'ipotesi infatti di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semilibertà sostitutiva, alla detenzione domiciliare sostitutiva e al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, quali pene da conversione della multa e dell'ammenda, la pena sostitutiva viene revocata e la parte residua convertita in una sanzione sostitutiva più grave o in un uguale periodo di reclusione o di arresto a seconda che la pena pecuniaria riguardi un delitto o una contravvenzione (art. 108, l.

n. 689 del 1981).

1.3. Concentrando l'attenzione sulla pena detentiva temporanea, bisogna distinguere la cornice legale dal compasso edittale.

La cornice legale coincide con il minimo e il massimo di pena previsti dal codice penale per ciascuna tipologia di pena detentiva. Vengono qui in rilievo gli artt. 23 e 25 c.p., secondo i quali la reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni e l'arresto da cinque giorni a tre anni.

Il compasso edittale indica invece il minimo e il massimo di pena previsti dal legislatore per ogni singola fattispecie incriminatrice. Com'è intuitivo, in nome della coerenza del sistema, il compasso edittale non dovrebbe poter superare nel minimo e/o nel massimo la cornice legale di pena. Nulla può escludere, però, una siffatta eventualità. Si pensi, ad esempio, all'art. 630 c.p., per come è stato riformato dalla l. n. 894 del 1980), che è punito con la pena della reclusione da venticinque a trent'anni. Considerato che l'art. 23 c.p. e il riformato art. 630 c.p. sono posti dalla stessa fonte, la seconda finisce per derogare alla prima, minandone la funzione definitoria per così dire generale. Il contrasto tra atti legislativi o ad essi equiparati fa sì che la norma successiva prevalga su quella definitoria, senza altra conseguenza oltre a quella di aver creato un po' di confusione.

Dalla pena comminata (ossia, prevista in astratto dal legislatore per la singola figura di reato) si distingue la pena applicata in concreto dal giudice al colpevole di un fatto costituente reato, riconosciuto tale all'esito del processo penale. In tal caso si parla di pena irrogata@.

Breve: la comminatoria di pena soddisfa esigenze di prevenzione generale. Si parla infatti di pena minacciata. L'irrogazione di pena risponde invece a un'istanza di proporzione rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto storico costituente reato. L'applicazione della pena in concreto presuppone infatti il suo adattamento al caso concreto, attraverso la sua corretta quantificazione ad opera del giudice. Si parla al riguardo di

commisurazione in sensi stretto, in quanto contenuta entro il minimo o il massimo edittali (art. 132 c.p.), sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. Il minimo e il massimo edittali possono essere superati, invece, per effetto di circostanze attenuanti o aggravanti, comuni o speciali (artt. 61 e seg. c.p.). Si parla a tale proposito di commisurazione extraedittale.

La coerenza del sistema sanzionatorio, però, si è persa nell'arco degli ultimi decenni. Molti degli assi portanti sono stati modificati profondamente al punto che l'impianto sanzionatorio originario si ritiene oramai del tutto disintegrato.

2. La riforma del 1974 e la commisurazione della pena

di Costanza Bernasconi

2.1. La norma di parte speciale esprime le scelte politico-criminali assunte dal legislatore non solo in relazione alla descrizione del fatto tipico, ma anche in relazione all'individuazione del trattamento sanzionatorio.

Nella comminatoria edittale è, infatti, condensata la valutazione dell'ordinamento in ordine alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto. Sicché, la pena che il giudice applica nei confronti del soggetto ritenuto responsabile di un reato deve sempre essere individuata nel rispetto di siffatte valutazioni, le quali attuano, da un lato, il principio di legalità della sanzione e, dall'altro lato, il principio di soggezione dell'interprete alle scelte politico-criminali assunte dal Parlamento.

Il procedimento di commisurazione della pena nel nostro ordinamento è, dunque, governato da una discrezionalità vincolata, che rappresenta il punto di equilibrio tra l'istanza garantista della suddetta legalità (*sub specie* di predeterminazione della tipologia e della misura della pena) e

l'esigenza di individualizzazione giudiziale del trattamento sanzionatorio, in attuazione dei principi enunciati dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost.

2.2. Sennonché, nel corso del tempo, si sono registrati interventi legislativi volti ora ad ampliare, ora a restringere la discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione della sanzione.

Tali oscillazioni sono in larga misura da imputare all'incapacità dello stesso legislatore di addivenire ad una riforma organica della parte speciale del codice, oltre cha alla mancanza di visione di insieme del problema sanzionatorio, segnatamente in merito alla tipologia e ai tariffari delle diverse pene.

Tra gli interventi che hanno comportato una consistente estensione del potere discrezionale del giudice rientra senz'altro il d.l. n. 99 del 1974 (convertito con l. n. 220 del 1974), che, tra le altre cose: ha riformato la disciplina del reato continuato, estendendo l'applicazione dell'istituto fino a comprendervi anche violazioni di diverse disposizioni di legge; ha trasformato l'aggravante della recidiva da obbligatoria in facoltativa; ha ampliato i limiti di concessione della sospensione condizionale della pena; ha abrogato il divieto di bilanciamento (originariamente previsto) nei confronti delle circostanze inerenti alla persona del colpevole e delle circostanze ad efficacia speciale.

Soprattutto quest'ultimo aspetto della riforma è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina, posto che esso ha enfatizzato il rischio di configurare un "diritto libero", rimesso a scelte individuali del giudice, il quale verrebbe in tal modo ad esercitare poteri caratterizzati da un'enorme latitudine@.

Senza dubbio, infatti, il giudizio di bilanciamento delle circostanze costituisce una delle massime espressioni della discrezionalità in sede applicativa, affidato come è alla "cultura, all'"esperienza" e alla "capacità di intuizione" del giudice che lo pone in essere (v. la *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli,*

presentata all'udienza del 19 ottobre 1930 per l'approvazione definitiva del Codice penale, § 47@). Sicché, il venir meno, per effetto della riforma del 1974, di quei limiti, che *ab origine* ne contenevano parzialmente gli ambiti, ha innescato una surrettizia trasposizione al giudice di funzioni, in tema di politica sanzionatoria, proprie del legislatore.

In effetti, la *ratio* di siffatto intervento è stata da più parti ricondotta proprio alla riluttanza del legislatore ad effettuare precise scelte di politica criminale in relazione alla revisione dei limiti edittali – molto rigorosi e avvertiti ormai come anacronistici – previsti da un rilevante numero di fattispecie incriminatrici. Tanto che, la dilatazione dei margini di discrezionalità del giudice in sede di bilanciamento delle circostanze è stata interpretata come una sorta di "scorciatoia" per attenuare detto rigore, evitando al contempo l'impegnativa revisione della parte speciale@, "un surrogato (sgradevole, ma inevitabile) di un organico intervento normativo", di fronte alla "riforma mancata" delle "asprezze sanzionatorie ereditate dal codice Rocco"@.

2.3. Tuttavia, "il potenziamento della discrezionalità giudiziale, da rimedio al rigore delle comminatorie edittali ha finito per trasformarsi in un fattore di erosione della stessa legalità della pena"@. Infatti, se originariamente il sistema circostanziale "nella sua pletorica sovrabbondanza casistica costituiva il veicolo del primato riconosciuto alle valutazioni legali", ora esso finisce con il convertirsi "in agile strumento di «revisione» del trattamento sanzionatorio edittale, rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice"@. Si è, in tal modo, affermata un'inedita forma di supplenza giudiziaria – paradossalmente avallata dallo stesso legislatore – che può spingersi fino all'individuazione della cornice di pena in concreto applicabile.

Muovendo, dunque, dalla constatazione che siffatta rilevantissima estensione del giudizio di bilanciamento può avere l'effetto di sovvertire in via giudiziale le scelte sanzionatorie assunte dal legislatore e vanificare la funzione individualizzante svolta dalle circostanze (soprattutto da quelle ad efficacia

speciale, appunto), si comprende il motivo in forza del quale l'ordinamento abbia poi successivamente reagito a detto intervento normativo, con rimedi diversamente congegnati

In alcuni casi, siffatta reazione si è concretizzata nella (ri)qualificazione di determinate ipotesi, *ab origine* circostanziali, come autonome fattispecie di reato. È, questo, per esempio, il caso del furto in abitazione e del furto con strappo, elevati, con l. n. 128 del 2001, ad autonome fattispecie incriminatrici proprio allo scopo di escludere dall'eventuale bilanciamento con circostanze attenuanti gli elementi specializzanti ai quali l'ordinamento ha ricollegato un considerevole inasprimento sanzionatorio.

In altri casi, il legislatore ha, invece, introdotto (dapprima, soprattutto nell'ambito della parte speciale, in un secondo momento anche modificando disposizioni di parte generale) previsioni volte ad apportare deroghe alla disciplina generale del giudizio di comparazione.

Sono, dunque, ad oggi numerose le ipotesi nelle quali l'esito del giudizio di bilanciamento, in relazione a specifiche circostanze, è in tutto o in parte predeterminato *ex lege* (come si suole dire, "blindato"), essendo precluso al giudice di dichiarare prevalenti o anche solo equivalenti le concorrenti circostanze di segno opposto.

3. Il percorso inverso: deroghe al bilanciamento

di Costanza Bernasconi

3.1. Come già anticipato, l'enorme dilatazione della discrezionalità giudiziale introdotta nell'ambito del giudizio di bilanciamento delle circostanze con d.l. n. 99 del 1974, se pur dettata dall'intento di favorire l'adeguatezza in concreto della pena, rispetto alle rigidità (in eccesso) che caratterizzavano (e

per certi aspetti caratterizzano tuttora) un certo numero di fattispecie incriminatrici di parte speciale, ha aperto problemi di diversa natura.

Sicché, lo stesso legislatore, *re melius perpensa,* già a partire dagli anni immediatamente successivi alla riforma, ancora una volta in modo del tutto svincolato dalla collaterale revisione delle cornici edittali delle singole fattispecie incriminatrici, è intervenuto in diverse occasioni (dapprima, nell'ambito della sola parte speciale, ma in tempi più recenti anche modificando norme di parte generale) per apportare vere e proprie deroghe alla "nuova" disciplina del giudizio di comparazione.

In tale prospettiva, un ruolo rilevante è stato svolto dall'introduzione delle circostanze c.d. blindate o privilegiate@. Si tratta di ipotesi in relazione alle quali l'esito del giudizio di bilanciamento risulta in tutto o in parte predeterminato *ex lege*. Il comune denominatore è quello di integrare strumenti di contenimento della discrezionalità giudiziale in sede di quantificazione del trattamento sanzionatorio, posto che il legislatore ha, di volta in volta, ritenuto che determinati elementi debbano avere un peso commisurativo maggiore di altri.

3.2. I predetti meccanismi di contenimento della discrezionalità sono, però, poi diversamente costruiti dalle singole disposizioni.

In alcuni casi, infatti, il legislatore limita l'efficacia diminuente di eventuali circostanze attenuanti entro limiti, specificamente previsti, più ristretti rispetto a quelli che opererebbero con l'applicazione ordinaria dell'art. 69 c.p. (in questo senso dispongono, per esempio, gli artt. 289-*bis*, comma 5, e 630, comma 6, c.p.). In altre e più frequenti ipotesi, si enuncia invece un divieto di prevalenza o anche solo di equivalenza delle eventuali attenuanti concorrenti sulle circostanze aggravanti di volta in volta menzionate. Per lo più si tratta, infatti, di previsioni dettate allo scopo di salvaguardare i limiti edittali ed evitare che inasprimenti sanzionatori legati alla sussistenza di determinate elementi specializzanti possano essere annientati nella fase

commisurativa@.

Ebbene, sono oggi numerose le ipotesi riconducibili a siffatto paradigma. Si pensi, a titolo solo esemplificativo, all'art. 270-*bis*.1, comma 2, c.p., in forza del quale, per i reati commessi per finalità di terrorismo, "le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti".

Analoga deroga alla disciplina di cui all'art. 69 c.p. è contemplata dall'art. 280-*bis*, comma 5, c.p., secondo il quale "le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti".

Ma gli esempi potrebbero continuare, citando – senza nessuna pretesa di completezza – le deroghe al regime di comparazione riguardanti le fattispecie di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis*, comma 5, c.p.) e di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630, comma 6, c.p.), nonché l'associazione di tipo mafioso, (art. 416-*bis*.1, comma 2, c.p.), i delitti contro la personalità individuale (art. 602-*ter*, ult. comma, c.p.).

3.3. Ulteriori eccezioni alla disciplina generale del giudizio di bilanciamento sono state, altresì, introdotte nella parte generale del Codice penale. Il riferimento è, innanzitutto, alla riforma attuata con l. n. 251 del 2005, che, intervenendo sulla formulazione dell'art. 69, ult. comma, c.p., ha stabilito che "le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle

circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato".

In ordine di tempo, l'ultima deroga al giudizio di bilanciamento introdotta dal legislatore è ora prevista all'art. 69-*bis* c.p. e concerne alcuni delitti di particolare gravità, specificamente nominati attraverso il richiamo delle fattispecie indicate all'art. 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6), c.p.p. In tal caso, le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui agli articoli 111 e 112, primo comma, numeri 3) e 4), e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

3.4. Tanto premesso, occorre però evidenziare come talune delle succitate deroghe abbiano, invero, sollevano problemi di compatibilità con una pluralità di principi costituzionali. Tanto che in diverse occasioni è stato sollecitato l'intervento della Corte costituzionale.

Attraverso il sistema delle presunzioni legali può, infatti, accadere che il legislatore fissi in realtà un assetto troppo rigido degli interessi in gioco, rendendolo completamente insensibile alla valutazione del caso concreto. Si comprende allora la ragione in forza della quale il Giudice delle leggi abbia adottato talune pronunce di accoglimento parziale, là dove si è, per esempio, trattato di verificare la legittimità del divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata di singole circostanze attenuanti@.

Ebbene, l'esito di dette dichiarazioni di illegittimità è stato quello di ricondurre nuovamente nelle mani del giudice di merito il compito di trovare il punto di equilibrio, sulla base di valutazioni discrezionali caso per caso, con il conseguente notevole ridimensionamento della portata dell'ennesima riforma.

4. Le pene accessorie

di Costanza Bernasconi

4.1. La tipologia e la disciplina delle pene accessorie previste dal nostro ordinamento hanno per lungo tempo risentito in larga misura della matrice storica dell'istituto. La dottrina è, infatti, sostanzialmente concorde nel ravvisare nell'*infamia* dell'antico diritto romano l'archetipo originario da cui prenderanno forma nel corso dei secoli successivi le misure che ricollegano alla sentenza penale di condanna l'insorgere di svariate preclusioni e limitazioni.

Nondimeno, attualmente il nostro ordinamento contempla un novero piuttosto ampio di pene accessorie, poiché al nucleo originariamente previsto dalla parte generale del Codice penale, si sono via via aggiunte ulteriori tipologie, sia nell'ambito della parte speciale dello stesso Codice, sia – soprattutto – nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem*, in relazione a singole e nominate ipotesi di reato o a gruppi di reati.

Parrebbe ormai pacifico, infatti, che l'elenco delle pene accessorie contenuto nell'art. 19 c.p. non abbia carattere tassativo, sicché, con riferimento appunto a specifiche fattispecie incriminatrici, il legislatore ha ulteriormente modellato i contenuti delle conseguenze accessorie, implementando il catalogo di quelle generali. In tal modo, peraltro, le pene accessorie speciali riescono meglio a costruire contenuti sanzionatori che si pongano in stretta correlazione con le

peculiarità del reato commesso

Così, per esempio, l'art. 600-*septies*.2 c.p. contempla come pene accessorie per i delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600 ss. c.p. e per il delitto di cui all'art. 414-*bis* c.p., oltre a sanzioni già riconducibili a quelle previste dalla parte generale, anche altre e diverse ricadute pregiudizievoli, quali la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa, l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate abitualmente da minori. L'art. 544-*sexies* c.p. dispone la pena accessoria della sospensione dell'attività di trasporto, di commercio o di allevamento di animali come conseguenza della sentenza di condanna per i reati di maltrattamento, spettacoli o manifestazioni vietati, divieto di combattimento tra animali. L'art. 603-*ter* prevede che la condanna per i delitti di cui agli articoli 600 (limitatamente ai casi in cui lo sfruttamento ha ad oggetto prestazioni lavorative) e 603-*bis*, importi l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione, e relativi subcontratti, oltre che l'esclusione per un periodo di due anni da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi da parte dello Stato o di altri enti pubblici, nonché dell'Unione europea, relativi al settore di attività in cui ha avuto luogo lo sfruttamento.

4.2. Ancor più, le pene accessorie hanno rivelato una tendenza alla loro continua espansione nella legislazione speciale *extra codicem*, la quale, intervenendo a disciplinare settori particolari di attività, si è rivelata maggiormente incline ad utilizzare nuove tipologie sanzionatorie.

Sennonché, individuare, oggi, sanzioni pacificamente riconducibili al novero delle pene accessorie è operazione meno agevole di quanto, *prima facie,* potrebbe apparire, proprio a causa del progressivo incremento di svariate preclusioni e

conseguenze pregiudizievoli, variamente denominate e congegnate, che sovente il legislatore prevede come precipitato di una sentenza di condanna.

Tale processo di implementazione, infatti, non solo ha influito sul catalogo, sempre più ricco e variegato, di dette sanzioni, ma ha, altresì, da un lato evidenziato un'ibridazione della categoria con altri istituti e conseguenze sfavorevoli della condanna, in alcuni casi riconducibili – invero – al novero delle sanzioni amministrative accessorie o degli effetti penali della condanna, e, dall'altro lato, ha inciso sulla fisionomia delle pene accessorie, portando ad una progressiva (indiretta e per lo più silente) disintegrazione di taluni tratti caratterizzanti della relativa regolamentazione@.

L'originaria disciplina che il codice Rocco riservava alle pene accessorie era, infatti, ispirata ad alcune coordinate molto chiare e coerenti: automaticità, inderogabilità ed indefettibilità delle stesse. Ne derivava una pressoché assenza di discrezionalità del giudice in merito alla possibile esclusione di esse, nonché – salvo poche eccezioni – in merito alla loro concreta quantificazione. Erano, infatti previsti diversi automatismi applicativi, sia in relazione all'*an,* sia in relazione al *quantum* di dette conseguenze complementari.

Ora, invece, nella parte speciale sono previste anche ipotesi nelle quali al giudice è attribuito un rilevante potere discrezionale relativo sia *all'an* di applicazione delle sanzioni accessorie, sia – addirittura – alla possibilità di cumulare una pluralità di misure restrittive.

In tale prospettiva, si ricorda, per esempio, come più volte la giurisprudenza abbia ribadito che le pene accessorie del ritiro della patente di guida e del divieto di espatrio, previste come conseguenza di taluni delitti in materia di stupefacenti, non conseguono *e*x *lege* alla condanna, posto che esse non hanno natura obbligatoria, bensì facoltativa. Talché la loro irrogazione, in quanto discrezionale, richiede una specifica motivazione da

parte del giudice@. Analogo discorso vale in relazione alle pene accessorie previste dall'art. 1, comma 1-*bis,* d.l. n. 122 del 1993, ove si attribuisce al giudice un potere discrezionale circa la facoltà di disporne o meno l'applicazione, oltre che di applicare una o più delle misure ivi contemplate.

Ulteriori rilevanti profili di "originalità" si riscontrano, altresì, nel microcosmo delle sanzioni interdittive previste dal nostro legislatore nell'ambito del sistema di responsabilità da reato degli enti.

4.3. È, poi, sempre nell'ambito della parte speciale che hanno iniziato ad essere (meglio) scolpiti i profili di tensione della disciplina in tema di pene accessorie con il sistema valoriale desumibile dalla Costituzione, segnatamente con l'istanza di individualizzazione del trattamento sanzionatorio imposta, *inter alia,* dall'art. 27 Cost.

Un rilievo decisivo nel cammino di destrutturazione degli automatismi in tema di pene accessorie è stato, infatti, assunto da due pronunce con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi, rispettivamente, l'art. 569 e l'art. 566, comma 2, c.p. nella parte in cui essi prevedevano l'applicazione automatica e indefettibile della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale a carico dei soggetti condannati per i reati di alterazione e soppressione di stato di cui all'art. 567 c.p.@.

Sulla medesima strada si è, poi, successivamente collocata un'ulteriore e più recente presa di posizione della Consulta, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-*bis*, comma 3, c.p., nella parte in cui prevedeva che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio comportasse la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la mera possibilità per il giudice di disporre la sospensione medesima@.

Infine, un'ulteriore tappa fondamentale nel processo evolutivo della giurisprudenza in tema di pene accessorie è senz'altro

rappresentata dalla pronuncia con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, u.c., l. fall., nella parte in cui prescriveva che la condanna per uno dei fatti previsti dallo stesso articolo comportasse l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni, anziché "fino a dieci anni". In questo caso, a differenza dei precedenti, l'attenzione del Giudice delle leggi non ha coinvolto il profilo dell'automatica applicazione della conseguenza sanzionatoria, bensì quello dell'effetto blindato che coinvolgeva la durata della stessa, incompatibile – ad avviso della Corte – "con i principi costituzionali in materia di pena, e segnatamente con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio"@.

4.4. Tanto premesso, occorre però anche ricordare come, specie negli ultimi tempi, il legislatore abbia "riscoperto" – non di rado in forma piuttosto discutibile – la vocazione alla dissuasione *ex ante* insita nella comminatoria delle pene accessorie, attraverso la minaccia di sanzioni particolarmente temibili quanto a contenuti afflittivi, capaci – addirittura – in taluni casi di sovrastare quelli insiti nella stessa pena principale.

Alcuni recenti interventi di riforma, attuati con l. n. 69 del 2015, ma soprattutto con l. n. 3 del 2019, hanno per esempio puntato molto sull'inasprimento delle pene accessorie come strumento di contrasto nei confronti dei reati di corruzione, imprimendo a siffatto aspetto della penalità una significativa involuzione di segno autoritario e repressivo. Il legislatore ha, infatti, riposto molte aspettative sul rafforzamento dell'apparato sanzionatorio complementare alla pena principale, attuato non solo mediante pesanti interventi sulla durata (anche perpetua) delle pene accessorie e un'estensione del loro ambito applicativo, ma, altresì, attraverso l'introduzione di deroghe variamente congegnate volte a regolamentare – in forma derogatoria rispetto alla disciplina generale – i rapporti tra pene accessorie, da un lato, sospensione condizionale, patteggiamento e riabilitazione, dall'altro lato.

5. Le pene sostitutive

di Fausto Giunta

5.1. Per ovviare agli effetti criminogeni delle pene detentive di breve durata, la l. 24 novembre 1981, n. 689 aveva introdotto nel nostro sistema tre sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. La semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria potevano sostituire la pena detentiva irrogata in misura non superiore rispettivamente a due anni, un anno e sei mesi.

Il recente d.lgs. n. 150 del 2022 ha preso atto della loro scarsa applicazione, dovuta alla maggiore appetibilità della sospensione condizionale, quale beneficio concorrente.

Per ovviare a questo inconveniente, il d.lgs. n. 150 del 2022 ha ripensato la materia, accentuando, anche sul piano nominalistico, il profilo punitivo di queste sanzioni, non a caso chiamate oggi "pene sostitutive" e menzionate anche nel codice penale all'art. 20-*bis*.

L'innovazione principale, però, è un'altra e riguarda i contenuti tipologici. Sono state abrogate, infatti, la semidetenzione e la liberà controllata. Al loro posto figurano, oltre alla pena pecuniaria sostitutiva, la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

Soprattutto è stato aumentato il loro raggio operativo. La semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva operano in luogo della reclusione o all'arresto non superiori a quattro anni; il lavoro di pubblica utilità sostitutivo al posto della reclusione o dell'arresto non superiori a tre anni; la pena pecuniaria può sostituire la reclusione o l'arresto non superiori a un anno.

5.2. La riforma prova a smarcare le prime tre pene sostitutive

dalla operatività concorrente della sospensione condizionale, che, come noto, riguarda le pene di durata non superiore a due anni. Si chiarisce inoltre che le pene sostitutive non sono condizionalmente sospendibili.

In realtà sul punto sia il codice penale, sia la l. n. 689 del 1981 tacciono. La soluzione della non sospendibilità, però, si ricava dall'art. 545-*bis* c.p.p., che dispone: "*Quando è stata applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni e non è stata ordinata la sospensione condizionale, subito dopo la lettura del dispositivo, il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ne dà avviso alle parti*". La prima scelta del giudice di cognizione, dunque, è quella tra sospendere o non sospendere la pena principale. Al tal fine, *"il giudice può acquisire dall'ufficio di esecuzione penale esterna e, se del caso, dalla polizia giudiziaria tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato".* Vengono ad assottigliarsi così le differenze tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione.

Ebbene, nel caso di condanna a una pena astrattamente sospendibile, non si vede come possa darsi fiducia a un reo per il quale è stata esclusa la sospensione condizionale. Se la ragione dell'esclusione è la prognosi sfavorevole, non vi è spazio per pene che prevedono comunque la responsabilizzazione del condannato.

In relazione alle pene detentive superiori a due anni, se la prognosi è favorevole, il trittico sostitutivo non sfugge invece all'abbraccio sterilizzante dall'affidamento in prova al servizio sociale. Altrimenti non potrà che applicarsi la pena detentiva.

In definitiva la riforma sembra meno rivoluzionaria di come è stata presentata.

6. Le sanzioni irrogabili dal giudice penale di pace

di Fausto Giunta

6.1. Il monopolio della pena detentiva, nell'ambito delle tipologie punitive principali, ha trovato solo di recente un'eccezione. Il riferimento è alla giurisdizione di pace. L'idea di affidare alle cure di un giudice senza toga una parte della giustizia penale c.d. minore è stata realizzata dal d.lgs. n. 274 del 2000. Questo importante comparto normativo ha esteso la competenza della giurisdizione onoraria, già sperimentata nel campo civile, ad alcuni settori della materia penale, mantenendo tuttavia inalterato il ruolo preminente del giudice di pace quale mediatore delle controversie individuali.

A prima vista, la nuova disciplina può sembrare l'ennesima riforma settoriale *extra codicem,* finalizzata a creare un sottosistema, composto da profili di disciplina sia penale che processuale, tendenzialmente indipendente – per principi di disciplina e funzioni politico-criminali – dai due corpi codicistici di riferimento. In effetti, il nuovo circuito giurisdizionale presenta indubbie peculiarità, cui si accompagna un repertorio di importanti innovazioni. Si pensi all'ampliamento della tipologia delle pene principali, alla scomparsa del carcere per i reati devoluti alla competenza del giudice di pace, all'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto e all'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Sarebbe riduttivo considerare la riforma come un espediente votato principalmente alla deflazione processuale. È ben vero, piuttosto, che essa sottende una concezione del reato come frattura sociale componibile. Da qui, il mantenimento e l'accentuazione della funzione conciliativa del giudice pacificatore, espressamente prevista dall'art. 29, comma 4, e per altro verso il ricorso alla logica della punizione come *extrema ratio*.

6.2. Iniziando dalla competenza per materia, essa spazia da reati

codicistici a fattispecie *extra codicem*.

Quanto ai primi, si pensi ai delitti offensivi del patrimonio (come quelli previsti agli artt. 626, 627, 635, comma 1, 637, 638, comma 1, 639, 647 c.p. nonché dagli artt. 631, 632, 633, comma 1, e 636, salvo che questi ultimi reati concernano "acque, terreni, fondi o edifici pubblici o destinati ad uso pubblico") e a quelli contro la persona di minore gravità (come le fattispecie di cui agli artt. 581, 582, 590, 593, commi 1 e 2, 594, 595, commi 1 e 2, e 612, comma 1. Non si è mancato di devolvere alla nuova giurisdizione anche alcune contravvenzioni, per l'esattezza gli illeciti di cui agli artt. 689, 690, 691, 726, comma 1, e 731 c.p.

Tra di loro eterogenei sono invece i reati *extra codicem* devoluti alla giurisdizione onoraria, che includono illeciti formali incidenti su interessi *lato sensu* superindividuali, in quanto tali meno adatti alla con la logica riparativa e conciliativa che ha ispirato la riforma.

6.3. Come si anticipava, la novità di fondo ha riguardato il sistema sanzionatorio e precisamente la scomparsa della pena detentiva per i reati devoluti alla competenza del giudice di pace. In sua vece il d.lgs. n. 274 del 2000 ha introdotto nuove tipologie sanzionatorie, aventi contenuto non carcerario. Accanto alla pena pecuniaria, sono state previste le sanzioni della permanenza domiciliare (art. 53) e del lavoro di pubblica utilità (art. 54), che vanno ad ampliare il catalogo delle pene principali esistenti nel nostro ordinamento. Trattandosi di autonome sanzioni non detentive, la loro inosservanza è punita con un apposito delitto, la cui pena non può essere sostituita ai sensi dell'art. 53 e seguenti della l. n. 689 del 1981.

La permanenza domiciliare consiste nell'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato o domenica, salvo che ricorrano particolari esigenze del condannato. Quanto alla durata della nuova sanzione, l'art. 53, comma 2, stabilisce che essa "non può essere inferiore a sei

giorni né superiore a quarantacinque giorni". La permanenza domiciliare costituisce dunque una pena di tipo "paradetentivo", avente durata normalmente frazionata e destinata a incidere pur sempre sulla libertà personale, la quale, di regola, verrà compressa nella cornice, certamente meno afflittiva e desocializzante, dell'abitazione del condannato.

Il lavoro di pubblica utilità, infine, è una sanzione dai contenuti positivi, in quanto caratterizzata da obblighi di fare. Per questo motivo la sua irrogazione è stata opportunamente subordinata dall'art. 54, comma 1, alla richiesta del condannato. La durata della nuova pena "non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato". Ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro.

6.4. Il sistema si ispira, dunque, al principio della pena come *ultima ratio*. In effetti, l'irrogazione della sanzione punitiva si profila come una conclusione estrema, che dovrebbe verificarsi in una minoranza di casi: ossia quando il giudice abbia escluso che il fatto sia particolarmente tenue (art. 34) e non abbiano avuto esito le procedure conciliative mirate alla riparazione delle conseguenze del reato (artt. 29, comma 2, e 35).

Per quanto concerne il primo di tali epiloghi anticipati, la causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto si ispira a una visione "gradualistica" del reato, la quale ammette l'indipendenza tra il piano della tipicità e quello del bisogno di pena in concreto. Qualcosa di simile avviene nei reati perseguibili a querela in funzione selettiva, dove l'apprezzamento del bisogno di pena è rimesso al titolare del diritto di querela. Diversamente da tali ipotesi, però, nel contesto dell'istituto disciplinato dall'art. 34 la particolare tenuità del fatto è valutata dal giudice.

6.5. Non meno innovativa è la causa di estinzione del reato

prevista dall'art. 35 per il caso in cui l'imputato abbia dimostrato di "aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato". Le peculiarità del meccanismo estintivo disciplinato dall'art. 35 si correlano strettamente alla funzione mediatrice del giudice di pace, che può esplicarsi appieno soprattutto in relazione ai reati offensivi di interessi. Come si è visto, infatti, stante la natura interpersonale del conflitto creato da tali reati, il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, se accettata dalla vittima come forma di riparazione, consente di sanare il conflitto stesso, rendendo superflua, in un'ottica di privatizzazione della risposta sanzionatoria e di conseguente disponibilità della stessa, l'irrogazione di una pena. Quanto alle modalità in cui può realizzarsi la condotta riparatoria, sebbene l'art. 35 indichi congiuntamente il risarcimento, le restituzioni e l'eliminazione delle conseguenze del reato, ciascuna di esse risulta doverosa in ragione delle caratteristiche del fatto storico, con la conseguenza che, senza con ciò introdurre alcuna libertà di scelta da parte dell'autore del fatto, tali condotte possono risultare in concreto anche alternative.

A norma dell'art. 35, comma 2, il giudice di pace può pronunciare la sentenza di estinzione del reato "solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione". In breve, stando al tenore della disposizione citata, l'estinzione del reato presuppone il pieno soddisfacimento di tutte le istanze che sono sottese alla c.d. concezione polifunzionale della pena: ossia la proporzione della risposta sanzionatoria e la sua adeguatezza a perseguire finalità di prevenzione generale e speciale.

Va da sé, tuttavia, che un'applicazione rigorosa di tutti questi parametri equivarrebbe a introdurre una valutazione giudiziale assai impegnativa e improba, tale da favorire un'applicazione sporadica dell'istituto estintivo, in contrasto con la filosofia complessiva della giurisdizione di pace. Proprio per evitare un

siffatto epilogo interpretativo, certamente estraneo alla logica del nuovo impianto normativo, appare inevitabile la valorizzazione di alcuni parametri di giudizio a scapito di altri, nel senso che, tra le varie funzioni della pena, sia proprio quella generalpreventiva a dover pesare di meno.

7. Il decreto legislativo 231/2001

di Fausto Giunta

7.1. In relazione ad un catalogo di reati, tassativamente elencati, il sistema sanzionatorio è stato rafforzato dal d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto una nuova forma di responsabilità dell'ente collettivo per gli illeciti penali commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. Competente a irrogare le nuove sanzioni, la cui natura afflittiva è fuori discussione, è il giudice penale, all'esito dello stesso processo celebrato nei confronti dell'autore materiale del reato.

I soggetti collettivi ai quali può applicarsi la nuova forma di responsabilità sono gli enti forniti di personalità giuridica nonché delle associazioni e fondazioni anche prive di personalità giuridica. Si può fondatamente dubitare, invece, che il gruppo di società costituisca un centro di imputazione autonomo e unitario ai fini dell'eventuale irrogazione della sanzione punitiva. Sono espressamente esclusi dal raggio di azione della normativa lo Stato (inteso come apparato esercente l'attività di amministrazione), gli enti pubblici territoriali (Comuni, Città metropolitane, Province e Regioni) nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (ad esempio, i partiti politici e i sindacati, entrambi generalmente costituiti in forma di associazioni non riconosciute).

7.2. Originariamente, il catalogo dei reati astrattamente ascrivibili era costituito da un ristretto numero di fattispecie

elencate negli artt. 24 e 25, d.lgs. n. 231 del 2001, nei quali rientravano, tra le altre, la malversazione (art. 316-*bis* c.p.), l'indebita percezione di erogazioni (art. 316-*ter* c.p.), la truffa commessa in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640, comma 2, n. 1 c.p.) ovvero realizzata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.), la corruzione e la concussione (artt. 317 – 322-*bis* c.p.).

Ben presto, però, il catalogo dei reati si è allungato con l'inserimento nel d.lgs. n. 231 del 2001 di ulteriori fattispecie, riconducibili perlopiù all'area della criminalità economica. Il riferimento è ai delitti informatici e di trattamento illecito dei dati (art. 24-*bis*), ai delitti contro l'industria ed il commercio (art. 25-*bis*.1), ai reati societari (art. 25-*ter*), ai c.d. abusi di mercato (art. 25-*sexies*), all'omicidio colposo e alle lesioni personali gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*), all'impiego di lavoratori stranieri il cui soggiorno è irregolare (art. 25-*duodecies*), ai delitti di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio (art. 25-*octies*), ai delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25-*novies*), ai c.d. reati ambientali (art. 25-*undicies*), alle frodi in competizioni sportive e all'esercizio abusivo del gioco d'azzardo o delle scommesse (art. 25-*quaterdecies*), e, infine, ai reati tributari (art. 25-*quinquiesdecies*).

E, ancora, la normativa in questione risulta applicabile anche ai delitti di falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-*bis*) nonché ai delitti di criminalità organizzata (art. 24-*ter*) e con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*), alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-*quater.*1), ai delitti contro la personalità individuale (art. 25-*quinquies*), al delitto di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25-*decies*), e, infine, al delitto di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa (art. 25-*terdecies*).

Guardato complessivamente, l'elenco dei reati ascrivibili all'ente appare oggi tanto numeroso, quanto eterogeneo, al punto che la dottrina si è domandata se il suo progressivo allungamento non abbia finito per snaturare il nesso originario tra la nuova forma di responsabilità e il contrasto della criminalità di impresa.

7.3. L'art. 5 d.lgs. 231 del 2001 individua due classi di potenziali autori dei reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo. Un primo gruppo di soggetti è costituito da coloro che esercitano la rappresentanza, l'amministrazione o la direzione dell'ente nel cui ambito vengono, perciò, ad occupare una posizione apicale. Un secondo gruppo di potenziali autori dei reati c.d. presupposto è costituito dalle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di coloro che occupano una posizione apicale.

Affinché l'ente venga punito, occorre l'ulteriore condizione che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Dalla distinzione tra soggetti apicali e sottoposti discendono importanti implicazioni. Infatti, a norma dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 231 del 2001, se il reato c.d. presupposto è commesso da un soggetto apicale, esso viene ricondotto direttamente e in via presuntiva all'ente in base al principio dell'immedesimazione organica. Per vincere tale presunzione, l'ente dovrà dimostrare di avere adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un sistema (*rectius*: modello) organizzativo e gestionale idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Diversamente, se il reato c.d. presupposto è commesso da soggetti subordinati spetta all'accusa provare che la sua commissione è stata resa possibile da una carenza organizzativa (i.d. la mancanza di un *modello* efficace) e in definitiva da una morfologia criminosa dell'ente.

7.4. Il difetto di organizzazione costituisce, dunque, un criterio di imputazione sostanzialmente colposo, al punto che si parla al riguardo di "colpa da organizzazione". Con l'espressione "modello di organizzazione e gestione", utilizzata dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n.

231 del 2001, si indica, invece, lo strumento di razionalizzazione e monitoraggio delle procedure aziendali, finalizzate a contenere il rischio che uno o più reati vengano commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Il sistema di prevenzione descritto nel *modello,* attuativo, come si è detto, dell'obbligo di "auto-organizzazione" interna, deve essere ritagliato sulle caratteristiche specifiche dell'ente e presuppone la previa valutazione del rischio di verificazione dei reati c.d. presupposto, in considerazione dell'attività concretamente svolta.

Una volta mappato il rischio di reati, il *modello* dovrà individuare le procedure preventive in grado di azzerare o ridurre i fattori di rischio analiticamente censiti.

L'efficace attuazione del *modello* è affidata, in via continuativa, all'organismo di vigilanza, cui compete di verificare l'osservanza dei protocolli gestionali sollecitandone, se del caso, l'aggiornamento. L'organismo di vigilanza deve essere indipendente e dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

7.5. L'apparato sanzionatorio allestito dal d.lgs. n. 231 del 2001 si presenta efficace e idoneo ad assicurare la funzione di prevenzione generale nella sua accezione più classica, ossia come "contromotivazione" al reato mediante la minaccia della punizione. La punizione degli enti è connotata tuttavia anche da una non secondaria funzione specialpreventiva, nella misura in cui, *post factum*, il sistema favorisce, induce o impone un ripensamento organizzativo e gestionale dell'ente e, nei casi estremi, un rinnovamento delle cariche sociali apicali.

La sanzione pecuniaria si applica sempre ed è determinata sulla base di un sistema per "*quote*" il cui numero non può essere inferiore a cento né superiore a mille; quanto all'importo, invece, una quota va da un minimo di 258 euro fino ad un massimo di 1.549 euro.

Per quel che concerne il numero delle quote, il primo parametro che viene in rilievo è rappresentato dalla gravità del fatto. Un

ulteriore criterio è dato dal grado della responsabilità dell'ente, che risulterà più o meno elevato a seconda che il reato c.d. presupposto sia stato commesso da un soggetto apicale oppure da un subordinato. Tra gli altri parametri oggettivi di commisurazione, vanno ricordate le condotte riparatorie messe in atto dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e, per altro verso, prevenire la commissione di nuovi illeciti.

Passando alla determinazione del valore della singola quota, il giudice dovrà tener conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, al fine di assicurare l'efficacia della sanzione.

7.6. Le sanzioni interdittive, elencate dall'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001 (l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni e servizi) rappresentano il più temibile strumento di contrasto della criminalità dell'ente, tanto che la loro applicazione è rigorosamente disciplinata. Dispone, infatti, l'art. 13 d.lgs. n. 231 del 2001 che tali sanzioni si applicano solo se espressamente previste con riferimento ai singoli reati c.d. presupposto e, comunque, nei casi più gravi; vi rientrano, ad esempio, le ipotesi di reiterazione dell'illecito (v. art. 20 d.lgs. n. 231 del 2001), così come i reati da cui è derivato un rilevante profitto.

Le sanzioni interdittive sono in ogni caso temporanee, così come previsto *in primis* dall'art. 11, lett. b), della legge delega e, poi, dall'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, che ne gradua la durata da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni, rimettendo al giudice la loro determinazione in concreto sulla scorta dei medesimi criteri di commisurazione della pena pecuniaria di cui all'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001.

Il criterio generale appena enunciato soffre un'eccezione, introdotta con la l. n. 3 del 2019 nel quadro di un più ampio intervento normativo teso a irrobustire la risposta punitiva con riguardo ai delitti contro la pubblica amministrazione. In particolare, con riferimento a questi ultimi illeciti, l'art. 25, comma 5 (richiamato dallo stesso art. 13, comma 2) prevede che le sanzioni interdittive siano disposte per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni se il reato-presupposto è stato commesso da un soggetto "apicale", ovvero per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro qualora il reato-presupposto sia stato commesso da un soggetto "subordinato".

L'applicazione delle sanzioni interdittive è esclusa quando essa comporterebbe l'interruzione di un servizio pubblico (art. 358 c.p.) o di pubblica necessità (art. 359 c.p.) da cui possa derivare un pregiudizio per la collettività; affiora, in questo caso, l'esigenza di bilanciare gli interessi in gioco. Lo stesso deve dirsi per l'esclusione delle sanzioni interdittive quando il blocco dell'attività dell'ente può provocare rilevanti ripercussioni sull'occupazione. In questi casi, ove ritenga di non applicare la sanzione interdittiva, il giudice, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 231 del 2001, dispone l'insediamento di un commissario per un tempo pari alla durata della sanzione interdittiva, con il compito, tra l'altro, di adottare il modello di organizzazione e di gestione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001.

Il giudice dovrà prescegliere la sanzione interdittiva da applicare tenendo conto della sua idoneità a prevenire illeciti del tipo di quello verificatosi, con l'avvertenza che, se una sola sanzione sia insufficiente allo scopo, egli potrà irrogarne più di una.

7.7. Al pari della sanzione pecuniaria, anche la confisca del prezzo o del profitto del reato è sempre disposta con la sentenza di condanna, salvo per la parte che può essere restituita al danneggiato ed impregiudicati i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. La confisca può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità equivalenti al prezzo o al profitto del reato, compreso

quello eventualmente conseguito durante il commissariamento dell'ente.

Infine, la sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna, prevista dall'art. 18 d.lgs. n. 231 del 2001, è facoltativa e accessoria, posto che la sua operatività è subordinata all'applicazione di una delle sanzioni interdittive.

8. La giustizia riparativa: il d.lgs. 150 del 2022

di Fausto Giunta

8.1. Alcune delle recenti riforme penali sono state incentivate economicamente dal Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il riferimento è alla l. n. 134 del 2021 in materia di prescrizione del reato (che ha introdotto l'improcedibilità dell'azione allo spirare dei nuovi termini di fase: due anni per l'appello e un anno per il giudizio di legittimità) e al d.lgs. n. 150 del 2022 che, pur intervenendo in modo puntiforme sull'assetto normativo previgente, è frutto di una visione politico-criminale unitaria. Se sul terreno processuale l'obiettivo principale è il recupero di efficienza della macchina repressiva, su quello sostanziale le innovazioni mirano alla deflazione e alla decarcerazione.

In questa prospettiva particolare attenzione meritano, innanzitutto, l'ulteriore sviluppo operativo della querela-selezione (v. *infra* cap. XIII, § 4) e l'ampliamento dei casi di remissione tacita (art. 152 c.p.), su cui si tornerà.

Anche l'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.), è stato potenziato (v. *infra* cap. XIII, § 1). Il d.lgs. n. 150 del 2022 ne ha modificato il principale presupposto operativo concernente la gravità del reato. Quest'ultima non si desume più dal massimo della pena detentiva comminata, pari a cinque anni, bensì dal minimo edittale di due anni. Si tratta di una innovazione condivisibile perché è dal

minimo edittale che si coglie il disvalore oggettivo del fatto. Per compensare l'accresciuta estensione applicativa dell'istituto, si è reso opportuno l'ampliamento del catalogo delle esclusioni.

Particolare attenzione merita infine la condotta susseguente al reato, come indice della tenuità del fatto. L'innovazione suggerisce un'accezione ampia e a-tecnica delle condotte riparatorie e ripristinatorie, che tuttavia non possono essere oggetto di autonoma considerazione@, rilevando nell'ambito di una valutazione olistica del fatto. Per esempio, una lesione personale particolarmente crudele non diventa certo tenue se il reo, dopo averlo aggradito, accompagna in ospedale il soggetto passivo.

8.2. In questo contesto un ruolo di spicco occupa la c.d. giustizia riparativa, presentata come il fiore all'occhiello della riforma.

Se si guarda alle sue traduzioni legislative, quali risultano all'esito di una pur sommaria analisi comparatistica, l'ambito operativo della giustizia riparativa risulta oltremodo vario. Essa può interessare tutti i reati oppure solamente gli illeciti penali meno gravi. D'altro canto, le condotte meritorie possono essere spontanee oppure assistite da un mediatore, che ha il compito di avvicinare i protagonisti del conflitto sociale. Quanto ai contenuti, la riparazione può assumere una forma simbolica (si pensi a dichiarazioni e scuse formali) o essere materiale e in quest'ultimo caso risarcitoria o ripristinatoria, completa o parziale. La condotta riparativa, infine, può intervenire prima del processo, durante la sua celebrazione o dopo la condanna, interagendo con il sistema sanzionatorio oppure operando al suo esterno.

8.3. Collegando tra loro le variabili anzidette, è possibile distinguere due diversi modelli di giustizia riparativa: l'uno forte, di tipo vittimo-centrico, l'altro debole, di impronta reo-centrica.

Il primo è incompatibile con la pena come categoria logica: l'ideologia che lo ispira è riconciliativa, più simile alle caratteristiche della giurisdizione di pace, che a quella del diritto penale comunemente inteso. La giustizia riparativa in senso *forte*,

muovendo dalla sofferenza della vittima per l'offesa subita, promuove i comportamenti satisfattivi del reo, che tendono a sostituire la pena come strumento di superamento del conflitto sociale. In senso *debole*, invece, la riparazione ben si presta a integrare la giustizia tradizionale: i comportamenti del reo a beneficio della vittima depongono a favore di un percorso riabilitativo, che giustifica l'attenuazione dei contenuti afflittivi della pena come categoria storica.

8.4. L'art. 42 del d.lgs. 150 del 2022 offre una definizione di giustizia riparativa molto generale, indentificandola con "ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore".

In realtà, la via italiana alla giustizia riparativa, sebbene pensata in relazione a tuti i reati, presenta in prevalenza i caratteri della concezione debole, di cui si è detto. La sua gestione, infatti, rimane nelle mani dello Stato che tiene conto dell'avvenuta riparazione se del caso dissentendo, per tramite del giudice, dalla valutazione della vittima (es. art. 162-*ter* c.p.). E ancora: per quanto si delinei un indebolimento del ruolo della giurisdizione a favore dei servizi sociali, la principale forma di riparazione è quella "laica" del risarcimento, che ha perso il significato di prezzo del sangue, tipico del diritto antico e del diritto islamico. Per il resto, l'esito riparativo può rilevare come remissione della querela (art. 152 c.p.), circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62 n. 6 c.p., onere specialpreventivo della sospensione condizionale "breve" (art. 153 c.p.), elemento valutabile ai fini del lavoro all'esterno, dei permessi-premio, della liberazione condizionale e delle misure alternative (art. 78, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2022).

8.5. Con una espressione molto efficace la *Restorative Justice* viene descritta come una giustizia senza spada. Questa

assimilazione, però, vale più per l'accezione *forte* della giustizia riparativa, che per quella che abbiamo definito *debole*. In ogni caso non si deve pensare che la giustizia riparativa sia per definizione mite. Per restare nella metafora, anch'essa ha una spada: non quella a doppio taglio di cui parlava Franz von Liszt@, bensì la spada laser degli Jedi, figure sensibili al lato chiaro della forza, secondo la fantasiosa mitologia di *Star wars*.

La logica riparativa, infatti, a differenza di quella reo-centrica tradizionale, è bipolare, nella misura in cui ritaglia uno spazio addirittura prioritario a favore della vittima. Le prerogative riconosciute a quest'ultima possono entrare in tensione con le garanzie pensate per la persona indicata come autore del reato. L'azione punitiva può spostarsi dal corpo al for interno, specie in considerazione della mancata tipizzazione delle condotte riparative simboliche rivolte alla soddisfazione della vittima. L'autoritarismo del diritto penale muta pelle, rischia di trasformarsi in paternalismo manipolatore, seppure dialogico e soave, talvolta anche umiliante. Tutto ciò nel rispetto formale del (possibile) reo, indotto a partecipare ai programmi di giustizia riparativa dalla forza persuasiva della punizione incombente.

8.6. Sul piano processuale lascia perplessi in particolare il disposto dell'art. 129-*bis* c.p.p. "In ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria può disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato (…) al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa". Quando l'"invito" proviene dal giudice, la sua decisione entra in tensione con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, che ha rilevanza costituzionale. Senza contare che, ove la conciliazione non abbia successo, magari per volontà della vittima, l'imputato tornerà dal giudice per essere giudicato. Sebbene l'art. 51, d.lgs. n. 150 del 2022 disponga l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma, resta il fatto che l'imputato si ripresenterà da chi lo ha pre-giudicato come colpevole; altrimenti non lo avrebbe avviato a un percorso riconciliativo.

Bibliografia essenziale

Capitolo XIII
Depenalizzazione, improcedibilità e messa alla prova

1. Le depenalizzazioni

di Bianca Ballini

1.1. La parte speciale dell'odierno diritto penale si connota per lo smisurato numero di fattispecie di reato e conseguentemente per l'estensione ipertrofica dell'area di rilevanza penale, che ostacola la conoscibilità della legge penale.

Sul piano topografico, la proliferazione dei tipi criminosi si è registrata precipuamente nella legislazione *extra codicem* (c.d. diritto penale accessorio o complementare), tanto che si è parlato, al riguardo, di "de-codificazione", quale controtendenza rispetto ai processi di codificazione di matrice ottocentesca.

Ciò non è dipeso soltanto dalla necessità di adeguare il diritto penale alle nuove istanze di tutela connessi all'evoluzione della realtà socio-culturale@. La sanzione penale è stata impiegata anche per colpire fatti ancora lontani dall'offesa al bene giuridico protetto o comunque dotati di minimo disvalore@. Non a caso, la maggior parte dei reati vigenti – soprattutto al di fuori del codice – ha natura contravvenzionale. La criminalizzazione di simili condotte affonda le radici in epoca illuministica, allorché, allo scopo di estendervi le garanzie penalistiche, vennero trasformati in reati i c.d. illeciti di polizia, infrazioni minori allora rimesse alla competenza dell'autorità amministrativa. In tempi più recenti,

poi, la pan-penalizzazione è stata alimentata da un uso disinvolto e simbolico dello strumento penale, spesso impiegato per la punizione di mere inosservanze o, al contrario, di fatti gravi ma già ricompresi in fattispecie più generali (si pensi alle recenti fattispecie in tema di omicidio e lesioni stradali colposi, che duplicano, rafforzandola, una tutela già offerta da altre norme: v. *infra* Cap. XI, § 4).

1.2. Per ovviare agli eccessi di penalità che si pongono in contrasto con il principio di offensività, è stato elaborato e in parte attuato un programma politico-criminale di impronta deflattiva, il cui cuore è costituito dalla depenalizzazione c.d. in astratto, ossia dall'abrogazione delle incriminazioni dei fatti bagatellari@.

In dottrina, secondo un'interpretazione, si distingue tra "decriminalizzazione" e "depenalizzazione" (in senso stretto), a seconda che il fatto prima costituente reato divenga, rispettivamente, del tutto lecito oppure mantenga la rilevanza di illecito seppure non penale@. In particolare, in tale ultimo caso, il fatto viene riqualificato, solitamente, come illecito amministrativo e, in tempi recenti, anche come illecito civile punitivo (d.lgs. n. 7 del 2016). La depenalizzazione (in senso lato) si distingue, poi, dalla depenalizzazione c.d. in concreto, alla quale appartengono istituti eterogenei che lasciano intatta la rilevanza penale del fatto, rimettendo al momento applicativo la decisione in ordine alla sua punibilità.

In quest'ultimo ambito, dietro la spinta di esigenze di decongestionamento del carico giudiziario, sono stati introdotti, in tempi recenti, i tre istituti della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.), della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168-*bis* c.p.), nonché delle condotte riparatorie che estinguono il reato (art. 162-*ter* c.p.). Mentre il primo consente al giudice di dichiarare la non punibilità dell'autore allorché il fatto concretamente realizzato risulti talmente esiguo da non meritare la pena@, gli altri due subordinano la prevista estinzione del

reato, rispettivamente, nell'un caso, alla positiva realizzazione di una serie di condotte (che spaziano dalla riparazione del danno da reato allo svolgimento di lavori di pubblica utilità) durante il periodo in cui il processo resta sospeso proprio al fine di consentire lo svolgimento della prova; e, nell'altro, alla riparazione integrale del danno cagionato dal reato, da effettuarsi entro la dichiarazione d'apertura del dibattimento.

La politica di depenalizzazione in senso stretto è stata inaugurata a partire dagli anni '60 del secolo scorso e attuata a più riprese dalle leggi n. 317 del 1967, n. 706 del 1975, n. 689 del 1981, nonché dai d.lgs. n. 507 del 1999 e nn. 7 e 8 del 2016.

1.3. Fatta eccezione per il d.lgs. n. 7 del 2016, che ha trasformato taluni reati in illeciti civili punitivi@, gli altri interventi di depenalizzazione hanno sostituito la sanzione penale con quella amministrativa.

Particolare menzione merita la l. n. 689 del 1981, che ha introdotto per la prima volta una disciplina organica – sostanziale e processuale – dell'illecito punitivo-amministrativo, sia esso tale *ab origine* o a seguito di depenalizzazione.

La maggior parte dei principi e delle regole ivi fissati hanno natura para-penale. Si pensi, ad esempio, ai principi di legalità e alla disciplina della capacità di intendere e di volere, dell'elemento soggettivo e del concorso di persone.

Gli stessi criteri di commisurazione della sanzione, seppure non incidenti sulla libertà personale, ne confermano la funzione afflittiva. Ciò ha indotto parte della dottrina a ricomprendere le due tipologie di illecito – l'una penale e l'altra amministrativa – nel medesimo *genus* del diritto punitivo@. La contiguità tra i due modelli anzidetti trova una conferma nella disciplina sul concorso apparente di norme (art. 9, l. n. 689 del 1981), che viene risolto con la prevalenza, rispetto a uno stesso fatto, della norma speciale.

Le somiglianze tra i due settori punitivi risultano ancora più

accentuate ove si metta a confronto la struttura e la disciplina dell'illecito amministrativo-punitivo con il reato contravvenzionale. Ciò rende problematico il riparto funzionale tra i rispettivi settori di incidenza politico-criminale.

2. La riscoperta penalistica del risarcimento del danno

di Gianfranco Martiello

2.1. Sino a non molto tempo fa, i luoghi normativi di tangenza tra il risarcimento del danno e la pena criminale risultavano del tutto limitati, considerata anche la diversità delle funzioni che ad essi pacificamente si attribuiva: al primo, quella di "riparare" la violazione di una altrui situazione giuridica di vantaggio, cercando di ripristinare lo stato di fatto antecedente o di ristorare il danneggiato con il *tandundem* pecuniario; alla seconda, quella di "punire" il reo per aver commesso un fatto particolarmente antisociale, ossia il reato.

Ed in effetti, nell'originario testo del codice Rocco le aree di intersezione tra pena e risarcimento del danno apparivano circoscritte.

Così, nella «Parte generale» era ed è previsto, ad esempio, che la commissione di un reato obblighi chi l'ha commesso al risarcimento dei conseguenti danni civili, inclusi quelli di natura non patrimoniale (artt. 185 c.p. e 2059 c.c.); l'art. 188 c.p., da parte propria, impone al condannato l'obbligazione di rifondere lo Stato delle spese da quest'ultimo sostenute per il mantenimento negli stabilimenti di pena; con diversi fini, l'art. 62, n. 6, c.p. riconosce un'attenuazione della pena a colui che, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mentre è solo più di recente che il riformato ultimo comma dell'art. 163 c.p. ha incluso un tale ristoro tra le condizioni imposte al reo per l'accesso al beneficio della sospensione condizionale della pena c.d. «breve».

Sul versante della «Parte speciale» del codice penale, a venire in rilievo è segnatamente l'art. 641, comma 2, che già in origine prevedeva che il delitto di «Insolvenza fraudolenta» potesse (eccezionalmente) essere estinto mediante l'adempimento, seppure tardivo, dell'obbligazione non onorata, sebbene – si noti – sugli impliciti presupposti: *a*) della natura strettamente individuale del bene giuridico protetto, ossia il patrimonio, il che fa sì che la portata offensiva del reato si scarichi quasi esclusivamente sul titolare dello stesso; *b*) della concentrazione della carica offensiva del reato nell'evento lesivo del bene giuridico (disvalore d'evento), che assorbirebbe in sé anche quella insita nella condotta; *c*) della natura temporanea e non irreparabile dell'offesa al bene giuridico, che rende agevole al legislatore incentivare condotte di ristabilimento dello *status quo ante*; *d*) della omogeneità degli interessi offesi dall'incriminazione rispetto a quelli ristorati dalla contro-condotta post fattuale, la quale, difatti, risulta del tutto omogenea al piano dell'offesa prodotta dal reato.

2.2. Proprio l'esistenza di tale precedente sembra avere incoraggiato il legislatore al progressivo inserimento, all'interno del sistema penale, di sempre più numerose previsioni normative che consentono al reo di estinguere il reato commesso risarcendo economicamente il danno da quest'ultimo cagionato. In apparenza, quindi, parrebbe che *nihil sub sole novum*, ma, a parte la dimensione quantitativa che tale fenomeno ha ormai raggiunto, ben lontana dalla sua eccezionalità originaria, è il concreto atteggiarsi delle più recenti clausole estintive a segnare il solco più profondo rispetto all'archetipo costruito dai codificatori del 1930.

In effetti, l'impressione è che, più che prestare attenzione alla potenziale congruità del risarcimento rispetto alla natura del bene offeso ed al disvalore complessivo espresso dal reato estinguendo, il moderno legislatore sia stato più che altro ansioso di alleggerire quanto più possibile il carico di lavoro degli uffici giudiziari, e ciò al fine ultimo di ridurre la proverbiale lentezza con la quale si muove, ormai cronicamente, la nostra giustizia

penale. In questa prospettiva, forse più che il mantenimento di ragionevoli equilibri della risposata sanzionatoria rispetto a fatti che pur sempre costituiscono «reato», se non addirittura «delitto», può avere prevalso il bisogno di "arruolare" – in modo quantitativamente significativo – anche siffatte clausole nell'ampia rosa degli strumenti *lato sensu* deflattivi che il legislatore ha messo ormai in campo, tra i quali ad esempio si annoverano, sul versante del diritto sostanziale, la depenalizzazione, l'estensione della procedibilità a querela, la degradazione di figure di reato ad illeciti punitivi civili, ecc.

2.3. Se ciò è vero in termini generali, occorre tuttavia prendere atto di come le clausole di tale fattura ormai diffuse nell'ordinamento penale non risultino forgiate su di un unico modello, ma, al contrario, differiscano tra loro, a tacer d'altro, sia per il campo applicativo ad esse di volta in volta riservato, sia – e particolarmente – per il contenuto della prestazione estintiva richiesta al reo e per i poteri conformativi che rispetto ad essa vengono riconosciuti al giudice.

Sotto il primo profilo, è allora possibile distinguere clausole estintive che si riferiscono a singoli reati, come ad esempio quelle degli artt. 341-*bis*, u.c., c.p. e 2627, u.c., c.c., da clausole estintive applicabili, invece, a gruppi circoscritti di reati, come quelle recate dagli artt. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e 162-*ter* c.p.

Non vi è dubbio, tuttavia, che di maggiore interesse risulta la partizione che può essere operata, come detto, assumendo a criterio discriminatorio la prestazione richiesta al reo ed i poteri di controllo riconosciuti al giudice sul procedimento estintivo. E ciò non fosse altro perché tali elementi fanno meglio comprendere tanto il diverso punto di equilibrio tra esigenze deflattive ed esigenze retributive che il legislatore ha di volta in volta inteso raggiungere, quanto la reale attitudine surrogatoria della prestazione richiesta al reo rispetto alla pena alla quale essa, di fatto, subentra.

In quest'ultima prospettiva, assumono rilievo, in primo luogo,

quelle clausole estintive che richiedono l'avvenuto risarcimento – ora in forma generica, ora in forma specifica – del (mero) danno civile derivante dal fatto di reato, come ad esempio risulta dai richiamati artt. 341-*bis*, u.c., 641, u.c., c.p. e 2627, u.c., c.c. Tuttavia, nel collegare l'estinzione del reato alla riparazione o al risarcimento di quel medesimo danno al cui ristoro il reo sarebbe stato comunque obbligato dall'art. 185 c.p., la gran parte di tali clausole non sembra in realtà postulare una effettiva "sostituzione" della pena con la sanzione risarcitoria, sebbene appaia innegabile come esse assecondino – in modo senz'altro politicamente ripagante – quel processo di valorizzazione delle istanze della vittima del reato che da tempo è in atto. A ben vedere, difatti, in tali ipotesi pare che, più semplicemente, e per motivi di opportunità deflattiva, il legislatore abbia ritenuto il solo ristoro del danno patito dal danneggiato una risposta del tutto adeguata a chiudere la vicenda criminosa. Più che essere propriamente surrogata dalla sanzione civile, allora, la pena sembra qui ritrarsi dal proprio consueto campo operativo, e la sua applicazione pare in sostanza oggetto di una sorta di "rinuncia" dell'ordinamento. Sotto altro versante, può rilevarsi come tale piena corrispondenza (giuridica) tra offesa penalmente rilevante e danno economicamente apprezzabile, e risarcibile, renda i presupposti applicativi di tali clausole sostanzialmente "incontrollati", poiché, come si evince dalla stringatezza sul punto delle disposizioni estintive richiamate, al giudice non sembra essere stato riconosciuto alcun potere valutativo, ed a maggior ragione conformativo. Non è quindi peregrino ritenere che sarà la soddisfazione della parte danneggiata a giocare un ruolo fondamentale nella definizione della prestazione estintiva, come già in effetti emerge da alcuni arresti giurisprudenziali in materia di oltraggio a pubblico ufficiale.

In secondo luogo, si impongono all'attenzione quelle previsioni estintive nelle quali il legislatore ha espressamente richiesto al risarcimento o alla riparazione del danno di estendersi ad un *quid pluris*, e segnatamente all'appagamento di esigenze ulteriori rispetto a quelle manifestate dal civilmente danneggiato dal

reato, subordinando al soddisfacimento anche di esse la produzione dell'effetto estintivo. A ben vedere, è in tali ipotesi che, con maggiore fondatezza, si può ragionevolmente affermare che la sanzione risarcitoria propriamente si surroga a quella penale, poiché ritenuta satisfattiva di quelle medesime esigenze alle quali è la pena, nella sua polifunzionalità, ad essere di norma chiamata a fornire adeguata risposta.

In tale ottica, vengono in specifico rilievo i già richiamati artt. 35, d.lgs. n. 274 del 2000, e 162-*ter* c.p., posto che in entrambe le ipotesi da essi tratteggiate l'estinzione del reato è in effetti collegata non solo all'integrale ristoro del danno civile, attuato con le «restituzioni» od il «risarcimento», ma anche, ove possibile, alla eliminazione delle «conseguenze dannose o pericolose del reato»: formula, questa, che alluderebbe al «danno criminale», ossia a quella lesione o messa in pericolo del bene giuridico che non necessariamente coincide, o coincide *in toto*, con il mero danno civile. Peraltro, a tale condizione il citato art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 ne aggiunge come noto un'altra, di ancora più evidente sapore penalistico, ovverosia la necessità che le condotte *post factum* intraprese dal reo risultino «idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione». Orbene, appare evidente come tale previsione risulti finalizzata a valorizzare gli obbiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale insiti nella pena, che assumono precipua rilevanza proprio nei casi nei quali il giudice ritenga il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose non sufficienti a compensare il disvalore complessivo espresso dall'illecito, il che evita il rischio di improprie "monetizzazioni" della responsabilità penale. Proprio in conseguenza – verrebbe da dire – della maggiore complessità delle funzioni che la prestazione estintiva è chiamata a svolgere nelle due ipotesi normative richiamate, al giudice viene riconosciuto un potere di controllo penetrante, ma anche dai contorni più sfuggenti, circa l'attitudine del comportamento post-fattuale del reo a soddisfare tutte le esigenze che il legislatore, a fronte della promessa estinzione del reato, ha espressamente

inteso comunque salvaguardare.

2.4. Se questi sono, sebbene per sommi capi, i principali "modelli" sui quali la moderna legislazione sembra avere plasmato le clausole estintive del reato connesse al comportamento attivo *post factum* del reo, non è difficile cogliere la diversa funzionalità rispetto agli obbiettivi ultimi di deflazione penale che esse vantano e le distinte problematiche che esse sollevano. A tale riguardo, basterà qui evidenziare come le previsioni che ricollegano l'effetto estintivo del reato unicamente all'avvenuto risarcimento del danno, se da un canto promettono di sortire i maggiori risultati deflattivi, poiché richiedono al reo unicamente di procedere a tale ristoro e comprimono il controllo del giudice su ciò che le parti di fatto concordano, dall'altro sollevano non poche riserve di ordine generale. Anzitutto, è lo stesso messaggio stigmatizzante che il diritto penale, quale misura estrema, dovrebbe inviare al corpo sociale a risultare in buona misura annichilito, tanto da non apparire del tutto peregrino interrogarsi in radice sulla stessa opportunità di conservare rilievo penale a fattispecie che poi consentono, nella sostanza, una definizione *inter partes*, e quasi "privatistica", dell'illecito. Ed invero, delle due l'una: o si ritiene che il fatto provochi un allarme sociale tale da dovere essere in qualche modo controbilanciato, al limite anche con strumenti risarcitori che tendenzialmente coprano, però, ogni altra conseguenza prodotta, oppure si ritiene che, tutto sommato, il fatto abbia una risonanza sostanzialmente confinata alle sole parti coinvolte, di talché una «pena» in senso proprio non sia in verità propriamente necessaria. D'altro canto, il ritenere invece praticabile la "terza via" del reato estinguibile con il solo risarcimento del danno civile introduce il delicato problema dei criteri di selezione che il legislatore dovrebbe ragionevolmente utilizzare per circoscrivere tali fattispecie, il che sottende complesse valutazioni circa il bene giuridico protetto, la sua natura, la portata offensiva del fatto, la concentrazione del suo disvalore sull'evento piuttosto che sulla condotta, e via dicendo.

Il modello più elaborato di clausola estintiva, a sua volta,

interroga quantomeno in un duplice senso. Da un canto, infatti, appare chiaro che, tanto maggiore sarà l'attenzione dedicata dal legislatore alla salvaguardia della idoneità satisfattoria della prestazione estintiva rispetto agli scopi tipici della pena, tanto più complessa sarà l'opera di intermediazione alla quale il giudice sarà chiamato, tanto più accidentato risulterà il percorso che conduce all'esito estintivo, e quindi a soddisfare quelle istanze deflattive che, come detto, costituiscono l'intima ragion d'essere delle clausole in parola. D'altro canto, tuttavia, è proprio la complessità delle valutazioni di ordine satisfattorio che al giudice vengono così rimesse che finisce fatalmente per dilatare oltremodo la sfera di discrezionalità – qui ancor più difficilmente sindacabile con criteri tendenzialmente oggettivi – riconosciuta al magistrato, e quindi per rimettere in discussione il delicato equilibrio tra quest'ultima ed il principio di legalità della pena.

2.5. In ogni caso, giova infine ricordare come al fondo di ogni scelta estintiva resti il nodo da sciogliere legato alla individuazione di quale funzione o di quale aspetto delle funzioni che la pena è in grado ontologicamente di svolgere si voglia nella sostanza esaltare, il che anche significa, a ben vedere, interrogarsi sul tipo di diritto penale che si voglia costruire.

Non è difatti un caso che, dal punto di vista storico, e fuori da ogni contingente urgenza del momento, il maggiore o minore "successo" riscosso da tali clausole tra la dottrina e nella legislazione abbia risentito: ora dell'emersione di originali concezioni dell'intero sistema penale, patrocinate dalla c.d. «Scuola positiva», che si sarebbe voluto rifondare non più sul tradizionale binomio "colpevolezza-pena", bensì, tra gli altri, su quello "pericolosità-misura di protezione sociale", nel cui contesto al risarcimento del danno veniva riconosciuta un efficace ruolo sanzionatorio, quanto meno nei confronti dei delinquenti primari riconosciuti di «minore pericolosità»; ora di quelle innovative costruzioni filosofiche dell'idea di «Giustizia penale» che al tradizionale fondamento kantiano della pena come *malum passionis propter malum actionis* contrapposero il diverso principio del *bonum actionis propter malum actionis*; ora della

rinnovata sensibilità generale nei confronti della tutela della vittima, sospinta dagli studi che le ha riservato la «vittimologia» e dal ruolo sempre maggiore che ad essa, sia fuori che dentro il processo penale, anche la legislazione va progressivamente attribuendo; ora, infine, delle suggestioni provenienti da quelle teorie finalistiche della pena che hanno prospettato l'esistenza di risvolti "in positivo" della sua più tradizionale funzione general-preventiva, i quali, difatti, nell'evidenziare come lo stigma penale possa pedagogicamente concorrere ad accreditare nella società determinati valori ed a ristabilire nei consociati la fiducia nel sistema, in quanto si possa ritenere risolto in modo soddisfacente il conflitto nascente dal reato, consentirebbero al risarcimento del danno di coniugarsi in modo più coerente con gli scopi della pena rispetto a quanto esso farebbe nell'ambito delle visioni più tradizionali – specie di quelle retributive e general-preventive-intimidative – di quest'ultima.

3. Condotte riparatorie e reati procedibili a querela

di Fausto Giunta

3.1. L'ipertrofia della parte speciale e il conseguente affaticamento della macchina processuale sono tra i principali mali di cui soffre la nostra giustizia penale. Ciò spiega il carattere prioritario che hanno assunto le politiche di deflazione, tra le quali svolge un ruolo particolare l'incremento dei reati che derogano alla procedibilità *ex officio.* Si può dire che, mentre tende a ridursi l'impiego della querela come strumento tutela della vittima del reato dallo *strepitus fori,* l'obiettivo deflattivo è diventato sempre più la *ratio* della procedibilità a querela, intesa a conciliare sinergicamente la superfluità della pena in concreto con il contenimento del sovraccarico giudiziario. In questa prospettiva si collocano gli interventi di potenziamento della perseguibilità a querela che si sono susseguiti nel tempo. Si parla al riguardo di querela-selezione. Per rimanere alle riforme più

significative, assumono qui rilievo: la l. 24 novembre 1981, n. 689, la l. 25 giugno 1999, n. 205, il d.lgs. n. 61 del 2002, il d.lgs. n. 36 del 2018 e il d.lgs. n. 150 del 2022.

3.2. In ragione dell'effetto deflattivo perseguito, la procedibilità a querela viene comunemente classificata tra le ipotesi di depenalizzazione c.d. di fatto@, senza che ciò ne svaluti quelle peculiarità cui vale la pena accennare sinteticamente.

In primo luogo, a differenza della depenalizzazione *de iure*, che incide sul piano sostanziale sotto forma di *abolitio criminis*, la querela, in quanto condizione di procedibilità, interessa il versante processuale.

In secondo luogo, diversa è la portata dell'effetto deflattivo. Nel caso della depenalizzazione, la rinuncia alla pena avviene in astratto, all'esito di una rivalutazione della (mancante) meritevolezza di pena di tutti i fatti tipizzati dalla fattispecie depenalizzata. Con la querela-selezione la depenalizzazione si realizza in concreto, ossia con riguardo al singolo fatto storico rispetto al quale la querela non viene sporta, per (supposto) difetto del bisogno di pena.

In terzo luogo, mentre la depenalizzazione, nell'attuare il principio di offensività, muove da una valutazione unitaria del carente disvalore di tutti i fatti tipici sottratti alla pena, la perseguibilità a querela parte da un diverso presupposto: che i fatti tipici, nell'unitarietà e inscindibilità della figura di reato, possano presentare in concreto, sia oggettivamente, sia nella percezione soggettiva della vittima, disvalori differenti, ora minimi, ora elevati, comunque sufficienti a giustificare il mantenimento della fattispecie incriminatrice. In breve: l'inoffensività del fatto depenalizzato è originaria, trattandosi di una valutazione del legislatore, quale artefice della politica criminale; quella del fatto non perseguito per difetto di querela dipende dall'apprezzamento del soggetto passivo o della persona che, per la sua vicinanza agli interessi offesi, viene ritenuta un'interprete attendibile del bisogno di pena suscitato dal fatto.

In quarto luogo, la depenalizzazione è sovente accompagnata dal mutamento di natura dell'illecito, che viene degradato a violazione amministrativa (c.d. decriminalizzazione): la qual cosa consente di non rinunciare né alla funzione punitiva della sanzione, né alla sua gestione ad opera di una autorità pubblica. Diversamente, per il fatto tipico non perseguito in concreto, si apre la strada di un trattamento differenziato eventuale e pattizio, affidato alla capacità dei privati coinvolti di ricomporre da soli il conflitto. Sotto questo profilo, per sua natura, la querela-selezione è soggetta a remissione; un meccanismo, questo, che funge da ulteriore sprone alla composizione anche tardiva degli interessi in campo. Com'è evidente, la querela-selezione sfrutta dinamiche risarcitorie esterne al processo, gestite dai protagonisti del fatto di reato autonomamente, ossia senza l'aiuto di un mediatore. Si tratta quindi di un fenomeno di mera de-processualizzazione e di eventuale composizione stragiudiziale.

3.3. La querela-selezione non manca nel nostro ordinamento di una embrionale disciplina di parte generale. Il riferimento è all'operatività di due distinti istituti che, intervenuti in tempi diversi e aventi ambiti applicativi differenti, valorizzano la condotta antagonistica susseguente al reato come fattore giustificativo della rinuncia alla pena. Viene qui in rilievo l'estinzione per condotte riparatorie prevista, in via sperimentale, per i reati di competenza del giudice di pace, di cui si è detto, e di recente estesa al circuito giurisdizionale ordinario.

Più precisamente l'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 costituisce una disciplina, per un verso generale, perché non esclusiva dei reati perseguibili a querela, per l'altro speciale, in quanto operante solo per i reati devoluti alla cognizione del giudice pacificatore, la cui vocazione repressiva è assai poco spiccata. Come noto, la disposizione citata consente al giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, di dichiarare estinto il reato quando l'imputato dimostra di avere proceduto alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Per altro verso, viene in rilievo il recente art. 162-*ter* c.p., introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, che disciplina l'estinzione del reato per condotta riparatoria in termini speculari rispetto al citato art. 35: la nuova causa estintiva codicistica ha portata generale, seppure limitatamente ai reati perseguibili a querela soggetta a remissione; la qual cosa rende più stretto, sotto il profilo politico-criminale, il nesso tra la querela-selezione, come scelta processuale dell'offeso, e la condotta susseguente dell'imputato, avente ad oggetto, anche qui, la riparazione del danno, mediante restituzioni e risarcimento, e l'eliminazione delle conseguenze dannose.

3.4. Le similitudini tra i due istituti sono evidenti. In entrambi i casi il legislatore, chiamando in causa il giudice nel ruolo di co-gestore del conflitto, ha inteso riportare all'interno del processo penale il momento compositivo e stragiudiziale del conflitto, di cui la querela-selezione di per sé considerata non si occupa. In questo senso l'estinzione per condotte riparatorie, quale istituto di parte generale, funge da completamento funzionale della querela-selezione, quale fenomeno deflattivo di parte speciale.

Un altro carattere che accomuna i due istituti – seppure espressamente affermato solo in quello di più recente introduzione – è il potere del giudice di estinguere il reato d'autorità, per così dire forzando la mano del querelante, ovverosia chiudendo la partita anche contro il suo volere. In tal modo l'estinzione per condotte riparatorie ri-pubblicizza la fase della remissione, temperandone l'originaria natura di diritto potestativo.

Ben più rilevanti, però, sono le differenze tra i due anzidetti istituti estintivi, sulle quali è opportuno sostare brevemente. Il riferimento è, oltre all'ambito di operatività, di cui anche si dirà, ai criteri di esercizio del potere d'intervento del giudice. Solo l'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, infatti, prevede dei parametri finalistici di natura penalistica, quali l'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. L'art. 162-*ter* c.p. presenta,

invece, un'impalcatura più civilistica, come dimostra l'espresso richiamo dell'art. 1208 c.c. in materia di offerta reale: il presupposto dell'estinzione coattiva è solamente la riparazione integrale del danno cagionato da reato.

3.5. Com'è intuitivo, questo snodo funzionale è gravido di conseguenze applicative. Sennonché, decisiva appare la preliminare verifica della premessa. Ci si deve chiedere, cioè, se il potere d'intervento del giudice sia realmente diverso nei due casi, al di là delle indubbie differenze testuali che presentano gli articoli citati. A tale proposito, non può farsi a meno di rilevare che la valutazione richiesta al giudice di pace, oltre ad apparire alquanto complessa, è anche sproporzionata rispetto all'esiguità offensiva della gran parte dei reati affidati alle sue cure. Certo questo rilievo non vale per le ipotesi di lesioni personali devolute alla giurisdizione di pace. Sennonché, nei confronti di queste ultime previsioni di reato, già in sede di prima interpretazione era apparsa di dubbia legittimità l'estinzione forzosa per intervenuta riparazione, se intesa come monetizzazione autoritativa dell'offesa subita; perciò si era ritenuto di escludere l'estinzione coattiva in presenza di gravi offese di natura personale@. Per converso, in relazione a tutti gli altri reati di competenza del giudice di pace i criteri di esercizio della discrezionalità giudiziale elencati nell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 apparivano una litania superflua, risultando poco plausibile che la riparazione di reati scarsamente offensivi, specie se piena, lasci insoddisfatte esigenze di riprovazione e prevenzione che solo la pena (peraltro lieve, perché si tratterebbe della permanenza domiciliare nel fine-settimana) potrebbe placare.

Questi rilievi sembrano potersi riferire, *mutatis mutandis*, anche all'operatività dell'art. 162-*ter* c.p. È ben difficile che un'offerta risarcitoria, non accettata dalla vittima, ma impostale dal giudice, risulti idonea a cauterizzare l'offesa di beni fondamentali della persona, come l'integrità fisica. L'anzidetta soluzione appare praticabile, invece, per le aggressioni che riguardano interessi privati o beni personali disponibili. Qui tanto l'intervento autoritativo del giudice, quanto il suo epilogo estintivo, vengono

ad assumere una funzione di garanzia: proteggere il colpevole dalla sua vittima, quando costei è animata unicamente da inammissibili intenti persecutori@.

Stando così le cose, le differenze operative tra i due istituti finiscono per assottigliarsi, anche sotto il profilo del retroterra cognitivo della decisione giudiziale, la quale, intervenendo in una fase processuale anticipata, non potrà fondarsi sul pieno accertamento del fatto di reato. Bisogna concedere che, di regola, il giudice valuterà la congruità delle condotte riparatorie in relazione all'entità del danno quale risulta dalla narrazione dei fatti ad opera del querelante, prendendola per buona in quanto implicitamente accettata dall'accusato che preferisce evitare l'accertamento processuale. È anche possibile, però, che il presunto colpevole, pur senza negare il fatto, contesti l'entità delle conseguenze lesive. In tal caso, in presenza di allegazioni difensive, il giudicante dovrà comunque prenderne atto.

4. Il recente potenziamento della procedibilità a querela

di Caterina Paonessa

4.1. Tra i diversi interventi messi a punto dal d.lgs. n. 150 del 2022 al fine di soddisfare l'obiettivo performante dell'efficienza del processo e della giustizia penali, il rafforzamento del ricorso alla querela occupa un posto di sicuro rilievo.

La riforma percorre una duplice strada: una già navigata, l'altra più innovativa, ma non per questo meno problematica. Il riferimento è, da un lato, all'ampliamento, quale riflesso del mutamento di procedibilità, delle situazioni in cui è possibile ottenere l'estinzione del reato, finanche prescindendo dal *placet* del querelante, sulla scorta del meccanismo regolato dall'art. 162-*ter* c.p.; dall'altro lato, alla possibilità di desumere indirettamente dalla manifestazione di volontà espressa dal querelante ad altri

fini (l'adesione a programmi di giustizia riparativa), la remissione tacita della querela in presenza di determinate circostanze, quali il raggiungimento dell'esito riparativo e il rispetto di obblighi comportamentali, ove previsti, secondo quanto indicato dal nuovo art. 152, comma 3, c.p.

4.3. Iniziando dal primo ordine di interventi, va preso atto del carattere "tendenziale", non assoluto, dell'incompatibilità tra reati contravvenzionali e procedibilità a querela. Muovendo da questa premessa, il d.lgs. n. 150 del 2022 ha mutato il regime di perseguibilità sia della contravvenzione che punisce il "disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone" (art. 659 c.p.), limitatamente all'ipotesi in cui essa configura un reato contro la persona (nel caso, cioè, di "chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone"), sia, soprattutto, della contravvenzione volta a sanzionare la "molestia o disturbo alle persone" (art. 660 c.p.)@.

4.4. Il cambio di procedibilità ha interessato pure le lesioni personali (art. 582 c.p.), rendendo perseguibili a querela anche le ipotesi "lievi" (quelle che, secondo la ripartizione originaria del codice Rocco, comportano una malattia di durata compresa tra 21 e 40 giorni), a meno che il fatto non sia commesso contro persona incapace, per età o infermità, per le quali la procedibilità resta d'ufficio.

Dalla modifica è scaturita "di riflesso" la dilatazione della sfera di competenza penale del giudice di pace. Com'è noto, l'art. 4, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 274 del 2000 attribuisce a tale organo giudiziario la competenza "per le lesioni personali perseguibili a querela di parte"; con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, dunque, alle lesioni lievissime, già devolute alla cognizione del giudice pacificatore, si sommeranno le lesioni lievi.

Per ragioni di coerenza, ad ogni modo, si deve ritenere, che, pure in assenza di una espressa indicazione legislativa, anche per le

lesioni lievi troveranno applicazione le limitazioni di competenza già previste per le lesioni lievissime realizzate in ambiente familiare. Ferma, quindi, la procedibilità a querela per le lesioni (lievissime e) lievi aggravate ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 1, c.p. (in quanto commesse "contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenne o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva") e comma 2 (in quanto commesse "contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta"), prevista dal novellato art. 582 c.p., entrambe le ipotesi restano sottratte alla cognizione del giudice di pace. Non v'è ragione, infatti, per non devolvere al tribunale ipotesi ben più gravi di quelle che già oggi sono a lui riservate a fronte del ritaglio normativo che ha subito, sulla base di modifiche successive, lo stesso art. 4, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 274 del 2000, anche dietro l'intervento della Consulta.

4.5. Il "piatto forte" della riforma è certamente rappresentato dalle lesioni personali stradali gravi o gravissime, dove il cambio di procedibilità segna un ritorno alle origini; prima della trasformazione in fattispecie autonoma (con la l. 23 marzo 2016, n. 41), infatti, le lesioni in questione, configuravano una aggravante delle lesioni colpose dell'art. 590 c.p., procedibile a querela. Oggi, ai sensi dell'ultimo comma all'art. 590-*bis* c.p., il delitto torna a essere punibile "a querela della persona offesa se non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dal presente articolo".

4.6. Il d.lgs. n. 150 del 2022 ha ritoccato, per certi aspetti, talune scelte in punto di procedibilità effettuate dalla precedente riforma Orlando. È il caso della minaccia, che proprio il d.lgs. n. 36 del 2018 aveva reso perseguibile a querela anche nell'ipotesi "grave", con esclusione, però, dei casi in cui ricorressero ulteriori

circostanze aggravanti ad effetto speciale; l'art. 612 c.p. andava letto, in effetti, in combinato con l'art. 623-*bis* c.p., introdotto dal medesimo testo legislativo. Il d. lgs. n. 150 del 2022 si insinua in tale quadro normativo andando a ritagliare uno spazio nella predetta esclusione: si procede a querela, infatti, anche se la minaccia è grave e proviene da un recidivo (art. 99, commi 2, 3 e 4 c.p.).

4.7. Proseguendo con le modifiche che hanno riguardato il comparto dei reati contro la persona, con il d.lgs. n. 150 del 2022 muta il regime di procedibilità anche delle ipotesi meno gravi del sequestro di persona (art. 605, comma 1, c.p.) e della violenza privata (art. 610, comma 1, c.p.), nonché quella della violazione di domicilio, qualora il fatto sia commesso con violenza sulle cose, a meno che la fattispecie non venga perpetrata ai danni di persona incapace (per età o infermità), ipotesi nella quale si attiva, al pari della violazione di domicilio commessa con violenza sulla persona, la procedibilità *ex officio*.

4.8. In disallineamento rispetto alle scelte operate dal d.lgs. n. 36 del 2018, la riforma del 2022 ha optato per la perseguibilità a querela della truffa (art. 640 c.p.) e della frode informatica (art. 640-*ter* c.p.) anche in presenza di un danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, comma 1, n. 7, c.p.). Del resto, già all'indomani del decreto attuativo della riforma Orlando si era evidenziata la problematicità di affidare il discrimine della procedibilità ad un parametro altamente variabile quale quello dell'entità del danno patrimoniale@.

È evidente, dall'angolazione del legislatore delegato, che l'entità del danno – pure se rilevante – non è in grado di precludere, di per sé, la monetizzazione dell'offesa funzionale alla remissione della querela o all'estinzione del reato ex art. 162-*ter* c.p.

In questa stessa ottica si spiega, per effetto della modifica apportata all'art. 649-*bis* c.p., la procedibilità a querela, anche ove il danno arrecato sia di rilevante gravità, per i fatti di appropriazione indebita commessi su cose possedute a titolo di

deposito necessario (ipotesi aggravata di cui all'art. 646, comma 2, c.p.) o per i fatti di appropriazione indebita aggravati dall'abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione o di ospitalità (art. 61, comma 1, n. 11 c.p.).

L'art. 649-*bis* c.p. – è bene rilevare – è stato interessato dalla stessa modifica contenutistica dell'art. 623-*bis* c.p., già visto a proposito della minaccia. Per le fattispecie appena considerate (artt. 640, comma 3, c.p.; 640-*ter*, comma 4, c.p.; 646, comma 2, c.p. e 646 c.p. o aggravato *ex* art. 61, comma 1, n. 11 c.p.), dunque, la procedibilità resta a querela se l'aggravante ad effetto speciale che ricorre è la recidiva.

Nell'ambito dei reati contro il patrimonio, ancora più significativo è, comunque, il cambio di prospettiva che si è registrato in relazione al furto (art. 624 c.p.). Qui, infatti, la procedibilità a querela diventa, di fatto, la regola, con l'effetto di far venire meno la differenza, su tale versante, con le ipotesi disciplinate dall'art. 626 c.p.; lo stesso adattamento della rubrica di tale norma ("furti minori", anziché "furti punibili a querela dell'offeso"), disposta dal d.lgs. n. 150 del 2022, ne evidenzia la differenza soltanto in punto di gravità e di trattamento sanzionatorio.

Al pari della truffa e della frode processuale, il furto è procedibile a querela anche ove aggravato *ex* art. 61, n. 7, c.p., ossia se il danno prodotto è di rilevante entità. E parimenti si ha la procedibilità a querela per le ipotesi in cui il furto sia aggravato da una delle circostanze speciali dell'art. 625 c.p. (ad esempio, violenza sulle cose; mezzo fraudolento; destrezza, ecc.), con due sole eccezioni che lasciano in piedi la procedibilità d'ufficio: 1) quella prevista al n. 7, ma limitatamente al fatto "commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici o sottoposte a sequestro o a pignoramento o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza", posto che permane la procedibilità a querela per le cose esposte alla pubblica fede (si pensi al furto di merce esposta su scaffali del

supermercato); 2) quella prevista dal n. 7-*bis* c.p., ossia "se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica".

Nonostante il comune riferimento alla "violenza alla persona" sono ora procedibili a querela la "turbativa violenta del possesso di cose immobili" (art. 634 c.p.) e il "danneggiamento" (art. 635 c.p.), limitatamente però all'ipotesi del primo comma in cui l'agente "distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui con violenza alla persona o con minaccia", non anche all'ipotesi ivi parimenti prevista, che resta procedibile d'ufficio, della commissione del danneggiamento "in occasione del delitto previsto dall'articolo 331 c.p." (interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità).

La scelta rivela un profilo di distonia della riforma nella misura in cui la "violenza alle persone" è stata considerata un fattore preclusivo della procedibilità a querela per la violazione di domicilio (art. 614 c.p.).

4.9. Come si diceva, in parallelo all'estensione dei reati procedibili a querela, il d.lgs. n. 150 del 2022 è intervenuto sulla disciplina della remissione tacita. Alla previsione generale per cui essa ricorre "quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela", sono state aggiunte altre due ipotesi.

Ha luogo remissione tacita, innanzitutto, nel caso in cui il querelante – specificamente avvertito (cfr. i nuovi artt. 90-*bis*, comma 1, lett. *n–bis*, c.p.p. e 142, comma 3, lett. *d–bis*, disp. att. c.p.p.) – non compare, senza giustificato motivo, all'udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone (nuovo art. 152, comma 3, n. 1, c.p.). Quando si verte in simili ipotesi – precisa ora l'art. 133, comma 1-*bis*, c.p.p. – non deve essere disposto

l'accompagnamento coattivo.

4.10. La seconda ipotesi di remissione tacita introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2022 si inquadra nel disegno più generale della riforma, volto a dare ampio spazio alla giustizia riparativa. Si ritiene, infatti, che implicitamente configuri un'ipotesi di ritiro della querela la circostanza che il querelante abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con un esito riparativo; nondimeno, precisa ora l'art. 152, comma 3, n. 2, c.p., quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa una volta che gli impegni in questione siano stati rispettati.

Si configurerebbe, nella situazione in esame, un "fatto di natura extraprocessuale incompatibile con la volontà di persistere nella querela" (@Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., 573). Perché ciò accada, però, come detto, deve essere raggiunto un esito riparativo, intendendo come tale "qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti" (art. 42, comma 1, lett. *e*, d.lgs. n. 150 del 2022).

4.11. La nuova disciplina lascia in ombra quanto accade nell'ipotesi in cui non si giunga ad un esito riparativo. Va da sé che, non potendo trovare applicazione la norma sulla remissione tacita di querela, quest'ultima vedrà proseguire il suo corso.

5. La messa alla prova minorile

di Giuseppina Panebianco

5.1. La sospensione del processo con messa alla prova

dell'imputato, pur caratterizzandosi per la prevalente connotazione processuale@, trova il suo risvolto sostanziale nell'effetto estintivo del reato. La prima codificazione dell'istituto risale all'introduzione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni@, intese ad adeguare la disciplina del processo penale alle istanze imposte «dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione»@. La positiva sperimentazione del *probation* nel sistema penale minorile ne ha incoraggiato il successivo sviluppo nella disciplina generale, rispetto alla quale se ne rintraccia una sorta di anticipazione nel procedimento innanzi al giudice di pace@.

5.2. La disciplina della messa alla prova minorile è condensata negli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448 del 1988 (recante le disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni) e nell'art. 27 d.lgs. n. 272 del 1989 (che dispone le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. n. 448 del 1988); il complesso di queste disposizioni lascia individuare agevolmente la *ratio* dell'istituto, inteso a risparmiare al minore la responsabilizzazione in chiave punitiva, attraverso l'attivazione di un percorso di recupero extrapenitenziario assistito dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia che provvedono anche in collaborazione con i servizi locali.

5.3. In ragione dello scopo educativo@, la messa alla prova dell'imputato minorenne non incontra limiti operativi, poiché può essere disposta indipendentemente dal tipo di reato commesso e senza altresì trovare ostacoli in preclusioni di tipo soggettivo. La stima dell'opportunità della messa alla prova del minore e delle modalità della sua sperimentazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, che la dispone con ordinanza sentite le parti@. Precisamente, il giudice ordina la sospensione del processo per un periodo non superiore a tre anni, quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni, e per un periodo non superiore a un anno negli altri casi (art. 28, comma

1, d.P.R. n. 448 del 1988). All'origine della concessione del beneficio vi è la necessità di valutare la personalità del minore@, laddove questa prospetti *chances* in termini di una positiva evoluzione verso modelli di comportamento socialmente adeguati, meritevoli di essere promosse attraverso una risposta istituzionale individualizzata. Per tali ragioni la giurisprudenza non esita a convogliare nel bagaglio degli indicatori di cui il giudice può disporre ai fini del giudizio prognostico anche quelli manifestatisi in epoca successiva al fatto incriminato@.

5.4. L'insieme delle attività di osservazione, trattamento e sostegno che sostanziano la "prova" del minore ha dunque lo scopo di favorire il superamento della fase d'instabilità transeunte, scatenata dalle dinamiche adolescenziali e manifestatasi nella perpetrazione del reato, preservando il minore dai dannosi effetti stigmatizzanti connessi all'ingresso nel circuito penale@.

Come anticipato, alla discrezionalità del giudice minorile non è affidato solo l'*an* del *probation*, ma anche il suo *quomodo*, vale a dire la determinazione dei contenuti della prova. Quest'ultima si sostanzia in prescrizioni impartite al minore, la cui determinazione è tuttavia affrancata da puntuali vincoli legislativi in modo da sviluppare un programma il più possibile corrispondente alle esigenze educative manifestate dall'imputato. In proposito occorre fare riferimento all'art. 27 del d.lgs. n. 272 del 1989, che pone alla base del provvedimento di sospensione il progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali. Il legislatore si è tuttavia limitato ad alcune indicazioni tematiche sul contenuto minimo del progetto@, che, laddove il giudice minorile ne ravvisi l'opportunità, può anche includere prescrizioni di tipo riparatorio-conciliativo, nonché l'invito a partecipare ad un programma di giustizia riparativa, ove ne ricorrano le condizioni (art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448 del 1988 e art. 27, comma 2, lett. *d*, d.lgs. n. 272 del 1989)@.

L'attività di osservazione, trattamento e sostegno svolta dai servizi cui il minore è affidato implica un costante dialogo con il giudice specializzato, che deve essere periodicamente informato dell'attività svolta. Ai servizi compete altresì il ruolo propulsivo dell'adeguamento *in itinere* del progetto, rispetto al quale il comportamento del minore e l'evoluzione della sua personalità potrebbe prospettare l'opportunità di modifiche, abbreviazioni, proroghe@ ovvero, in caso di ripetute e gravi trasgressioni, la revoca del provvedimento di sospensione (art. 27, comma 3, d.lgs. n. 272 del 1989 e 28, comma 5, d.P.R. n. 448 del 1988)@.

5.5. Laddove a conclusione del periodo di sospensione il giudice ritenga che la prova abbia dato esito positivo@, dichiara l'estinzione del reato con sentenza. Tuttavia tale dichiarazione lascia impregiudicato l'esito di un eventuale giudizio civile, nell'ambito del quale compete al relativo giudice l'indagine e la valutazione della sussistenza dei fatti costitutivi della domanda, compresa la conseguente responsabilità dei genitori per il danno cagionato dal figlio minore ai sensi dell'art. 2048 c.c.@.

5.6. Di contro, l'esito negativo della prova, così come la revoca del provvedimento di sospensione, determinano la prosecuzione del procedimento dal momento in cui era stato sospeso; tuttavia, diversamente da quanto previsto per gli adulti (art. 657-*bis* c.p.p.), il periodo trascorso in prova non produce alcun effetto sulla determinazione della pena da eseguire, neanche quando il programma educativo, nel caso concreto, dovesse comportare significative limitazioni della libertà personale@. Sebbene la questione sia stata sottoposta all'attenzione del Giudice delle leggi per violazione degli artt. 3, 31 e 27 Cost.@, la Consulta ha respinto le censure, sul presupposto dell'impossibilità di ravvisare alcuna funzione sanzionatoria nell'istituto minorile@.

La conclusione della Corte costituzionale fa leva su alcuni profili di disciplina, che rimarcherebbero l'esclusiva funzione (ri)educativa della messa alla prova minorile, precisamente: 1) l'assenza di un vincolo di proporzionalità rispetto all'illecito perpetrato, reso palese dall'ambito operativo dell'istituto, che

include qualsiasi reato, ivi compresi quelli puniti in astratto con la pena dell'ergastolo; 2) la discrezionalità nella definizione delle prescrizioni cui l'imputato deve essere sottoposto, che, a differenza della disciplina prevista per gli adulti, non devono necessariamente includere prestazioni di lavoro di pubblica utilità; 3) l'assenza di un richiamo ai criteri generali di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. ai fini della definizione delle prescrizioni. In questa prospettiva gli obblighi di comportamento imposti al minorenne rappresenterebbero altrettante «occasioni educative». Secondo la Consulta, la lettura delle regole di comportamento connesse alla prova in termini di altrettante sanzioni per il fatto di reato commesso, non solo ne fraintende il significato, ma determina il rischio «di incentivare condotte opportunistiche da parte dell'imputato»: questi «potrebbe essere indotto a rispettare formalmente le prescrizioni soltanto al fine di scontare anticipatamente la pena per il proprio reato in condizioni meno gravose di quelle che incontrerebbe in carcere, senza però impegnarsi in un reale percorso di cambiamento»@. Il ragionamento seguito dal Giudice delle leggi non ha mancato di destare perplessità in dottrina, in considerazione delle possibili ripercussioni del progetto di prova sulla libertà personale del minorenne che potrebbe risultare in concreto sacrificata in ragione dello scopo educativo@.

6. La messa alla prova dell'imputato adulto

di Giuseppina Panebianco

6.1. La messa alla prova dell'imputato adulto è stata introdotta dalla l. 28.4.2014, n. 67, che ne ha distribuito la relativa disciplina tra il codice penale (artt. 168-*bis* – 168-*quater*), dove trova collocazione tra le cause estintive del reato, ed il codice di rito, che ne accoglie i profili dinamici in un titolo dedicato, il V-*bis*, collocato in chiusura del libro VI, intitolato ai procedimenti speciali (artt. 464-*bis* – 464-*novies* c.p.p.). La regolamentazione

dell'istituto trova poi completamento nell'art. 657-*bis* c.p.p., nel capo X-*bis* del titolo I delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (d.lgs. n. 271 del 1989) e nel testo unico del casellario giudiziale (art 3 (L), comma 1, lett. i-*bis* d.P.R. 14.11.2002, n. 313). Di recente l'istituto è stato sottoposto ad una operazione di *restyling* dal d.lgs. n. 150 del 2022 (intervenuto in attuazione della legge delega n. 134 del 2021), che ne ha ridisegnato l'ambito operativo, innovando altresì il profilo dinamico della disciplina@.

Come nel procedimento minorile, la messa alla prova dell'adulto precede la pronuncia nel merito, dando luogo ad una alternativa processuale, sia pure dall'effetto sostanziale, consistente nell'estinzione del reato in caso di esito positivo della prova. Nonostante le molteplici analogie con l'omologo istituto minorile, il *probation* di ultima introduzione se ne discosta per alcuni significativi profili, che ne rivelano lo scopo deflattivo, estraneo alla messa alla prova minorile@. Tra i connotati peculiari che rimarcano la funzione deflattiva della messa alla prova dell'adulto merita di essere segnalata la possibilità di attivare l'istituto già nella fase delle indagini preliminari, laddove nel sistema minorile la sospensione è possibile solo a partire dall'udienza preliminare. Non si è mancato tuttavia di ravvisare nel *probation* degli adulti una certa valenza rieducativa collegata ai tratti tipici della giustizia riparativa e conciliativa@, già riscontrabili nella disciplina minorile ben prima che la *Restorative Justice* trovasse esplicita menzione nell'art. 28, comma 2, del d.P.R. n. 448 del 1988@.

6.2. La dislocazione della disciplina della messa alla prova per gli adulti tra il codice penale e quello di rito ha posto agli interpreti la questione dell'identificazione della natura giuridica dell'istituto, con gli inevitabili riflessi sulla regolamentazione di profili tutt'altro che trascurabili, primo fra tutti l'individuazione del regime intertemporale, al quale il legislatore del 2014 non aveva ritenuto di dedicare attenzione. La valorizzazione della collocazione della messa alla prova tra le cause estintive del reato aveva indotto parte della dottrina e la prima giurisprudenza di

merito a ravvisare la retroattività favorevole della disciplina del *probation* e dunque la possibilità di richiedere la sospensione del processo per la messa alla prova anche in relazione ai procedimenti già in corso al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni e indipendentemente dai termini indicati nell'art. 464-*bis*, comma 2, c.p.p. come limite per la proposizione della domanda@. Successivamente, la giurisprudenza di legittimità, dando prevalenza ai profili dinamici dell'istituto, ha sostenuto l'operatività del principio *tempus regit actum* e la conseguente inderogabilità dei suddetti termini@. Le incertezze interpretative e le oscillazioni giurisprudenziali determinate dalla mancata previsione di un regime transitorio al momento dell'introduzione del *probation* per gli adulti hanno consigliato il legislatore del 2022 di provvedere alla disciplina intertemporale degli effetti potenzialmente favorevoli della novella (art. 90, d.lgs. n. 150 del 2022), sul presupposto della prevalente natura sostanziale dell'istituto@.

6.2. A differenza dell'omologo istituto minorile, la messa alla prova dell'adulto incontra limiti di operatività che il legislatore ha tracciato nell'art. 168-*bis* c.p.: il *probation* è infatti ammesso nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati nell'art. 550, comma 2, c.p.p. Secondo l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza, confermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, «il richiamo contenuto nell'art. 168-*bis* c.p., alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato»@.

Come anticipato, la sfera di operatività della messa alla prova per gli adulti risulta altresì definita attraverso il richiamo ai delitti indicati nell'art. 550, comma 2, c.p.p., che elenca i reati per i quali si procede comunque con citazione diretta a giudizio@.

Sennonché, le incertezze che investono già la disposizione dell'art. 550, comma 2, c.p.p. si riflettono sull'individuazione dell'ambito di operatività della messa alla prova; il riferimento è in particolare alla possibilità di esercitare l'azione penale con la citazione diretta a giudizio quando si procede per i reati di furto in abitazione e furto con strappo. Originariamente tali ipotesi di furto erano qualificate come circostanze aggravanti nell'art. 625 c.p., per intero richiamato dalla disposizione processuale; successivamente, la l. 26.3.2001, n. 128 le ha configurate come autonome fattispecie di reato nell'art. 624 *bis* c.p., sicché sembrerebbero escluse dai casi di citazione diretta a giudizio e di conseguenza dalla sfera operativa del *probation*. Invero, i giudici di legittimità hanno ritenuto che il difetto di coordinamento, quanto all'art. 624-*bis* c.p., tra l'art. 168-*bis* c.p. e la preesistente disposizione processuale di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p. deve essere colmato «attraverso un'interpretazione che tenga conto delle diverse epoche in cui le regole in gioco sono state emanate e del criterio sistematico, nonché del principio del *favor rei*, cui è evidentemente ispirato l'istituto»@.

6.4. L'operatività della sospensione del processo con messa alla prova è altresì condizionata da due preclusioni di tipo soggettivo: secondo quanto previsto dall'art. 168, comma 4, c.p., la messa alla prova non può essere concessa a chi ne ha già usufruito; il comma successivo, poi, impedisce di dar luogo all'istituto nel caso di delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza.

La prima delle preclusioni citate è stata di recente temperata dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 168-*bis*, comma 4, c.p., nella parte in cui non prevede che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nelle ipotesi in cui si proceda per reati connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *b*) c.p.p. (vale a dire in concorso formale o avvinti dal vincolo della continuazione) con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso@.

L'art. 168-*bis*, comma 4, c.p., se per un verso sembra ostacolare l'accesso all'istituto anche nel caso in cui la precedente prova si sia conclusa positivamente, determinando l'estinzione del reato@, per altro verso non sembra impedire l'ammissione alla prova del soggetto che ha già beneficiato dell'istituto nel rito minorile, in considerazione delle diverse caratteristiche e funzioni che connotano la messa alla prova nei due distinti sistemi@. La tassatività delle condizioni impeditive lascia presupporre la possibilità di concedere la messa alla prova anche ai soggetti già gravati da precedente condanna, non essendo il recidivo menzionato tra le figure escluse dall'operatività dell'istituto@. Peraltro non può trascurarsi l'ulteriore presupposto applicativo deducibile dalla disciplina processuale della messa alla prova, che subordina la disposizione della sospensione del processo, al pari della sospensione condizionale della pena, al giudizio prognostico di non recidiva.

Infine, l'istanza non può essere riproposta dall'imputato che ha fallito la prova o per il quale l'ordinanza di sospensione del procedimento è stata revocata (art. 464-*novies* c.p.p.).

6.5. Nella disciplina introdotta nel 2014 l'attivazione del *probation* era rimessa in via esclusiva all'iniziativa dell'indagato/imputato. Il legislatore del 2022, al fine di potenziare l'istituto e favorire la deflazione giudiziaria, ha previsto che il pubblico ministero possa promuovere la sospensione del procedimento con messa alla prova, secondo uno schema procedurale volutamente snello (v. 464-*ter*.1 c.p.p.). Tuttavia si tratta di un ruolo meramente propulsivo, poiché la proposta di sospensione formulata dal pubblico ministero abbisogna del consenso della persona interessata per trovare sviluppo (artt. 464-*bis*, comma 1 e 464-*ter*.1, c.p.p.)@. Peraltro la mancata adesione alla proposta non preclude all'indagato di formulare una propria richiesta di sospensione nelle successive scansioni del procedimento@.

Laddove la richiesta formulata nel corso delle indagini costituisca iniziativa autonoma dell'indagato, è necessario il

consenso del pubblico ministero, che deve essere espresso nel termine di cinque giorni dalla ricezione della richiesta di messa alla prova trasmessa dal giudice (art. 464-*ter* c.p.p.). Nondimeno, il dissenso del pubblico ministero, anch'esso da esprimersi entro cinque giorni, non impedisce all'imputato di rinnovare la richiesta prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (art. 464-*ter*, comma 4).

Dopo la chiusura delle indagini preliminari, la richiesta dell'imputato deve essere presentata entro i termini indicati dall'art. 464-*bis*, comma 2, c.p.p. Se il pubblico ministero formula la proposta in udienza, l'imputato può chiedere un termine non superiore a venti giorni per presentare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-*bis*, comma 1, c.p.p).

6.6. I contenuti della prova sono individuati nell'art. 168-*bis*, comma 2 e 3 c.p., tuttavia la loro complessiva consistenza risulta dalla lettura congiunta delle corrispondenti disposizioni processuali. In particolare si richiede all'ammesso alla prova la prestazione di condotte ripristinatrici e il ristoro del danno cagionato: peraltro non è necessario che le condotte prescritte giungano ad effetto, poiché il legislatore impone soltanto che il sottoposto alla prova si adoperi in attività «volte» all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; mentre il risarcimento del danno è richiesto in quanto risulti possibile.

Tra i contenuti obbligatori della prova è prevista altresì la prestazione di lavoro di pubblica utilità. Ai sensi dell'art. 168-*bis*, comma 3, c.p., il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato; può trattarsi anche di organizzazioni di carattere internazionale, purché operino in Italia. Le modalità della prestazione devono essere tali da non pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute.

L'individuazione della durata del periodo lavorativo è rimessa al giudice, il quale è vincolato da due limiti imposti dal legislatore: il primo riguarda il periodo minimo dell'attività lavorativa, che non può essere inferiore a dieci giorni, non necessariamente continuativi, mentre il secondo concerne l'impegno massimo giornaliero esigibile dall'imputato, quantificato in otto ore. Nulla è previsto invece con riguardo alla durata massima del periodo lavorativo; al riguardo deve ritenersi che essa coincida con il termine massimo della sospensione del processo, vale a dire un anno o due anni, a seconda dei reati per cui si procede@. Come suggerito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in assenza di parametri che coadiuvino il giudice nella quantificazione del periodo lavorativo, soccorrono gli indici di cui all'art. 133 c.p.@.

6.7. Gli obblighi connessi alle condotte ripristinatrici e riparatorie nonché le disposizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità costituiscono parte integrante del programma di trattamento la cui predisposizione è affidata all'ufficio di esecuzione penale esterna che provvede sulla base degli *input* (o quantomeno dell'iniziativa) provenienti dallo stesso imputato (art. 464-*bis*, comma 4, c.p.p. e 141-*ter*, comma 2, disp. att. c.p.p.) o dal pubblico ministero (artt. 464-*ter*1 e 141-*ter*, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.), dopo avere svolto un'apposita indagine socio-familiare (v. art. 141-*ter*, comma 3, disp. att. c.p.p.). Un ulteriore contenuto ineludibile del progetto riguarda le prescrizioni in materia di mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa (v. art. 464-*bis*, comma 4, lett. *c*, c.p.p.)@.

Il programma di trattamento può altresì includere gli ulteriori contenuti suggeriti dal legislatore nell'art. 168-*bis*, comma 2, c.p. e precisamente: la prestazione di attività di volontariato di rilievo sociale, l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria nonché l'imposizione di obblighi concernenti la dimora, la libertà di movimento o il divieto di frequentare determinati locali. Per lo svolgimento del programma l'imputato è affidato al servizio sociale (art. 168-*bis*, comma 2, c.p.), le cui funzioni sono svolte dall'ufficio locale di

esecuzione penale esterna (v. art. 141-*ter* comma 1, disp. att. c.p.p.).

6.8. La sospensione del procedimento con messa alla prova è subordinata alla valutazione positiva dell'idoneità del programma di trattamento presentato e alla prognosi favorevole sul futuro comportamento dell'imputato, entrambi stimati sulla base dei parametri elencati nell'art. 133 c.p. Il periodo di sospensione, determinato dal giudice, non può essere superiore: *a*) a due anni, quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria; *b*) a un anno, quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria (v. art. 464-*quater*, comma 5, c.p.p.)@.

6.9. La sospensione del processo per la messa alla prova determina la sospensione del corso della prescrizione del reato; in proposito l'art. 168-*ter* c.p. precisa che non si applicano le disposizioni dell'art. 161, comma 1, c.p., peraltro sostituito dall'art. 1, comma 13, l. n. 103 del 2017 successivamente all'introduzione del *probation* degli adulti: in proposito deve ritenersi che, anche in vigenza della nuova formulazione dell'art. 161 c.p., la sospensione della prescrizione *ex* art. 168-*ter* c.p. riguardi solo l'imputato ammesso alla prova.

6.10. L'esito positivo della prova, stimato in ragione del comportamento complessivo dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite (art. 464-*septies* c.p.p.), comporta la dichiarazione di estinzione del reato con sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere (a seconda della fase processuale in cui è intervenuta la sospensione) che, però, non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie eventualmente previste dalla legge@. Di contro, nel caso in cui al termine del periodo di prova dovesse esserne ritenuto l'esisto infausto, il giudice dispone con ordinanza la ripresa del corso del procedimento (art. 464-*septies*, comma 2, c.p.p.), che non necessariamente conduce alla condanna dell'imputato. Nondimeno, in caso di condanna, in sede esecutiva il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo

corrispondente a quello della prova svolta, secondo il criterio di ragguaglio indicato nell'art. 657-*bis* c.p.p. (tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda).

6.11. La sospensione del processo con messa alla prova può essere revocata nelle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore; si tratta dei casi di: grave o reiterata trasgressione del programma di trattamento; grave o reiterata trasgressione delle prescrizioni imposte@, da intendersi con riferimento soprattutto agli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie; rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità; comportamento recidivante dell'imputato, tuttavia riferito alla commissione di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede. La revoca, disposta dal giudice con ordinanza, determina la ripresa del procedimento dal momento in cui era rimasto sospeso; nondimeno, come nelle ipotesi di esito negativo della prova, il pubblico ministero, nel determinare in sede esecutiva la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita, secondo il criterio di ragguaglio indicato nell'art. 657-*bis* c.p.p.

L'esito negativo della prova così come la revoca dell'ordinanza di sospensione costituiscono impedimento invincibile alla riproposizione della relativa istanza (v. art. 464-*novies* c.p.p.) anche in successivi procedimenti penali che dovessero interessare l'imputato.

Bibliografia essenziale

Capitolo XIV

I delitti contro la persona. Uno sguardo d'insieme

di Fausto Giunta

1. La "persona" dentro e fuori il Titolo XII, Libro II, c.p.

1.1. Il Titolo XII, Libro II, c.p., dedicato ai delitti contro la persona, è stato oggetto negli ultimi anni di numerosi interventi legislativi; alcuni di essi hanno inciso sull'ambito e l'intensità della tutela, altri prevalentemente sull'originario impianto sistematico, alterandone sensibilmente i tratti somatici.

Il riferimento è, a quest'ultimo proposito, agli innesti effettuati in nome della c.d. riserva di codice dal d.lgs. n. 21 del 2018 (v. *supra* Cap. VIII, § 6), i quali per lo più hanno appesantito il comparto normativo, continuando a privarlo di fattispecie che dovrebbero invece afferirvi, come quelle, per esempio, di abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.) e maltrattamenti (art. 572 c.p.).

Questi disallineamenti tra ordine classificatorio e sostanza regolativa, tuttavia, né sorprendono, né devono enfatizzarsi. In un ordinamento personalistico, qual è il nostro per scelta costituzionale, e in una stagione culturale che è stata definita l'"età dei diritti"@, ispirata a una concezione individualistica della società, l'elaborazione teorica dei delitti contro la persona è comunque destinata ad affondare le sue radici ben oltre i confini della corrispondente categoria codicistica, la quale costituisce il nucleo di una disciplina legislativa più ampia e, peraltro, non del tutto compiuta.

Per quel che qui più interessa, la concezione antropocentrica del diritto penale, ancora prevalente, sebbene non incontrastata, ha una forza di irradiazione che permea anche beni giuridici superindividuali, situati in altri titoli del codice penale (come l'incolumità pubblica) o disciplinati in larga misura nella

legislazione *extra codicem*.

1.2. In breve: il capitolo dei delitti contro la persona risente, al pari di altri, di un'eliminabile convenzionalità di fondo, che scoraggia approcci ricostruttivi del suo oggetto ragionieristici e geometrici, inidonei a tracciare i confini tematici di una delle più complesse avventure semantiche del pensiero@.

Ciò spiega la non univocità del concetto penalistico di persona e il ruolo assorbente che, specie in presenza di enunciati normativi non risolutivi, svolge il sostrato metagiuridico, ossia principalmente filosofico, degli interessi in gioco. Questa consapevolezza non autorizza a svincolare il piano della tutela da quello della legalità@, quale cardine del diritto penale, ma invita a prendere atto del particolare modo di atteggiarsi della legalità in questa delicatissima materia, in ragione della predominante dimensione assiologica dei beni tutelati, che ostacola una loro rappresentazione puramente descrittiva; e senza contare le inadeguatezze dell'odierno legislatore, sempre meno propenso a svolgere il ruolo di primo decisore delle scelte di politica criminale, che gli è proprio.

2. Dalla "persona" ai beni della persona

2.1. Tanto premesso in estrema sintesi, la tutela penale della persona può apparire tuttora un'isola felice della parte speciale, abitata da fattispecie incriminatrici dai contorni socialmente riconosciuti, oltre che tendenzialmente stabili nel tempo e nello spazio, al punto da essere indicata – in controtendenza rispetto all'impronta entropica della postmodernità – come una delle non molte costanti storiche e comparatistiche della nostra materia: il nucleo del diritto penale classico, anche detto naturale.

Sennonché questa diffusa e persistente convinzione non va enfatizzata. Essa si fonda sull'indiscutibile necessità politico-

criminale di talune figure di reato, considerate, tuttavia, a prescindere dalla loro concreta configurazione legislativa e applicativa.

A ben vedere la nozione penalistica di persona non è unitaria, costituendo, piuttosto, la sintesi di programmi di tutela tra loro diversi, talvolta complementari, ma non sempre sistematici e coerenti.

Per questa ragione, nella prospettiva della tutela penale e del suo oggetto, non di persona bisognerebbe parlare, bensì di beni della persona, considerato che il concetto di persona sottende in definitiva quello dei diritti fondamentali.

2.2. Il diritto penale, nonostante la dicitura del Titolo XII c.p., non si occupa del concetto di genere, che desume, pur nella sua problematicità, dall'ordinamento giuridico nel suo complesso (a partire dalle indicazioni che, a livello di legge ordinaria, provengono dal Libro I del codice civile), ma di quei suoi specifici attributi, che per la loro pregnanza culturale assurgono al rango di valori fondamentali e possono distinguersi in due sottogruppi.

Da un lato, viene in rilievo l'ontologia della persona, ossia l'insieme delle sue condizioni fondamentali e strettamente necessarie. Il riferimento è all'esistenza, all'integrità e alla libertà, fisica e morale, la cui tutela penale è circoscritta alla dimensione dell'umano ed è rafforzata da un cordone di fattispecie incriminatrici speciali e anticipatrici della punibilità, che tipizzano condotte di maltrattamento, *stalking* e omessa solidarietà.

Dall'altro lato, invece, il riferimento è alla vita di relazione dell'ente, ossia alla sua interazione con altri enti. Si tratta di attribuzioni, quelle ora in esame, comuni alla persona tanto fisica, quanto giuridica, potendo essere quest'ultima titolare di beni anche immateriali, come l'onore e il segreto in genere, suscettibili di lesioni da divulgazione, discredito e rivelazione di fatti e notizie.

2.3. Intesa quale titolare di beni penalmente tutelati, la nozione di persona risulta più ampia rispetto a quella di matrice costituzionale. Entro certi limiti, anche la persona giuridica ben può essere vittima del reato, mentre è dubbio che l'ente collettivo possa considerarsi autore dell'illecito penale commesso (dalla persona fisica) nel suo interesse o a suo vantaggio, non essendo del tutto pacifica, *de lege lata,* la natura penale della disciplina introdotta dal decreto legislativo 231 del 2001.

Non mancano, come noto, incertezze classificatorie@: si pensi alla tutela domiciliare, la cui riferibilità alla persona giuridica è controversa e dipende dall'opzione per un'interpretazione del concetto di domicilio in senso civilistico (quale prerogativa anche della persona giuridica) ovvero strettamente individualistico. Il nodo da sciogliere non è di poco momento, perché la soluzione condiziona, come si dirà, il raggio di azione della fattispecie di interferenze illecite (art. 615-*bis* c.p.), ancorata espressamente allo scenario domiciliare.

3. I delitti contro la persona come illeciti penali "aquiliani"

3.1. La tutela dei beni fondamentali della persona è una delle funzioni ineludibili del diritto penale.

Per quanto possa apparire paradossale, si tratta di un compito che, sebbene favorisca il protagonismo (non sempre ricercato) della giurisdizione penale, non esalta le peculiarità proprie dell'intervento punitivo.

È vero che in questo settore il diritto penale offre la massima tutela, dispiegando tutta la sua severità. Sennonché il tratto caratterizzante del diritto penale, quale disciplina giuridica della macchina repressiva, è soprattutto la selezione dei fatti da punire, che nella *subiecta materia* è affidata invece a una tipicità alquanto debole, per nulla frammentaria, come dimostra

l'impiego di fattispecie incriminatrici causalmente orientate, espressione, nella nostra geografia, di una singolare "insularità continentale" (v. *supra*, cap. II, § 2). Il modello di reato prevalente non è l'illecito incentrato sulla modalità di lesione, bensì l'"illecito di lesione" direttamente ancorato al disvalore di evento@.

L'omicidio, le lesioni personali, il sequestro di persona sono "reati aquiliani", al pari dei delitti di violenza privata e, in certa misura, di violenza sessuale, divenuti tali nell'elaborazione giurisprudenziale, che tende ad allontanare la minaccia dal parametro dell'ingiustizia del danno e a smaterializzare il concetto di violenza, sovente modellato sull'effetto costrittivo della condotta, piuttosto che espressivo di una specifica modalità di realizzazione del fatto tipico. Secondo alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza, il rapporto sessuale consentito, ma a condizione che sia "protetto", costituisce violenza sessuale se eseguito in violazione delle modalità accettate dal partner@. Si assiste cioè a una riscrittura interpretativa della fattispecie incriminatrice come se fosse incentrata esclusivamente sulla violazione del pieno consenso del partner; una scelta politico criminale, questa, certamente plausibile, ma diversa da quella effettuata dal legislatore del 1996, che, nel riformare la materia, ha inteso rimanere fedele, sul punto, alla tradizione del codice Rocco, ancorata all'impiego di violenza e minaccia quali necessarie modalità costrittive.

3.2. Un'analoga inclinazione verso la svalutazione della funzione descrittiva della condotta si coglie anche nelle fattispecie che offrono una tutela anticipata dei beni fondamentali della persona.

Si pensi ai maltrattamenti, che sono legislativamente configurati come reati a forma libera, e agli atti persecutori, che lo sono per il diritto vivente; nella prevalente e discutibile interpretazione della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., la capacità selettiva della minaccia e delle molestie risulta scemata nella misura in cui queste modalità esecutive del fatto tipico vengono svincolate dalla precisa struttura degli omonimi reati@.

In breve: la spiccata dimensione valoriale dei beni tutelati sposta, per scelta del legislatore o dell'interprete, il baricentro del fatto tipico sul momento della lesione.

4. Il quadro normativo extra-penale

4.1. E ancora: i contrassegni della tipicità in questo comparto normativo non sono soltanto poco selettivi; sono anche scarsamente autonomi.

Il principale polo della fattispecie di omicidio – la nozione di morte – è stato normativizzato dalla l. n. 578 del 1993. Analogamente deve dirsi per alcune significative problematiche del fine-vita, oggi disciplinate dalla l. n. 219 del 2017, in materia (anche) di disposizioni anticipate di trattamento.

4.2. Quanto all'inizio della vita tutelata, il diritto penale positivo non offre risposte espresse, come dimostrano le incertezze che tuttora gravano sullo statuto del concepito e della c.d. vita prenatale in genere@. Il riconoscimento al nascituro della "qualità di persona umana meritevole di tutela penale in quanto essere portatore di un valore proprio e originario"@, a ben vedere, non ha un valore assoluto, riconoscendosi "limiti di tutela del nascituro a vantaggio di altri interessi configgenti"@, che risultano esterni rispetto al piano della disciplina penale.

Per quel che concerne il conflitto materno-fetale, la casistica è molto ricca e non sempre espressamente regolata, come avviene, per esempio, con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (n. 194 del 1978). In ogni caso, prevale l'opinione secondo cui non siano consentiti interventi a salvaguardia del feto contro la volontà della madre; *a fortiori* quest'ultima non può essere obbligata a comportamenti idonei ad assicurare la salute del nascituro. Decisiva è l'irraggiungibilità del feto, che si trova oltre una soglia – il corpo materno – inviolabile e incoercibile@.

La problematicità dei diritti personalistici del nascituro non si è sciolta nel tempo; anzi si è acuita con i progressi della scienza medica, come dimostra il contrastato dibattito sul trattamento del neonato prematuro e sulla doverosità o meno della rianimazione@, che pone l'interrogativo se, ai fini della sussistenza della posizione di garanzia del medico, la vitalità, ossia l'attitudine a vivere, comunemente considerata irrilevante per l'elevazione della vita a valore tutelabile@, non sia piuttosto un requisito di cui occorra tenere conto con riguardo ai nati prematuri incapaci di vita autonoma.

4.3. Per non dire delle incertezze che attengono allo statuto dell'embrione dopo la l. n. 40 del 2004. L'elevazione a delitto della sperimentazione scientifica su embrioni umani (art. 13), in particolare, sottende una concezione personalistica dell'embrione@, espressione di una precisa concezione pregiuridica della vita@, di fatto non assoluta, perché suscettibile, anche in una fase più avanzata del suo sviluppo, di soccombere alle condizioni sostanziali e procedimentali previste dalla citata legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Come a dire che altro è il valore personalistico in sé dell'embrione, altro è la sua tenuta quando entra in conflitto con altri valori, dovendosi a questo punto distinguere ulteriormente, a seconda che si tratti o meno di valori autenticamente personalistici facenti capo alla madre.

4.4. Una vischiosità normativa similare si registra con riguardo al tema, davvero centrale, dell'operatività del consenso scriminante in relazione ai beni della persona; al di la dell'indisponibilità della vita, ricavabile dall'incriminazione dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), il codice penale non offre indicazioni univoche.

Molti importanti contributi al biodiritto sono venuti dalla dottrina penalistica sensibile alla funzione regolativa dei principi@, più che dalle scelte espresse del codice penale, la cui legalità è rimasta a lungo laconica su questo terreno.

5. L'influenza delle scelte ordinamentali e la loro rilevanza nel processo penale

5.1. Per il complesso di ragioni cui si è fatto cenno, nei reati in esame il confine tra lecito e illecito non si ricava dal ricamo interno alla fattispecie incriminatrice, ma dipende per lo più ora da principi generali e metagiuridici, ora dall'area dell'antigiuridicità, esterna al fatto tipico e al diritto penale. Si tratta di valutazioni dell'ordinamento nel suo complesso che, scavalcando il piano del diritto penale sostanziale, vivono tuttavia nel processo penale, che rimane il principale (nel senso di più frequente) proscenio di queste problematiche, per quell'aura di solennità che, nonostante tutto, ancora mantiene.

Con altre parole: le questioni più complesse rifluiscono nel processo penale, ma non dipendono dal diritto penale, la cui funzione punitiva prescinde da una diretta e autonoma descrizione del fatto, per privilegiare la tecnica del bilanciamento degli interessi, non solo con norme e valori esterni all'area della tipicità, ma all'occorrenza tra profili diversi dello stesso bene tutelato, che per via di tale particolarità attraggono il perno del bilanciamento all'interno del fatto di reato.

5.2. Si pensi alla fattispecie di sequestro di persona descritta all'art. 605 c.p.: la tutela della libertà personale è la sintesi di un delicato punto di equilibrio tra spazio (ossia quantità di libertà personale negata), tempo (ossia durata della stato di cattività non solo in ragione del carattere permanente del reato, ma per la definizione della soglia minima della lesione sufficiente per il suo perfezionamento) e caratteristiche fisiche del soggetto passivo (in grado di relativizzare l'idoneità costrittiva della condotta).

Per non dire delle odierne carenze definitorie delle categorie di parte generale che sono chiamate a "chiudere" il perimetro del reato di evento; si pensi al fenomeno della c.d.

processualizzazione della causalità, ossia alla perdita di rigidità strutturale che il nesso causale sconta all'atto del suo accertamento@. Secondo la giurisprudenza spetta al giudice sostituire l'induzione al sillogismo, distillare la certezza logica dal sapere probabilistico, l'assoluto dal relativo, la giustizia del caso concreto dall'assenza di verità generali. Ne esce ridimensionato l'autorevole insegnamento secondo cui la determinatezza delle fattispecie a struttura causale sarebbe massimamente assicurata dalle leggi scientifiche di copertura@. In realtà, solo le leggi scientifiche c.d. universali, notoriamente rare, consentono di impostare l'accertamento causale in termini di sillogismo deduttivo e dunque di certezza. Per converso, il sapere probabilistico, specie se corroborato da frequenze statistiche medio-basse, depone per il carattere irrimediabilmente "aperto" del tipo causalmente orientato.

5.3. In breve: la tutela penale dei beni della persona, che abbiamo definito ontici, esalta il ruolo valutativo e decisionale del giudice penale quale interprete dell'ordinamento nel suo complesso, oltre che *dominus* incontrastato della prova e della pena, i veri vasi di ferro tra i quali giacciono i cocci di un fatto tipico, destinato a essere modellato nello specifico e in via interpretativa, nella intelaiatura di principi generali tendenzialmente dialettici.

6. Modelli di trattamento differenziato

6.1. Questi rilievi non intendono misconoscere che in taluni sottosettori del Titolo XII il legislatore abbia voluto sperimentare specifici, e talvolta discutibili, modelli di trattamento differenziato in ragione delle ritenute particolarità dei fenomeni criminosi disciplinati. Si tratta di ambiti codicistici nei quali si è inteso contenere, in via di eccezione, la discrezionalità valutativa del giudicante, di regola molto ampia in questo comparto normativo.

Si pensi ai delitti di lesioni personali e omicidio colposi, oggetto di una modulazione della disciplina, sia sostanziale, che processuale, strettamente collegata al disvalore di azione, ossia al grado di antisocialità sottesa alla violazione della regola cautelare.

6.2. Il riflesso di questa recente tendenza è ancipite.

Da un lato, riaffiora un qual certo riguardo nei confronti della colpa medica; il riferimento è alla disciplina, per così dire, speciale di parte generale dettata prima dal decreto Balduzzi, oggi dalla legge Gelli-Bianco, il cui *novum* è stato circoscritto, non senza dissensi, dalla giurisprudenza alla colpa per imperizia@.

Dall'altro lato, e per converso, nel campo dei delitti stradali si registra un generalizzato incrudelimento della risposta sanzionatoria@, cui fa da contrappeso, limitatamente alle lesioni personali, l'incentivazione della "deprocessualizzazione" (il riferimento è al potenziamento della procedibilità a querela: v. *supra*, cap. XIII, § 4) e, sotto un profilo ancora diverso, la devoluzione della gran parte delle ipotesi previste dagli artt. 582 e 590 c.p. alla competenza della giurisdizione di pace, con i riflessi che ne conseguono sull'attenuazione della risposta sanzionatoria (v. *supra*, cap. XII, § 6).

6.3. Ne è conseguita la frantumazione della disciplina, un tempo unitaria, cui erano sottoposte queste figure di reato, in un caleidoscopio di sottofattispecie derogatorie in vista del perseguimento di opposti obiettivi@, ora deflattivi, ora di incremento propagandistico della pena, finalizzato ad assecondare l'invocazione di una repressione inflessibile proveniente da una parte dell'opinione pubblica.

In quest'ultimo filone si inserisce l'irrigidimento del trattamento repressivo per la neonata fattispecie (dolosa) di mutilazioni degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.), quale ipotesi di reato culturalmente orientato, che era già severamente punita in quanto lesione personale aggravata. Qui non è tanto il disvalore

di azione che rileva, ma i moventi sottesi al fatto@. Con l'innovazione legislativa si è voluta sottrarre la nuova sottofattispecie ai possibili esiti banalizzanti del bilanciamento delle circostanze *ex* art. 69 c.p., ossia a una disciplina che con riguardo alle ipotesi aggravate di lesione personale rasenta, come noto, l'indeterminatezza del compasso edittale, consentendo, a fronte dell'originario e severo massimo edittale, abbattimenti della risposta sanzionatoria poco rispettosi del principio di proporzione.

7. L'evoluzione della fattispecie di maltrattamenti

7.1. Rimanendo nell'ambito dei reati offensivi della persona umana, e con riguardo segnatamente alle fattispecie incriminatrici che offrono una tutela anticipata, si è già detto delle slabbrature ermeneutiche che registrano gli atti persecutori sotto il profilo della condotta e, si può aggiungere ora, anche sotto il profilo dell'evento, nella misura in cui l'orientamento prevalente sottoscrive una concezione non nosografica del "grave stato di ansia"@.

7.2. Qualche rilievo a parte meritano invece le figure di maltrattamento: il riferimento è all'omonima fattispecie generale prevista dall'art. 572 c.p. e alla recente ipotesi speciale del delitto di tortura, introdotto dalla l. n. 110 del 2017 all'art. 613-*bis* c.p. Si tratta di due reati abituali (il secondo, per il vero, inopinatamente), che pongono un problema interpretativo comune, consistente nella messa a fuoco della soglia minima di offensività sufficiente alla integrazione del tipo delittuoso.

Che l'art. 572 c.p. preveda una fattispecie offensiva dell'integrità fisica e morale della persona è da tempo riconosciuto@, anche a fronte della sua impropria collocazione codicistica tra i delitti contro la famiglia, la quale, come si è detto, è sopravvissuta alla logica della riserva di codice e, ancora prima, alla legge di

riforma n. 172 del 2012, attuativa della Convenzione di Lanzarote del 15 ottobre 2007.

Se si prescinde dall'immancabile incremento delle cornici sanzionatorie rispetto a quelle previste dal truce codice Rocco, la principale innovazione introdotta consiste nell'inclusione dei conviventi tra i soggetti passivi (con contestuale rettificazione dell'originaria rubrica dell'art. 572 c.p. che parlava di maltrattamenti "in famiglia").

Si è trattato dell'ulteriore dilatazione apportata a una fattispecie già ampiamente stiracchiata dall'elaborazione giurisprudenziale.

7.3. Basti pensare alla svalutazione della funzione selettiva che dovrebbe svolgere la natura abituale del reato sul versante dell'offensività. È opinione pacifica che, per la sussistenza del fatto, bastino due condotte, non solo di per sé atipiche ai sensi di altre fattispecie incriminatrici, ma anche tra loro distanziate nel tempo@. Non esclude il reato nemmeno la reciprocità delle offese tra il soggetto attivo e quello passivo, anche quando la reazione della vittima non si mantenga nell'area della legittima difesa, ma partecipi attivamente allo scambio delle offese, alimentando consuetudini improntate al sadomasochismo reciproco@. E ancora: già prima della recente riforma la giurisprudenza ammetteva i maltrattamenti del datore di lavoro nell'ambiente di lavoro, fino a ravvisare il delitto in questione nelle ipotesi di mobbing, seppure limitatamente alle piccole realtà imprenditoriali, assimilabili – si diceva – alle relazioni che si instaurano tra familiari@. Secondo la giurisprudenza successiva alla riforma, fondata su un'interpretazione formalistica della rubrica legislativa, i maltrattamenti possono prescindere dalla convivenza e sussistere tra coniugi separati, purché ancora legati da un vincolo di familiarità@, con invasione del campo applicativo proprio degli atti persecutori, di cui all'art. 612-*bis* c.p. Non senza incoerenza, a fronte di una concezione più numerica che ponderale dell'abitualità, la giurisprudenza non manca di preferire la tesi secondo cui il reato sarebbe un illecito unitario@, allo scopo di far decorrere la prescrizione dall'ultima condotta

tipica, con il risultato di consentire la punizione di quelle precedenti, ancorché molto lontane nel tempo. Da ultimo, non si trascuri che, sul piano probatorio, la giurisprudenza considera sufficiente per l'affermazione della responsabilità dell'imputato la dichiarazione accusatoria della vittima, purché coerente e credibile, a nulla valendo che, intanto, si sia eventualmente costituita parte civile@.

In breve: la fattispecie di maltrattamenti si presta a esemplificare, nel suo microcosmo applicativo, i guasti dell'odierno macrocosmo penalistico, assumendo valore metaforico. Si tratta, infatti, di un reato dalla tipicità umbratile nella quale prevenzione generale e vittimocentrismo spadroneggiano senza contrappesi, non solo garantistici, ma neppure di semplice razionalità contenitiva. In questa prospettiva, infatti, la tutela dell'integrità personale subisce una trasfigurazione, nella misura in cui il suo rafforzamento viene a dipendere, più che dalle modalità della condotta, dalle relazioni e consuetudini che intercorrono tra il soggetto attivo e quello passivo.

7.4. Per recuperare la ragion d'essere di queste figura di reato, pare utile volgere lo sguardo al suo passato. Presente già nelle legislazioni preunitarie, come autonoma ipotesi di reato a danno del coniuge, la fattispecie di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli era collocata dal codice Zanardelli tra i delitti contro la persona ed era perseguibile a querela se realizzata a danno del coniuge (art. 391).

L'innovazione principale del codice Rocco è consistita nel suo assoggettamento alla procedibilità d'ufficio, non solo perché coerente con il carattere superindividuale della famiglia, quale bene giuridico di categoria di tutti i delitti collocati nel Titolo XI c.p., ma soprattutto per assicurare, anche in mancanza di una denuncia della vittima, la tutela contro i singoli episodi di maltrattamento di per sé costituenti reati perseguibili a querela.

Il codice Rocco aveva idee chiare. Da un lato, teneva conto che la

funzione deflattiva della procedibilità a querela (il cui nucleo principale era originariamente limitato ai reati perpetrati in seno alla famiglia *ex* art. 649, comma 2, c.p.) presuppone una vittima "forte", ossia non intimidibile *post factum* dal presunto colpevole, pena la creazione di zone di ingiustificabile impunità. Dall'altro lato, pur considerando la famiglia un valore in sé, in quanto fondamentale istituzione intermedia tra individuo e stato, non ne ignorava né la morfologia all'epoca verticistica, né il carattere potenzialmente chiuso, con gli effetti criminogeni che potevano discenderne a danno dei soggetti più deboli. La potestà maritale associata all'indissolubilità del matrimonio descrivevano una sottofattispecie criminologica di maltrattamenti con autore e vittime entrambi infungibili: il primo non poteva che essere il marito-despota e il padre-padrone, le seconde la moglie e i figli.

Da qui il significato profondo della procedibilità d'ufficio, intesa a rompere il riserbo della vita familiare che si trasforma in un accerchiamento del familiare soggiogato.

7.5. Da allora, però, molte cose sono cambiate. L'originaria *ratio legis* mantiene la sua plausibilità politico-criminale nel caso dei maltrattamenti perpetrati a danno dei minori, trattandosi peraltro di offese a beni indisponibili, ma non anche nella sottofattispecie che vede come vittime soggetti adulti. In quest'ultima ipotesi, sull'indisponibilità del bene giuridico è lecito avanzare riserve, almeno fintanto che i maltrattamenti consistano in condotte (come, per esempio, ingiurie, percosse ecc.), le quali singolarmente considerate sono scriminabili *ex* art. 50 c.p. Si pensi ai *ménage* vicendevolmente violenti tra soggetti emancipati culturalmente ed economicamente, e alla sporadica comparsa della denuncia penale al momento della separazione legale e della trattativa sulle sue condizioni economiche.

In breve: l'eterogeneità della casistica astrattamente riconducibile oggi nell'ambito dei maltrattamenti, quale figura di reato, non certo superflua, ma divenuta polimorfa, richiede all'interprete un impegno e un equilibrio del tutto particolari, rendendosi necessaria la previa individuazione del corretto "tipo

criminologico" quale criterio ermeneutico del "tipo legale", onde evitare identificazioni aprioristiche e strumentali del soggetto passivo.

Il compito non è certo semplice. Va detto tuttavia che nella disorientante elaborazione giurisprudenziale, intrisa di formalismo esegetico di marca repressiva, non manca qualche spunto felice, che non va lasciato cadere. Il riferimento è alla centralità che assume lo stato di soggezione, quale presupposto tacito dei maltrattamenti@, cui va aggiunta la loro ambientazione in un contesto psicologicamente e fisicamente chiuso. Più è costrittiva la condizione di subalternità all'agente, più è plausibile la lettura dei maltrattamenti come reato abituale anche interamente proprio, ossia composto da condotte di sola violenza "bianca", tutte di per sé atipiche.

7.6. Questo approdo ermeneutico dovrebbe valere, a maggior ragione, per il delitto di tortura@, caratterizzato dal duplice requisito specializzante della condotta (consistente in violenze, minacce gravi e crudeltà) e degli eventi tipizzati (acute sofferenze fisiche o verificabile trauma psichico), ma soprattutto da uno stato indefettibile di soggezione del soggetto passivo che irradia e giustifica il rafforzamento della tutela.

8. La tutela dell'identità sociale

8.1. Passando adesso ai delitti che interessano la dimensione relazionale della persona, il loro denominatore comune consiste in definitiva nella lesione dell'identità sociale del soggetto passivo, quale insieme di attribuzioni e informazioni che lo riguardano. Si tratta di una tutela disponibile, cui fa da *pendant* la frequente procedibilità a querela dei corrispettivi reati.

Anche questo comparto normativo ha registrato di recente una significativa evoluzione sia legislativa, che giurisprudenziale.

Da un lato, l'opportuna depenalizzazione, ad opera del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7, dell'ingiuria, offensiva in definitiva di una concezione intimistica del sentimento di sé@, ha valorizzato la reputazione quale esclusiva oggettività penalmente tutelata e la divulgazione dell'addebito disonorante come necessaria modalità di condotta. Anche con riguardo alla diffamazione il cuore delle valutazioni giudiziali si sposta sul piano dell'antigiuridicità, che diventa assorbente, nel senso che l'interesse pubblico alla conoscenza dell'addebito rende il fatto non diffamatorio, con la conseguenza di opacizzare il confine tra il fatto radicalmente atipico e quello solamente giustificato.

Dall'altro lato, va tenuto conto che, sotto il profilo empirico e criminologico, l'immagine sociale di ciascuno di noi è esposta ad aggressioni di cyberbullismo sempre più temibili per intensità e durata@. I mezzi di comunicazione amplificano l'attitudine lesiva delle tecnologie captative, oramai a portata di mano, o meglio di *smartphone*. Internet, in particolare, è un mondo non solo veloce e globale, ma anche eterno, dal quale è pressoché impossibile uscire, una volta che si è entrati nella sua memoria da elefante. Recenti fatti di cronaca dimostrano che anche gli stili di vita più disinibiti nascondono insospettate fragilità legate al sentimento di vergogna: la lesione irreparabile della propria immagine può provocare pregiudizi irreparabili, se non anche epiloghi tragici.

8.2. L'inadeguatezza dei possibili ristori risarcitori rilancia in questa materia l'insostituibile funzione preventiva del diritto penale. Si tratta, tuttavia, di una tutela non del tutto armonica, più forte sul versante delle aggressioni che si sostanziano nella diffusione delle notizie lesive, assai meno efficace in relazione alle condotte che consistono nella loro abusiva acquisizione.

A quest'ultimo proposito si è già detto che l'ambientazione domiciliare del delitto di interferenze illecite nella vita privata lascia aperta la via a interpretazioni restrittive volte ad escludere la tutela delle persone giuridiche. Non solo: la connessione legislativa tra tutela del domicilio e tutela della riservatezza fa sì che la condotta tipica possa essere realizzata unicamente dal

soggetto estraneo alla vita privata, con la conseguenza di escludere la tipicità delle riprese, magari clandestine, effettuate in casa propria e aventi ad oggetto anche chi viene legittimamente ammesso, sia pure estemporaneamente, a partecipare alla vita domiciliare nella quale si inscrive l'atto registrato@. Senza contare il nodo interpretativo costituito dallo strumento utilizzato: i mezzi di ripresa visiva e sonora presuppongono la fissazione dell'immagine e del suono, rendendo irrilevanti le mere captazioni@.

Diversamente, la condotta di diffusione, che in precedenza rilevava principalmente, ancorché non necessariamente, come postfatto delle interferenze illecite, oggi è divenuta oggetto anche di un'apposita incriminazione di nuovo conio legislativo, di impostazione speculare. L'art. 617-*septies* c.p., infatti, concentra il fuoco del disvalore sulla divulgazione delle riprese audio o video avvenute in presenza del soggetto agente, non già sulla loro acquisizione, relegata al ruolo di antefatto autonomamente non punibile@.

9. Il valore della dignità

9.1. Nella letteratura dedicata alla tutela penale dei beni della persona ricorre, con crescente frequenza, l'evocazione di un valore, largamente condiviso, ma anche controverso, che taglia trasversalmente l'intera materia. Il riferimento è al concetto di dignità, la cui importanza culturale sembra destinata a caratterizzare un'intera epoca e a trasformare in profondità il costituzionalismo europeo@. Si tratta di un termine che, sul versante del nostro diritto penale, pur comparendo da ultimo nel testo del delitto di tortura e in nessun altro degli enunciati normativi presenti nel Titolo XII c.p., interessa nondimeno un qual certo numero di importanti fattispecie incriminatrici, anche *extra codicem*.

A differenza della reputazione e dell'immagine della persona, la dignità è prerogativa esclusiva dell'umano, di cui è sinonimo. Mentre le prime rilevano in concreto, quali attribuzioni dei singoli, la seconda è una categoria generale, che, secondo l'insegnamento kantiano@, è comune a tutti allo stesso modo e prescinde dalla moltitudine delle sue incarnazioni. E ancora: la disponibilità dei beni della persona registra una netta tendenza all'espansione; per contro, la preponderante dimensione universalistica della dignità non è negoziabile, e in quanto tale è di per sé tendenzialmente incompatibile con la procedibilità a querela, che oggi caratterizza non pochi reati offensivi dei beni della persona.

Sia chiaro: nonostante i rischi affatto fondati di una sua regressione valoriale nello scenario internazionale@, non si discute adesso della dignità dell'autore del reato, come beneficiario di uno statuto morale irriducibile, che ne impedisce la strumentalizzazione utilitaristica e la degradazione a nemico della comunità, per quanto obbrobriosa possa essere la sua responsabilità. La dignità che interessa in questa sede non riguarda, cioè, il garantismo quale sinonimo in definitiva di diritto penale@, né la fase del trattamento esecutivo, che deve fare salva la persona e finanche la personalità del colpevole.

Qui l'ambito di interesse è più circoscritto perché attiene al piano della tutela, venendo in rilievo la dignità in due direzioni opposte: come limite oppure come fattore giustificativo dell'intervento punitivo.

9.2. Iniziando dalla dignità come limite della tutela penale, il suo principale uso argomentativo è avvenuto nel campo del biodiritto per contrastare pratiche di accanimento terapeutico nella fase del fine-vita.

Più che mai in questa costellazione di situazioni, la dignità è strettamente connessa all'identità della persona, ossia al diritto di ciascuno di scegliere la propria accezione di umanità. L'autodeterminazione non ha ad oggetto la scelta tra la vita e la

morte, ma riguarda la gestione dell'inevitabile sotto il profilo del "come", più che del "quando".

Il diritto di rifiutare le cure è dunque il punto di partenza del diritto alla dignità del morente, non anche il punto di arrivo: il dovere di assistenza del sanitario non cessa nei confronti del paziente che non può esprimere e non ha espresso scelte di fine-vita, assumendo quale oggetto precipuo le terapie utili al contenimento della sofferenza, compresa la c.d. sedazione terminale, che pur nondimeno segna la fine della vita biografica@.

In ogni caso affermare la dignità del morire – come scelta e come riconoscimento di valore – non significa necessariamente prendere partito per la disponibilità della vita, né tanto meno schierarsi a favore dell'eutanasia@, ma riconoscere un fondamentale spazio culturale all'*ars moriendi*, quale capitolo finale dell'*ars vivendi*. Le scelte di fine-vita non sono assimilabili agli atti dispositivi della persona, che opera in uno scenario di vita piena.

Questo vale anche per il suicidio medicalmente assistito, espressione finanche equivoca, perché chi compie questa tragica scelta non rifiuta la vita, ma l'insostenibilità della sofferenza, non vuole abbandonare il consorzio degli esistenti, ma il proprio corpo, all'inevitabile prezzo della vita. Alla gestione medicalmente assistita della propria fine mancano tanto l'elemento oggettivo, quanto quello soggettivo del suicidio@, tant'è che con un recente intervento (sent. 242/2019) la Consulta ha aperto un significativo varco di liceità della condotta di aiuto e agevolazione@.

9.3. Un diverso discorso va fatto per la dignità come criterio di legittimazione della tutela. A questo proposito non può trascurarsi che l'essenza morale e il respiro ideale del concetto di dignità rischiano di accentuare il vittimo-centrismo dell'odierno diritto penale, favorendo scolorimenti dell'offesa. Per non tacere, poi, la non univocità etico-culturale della dignità, paradossalmente esposta, per questa ragione, al rischio di

relativismo ideologico. Tutto ciò è sufficiente a mettere in guardia contro i rischi di un uso disinvolto e poco sorvegliato della nozione di dignità. La sua invocazione deve saper conciliare le molteplici filigrane del concetto con il carattere pluralistico della nostra società e con il modo di operare del diritto penale, che è quello di ritagliare tipologie di offese. Non si trascuri, infatti, che la frammentarietà della tutela penale, ossia la sua fisiologica selettività, mal si concilia con lo zoccolo duro della "dignità umana" costituita dall'uguaglianza di trattamento. Una tutela della dignità discriminatoria sarebbe essa stessa una lesione della (pari) dignità degli uomini, peraltro non agevolmente correggibile, stanti i noti limiti del sindacato di costituzionalità *in malam partem* delle discipline penali di favore@.

Tanto considerato, lo sviluppo, seppure sommario, della riflessione impone di distinguere adesso a seconda che la dignità funzioni come chiave interpretativa di altri e già acquisiti beni della persona ovvero costituisca una autonoma ed esclusiva oggettività giuridica.

9.4. Il primo scenario non pone particolari problemi, in quanto l'offesa alla dignità segna in definitiva l'approfondimento della lesione di altri beni giuridici.

Si pensi alla lesione della reputazione, che nella sua massima intensità ben può coinvolgere la dignità, come nel caso dell'offesa rivolta al portatore di handicap in ragione del suo handicap, ad un tempo lesiva dell'umanità in quanto tale.

Lo stesso deve dirsi della violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), la cui maggiore gravità è ravvisata comunemente proprio nella degradazione, particolarmente intensa, della vittima@.

L'elenco potrebbe continuare con il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), e con quello, già considerato, di tortura, che può consistere in pratiche umilianti.

9.5. Inutile dire che la seconda prospettiva è quella più complessa e problematica, essendo la dignità un concetto di portata universale, ma dalle radici pur sempre storicizzate.

Per evitare di approdare a un indifferenziato "crimine di lesa dignità", occorre individuare specifiche sfaccettature del valore della dignità meritevoli di tutela e culturalmente non divisive, come accade, per esempio, con la disciplina penale della discriminazione razziale (art. 1, d.l. n. 122 del 1993, conv. nella l. n. 205 del 1993), che è una diretta attuazione del principio costituzionale di uguaglianza *ex* art. 3, comma 1, Cost. Parimenti deve dirsi del delitto, di nuovo conio legislativo, di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, di cui all'art. 604-*bis* c.p., che, al secondo comma, tipizza l'istigazione ad atti di violenza.

In molti altri casi, invece, l'elevazione della dignità ad autonomo bene giuridico può sostanziarsi nella trasfigurazione di legittime, ma inoffensive visioni ideologiche.

Si pensi alla repressione penale del negazionismo come mera contestazione della verità storica. Diversa e condivisibile è pertanto la scelta effettuata dalla l. n. 115 del 2016, che incrimina il negazionismo se e in quanto modalità di propaganda razzista, istigazione e incitamento ad atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La scelta legislativa pone il negazionismo sullo stesso piano della discriminazione razziale.

E ancora: un'accezione della dignità del minore che, con la sua essenza metafisica e sentimentale@, travolge il pilastro dell'offesa, è quella sottesa alla repressione della pedopornografia virtuale (art. 600-*quater1* c.p.), che nondimeno resiste nella nostra legislazione.

E lo stesso va detto della dignità della donna, quale bene tutelato contro le condotte di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, fattispecie di dubbia legittimità@, non soltanto perché incriminano un concorso nell'altrui fatto lecito, ma per il significato "neutro" dei comportamenti che la giurisprudenza

riconduce all'ambito operativo dell'art. 3 n. 8 della l. n. 75 del 1958@. La sentenza 141/2019 della Consulta ha sprecato un'occasione preziosa per espungere dal nostro ordinamento gli ingloriosi retaggi del passato, di cui si è appena detto@. Si sono chiusi gli occhi sulla realtà. Nel variegato mondo della prostituzione non esistono soltanto persone schiavizzate, meritevoli di tutela, ma anche libere professioniste della sessualità, che, come altri, si occupano, dietro compenso, del corpo altrui. La Corte si fa scudo dello sfuggente concetto di dignità umana, meritevole di miglior causa, per riproporre, a cinquant'anni dalla rivoluzione sessuale, una visione moralistica e sessuofobica della libertà di disporre del proprio corpo. La sentenza finisce così per ravvisare la piena compatibilità delle condotte satellitari di cui si è detto con il principio di offensività, che viene a perdere tanto la sua funzione critica delle scelte politico-criminali, quanto la sua matrice laica. È proprio il caso di dire: peccato.

9.6. L'impiego penalistico della nozione di dignità ha tagliato di recente un ulteriore traguardo, il più problematico, venendo a perdere la sua tradizionale funzione di predicato di una persona *hic et nunc*, per assumere le sembianze di un bene giuridico superindividuale marcatamente ideologico, espressivo della concezione antropologica della persona, quale si è storicamente sviluppata fino a oggi@, ossia dell'umano ad oggi conosciuto.

Sotto questo profilo, in nome della dignità, si ambisce a contrastare penalmente alcuni possibili sviluppi della genetica, precludendole, in una proiezione forse ancora fantascientifica, di produrre l'umano che non si vorrebbe che fosse: il semiuomo, l'uomo artificiale, l'uomo ibernato, l'uomo-pianta o l'uomo sempreverde utile per prelievi d'organo@.

E nella stessa prospettiva la tutela della dignità, *sub specie* di identità e irripetibilità genetica, viene invocata, seppure problematicamente@, per sanzionare penalmente la clonazione umana, secondo il modello dell'art. 12 l. n. 40 del 2004.

Gli scenari che si dischiudono sono molteplici. Da un lato, e sul piano effettuale, è dubbio che il *Nomos* penalistico possa imbrigliare con successo la forza travolgente della *Téchne@*. Dall'altro lato, e sotto il profilo giustificativo, nella sua veste di bene giuridico la dignità mostra una tendenza all'idealizzazione della tutela, caratteristica di molti altri beni giuridici superindividuali, che affollano codici e manuali.

La loro funzione dovrebbe essere quella di *trait d'union* razionale tra il diritto penale, quale fenomeno normativo, e la società, come realtà storica. Il diritto penale, che non crea ma trova gli oggetti della sua tutela, può solo avvantaggiarsi di un concetto di dignità umana ricco di reali contenuti legittimanti, che gli offra una valida ragione per intervenire con la forza (*rectius*: violenza) che è sua propria. Nel dubbio, è meglio che il diritto penale si ritragga, poco o tanto che sia il consenso sociale, onde evitare di strumentalizzare la dignità o di esserne strumentalizzato.

Bibliografia essenziale

Capitolo XV
La tutela della vita

di Fausto Giunta

1. La struttura causale delle fattispecie di omicidio

L'omicidio, delitto tra i più gravi, è tipizzato con un enunciato normativo di rara brevità. Per l'art. 575 c.p. commette tale reato "Chiunque cagiona la morte di un uomo". Di poco più lungo è l'art. 589 c.p., che punisce "Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona".

Come in tutti i reati causalmente orientati, anche nell'omicidio la tipicità della condotta sta e cade con la sua efficacia a produrre l'evento, ossia la morte del soggetto passivo. Siamo in presenza, dunque, di un'eccezione alla regola secondo cui il reato è un illecito caratterizzato dalla modalità della condotta.

La preferenza per questa tecnica normativa si spiega con la necessità di evitare lacune di tutela, che nel caso di specie, data l'importanza del bene giuridico, non sarebbero giustificabili.

Il carattere "aperto" della causalità comporta una qual certa flessione dello standard di determinatezza della fattispecie. Ciò non significa aprire all'intuizionismo giudiziale. È ben vero il contrario: l'affermazione processuale della causalità deve soddisfare il principio della certezza razionale e della prova "oltre ogni ragionevole dubbio". Solo la scrupolosa osservanza di questa regola di giudizio può garantire in concreto quella chiusura del tipo.

2. Il soggetto passivo: il morente e il nato

2.1. Della nozione di morte si è già detto. Essa è affidata a un parametro normativo rappresentato dalla l. n. 578 del 1993. Quest'ultima fonte, oltre a definire la morte cerebrale, quale cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, ne regola l'accertamento, anche al fine di consentire il prelievo di organi da utilizzare per trapianti@. Per poter essere trapiantati, gli organi devono essere idonei allo scopo, e tali sono quelli prelevati da un corpo irrorato. Il sostegno del battito cardiaco e della respirazione, a opera di appositi macchinari, possono dare l'impressione di trovarsi in presenza una persona dormiente, che muove le palpebre e presenta contrazioni muscolari. Si tratta di movimenti indotti dalla macchina. Quel corpo non ha vita. Conseguentemente un ipotetico colpo di pugnale inferto al cuore attingerà il cadavere, non lederà la vita.

Diversi dalla morte encefalica sono il coma e lo stato vegetativo permanente, quali condizioni di vita incosciente, di regola, reversibile il primo, irreversibile il secondo. In quest'ultimo caso, anche se le funzioni dell'encefalo sono ancora attive, la vita c.d. biografica è cessata.

2.2. Ben più problematica è l'individuazione dell'inizio della vita tutelata penalmente. Qui manca una presa di posizione espressa del legislatore. Per questa ragione, l'attività ermeneutica risulta più esposta ai condizionamenti metagiuridici che permeano la materia.

Le indicazioni legislative che fungono da base regolativa sono essenzialmente due. Da un lato, l'art. 578 c.p. riconduce nel concetto unitario di uomo sia il neonato, che il feto soppresso durante il parto. Dall'altro lato, la l. n. 194 del 1978, dopo aver disciplinato l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, prevede apposite incriminazioni per le pratiche abortive non autorizzate. Parte di queste fattispecie incriminatrici sono state spostate oggi nel codice penale (artt. 593-*bis* e 593-*ter*) dalla più volte citata l. n. 21 del 2018.

Dispone inoltre l'art. 7 della l. n. 194 del 1978 che, quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, il medico deve adottare ogni misura idonea a salvaguardarne la sopravvivenza. Ne se deduce che il nato è comunque uomo. Resta da chiarire, però, se la sua tutela sia incondizionata. Il nodo gordiano riguarda lo *status* dei nati estremamente prematuri con prognosi di sopravvivenza infausta o accompagnata da gravi malformazioni.

3. Il requisito della vitalità

3.1. Per inquadrare la questione occorre muovere da un principio largamente condiviso, ossia che la tutela penale della

vita prescinde ordinariamente tanto dalla vitalità, ossia dall'attitudine a vivere, quanto della qualità della vita, di cui nessuno può farsi giudice dall'esterno. Che l'eutanasia costituisca reato è pacificamente riconosciuto, anche se al soggetto passivo rimangono pochi scampoli di vita e sia afflitto da sofferenze estreme. La vitalità non è solamente un giudizio naturalistico, è anche normativo. Risulta corretta e ricorrente l'affermazione che pure la vita del condannato a morte ha un valore assoluto, finché non giunga l'ora dell'esecuzione capitale. Si conclude che anche la minima anticipazione della morte (per esempio, l'uccisione del condannato mentre percorre il "miglio verde") costituisca omicidio@.

Questo principio, nel rifiutare la cultura della morte, rafforza il valore assoluto della vita come bene insuscettibile di graduazioni. La sua applicazione, tuttavia, porta nel nostro ordinamento a eccessi sanzionatori evidenti, stante la mancanza di una fattispecie attenuata di omicidio che tenga conto della quantità e della qualità della vita offesa, che possono accompagnarsi al movente compassionevole. Il minimo edittale previsto dall'art. 575 c.p. è costituito dalla reclusione non inferiore ad anni ventuno. È di tutta evidenza che altro è uccidere il morente incosciente, altro è sopprimere una persona pienamente vitale. Non si tratta di relativizzare il valore della vita in sé, ma di tenere nel dovuto conto, ai fini sanzionatori, il contesto esistenziale del soggetto passivo specie quando si fa più tenue il suo interesse per la vita.

Al riguardo viene in rilievo un importante riferimento normativo: l'art. 2, comma 2, l. n. 219 del 2017, nel caso di paziente con prognosi infausta a breve termine, impone al medico di astenersi da interventi terapeutici sproporzionati. Come si vede, la ridotta vitalità del paziente, pur non riducendo la tutela (le condotte attive contro la vita continuano a ricadere nella fattispecie di omicidio) si riverberano sulla posizione di garanzia restringendola. Pertanto al medico che, nella situazione anzidetta, si limita a praticare le terapie essenziali, comprese quelle contro il dolore, non può imputarsi la fattispecie di omicidio a titolo

omissivo.

3.2. Vitalità e qualità della vita assumono un rilievo ancora maggiore ai fini del trattamento dei nati pretermine. A questo proposito vanno distinti i casi dei nati estremamente prematuri, con prognosi di morte, da quelli dei nati dopo la trentasettesima settimana, con prognosi favorevole. Massimamente problematiche sono le situazioni intermedie, caratterizzate da malattie invalidanti, in relazione alle quali è difficile tracciare il confine tra accanimento terapeutico ed eutanasia prenatale. In particolare, per i nati tra la ventiduesima e la venticinquesima settimana di vita intrauterina, la scelta per l'intervento terapeutico o meno passa inevitabilmente attraverso un ottimale bilanciamento tra prospettive di sopravvivenza e qualità della vita possibile. Ciò significa che proprio con riguardo all'inizio della vita tutelata, la fattispecie di omicidio è tutt'altro che definita, come dimostra il ventaglio delle opzioni possibili che vanno dal non rianimare i neonati a rischio all'intervento di sostentamento vitale, con il verosimile epilogo di salvaguardare un'esistenza futura con danni cerebrali gravi e irreversibili.

Un importante contributo al dibattito è stato offerto dal Comitato Nazionale per la Bioetica che, con il documento del 29 febbraio 2008 (*I grandi prematuri. Note bioetiche*)@, ha valorizzato il coinvolgimento dei genitori nel processo decisionale, senza però attribuire al loro parere un valore eticamente e giuridicamente vincolante. Da qui la conclusione che "la tutela della vita del neonato (…) non può ricevere pregiudizi per il solo fatto della sua nascita prematura", né può giustificare il prolungamento inappropriato delle terapie quand'anche richiesto dai genitori. Per i neonati prematuri i criteri da adottare per la rianimazione non possono differire da quelli che valgono per la rianimazione di un bambino uscito dalla fase neonatale o di un adulto. In breve, secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica sarebbero del tutto eccezionali i casi che non imporrebbero l'intervento terapeutico: il valore della vita prevale sempre su quello della sua qualità.

3.3. Questo approdo, tuttavia, non è pacifico@. Né aiuta a

risolvere il problema la recente l. n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*). Nel disciplinare l'atto medico su minore, l'art. 3 non prende in considerazione il caso specifico che qui interessa, destinato a rimanere aperto.

Non può sfuggire che la giurisprudenza sul punto sia pressoché inesistente. Poiché il dilemma del trattamento del nato prematuro è tutt'altro che infrequente, la mancanza di pronunce penali in argomento fa pensare che si sia creato sul punto uno spazio temporaneamente libero dal diritto forse dovuto, più che a un *self restraint* valoriale, all'indisponibilità della giurisprudenza, solitamente interventista, ad assunzioni di responsabilità.

4. Le ipotesi speciali di omicidio doloso: infanticidio e omicidio del consenziente

4.1. Il codice penale conosce due ipotesi speciali di omicidio doloso, soggette entrambe a un trattamento sanzionatorio meno severo e collegate l'una alle caratteristiche del soggetto passivo e ai moventi del reo, l'altra alla presenza del consenso.

Il riferimento è rispettivamente all'infanticidio in condizioni di abbandono morale e materiale (art. 578 c.p.) e all'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

Iniziando dalla prima fattispecie@, si tratta di un reato proprio della madre, che agisce in condizioni di abbandono morale e materiale connesse al parto. Com'è noto, il brocardo *mater semper certa est* ha perso la sua validità nei casi di maternità surrogata. Ciò impone di precisare che, stante il riferimento della norma al parto, il soggetto attivo del reato può essere solo la partoriente.

Le condizioni di abbandono devono essere sia morali, che

materiali. L'espressione codicistica allude a situazioni estreme connotate da una solitudine produttiva di profondo turbamento e un'alterazione della coscienza, ancorché non patologica. Non basta l'indifferenza delle persone care, specie in considerazione dell'aiuto che normalmente offrono i presidi sanitari.

Soggetto passivo è il feto durante il parto (c.d. feticidio), momento nel quale il nascituro non ha ancora vita autonoma, o il neonato immediatamente dopo il parto.

L'avverbio "immediatamente" introduce un requisito temporale, che va interpretato teleologicamente. Guardando alla *ratio* della fattispecie incriminatrice, il parto non è solo un fenomeno fisiologico, ma il momento di accettazione della maternità, superato il quale l'eventuale uccisione del nato non può più dirsi avvenuta nell'immediatezza del parto.

Deve segnalarsi la particolare disciplina prevista per i concorrenti nel reato, che deroga in parte ai criteri generali previsti dall'art. 110 e seg. c.p. Chi concorre risponderà di omicidio comune, ma la pena potrà essere diminuita se ha agito al solo scopo di aiutare la madre.

Il trattamento sanzionatorio più benevolo non risulta solamente dalla cornice edittale, ma anche dalla precisazione che non trovano applicazione le circostanze aggravanti previste dall'art. 61 c.p.

4.2. Passando all'omicidio del consenziente@, si tratta di una fattispecie che conferma l'indisponibilità del bene della vita.

Il requisito specializzante del consenso sussiste quando vi è l'accettazione dell'offesa da parte del soggetto passivo. Non è necessaria né una richiesta in senso stretto, né una forma espressiva particolare. La sua manifestazione deve essere specifica e univoca, e deve provenire da persona capace di autodeterminarsi e libera da condizionamenti. Difettando tali condizioni, l'art. 579, comma 3, c.p. dispone che si applichino le disposizioni sull'omicidio doloso comune. Il consenso deve

intervenire prima che venga realizzata la condotta e persistere durante la sua esecuzione. A questo proposito si parla di attualità del consenso. Quanto all'oggetto, il consenso deve abbracciare le condizioni di tempo e di luogo, e può essere sottoposto a condizione, avuto riguardo per esempio al mezzo. L'esecuzione in difformità del consenso lo rende invalido nella misura in cui essa tradisca in modo significativo la volontà del soggetto passivo. Per converso non assumono rilievo le condizioni marginali, come per esempio il tipo di pistola da utilizzare per la causazione della morte.

Il consenso è sempre revocabile prima che intervenga la condotta. Dopo questo momento, l'eventuale ripensamento del soggetto passivo non fa mutare il titolo di reato. Se si verifica l'evento, il reo risponderà pur sempre di omicidio del consenziente@, a meno che su di lui non gravi un'apposita e distinta posizione di garanzia (si pensi, per esempio, al medico ospedaliero che somministri del veleno a effetto differito al paziente ricoverato nel suo reparto, il quale, dapprima consenziente, dopo la condotta, chiedesse di essere salvato). In tal caso l'omesso impedimento dell'evento farebbe scattare una responsabilità per omicidio doloso ai sensi degli artt. 40, comma 2, e 575 c.p. Ad ogni modo, e indipendentemente dalla mutata volontà del soggetto passivo, l'impedimento dell'evento è interesse dell'agente: il fatto degraderebbe a tentativo, attenuato dal recesso attivo (art. 56, comma 4, c.p.).

Se invece la mutata volontà del soggetto passivo interviene prima della commissione della condotta, la persistenza del reo nella realizzazione del suo piano omicida rileverà come omicidio doloso o di tentativo di omicidio doloso (a seconda che si verifichi o meno la morte del soggetto passivo). In questo caso la volontà omicida è sostanzialmente unica, come unica è la condotta quale realizzazione materiale del volere. Il reato più grave, ossia l'omicidio (del dissenziente) diventa uno sviluppo di quello meno grave (tentativo di omicidio del consenziente). Quest'ultimo perde autonomia e resta assorbito nel primo.

Ci si deve chiedere, infine, quale sia la disciplina applicabile, ove l'agente, nel tentativo di impedire la morte del non più consenziente, la cagioni per colpa (si pensi a colui che dopo avere avvelenato il soggetto attivo ne cagiona la morte con un incidente stradale mentre lo trasporta all'ospedale). Qui le condotte sono diverse: rispetto alla prima, la seconda è antagonistica. Anche i fatti sono distinti: l'uno è doloso, l'altro è colposo. Non si può trascurare questa diversità e imputarli unitariamente come omicidio del consenziente, degradando così l'uccisione colposa a postfatto irrilevante. La loro considerazione autonoma porta a qualificare distintamente i fatti in concorso tra loro come omicidio del consenziente tentato e omicidio colposo con violazione delle regole sulla circolazione stradale.

Nel caso di erronea supposizione del consenso, verrà a realizzarsi la fattispecie oggettiva dell'omicidio i cui requisiti sono tutti abbracciati dal dolo. Da qui la conclusione, fatta propria da una parte della dottrina, che troverebbe applicazione l'omicidio comune. Si tratta, tuttavia, di una soluzione rigorista che trascura il diverso e minore disvalore del dolo. Preferibile, perché più equa, appare la soluzione dell'applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 59, comma 4, c.p. che, seppure dettato per le cause di giustificazione, in ragione dell'*eadem ratio* può estendersi al consenso quale requisito costitutivo del reato in esame, con la conseguenza di rendere applicabile anche in questo caso l'art. 589 c.p.

5. Istigazione o aiuto al suicidio

5.1. Benché non si tratti di una fattispecie di omicidio, il delitto di istigazione o aiuto al suicidio è comunque un delitto contro la vita. Per questa ragione sarà qui trattato.

Il dibattito sulla liceità o meno del suicidio è fortemente condizionato da premesse metagiuridiche e finanche ideologiche.

Il diritto positivo non offre indicazioni univoche al riguardo, per cui gli interpreti cercano di fargli dire quel che vorrebbero dicesse espressamente. La questione ha una rilevanza più di principio, che applicativa, posto che il tentativo di suicidio non è punito. Ciò non significa che non residuino spaccati di vita problematici. La principale questione di rilevanza pratica consiste nella controversa possibilità di impedire il tentativo di suicidio da parte del terzo che non sia gravato da una posizione di garanzia. L'intervento salvifico, realizzato anche in modo coercitivo, viene perlopiù giustificato ravvisando un fattore di pericolo nei confronti dei terzi ora nell'istinto suicidario (tale da giustificare finanche il trattamento sanitario obbligatorio), ora nel fatto oggettivo che ne è espressione (come nel caso dell'aspirante suicida che minacci di darsi fuoco in un luogo pubblico e molto frequentato).

5.2. Diversamente deve dirsi del suicidio che non costituisce un atto libero in quanto indotto da terzi. È principalmente a questa ipotesi che fa riferimento l'art. 580 c.p. nella parte in cui punisce chi "determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio". Le condotte, entrambe incidenti sulla sfera psichica del soggetto passivo, sono equiparate sul piano della tipicità, ma è indubbia la maggiore gravità della determinazione, che consiste nel far nascere un proposito di autosoppressione prima inesistente. Il tenore testuale della norma chiarisce che si tratta di condotte necessariamente commissive.

Alla stessa pena è assoggettata la condotta dell'aiuto, consistente nell'agevolare in qualsiasi modo l'esecuzione dell'altrui proposito suicidario.

Questa ipotesi è problematica sotto il duplice profilo della legittimità e dell'applicazione.

5.3. Quanti considerano il suicidio un diritto della persona contestano la scelta legislativa di elevare a reato il concorso nella realizzazione di un fatto altrimenti libero e lecito@. Si tratta, però, di una interpretazione che, in linea di principio, non è stata

accolta dalla Corte costituzionale@, che ha aperto a una declaratoria differita di incostituzionalità limitatamente ai casi di suicidio medicalmente assistito, sul quale si avrà modo di tornare. Solo con riguardo a queste situazioni estreme la Consulta, con un secondo intervento@, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 219 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Sul piano interpretativo, la struttura causale dell'agevolazione porta ad allargare oltre misura l'ambito applicativo dell'aiuto al suicidio, posto che qualunque *condicio sine qua non* dell'evento risulterebbe tipica: commetterebbe reato non solo colui che accompagna l'aspirante suicida nel luogo dove si darà la morte, ma anche il benzinaio che, consapevole della meta finale, vende il carburante necessario per la trasferta. Se si vogliono evitare epiloghi ermeneutici così estremi, la condotta di aiuto deve restringersi ai contributi che semplificano in modo significativo piano esecutivo. Per questa ragione mentre costituirà aiuto la consegna di una pistola, non integrerà il reato l'indicazione del luogo appartato dove il soggetto passivo si toglierà la vita, sebbene entrambe le condotte siano *condiciones sine quibus non* della morte.

Il compimento della condotta tipica non è sufficiente per la realizzazione del reato: è necessario che il suicidio avvenga o che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Trattandosi di condizioni obbiettive di punibilità questi eventi non devono essere abbracciati dal dolo, per la cui

sussistenza è sufficiente la finalizzazione della condotta all'altrui suicidio.

Quando il soggetto passivo è un minore di quattordici anni o un incapace di intendere e di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio. Se si tratta di un minore degli anni diciotto o una persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica le pene sono aumentate.

6. L'omicidio preterintenzionale

A norma dell'art. 584 c.p. risponde di omicidio preterintenzionale chi, nell'atto di commettere i delitti di percosse o lesioni personali, cagiona la morte del soggetto passivo.

La condotta tipica, che può rimanere allo stadio del tentativo, è dolosa; l'evento, invece, deve essere necessariamente non voluto, perché altrimenti il fatto rientrerebbe nella cornice dell'omicidio doloso.

Nonostante l'apparente contraddizione, è possibile percuotere o causare lesioni personali nel rispetto di cautele idonee a evitare il rischio della morte@. Il manuale del picchiatore modello è noto e consultato da chi esercita, spesso in modo clandestino e perfino penalmente vietato, professioni che consistono o degenerano in certe pratiche.

Se non esistesse l'art. 584 c.p. il fatto da esso previsto integrerebbe le fattispecie di percosse o lesioni in concorso con il delitto di omicidio colposo, sempre che la morte del soggetto passivo derivi dalla mancata adozione di dette cautele. La scelta di unificare i due titoli di responsabilità in un'unica fattispecie, ben più gravemente punita del cumulo materiale delle rispettive pene, depone per un'altra chiave di lettura: il legislatore non ha negato spazio alle cautele che possono adottarsi nell'agire

illecito. In nome della più efficace tutela della vita ha arretrato la soglia di pericolo rilevante vietando le percosse e le lesioni personali sia per il pregiudizio che esse presentano in se stesse, sia in funzione della tutela anticipata della vita.

Stando così le cose, nell'omicidio preterintenzionale per l'imputazione della morte sono sufficienti il nesso di causalità e i suoi correttivi.

7. Gli omicidi colposi

7.1. L'omicidio colposo, previsto dall'art. 589 c.p., è un reato causalmente orientato al pari della corrispondente fattispecie dolosa. L'elemento caratterizzante è la colpa: l'evento non voluto deve dipendere dalla violazione di una regola cautelare.

Il secondo comma contempla una circostanza aggravante indipendente per il caso in cui la cautela disattesa riguardi la prevenzione degli infortuni sul lavoro@.

Una cornice edittale ancora più severa è stabilita per la colpa professionale dal terzo comma.

Accanto all'ipotesi generale di omicidio colposo negli ultimi anni sono gemmate, più o meno scriteriatamente, due fattispecie speciali, l'una in materia di circolazione stradale, l'altra concernente la responsabilità professionale del sanitario. La prima registra un incrudelimento della risposta sanzionatoria che ha sollevato dubbi sul piano della legittimità@, la seconda è contrassegnata da una disciplina favorevole al reo. In entrambi i casi il profilo di specialità attiene al requisito della colpa.

7.2. Iniziando, secondo l'ordine della loro collocazione sistematica, dall'omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p.), la severità della risposta sanzionatoria si collega alla violazione di regole cautelari particolarmente importanti per la sicurezza della

circolazione stradale. La scelta legislativa di dare rilievo al disvalore di azione non esime l'interprete dal rispetto degli ordinari criteri di imputazione dell'evento. Non basta che la morte sia avvenuta in occasione della circolazione stradale; occorre che essa sia dipesa dalla violazione delle cautele espressamente richiamate dalla fattispecie incriminatrice. Diversamente, si configurerebbe un regresso verso forme di *versari in re illicita*.

7.3. Il tratto di specialità della seconda fattispecie, prevista all'art. 590-*sexies* c.p., riguarda ancora più chiaramente la struttura della colpa. In effetti la disposizione in parola sembrerebbe speciale rispetto all'art. 43 c.p., che definisce la colpa. A ben vedere, però, sotto questo profilo la specialità è solo apparente: l'art. 590-*sexies* c.p. propone la concezione della colpa che parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene preferibile in termini generali. Sul punto si avrà modo di tornare, perché l'art. 590-*sexies* c.p. dispone analogamente anche in materia di lesioni personali. Ciò suggerisce una–trattazione unitaria della disciplina nella più ampia cornice della responsabilità penale del medico, che si è arricchita di un'altra disposizione di carattere comune. Dispone l'art. 3-*bis*, d.l. n. 44 del 2021, che "Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave". Soggiunge il capoverso: "Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza".

Bibliografia essenziale

Capitolo XVI
Percosse e lesioni personali

1. Le percosse

di Fausto Giunta

1.1. Un secondo gruppo di reati previsti nel capo primo del titolo XII ha in comune l'offesa all'incolumità personale. Si tratta di una categoria eterogenea, il cui ceppo principale è costituito dalle lesioni personali.

Prima di entrare in argomento, va fatto cenno al delitto di percosse (art. 581 c.p.), che consiste nel colpire il soggetto passivo in qualunque modo e con qualunque mezzo. Pugni, calci, bastonate, strattonamenti, e via discorrendo, costituiscono percosse se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente. Tale non è l'ecchimosi, conseguenza frequente delle percosse, a meno che, per via della sua estensione, essa non comporti una menomazione funzionale dell'organismo. Su questa conclusione converge la dottrina, mentre è di contrario avviso la giurisprudenza per la quale il livido è una lesione personale.

Il reato previsto dall'art. 581 c.p. è, dunque, di mera condotta. L'offesa consiste nella sensazione di dolore, per il cui accertamento occorre considerare, in base alle massime di esperienza, le caratteristiche fisiche sia dell'aggressore che del soggetto passivo. Un lieve schiaffo non costituirà una percossa, ma potrà rilevare come ingiuria c.d. reale se, in base al contesto, il gesto assume un significato dispregiativo, come tale lesivo dell'onore.

1.2. Ciò non significa, però, che ogni contatto fisico doloroso costituisca percossa. Non è tale, per esempio, un'iniezione, non perché sia scriminata, o perché difetti il dolo di arrecare una sofferenza, ma per una ragione oggettiva e più radicale che incide sulla tipicità: la condotta terapeutica si ispira a beneficialità. Il suo significato sociale è pertanto opposto a quello della percossa.

Perché possa parlarsi di percossa, la sensazione di dolore deve derivare dal contatto fisico (diretto o mediato da qualsiasi oggetto contundente) tra l'agente e il soggetto passivo, non dalle sue conseguenze, quand'anche volute. Per fare un esempio, colui che sfila la sedia a chi vi si sta sedendo, provocandone una dolorosa caduta, non realizza una percossa per mancanza del necessario contatto fisico. Il fatto potrà costituire un'ingiuria, se l'intento è derisorio, o una lesione personale, se cagiona l'evento tipico di quest'ultima fattispecie (la quale, come si tornerà a dire è causalmente orientata, ossia integrabile da qualsiasi condotta).

Si può convenire, pertanto, con la giurisprudenza che definisce percossa ogni manomissione violenta dell'altrui persona@. Si badi: il contatto con il corpo del soggetto passivo deve essere violento, non bastando che la sensazione di dolore segua unicamente all'impatto con cose o persone. Si pensi alla spallata che fa ruzzolare per le scale il soggetto passivo. Costituirà percossa solo se essa stessa si connoti per una violenza d'urto. Lo stesso deve dirsi per lo sgambetto: se la condotta difetta di violenza non potrà parlarsi di percossa senza tradire il significato che il termine possiede nel linguaggio comune.

Questa conclusione – trattandosi di fatti equivalenti sotto il profilo dell'offesa – contrasta con il senso di giustizia, che aborre la lacuna di tutela e il trattamento diseguale di casi simili. È anche vero che il ragionamento analogico *in malam partem* è vietato nella materia penale per ragioni di garanzia, ritenute prevalenti finanche sul senso di giustizia. Il cedimento all'analogia sfavorevole non è mai isolabile, perché finisce per propagarsi nel sistema inoculando la convinzione che il giudice

possa, all'occorrenza, superare, in senso liberticida, la funzione regolatrice del linguaggio.

1.3. La percossa tipica può essere giustificata: si pensi alle pratiche masochistiche, a certe competizioni sportive o pseudo tali, come la c.d. gara di schiaffi@, agli interventi coercitivi delle forze dell'ordine.

Si può percuotere anche per legittima difesa o in stato di necessità.

1.4. Il delitto di percosse è procedibile a querela.

Si tratta di un reato di competenza del giudice di pace, punito con la pena pecuniaria da 258 a 2.582 euro. Trovano applicazione gli istituti della giurisdizione di pace, di cui si è detto (Cap. VI, § 4).

2. Le lesioni personali

di Fausto Giunta

2.1. Le lesioni personali costituiscono una figura di reato che ha perso nel tempo la sua originaria unitarietà tipologica@. Il codice penale prevede oggi una molteplicità (meglio: un eccesso) di ipotesi delittuose che portano questo *nomen iuris*.

Il nucleo normativo risiede negli artt. 582 e 583 c.p.

L'art. 582, comma 1, c.p. offre la definizione di base del fatto tipico, che consiste nel cagionare ad altri una lesione personale dalla quale derivi una malattia nel corpo o nella mente. Si tratta di un reato causalmente orientato che può realizzarsi con qualunque condotta, anche omissiva ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

L'enunciato normativo viene ritenuto impreciso, perché

sembrerebbe "che due siano gli eventi naturalistici di questo reato: prima una lesione come conseguenza della condotta umana; poi, una malattia come conseguenza della lesione"@. Da qui l'agevole critica che non tutte le lesioni personali comportano una malattia e non tutte le malattie sono provocate da una lesione personale.

Sennonché questa lettura dell'enunciato normativo assume le nozioni di "lesione personale" e "malattia" in senso restrittivo, intendendo la prima come alterazione anatomica ("violenta disintegrazione di tessuti [...] *et similia*)@, la seconda come processo patologico@.

Per quanto criticata in dottrina, più corretta appariva la definizione offerta dalla *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale*, che considerava malattia "qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali". Questa nozione teneva conto che vi sono patologie, come, per esempio, quelle mentali, prive di alterazioni anatomiche. Essa veniva criticata sulla base di una premessa opinabile: l'identificazione della malattia con un processo patologico@, che non è sempre presente nelle alterazioni dello stato di benessere.

In breve, e tornando alla lettera dell'art. 582, comma 1, c.p.: il collegamento tra la concezione anatomica della lesione personale e quella patologica di malattia restringe irragionevolmente il fuoco della tutela penale.

2.2. A ben vedere, però, un'interpretazione fedele al testo e ad un tempo coerente con la *ratio* della tutela è certamente possibile. Basta intendere il concetto di lesione personale in senso lato, come sinonimo di offesa alla persona e, per altro verso, identificare la malattia con la condizione opposta allo stato di salute, ossia con qualunque menomazione dell'organismo che ne riduca la pienezza delle funzioni@.

Così interpretato, l'enunciato normativo risulta innocuamente ridondante nella parte in cui fa riferimento alla "lesione

personale" (espressione, in realtà, non necessaria per descrivere il fatto tipico), ma non suona irragionevolmente restrittivo. Ne esce confermata la centralità del concetto di malattia nella struttura della fattispecie incriminatrice, da intendersi come qualsiasi apprezzabile menomazione funzionale diffusa o localizzata, guaribile o cronica.

3. Lesioni lievi

di Fausto Giunta

L'art. 582 c.p. distingueva in origine due ipotesi di lesioni personali: l'una, definita "lieve", l'altra "lievissima" a seconda della durata della malattia: compresa tra ventuno e quaranta giorni, nel primo caso, inferiore a venti giorni, nel secondo. Ne discendevano differenti implicazioni di disciplina sotto il profilo della giurisdizione (perché solamente le lesioni lievissime erano procedibili a querela, di competenza del giudice di pace e assoggettate a pene non detentive). Oggi, a seguito del d.lgs. n. 150 del 2022, entrambe le fattispecie sono diventate di regola procedibili a querela e di competenza del giudice di pace (deve considerarsi, dunque, un refuso legislativo la sopravvivenza nell'art. 4 del d.lgs. n. 274 del 2000 del riferimento al secondo comma dell'art. 582). Da qui, la loro unificazione anche sotto il profilo della cornice edittale. In breve: la reclusione da sei mesi a tre anni, indicata dall'art. 582, comma 1, c.p., quando il fatto è di competenza del giudice di pace, lascia spazio alla pena pecuniaria della multa da 516 a 2.582 euro o alla permanenza domiciliare da quindici a quarantacinque giorni ovvero ancora al lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi.

Trattandosi di fattispecie causalmente orientata, il delitto di lesione personale può realizzarsi in forma omissiva, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Il dolo deve abbracciare l'offesa all'incolumità del soggetto passivo (oltre che, come si dirà, la sua gravità) quale conseguenza della condotta.

4. Lesioni gravi e gravissime

di Fausto Giunta

4.1. L'art. 583 c.p. prevede due distinte ipotesi, denominate rispettivamente "Lesioni gravi" (comma 1) e "Lesioni gravissime" (comma 2). La tecnica redazionale è quella tipica delle circostanze aggravanti c.d. indipendenti. Si prevedono, infatti, altrettante cornici edittali, distinte dalla pena prevista dall'art. 582 c.p. e ordinate per crescente gravità, chiamate a reprimere la causazione di malattie o menomazioni particolarmente offensive della salute individuale.

Deve segnalarsi che l'art. 583, comma 1, c.p. equipara alla malattia l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni. Quest'ultima va intesa come una condizione di benessere precaria o perché non assurge a malattia o perché segue ad essa ed è funzionale al pieno ristabilimento dello stato di salute (è il caso della c.d. convalescenza e del riposo dipendente dalla malattia). La giurisprudenza precisa che il suo accertamento va effettuato in concreto: vale a dire in relazione sia alla sfera del lavoro produttivo di reddito, sia ad ogni impiego della propria energia psico-fisica per scopi leciti e giuridicamente apprezzabili@.

4.2. L'art. 583 c.p. è rubricato "Circostanze aggravanti", la qual cosa conferma la volontà storica del legislatore di prevedere due fattispecie circostanziali. Questa scelta, del resto, era pienamente coerente con l'impianto politico-criminale del codice Rocco, che credeva nell'incremento di tutela derivante dalla comminazione di pene elevate abbinate alla responsabilità oggettiva.

Per meglio comprendere l'originaria logica codicistica occorre

tenere presente che le circostanze aggravanti c.d. indipendenti erano sottratte al bilanciamento con altre circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p. (prima che venisse novellato dalla l. 7 giugno 1974, n. 220). Non solo: il codice Rocco prevedeva l'imputazione oggettiva delle circostanze (ai sensi del previgente art. 59 c.p.). Breve: l'autore, che con dolo di lesione personale lieve o lievissima, cagionava uno degli eventi aggravatori previsti dall'art. 583 c.p. veniva punito non solo molto severamente ma, in relazione all'evento non voluto, a titolo di responsabilità oggettiva. Il rigore complessivo della disciplina sollevava fondati dubbi di costituzionalità per violazione dei principi di ragionevolezza della pena e di colpevolezza.

4.3. Questo spiega la lettura proposta nel manuale di Francesco Antolisei. Il ragionamento si snoda su due livelli.

Sul piano testuale si esclude il carattere vincolante delle rubriche legislative, che – si precisa – hanno funzione ordinatoria e non contribuiscono a definire il contenuto regolativo della norma.

Sul piano strutturale si nega la natura circostanziale dell'art. 583 c.p. in quanto le ipotesi aggravate in esso previste non sono tutte speciali rispetto al fatto tipizzato nell'art. 582 c.p. Verrebbe a mancare, cioè, uno dei criteri di riconoscimento delle circostanze. Da qui la conclusione che si tratterebbe di fattispecie autonome, i cui eventi devono essere previsti e voluti dall'agente.

4.4. Con la citata novella del 1974, che, come si diceva, ha esteso il bilanciamento a tutte le circostanze, il legislatore ha ritenuto di poter attenuare la severità punitiva del codice Rocco attraverso il potenziamento della discrezionalità giudiziale.

In quel momento storico la previsione si rivelò corretta, ma non priva di inconvenienti di segno opposto, come la possibilità che l'abbattimento di pena finisse per banalizzare la risposta sanzionatoria. La qualificazione delle fattispecie previste dall'art. 583 c.p. come circostanze aggravanti consente al giudice, in presenza di attenuanti anche generiche, di applicare per le lesioni

gravissime ritenute prevalenti la pena massima di dodici anni, e di attestarsi, se ritenute soccombenti, sul minimo edittale stabilito dall'art. 582 c.p., diminuito di un terzo (pari a quattro mesi).

Per evitare questo epilogo importanti manuali hanno continuato a sostenere, anche dopo il 1974, la natura autonoma delle fattispecie di cui all'art. 583 c.p.@.

Per completare il discorso, va ricordato infine che con la l. 7 febbraio 1990, n. 19 è stato riformato l'art. 59, comma 2, c.p., il quale prevede oggi l'imputazione, quantomeno per colpa, degli eventi aggravatori rilevanti come circostanze del reato.

4.5. La giurisprudenza, gratificata dall'enorme potere discrezionale che la novella del 1974 ha attribuito alla giurisdizione, non ha mai revocato in dubbio la natura circostanziale degli eventi aggravatori previsti dall'art. 583 c.p., ritenendo per altro verso bastevole, ai fini del giudizio di colpevolezza, la loro imputazione per colpa.

Il bilancio non è positivo, né convincono alcuni degli argomenti di cui si è detto, primi tra tutti i criteri di distinzione tra figure di reato e fattispecie circostanziale, che non sono affatto univoci. In ogni caso, contrariamente a quanto sostenuto, l'art. 583 c.p. è speciale rispetto all'art. 582 c.p.: tutte le ipotesi previste dalla prima disposizione sono una specificazione del concetto di "lesione personale da cui derivi una malattia", nel senso sopra chiarito. Ma la specialità non è una caratteristica esclusiva del rapporto tra reati e circostanze, potendo intercorrere anche tra fattispecie entrambe incriminatrici. Breve: poiché i confini costitutivi della categoria del reato circostanziato non dipendono da un unico criterio@, la natura autonoma o circostanziale di una fattispecie può essere decisa in ragione di altri criteri attenti alle conseguenze applicative sul versante della proporzione sanzionatoria e della colpevolezza.

Da qui la nostra preferenza per la tesi secondo la quale le lesioni gravi e gravissime costituirebbero autonome figure delittuose, perché più equilibrata e garantista sul piano della colpevolezza.

Non solo. Il recente d.lgs. n. 150 del 2022 offre un altro argomento di tipo sistematico. Come si è avuto modo di dire, oggi le lesioni di cui all'art. 582 c.p., ivi incluse quelle previste al primo comma e un tempo definite lievi, sono di competenza del giudice di pace. In quanto tali esse sono punite con pene diverse dalla reclusione. Ciò rimarca la distinzione di disciplina con le lesioni gravi e gravissime, previste all'art. 583 c.p., di competenza del giudice ordinario. Sarebbe ben strano che una così significativa distinzione sul piano della competenza per materia e della disciplina sanzionatoria scatti in presenza di semplici circostanze aggravanti.

Aderendo a questa interpretazione viene a porsi, però, il problema della disciplina cui assoggettare le lesioni gravi e gravissime c.d. preterintenzionali. Il riferimento è ai casi in cui l'agente vuole una malattia di durata inferiore a quaranta giorni, ma realizza uno degli eventi previsti dall'art. 583 c.p. La norma di chiusura è in questo caso l'art. 586 c.p.@: si applicheranno, in cumulo tra loro, la pena commisurata ai sensi dell'art. 582 c.p. e quella prevista per le lesioni personali colpose, aumentata fino a un terzo.

4.6. L'art. 583-*quater* c.p., introdotto dal d.l. n. 8 del 2007, conv. in l. n. 41 del 2007, prevede una circostanza aggravante indipendente delle lesioni personali sia gravi che gravissime per il caso in cui il soggetto passivo sia un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive.

Si tratta di una previsione di scarsa ragionevolezza sia per l'eccessivo incremento di pena da essa previsto, sia per il suo presupposto. Non si comprende il fondamento della maggior tutela del pubblico ufficiale quando opera negli stadi o in contesti similari.

In presenza di attenuanti concorrenti, il giudice procederà al loro bilanciamento, assumendo come base le cornici edittali rispettivamente delle lesioni gravi e gravissime, di cui all'art. 583 c.p.

5. Le mutilazioni genitali femminili

di Fausto Giunta

Una figura autonoma di lesioni personali particolarmente gravi è costituita dalle mutilazioni genitali femminili cagionate in assenza di esigenze terapeutiche (art. 583-*bis* c.p.), introdotta dalla l. 9 gennaio 2006, n. 7.

Il fatto (clitoridectomia, escissione e infibulazione, limitando l'attenzione al primo comma) sarebbe rientrato comunque nell'ambito operativo dell'art. 583 c.p. La sua previsione come fattispecie speciale, in ragione del tipo di malattia, non colma pertanto lacune di tutela, ma obbedisce piuttosto alla logica tipica del diritto penale simbolico. In questo caso il messaggio dell'ordinamento è quello di stigmatizzare, oltre al fatto in se stesso, le sue radici culturali@, incompatibili con la concezione della persona come portatrice di diritti inalienabili tra cui quello all'integrità e alla vita sessuale.

La fattispecie tipizzata all'art. 583-*bis*, comma 1, c.p. richiede il dolo generico. L'ipotesi prevista dal secondo comma (provocare lesioni agli organi sessuali genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente) è a dolo specifico, dovendo perseguire la condotta il "fine di menomare le funzioni sessuali". In questo caso deve pur sempre trattarsi di lesioni personali nel senso che si è avuto modo di chiarire, rimanendo atipiche le pratiche prevalentemente simboliche@.

6. Le lesioni personali colpose

di Fausto Giunta

L'art. 590 c.p. punisce le lesioni personali colpose, facendo implicito rinvio, per la loro descrizione, alle fattispecie oggettive tipizzate agli artt. 582 e 583 c.p.

Una precisazione merita il disposto dell'art. 590, comma 2, c.p. Per l'opinione prevalente le lesioni gravi e gravissime sarebbero fattispecie circostanziali. A ben vedere, però, non c'è ragione di modificare l'opposta conclusione cui si è pervenuti con riguardo alle corrispondenti fattispecie dolose (*supra* § 4.3.-4.5.), la quale si impone per coerenza sistematica. Ricorreranno, pertanto, le lesioni gravi e gravissime quando lo specifico evento non voluto che si è realizzato rientrava nello spettro preventivo della regola cautelare violata.

Anche con riguardo alle lesioni personali colpose va considerata l'aggravante prevista dall'art. 590, comma 3, c.p. per i casi commessi con violazione delle regole cautelari per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Per le lesioni dovute a colpa del sanitario va richiamata la previsione *ad hoc* identica a quella dell'omicidio colposo per imperizia del medico, di cui si è già detto (v. *supra*, cap. XI, § 7).

7. La problematica operatività del consenso scriminante

di Fausto Giunta

7.1. L'incipit dell'art. 582 c.p. – "Chiunque cagiona *ad alcuno* una lesione personale" – chiarisce l'irrilevanza penale della lesione *manu propria*. Questa opzione politico-criminale è confermata dall'art. 642, comma 2, c.p. che sottopone a pena la condotta di chi, al fine di conseguire l'indennizzo di un'assicurazione, cagiona a se stesso una lesione personale o aggrava le conseguenze di una lesione personale prodotta da un infortunio. Si tratta di un delitto pacificamente ritenuto, per

collocazione sistematica nel Titolo XIII e per *ratio legis*, offensivo del patrimonio. A differenza del suicidio, che può essere una scelta, per quanto condizionata dalle circostanze, assai di rado l'autolesionismo ha un significato sociale, come avviene per esempio nel caso dello *yubitsume*, rituale giapponese del taglio della falange con il quale chi lo pratica espia la sua colpa. Perlopiù i gesti autolesionistici sono gesti patologici, in quanto tali impedibili dal terzo.

7.2. Altra e più delicata questione è quella dell'operatività del consenso dell'avente diritto. Per l'opinione dominante l'integrità personale è un bene indisponibile, con la conseguenza che le aggressioni *manu alius* non possono giustificarsi ai sensi dell'art. 50 c.p. Si invoca, a conferma dell'assunto, anche l'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino un'alterazione anatomica permanente@.

Sul punto si deve convenire, ma con alcune precisazioni intese a evitare che il principio anzidetto assuma una rigidità eccessiva. L'art. 5 c.c., infatti, a fronte della sua formulazione in termini di divieto, è una norma connotata da una logica permissiva, poiché intendeva consentire la compravendita del sangue per trasfusioni e il contratto di baliatico@. Gli usi sociali, inoltre, smentiscono la lettura dell'art. 5 c.c. come incarnazione del divieto assoluto di atti di disposizione del proprio corpo. Si pensi alla perforazione dei lobi per l'uso degli orecchini o al piercing. Per non dire dei tatuaggi e della circoncisione per motivi religiosi. Si tratta di comportamenti frequenti praticati perlopiù su minori ossia in mancanza di un consenso di chi li subisce.

In effetti, adottando la nozione funzionale di malattia (§ 2.2.), tali condotte non integrano nemmeno la fattispecie delle lesioni personali, là dove, per operare, il consenso presuppone l'esistenza di un fatto tipico.

7.3. La questione si pone dunque per interventi autenticamente lesivi della funzionalità dell'organismo. In alcuni casi è la legge a rendere lecita, in presenza di un valido e motivato consenso, la

lesione personale, come nel caso della rettificazione anagrafica e chirurgica di sesso (l. n. 164 del 1982) o la donazione del rene per trapianto *inter vivos* (l. 26 giugno 1967, n. 458). In altri casi si può giungere alla stessa soluzione in via interpretativa, quando il consenso non si pone in contrasto con i valori di fondo dell'ordinamento. È il caso della vasectomia quale tecnica anticoncezionale irreversibile, posto che la procreazione è un diritto della persona, non un dovere sociale. Diversamente deve dirsi per le mutilazioni genitali femminili, che sottendono una concezione della donna incompatibile con il valore della persona.

8. Deroghe al bilanciamento delle circostanze

di Fausto Giunta

Si è già avuto modo di dire che, a seguito della riforma dell'art. 69 c.p., ad opera della novella del 1974, il bilanciamento delle circostanze ha comportato, specie in relazione alle lesioni personali gravi e gravissime, ritenute dalla giurisprudenza circostanze aggravanti, la possibilità di abbattimenti di pena eccessivi.

Anche per scongiurare un siffatto epilogo, si è sostenuto in queste pagine la tesi delle lesioni gravi e gravissime come autonomi delitti.

Per parte sua il legislatore ha preso atto del problema, se non in termini generali con riguardo ad alcune specifiche ipotesi di omicidio e lesioni personali. In questa prospettiva dispone l'art. 590-*quater* c.p. che "Quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui agli artt. 589-*bis*, secondo, terzo quarto, quinto e sesto comma, e 590-*ter*, le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle

predette circostanze aggravanti".

9. Competenza per materia e deroghe alla procedibilità *ex officio*

di Caterina Paonessa

Le lesioni personali presentano al loro interno un trattamento differenziato innanzitutto sotto il profilo alla competenza per materia. Rientrano oggi nella giurisdizione del giudice di pace, con le implicazioni sanzionatorie che ne conseguono, le lesioni personali (colpose) procedibili a querela di parte, ad eccezione dei fatti connessi a colpa professionale o con violazione della normativa in materia antinfortunistica o per la prevenzione delle malattie professionali nei casi di malattia superiore a venti giorni.

Quanto al regime di procedibilità, le lesioni personali sono state storicamente il terreno sul quale si è estesa per prima la procedibilità a querela nei confronti di offese alla persona ritenute indisponibili@.

In relazione alla figura di reato in parola, la regola della perseguibilità *ex officio* conosce oggi molte deroghe, originariamente circoscritte in prevalenza alle ipotesi colpose e collegate al minore disvalore di azione, desunto, da un lato, dal tipo di attività rischiosa che genera la colpa e, dall'altro, dal tipo di regola cautelare violata. Oggi la doglianza di parte è richiesta anche per ipotesi dolose. Si può dire, pertanto, che si è giunti al sovvertimento della regola originaria, per cui le lesioni personali sono perseguibili d'ufficio salvo che non sia diversamente disposto.

Ebbene, tenendo conto di dette eccezioni, restano procedibili d'ufficio:

a) le lesioni personali dolose in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque

svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività;

b) le lesioni personali dolose, gravi e gravissime aggravate ai sensi dell'art. 585;

c) le lesioni personali dolose lievi quando il fatto è commesso contro persona incapace, per età o per infermità;

d) le lesioni personali colpose gravi e gravissime connesse alla violazione della normativa infortunistica;

e) le lesioni personali stradali gravi o gravissime aggravate ai sensi dell'art. 590-*bis*.

10. Il delitto di rissa

di Fausto Giunta

10.1. L'art. 588 c.p. punisce la partecipazione a una rissa, intesa come alterco violento, reciproco scambio di percosse (che non rileveranno autonomamente in quanto assorbite dal delitto in esame) o lesioni nel senso che si è avuto modo di precisare.

Si tratta di un reato necessariamente plurisoggettivo. Per l'opinione dominante gli agenti devono essere almeno tre@. Questo requisito delimitativo, per cui lo scontro tra due pugili in un locale pubblico non costituisce rissa, mentre integrerebbe il delitto in parola lo stesso fatto compiuto da tre studenti all'uscita del liceo, è introdotto in via interpretativa per rafforzare la presunzione di pericolo che anima la previsione di reato. Deve ritenersi, infatti, che la rissa costituisca un reato di pericolo astratto. Ne consegue che il giudice è esentato da una verifica dell'idoneità offensiva del fatto storico *hic et nunc*. Autorevole dottrina parla invece di reato di pericolo concreto per la vita o

l'incolumità individuale dei corrissanti@, ma chiarendo al contempo che detto pericolo è "in genere, insito nelle modalità costitutive del fatto di rissa"@. Così formulate le due impostazioni finiscono per avvicinarsi.

Tra i soggetti attivi necessari vanno considerati anche i partecipanti che non sono imputabili o non punibili, compreso l'aggredito che, potendo sottrarsi allo scontro fisico, per esempio fuggendo, decide di reagire. In tal caso non ricorre la causa di giustificazione della legittima difesa, per difetto del requisito della "inevitabilità altrimenti".

10.2. Il capoverso prevede un aggravamento di pena se nella rissa taluno rimane ucciso o riporta una lesione personale. La disposizione soggiunge che essa si applica anche quando "l'uccisione o la lesione personale avviene immediatamente dopo la rissa e in conseguenza di essa".

Si tratta di un enunciato normativo, lineare in apparenza, ma in realtà di difficile comprensione.

Per leggerlo correttamente occorre partire dalla seconda parte e dal termine (di raro impiego nel codice penale) "uccisione", che non si limita a indicare l'evento morte, ma evoca il fatto di omicidio comprensivo della condotta. L'uccisione immediatamente dopo alla rissa e in conseguenza di essa fa evidente riferimento a una condotta dolosa che costituisca una sorta di strascico della stessa. L'avverbio "immediatamente" indica un intervallo temporale minimo, che va inteso in senso normativo: l'uccisione dovrà avvenire nelle medesime circostanze di tempo e di luogo della rissa. Il movente dell'uccisione deve originare dalla rissa. Stante l'identità del contesto normativo, tutto ciò vale anche per la lesione personale.

10.3. Venendo adesso alla prima parte della norma, per coerenza di lettura, anche qui la morte e, in alternativa, la lesione personale devono essere volute da taluno dei correi e avvenire durante la rissa.

L'aggravamento di pena si applica a tutti i partecipi, fatta eccezione per chi ha causato l'evento. Questi ne risponderà in concorso con la rissa non aggravata. L'opposta soluzione, patrocinata in giurisprudenza@, per cui all'autore dell'omicidio o delle lesioni si applicherà anche l'aggravante della rissa, duplica la risposta sanzionatoria per lo stesso fatto.

Il dolo è generico. Ciascun agente deve rappresentarsi l'azione degli altri corrissanti.

Bibliografia essenziale

Capitolo XVII
La responsabilità penale del medico

di Fausto Giunta

1. Le caratteristiche necessarie dell'atto medico

1.1. L'atto medico ha la funzione precipua di migliorare lo stato di salute del paziente, contrastando il dolore anche quando dipende da malattie terminali.

Si è già avuto modo di dire che la beneficialità dell'intervento terapeutico, ossia la finalizzazione a vantaggio del paziente, è un suo carattere necessario. Non fa eccezione la chirurgia estetica: anch'essa incrementa il benessere complessivo del paziente.

1.2. La condotta terapeutica incide sul corpo del paziente e può comportare alterazioni fisiche significative. Si pensi all'intervento chirurgico, che consiste nella resezione di tessuti, in modificazioni anatomiche ed asportazioni. Lo stesso vale per la terapia farmacologica che, per quanto vantaggiosa, comporta

effetti collaterali consistenti in un'alterazione funzionale dell'organismo (si pensi alla chemioterapia).

Dal punto di vista naturalistico alcuni atti medici sono assimilabili ad altrettante lesioni personali. È stato affermato, con un accostamento indubbiamente suggestivo, che in assenza del consenso del paziente l'uso del bisturi somiglia a quello del pugnale@. In effetti, sebbene il bisturi non abbia l'attitudine offensiva propria di un'arma da taglio, il suo utilizzo può provocare un'offesa all'integrità fisica del paziente uguale, se non più grave, di quella che è in grado di infliggere un colpo di pugnale. Sul piano del loro significato sociale, però, si tratta condotte distinte, proprio in ragione del requisito della beneficialità, esclusivo dell'atto medico.

1.3. La salute è un diritto della persona, non un dovere giuridico. Da qui, per disposto costituzionale, l'incoercibilità dell'atto medico (art. 32 Cost.), fatti salvi i casi in cui il trattamento sanitario sia obbligatorio per legge (art. 32, comma 2, Cost.)@. Il paziente, capace e informato, può rifiutare le cure, anche quando siano salvifiche. La scelta di lasciarsi morire non equivale ad un suicidio: in entrambi i casi l'epilogo è la morte, ma altro è l'interruzione anticipata della propria vita, altro è lasciare che la malattia faccia il suo corso, fino alle estreme conseguenze. Nel primo caso il processo causale che porta alla morte è attivato dall'agente, nel secondo è opera della natura.

Ne consegue che, quando le circostanze lo consentono, l'atto medico deve essere accettato dal paziente, capace e informato. Il consenso informato è un requisito imprescindibile del trattamento sanitario. Fanno eccezione i casi in cui il paziente non sia capace di esprimerlo e l'intervento terapeutico non possa attendere che il paziente recuperi la sua capacità. Essendo un diritto disponibile, il paziente può rinunciare all'informazione e all'autodeterminazione terapeutica, rimettendosi alle scelte del medico@.

Il trattamento terapeutico, infine, è tale solo se conforme alle

leges artis, ancorché sperimentali. Quest'ultimo requisito si salda con il primo: la beneficialità, ossia la finalizzazione della cura all'interesse del paziente, sta e cade con la sua conformità ai canoni della scienza medica.

2. Il consenso informato e la legge n. 219 del 2017

Per molto tempo la disciplina penale dell'atto medico è stata desunta, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, dai principi generali dell'ordinamento, a partire dal citato art. 32, comma 2, Cost.

I punti di approdo di questa elaborazione sono stati recepiti oggi dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)@, a partire dal consenso libero e informato della persona interessata, in mancanza del quale "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito" (art. 1, comma 1).

Si precisa, inoltre, che "Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario" (art. 1, comma 5). E, ancora, che "Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente" (art. 1, comma 6).

L'art. 3 estende gli stessi principi al minore e all'incapace nei limiti delle rispettive capacità di comprensione e di decisione (art. 3, comma 1).

3. L'atto medico arbitrario coronato da successo

3.1. La nuova normativa, però, non disciplina il trattamento

sanzionatorio dell'atto compiuto in assenza del consenso informato, in quanto non richiesto oppure disatteso. Ancora una volta, per la corretta impostazione del problema, occorre fare riferimento alle categorie generali.

Va chiarito, anzitutto, che il consenso informato del paziente non ha funzione cautelare perché nulla dice sul *modo* in cui l'atto medico deve eseguirsi per essere perito. Esso incide, comunque, sulla necessaria condivisione del rischio. D'altro canto, l'atto medico arbitrario non è per ciò stesso privo di beneficialità. La sua abusività consiste, infatti, nel negare al paziente il diritto di ricevere o rifiutare la cura. Si tratta di un'aggressione alla libertà morale che, a differenza di quanto avviene all'estero, da noi non ricade nell'ambito applicativo di alcuna fattispecie incriminatrice *ad hoc*. Per questa ragione, bisogna verificare se possano trovare applicazione altre figure di reato, per così dire comuni, nel pieno rispetto del principio di legalità.

Ebbene, l'atto medico arbitrario coronato da successo non potrà considerarsi lesione personale già sul piano della tipicità oggettiva@. La lesione personale è incentrata sulla causazione della malattia, là dove l'esito fausto esclude questo epilogo, e costituisce anzi il suo esatto contrario.

3.2. Potrà ricorrere, semmai, il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) nel caso, alquanto improbabile, dell'intervento medico che sia eseguito in modo coercitivo e non ricorrano i presupposti del trattamento sanitario obbligatorio. Più precisamente, costituirà violenza privata l'atto medico eseguito non solo senza il consenso, ma contro l'espressa volontà del paziente, la cui resistenza venga piegata con l'uso di violenza o minaccia.

Questa conclusione è tuttavia controversa.

Un orientamento di pensiero ammette, infatti, il reato in questione anche al di fuori dell'ipotesi anzidetta. Nell'atto medico arbitrario – si osserva – la violenza è insita nella violazione della contraria volontà. Ragion per cui qualunque intervento terapeutico abusivo ricadrebbe sotto i rigori dell'art. 610 c.p., ivi

compreso l'atto medico effettuato all'insaputa del paziente, allorché quest'ultimo venga previamente sottoposto, senza il suo consenso, a un'anestesia generale con conseguente perdita di coscienza.

Sennonché, sulla correttezza di questa impostazione possono avanzarsi valide riserve. È insegnamento indiscusso, infatti, che la struttura dell'art. 610 c.p. ruoti sulla coazione del soggetto passivo, il quale agisce, omette o tollera qualche cosa, per l'appunto in quanto costretto. Detto altrimenti: la struttura del delitto di violenza privata presuppone che la condotta di coazione venga avvertita dalla vittima come attività antagonistica. Se manca questo requisito, viene a cadere la coazione caratteristica del reato.

Ebbene, la giurisprudenza che fa rientrare l'atto medico abusivo nell'ambito dell'art. 610 c.p., mentre trascura la struttura della fattispecie, si concentra esclusivamente sul significato, decisamente più lato, che l'espressione "violenza privata" (usata nella rubrica dell'art. 610 c.p.) assume nel linguaggio comune, nel cui contesto essa è sinonimo di prevaricazione. Da qui la commistione tra la nozione di prevaricazione, che si presta a comprendere l'effetto di qualunque azione non rispettosa della volontà di chi la subisce, e il concetto di violenza come modalità della condotta di tipizzata nell'art. 610 c.p., ossia quale specifica tipologia di coazione dell'altrui volontà.

In breve: l'atto medico arbitrario che rientra nel delitto di violenza privata è solamente quello che si esplica attraverso una coazione del paziente, non anche quello "clandestino", ossia semplicemente non rispettoso della volontà del paziente.

3.3. Ricorrendone i requisiti, può trovare applicazione (anche nei casi di atto medico con esito fausto) il meno grave delitto previsto all'art. 613 c.p., che punisce chiunque pone una persona, senza il consenso di lei, in uno stato di incapacità di intendere o di volere (si pensi al medico che, al fine di compiere indisturbato un atto terapeutico arbitrario, pratichi al paziente un'anestesia a sua

insaputa).

La fattispecie in questione non può applicarsi, invece, per difetto di tipicità, quando l'arbitrarietà dell'atto medico non riguarda l'anestesia, che viene autorizzata dal paziente, bensì il tipo di intervento effettuato, il quale è diverso da quello cui si è acconsentito. In tal caso, infatti, il paziente è posto in stato di incapacità con il suo consenso.

Semmai, ci si può interrogare se il reato sussista quantomeno nell'ipotesi in cui il medico, agendo con riserva mentale, abbia deliberatamente rappresentato al paziente un intervento diverso da quello che intendeva effettuare, allo scopo di carpirne il consenso. La sussistenza del reato sembra discendere qui dal requisito della necessaria validità del consenso, il quale, per sussistere, presuppone una corretta formazione della volontà dell'avente diritto e la rappresentazione, da parte del medico, di un quadro informativo corretto e veritiero.

4. L'atto medico arbitrario con esito infausto

4.1. Si tratta di vedere adesso se e quando l'atto medico arbitrario con esito infausto integri le fattispecie di lesioni personali o omicidio.

A quest'ultimo proposito occorre isolare due ipotesi non problematiche.

Nella prima l'agente non ha voluto l'evento, che nondimeno lo ha causato violando le *leges artis*. La disciplina che troverà applicazione è, a seconda del tipo di evento, quella delle lesioni personali o dell'omicidio colposo (la stessa, cioè, che, a parità di condizioni, si applicherà in presenza del consenso informato).

La seconda ipotesi, in realtà estrema e inverosimile, è quella del medico che disattenda le *leges artis* con la volontà precipua di

cagionare l'evento avverso; nel qual caso sussisterà il dolo diretto (anche in presenza del consenso informato).

4.2. Il nodo da sciogliere riguarda invece il fatto del medico che agisca, in assenza di valido consenso, in difformità da esso o in base a un consenso viziato da un'informazione non corretta, nel rispetto delle *leges artis,* ma assumendo un atteggiamento di adesione psicologica rispetto all'evento: o perché ne accetta la verificazione o perché addirittura lo persegue come conseguenza precipua della propria condotta.

Va tenuto presente che le *leges artis* non azzerano i rischi connessi allo svolgimento dell'attività terapeutica. Il più delle volte la loro osservanza produce soltanto un abbassamento delle probabilità di ulteriore evoluzione della malattia: seppure in misura diversa a seconda dei casi, le *chances* di riuscita di una terapia convivono infatti con le probabilità di insuccesso. Non solo: l'atto medico (perito) può comportare esso stesso fattori di rischio ulteriori rispetto a quelli propri della patologia che intende fronteggiare. Ne consegue che come vi sono atti medici vantaggiosi per la salute del paziente inconciliabili con l'*animus nocendi*, così l'attività medica può comportare fattori di rischio elevati o irragionevoli che, nella misura in cui vengono ritorti a danno del paziente, sono compatibili con le componenti volitive del dolo. Proprio per i margini di incertezza tipici della medicina, il carattere vantaggioso dell'atto medico va stabilito *ex ante*: esso ricorrerà quando le sue possibilità di successo e i vantaggi che comporta sopravanzano le probabilità di persistenza o ulteriore sviluppo della malattia nonché i rischi e i costi (anche in termini di sofferenza) connessi all'intervento stesso. La volontaria estromissione del paziente dal processo decisionale, da un lato, e la consapevolezza dei rischi dell'atto medico, dall'altro, convergono nel qualificare l'intervento terapeutico come condotta contro il paziente.

4.3. Ora lo scenario dell'atto medico nocivo è estremo e inverosimile, ma pur sempre possibile. Si faccia il caso del chirurgo che sottopone il paziente, marito dell'amante, a un

intervento elettivo ad alto rischio di morte sotto i ferri, eseguito a regola d'arte, nella speranza che si verifichi l'evento avverso. Quando il rischio è particolarmente elevato e non è indifferibile solo il consenso informato può legittimarlo. Il rispetto delle *leges artis* riguarda l'esecuzione dell'atto medico e i suoi presupposti, non scrimina l'assunzione del rischio legato all'incertezza dell'intervento medico. La volontà dell'evento è piena e non schermata dalla perizia e dal suo proprio rischio consentito. Naturalmente deve ricorrere la prova del dolo oltre ogni ragionevole dubbio; la qual cosa non potrà che avvenire da elementi fattuali esterni all'atto medico (come, per esempio, la testimonianza dell'amante alla quale il medico aveva spiegato le ragioni dell'incompleta informazione del paziente).

Lo schema del dolo eventuale non ha spazio, invece, nell'attività medica, perché la rappresentazione dell'evento avverso (indipendentemente dalla sua gravità) ricorre sempre, specie se il medico è perito e coscienzioso. In realtà, non si può parlare nemmeno di dolo in senso stretto, perché il medico non accetta il rischio dell'evento avverso, ma semplicemente procede all'attività confidando che esso non si verifichi e mirando a fronteggiare la patologia.

5. L'atto medico indifferibile

Può accadere che un atto medico sia indifferibile e il paziente non sia in grado di esprimere il consenso. In tal caso, l'atto medico risulta lecito, anzi doveroso, se ispirato a beneficialità ed eseguito nel rispetto delle *leges artis*. In questi casi il fondamento giustificativo dell'intervento medico va ravvisato nell'essere un'attività autorizzata dall'ordinamento che, ricorrendone i presupposti, diventa doverosa anche penalmente. Da qui l'ancoraggio della sua liceità al disposto dell'art. 51 c.p.

6. La colpa medica

6.1. Si è già detto che, nel caso in cui l'evento avverso non sia voluto, l'atto medico compiuto in violazione delle *leges artis*, ossia dei dettami della scienza e della pratica medica, può essere fonte di responsabilità a titolo di colpa.

Da qui la domanda: in base a quali criteri si può affermare che uno specifico atto medico ha violato le *leges artis*? Il punto fermo è la necessità di accertare la colpa *ex ante*; il giudice, cioè, deve valutare la negligenza o l'imperizia del medico sulla base delle circostanze esistenti nel momento in cui veniva realizzata la condotta, e senza farsi condizionare dall'avvenuta verificazione dell'evento.

Per molto tempo l'accertamento della colpa è stato impostato sul parametro della migliore scienza ed esperienza del settore, pretendibile dall'*homo eiusdem professionis et condicionis,* ossia tenendo conto delle conoscenze specialistiche del professionista, della sua esperienza, degli strumenti a sua disposizione, ecc., differenziando la pretesa di perizia a seconda che si tratti del medico di provincia o dello scienziato che opera in un importante centro di ricerca, del giovane medico ai primi cimenti o di quello con esperienza decennale, e via discorrendo.

6.2. Questa impostazione, che è poi quella più diffusa nel settore della colpa in generale, presenta una vocazione colpevolista: il parametro della migliore scienza ed esperienza è, infatti, assai difficile da eguagliare e per questa ragione fatica a conciliare le indiscutibili istanze di tutela del paziente con le altrettanto irrinunciabili esigenze di giustizia sostanziale, che vietano di trasformare il medico in un capro espiatorio cui imputare eventi che non rientrano nel suo potere di dominio.

D'altro canto il criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* non riesce a correggere efficacemente l'eccessiva dilatazione del giudizio di colposità delineato in base al

parametro della migliore scienza ed esperienza. Se si guarda alle applicazioni giurisprudenziali della figura dell'agente modello ci si avvede agevolmente come essa, nata per relativizzare il giudizio di colpa, finisca sovente per far prevalere sulle diverse classi di agenti-modello lo spettro dell'esperto assoluto, al cui confronto l'agente concreto viene facilmente a trovarsi in colpa. In effetti, muovendo dalla premessa che su ogni medico grava il dovere del costante aggiornamento (attraverso la partecipazione a convegni, la consultazione di riviste specializzate, lo studio quotidiano e via dicendo), ne esce fortemente attenuato lo iato che intercorre tra l'aspettativa di perizia nei confronti del luminare e quella che un qualunque medico coscienzioso dovrebbe poter raggiungere. Non meraviglia dunque che nella giurisprudenza il criterio dell'agente modello venga utilizzato per affermare la responsabilità del medico, quasi mai per escluderla.

6.3. Per ovviare agli inconvenienti dell'impostazione sopra tratteggiata, è stata proposto di fare ricorso ai migliori usi terapeutici diffusi e consolidati, *best practice* secondo la corrispondente espressione di lingua inglese. In altre parole: l'ambito del rischio consentito insito nello svolgimento dell'attività medica coinciderebbe con i protocolli clinici consolidatisi in relazione a ogni specifica tipologia di attività medica. Si tratta di regole diagnostiche di tipo procedimentale che scandiscono i presupposti e l'ordine degli interventi. Del resto il mondo della medicina parla si esprime attraverso protocolli e linee guida.

6.4. Questa impostazione è stata recepita oggi dal legislatore. Stabilisce infatti l'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla l. 8 marzo 2017, n. 24, che "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".

Com'è stato conclusivamente osservato, oggi il medico modello

"è dunque l'esercente una professione sanitaria che fa leva su linee guida e buone pratiche"@.

7. La colpa grave

7.1. Tra i profili controversi della responsabilità penale del medico a titolo di colpa un posto di sicuro rilievo lo occupa la clausola prevista dall'art. 2236 c.c.@. Quest'ultima disposizione, dettata in materia civile, limita la responsabilità del professionista ai casi di dolo o colpa grave, quando si tratta di prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

L'estensione in ambito penale della limitazione di responsabilità prevista nel codice civile si fonda su esigenze di giustizia sostanziale collegate al rilievo che, quando non è grave e interviene nello svolgimento di attività particolarmente difficili, l'imperizia esprime un grado di colpevolezza modesta. Questa tesi, inoltre, fa leva sull'unità dell'ordinamento giuridico: si osserva infatti l'incongruenza di ammettere una responsabilità penale per un fatto che non potrebbe costituire neppure un illecito civile.

7.2. Sennonché l'impostazione anzidetta ha registrato nel tempo una significativa evoluzione. In origine, infatti, la giurisprudenza utilizzava il disposto dell'art. 2236 c.c. per fondare un approccio al problema della colpa medica eccessivamente indulgente. Più precisamente, la responsabilità del medico veniva circoscritta ai soli casi di negligenza abnorme dipendente da ignoranza dei principi elementari dell'arte medica@ e di errore grossolano nello svolgimento della pratica sanitaria@. Certamente preferibile è, dunque, il successivo indirizzo di pensiero che ha limitato il trattamento di favore previsto dall'art. 2236 c.c. a quell'aspetto della colpa penale che investe, non già la prudenza o la diligenza in senso stretto, bensì la perizia, allo scopo di valorizzare la discrezionalità tecnica del medico quando affronta problemi

particolarmente difficili, ad alto rischio di insuccesso.

In tal senso si è espressa del resto la Corte Costituzionale la quale, con la sentenza n. 166 del 1973, per un verso ha ammesso l'operatività dei normali criteri della responsabilità colposa (e, di conseguenza, dell'art. 1176 c.c. che prevede una responsabilità anche per colpa lieve) nel caso di condotta negligente o imprudente del medico, per l'altro ha circoscritto l'utilizzo del parametro meno rigoroso della colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. all'ipotesi di imperizia@, nel caso di errore inescusabile dovuto alla mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione@.

7.3. Nonostante questa importante apertura la giurisprudenza prevalente ha escluso, ai fini della determinazione della colpa penale, ogni possibile richiamo ai principi validi in altri rami dell'ordinamento giuridico@. L'operatività dell'art. 2236 c.c. viene limitata al piano civilistico del risarcimento dei danni, con la conseguenza di non ritenerla suscettibile né di interpretazione analogica, perché vietata in ragione del carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi vigenti in materia, né di interpretazione estensiva nel campo penale, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale del dolo e della colpa.

Il richiamo alla "colpa grave" di cui all'art. 2236 c.c. mantiene la sua funzione di "regola di esperienza, cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia", se il caso imponga la soluzione di particolari problemi diagnostici o terapeutici in presenza di pazienti dal quadro patologico complesso e suscettibile di diversi esiti terapeutici@.

7.4. Nonostante l'eccessiva prudenza di questa linea di pensiero, la dottrina più recente coglie, nella più recente giurisprudenza di legittimità e nella letteratura specialistica, le premesse della valorizzazione della colpa grave, proprio attraverso un dichiarato recupero della portata delimitativa dell'art. 2236 c.c.@.

Bibliografia essenziale

Capitolo XVIII
La biogiuridica di fine-vita

di Fausto Giunta

1. Situazioni problematiche

1.1. Come si è avuto modo di anticipare, l'art. 32, comma 2, Cost., nell'affermare l'incoercibilità delle cure, costituzionalizza altresì il diritto del malato terminale di lasciarsi morire@; principio recepito oggi a livello della normativa ordinaria dall'art. 1, comma 5, della citata l. 219 del 2017.

La configurazione del rifiuto delle cure salvifiche come diritto, e non come semplice libertà, ha precise conseguenze, consentendo di considerare giuridicamente e deontologicamente illeciti i comportamenti del medico intesi a ostacolarne la realizzazione, anche se non è sempre possibile inquadrare tali condotte nell'ambito delle fattispecie di reato oggi esistenti.

Offrendo un esplicito riconoscimento a soluzioni che si erano già progressivamente affermate in via interpretativa, l'art. 4, comma 1, l. 219 del 2017 dispone che "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT [*i.e.* disposizioni anticipate di trattamento], esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata 'fiduciario', che ne faccia le veci e la

rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie".

1.2. La portata di questo principio generale deve essere meglio chiarita quando il rifiuto ha ad oggetto terapie salva-vita. Infatti, rimane fermo il divieto, per il medico, come per qualunque altra persona, di provocare la morte del paziente, ancorché su sua richiesta, stante la perdurante rilevanza penale dell'omicidio del consenziente.

D'altro canto è pur vero che, con lo sviluppo delle tecniche di leniterapia, i casi in cui il malato terminale (essenzialmente oncologico) può avere ragioni per chiedere l'interruzione delle terapie, come estrema di fuga dal dolore, si sono notevolmente ridotti.

Ne consegue che le ipotesi di interruzione delle cure che più fanno discutere sono due: la prima è quella del malato che viene mantenuto in vita dall'azione di una macchina; la seconda è lo stato vegetativo permanente, quale condizione di incoscienza irreversibile che può associarsi o meno al sostegno artificiale in vita.

2. La disattivazione del sostegno artificiale in vita

2.1. Iniziando dalla prima questione problematica, ci si deve chiedere se la disattivazione della ventilazione forzata, che avviene su richiesta (o comunque con il consenso) del paziente, può considerarsi un atto intrinsecamente lecito, in quanto atipico, per il medico che lo realizza.

Ebbene, se dal punto di vista assiologico può convenirsi che non vi è alcuna differenza tra il distacco della macchina e il comportamento del medico che interrompe il massaggio cardiaco o la somministrazione dei farmaci salvavita, è anche vero che, da

un punto di vista giuridico, la distinzione tra fare e omettere non è priva di rilevanza agli effetti applicativi. A seguito della richiesta del paziente, sul medico che interrompe il massaggio cardiaco o la cura è già cessato l'obbligo di agire, sicché la sua condotta omissiva rimane penalmente lecita; diversamente il distacco della macchina è una condotta commissiva che aziona una concausa mortale, passibile di integrare la fattispecie di omicidio del consenziente.

2.2. Per ovviare a un siffatto epilogo, un'autorevole voce della dottrina tedesca ha ricondotto la c.d. disattivazione della ventilazione forzata all'inusuale schema dell'omissione mediante azione (*Unterlassung durch Tun*)@, traendo da ciò la conclusione dell'irrilevanza penale della condotta. Sennonché, sul piano delle categorie penalistiche, questa impostazione, animata da un intento pratico certamente apprezzabile, rischia di risultare un gioco di parole, e non è un caso che essa non sia andata esente da critiche.

Posto che nel diritto penale la natura commissiva della condotta costituisce la regola, mentre quella omissiva l'eccezione giustificabile in ragione dell'espressa previsione dell'obbligo di attivarsi, non è chiaro su quale base l'ordinamento consentirebbe di far prevalere sulla dimensione naturalistica della condotta, indiscutibilmente attiva, il suo significato omissivo.

Nella sua rigidità, questa impostazione non tiene conto, inoltre, del requisito della contestualità, comunemente ritenuto necessario per cementare nell'unicità della condotta i vari momenti che la compongono. E precisamente: altro è il distacco della macchina che avviene in un momento cronologicamente ravvicinato a quello della sua connessione al corpo del paziente, talché la condotta della disattivazione assume lo stesso significato della mancata connessione; altro è l'interruzione del sostegno artificiale in vita che si verifica a seguito di un prolungato funzionamento della macchina, allorché essa venga a minare un fattore vitale che per così dire stabilizzato.

2.3. Ebbene, la mancanza di contestualità tra la connessione della macchina e la sua disattivazione non consente di negare che quest'ultima condotta sia autonoma rispetto alla prima, e che il tempo trascorso con l'ausilio della macchina sia una vita che viene interrotta. In quest'ultimo caso, dunque, il significato complessivo della condotta di disattivazione non può considerarsi alla stregua dell'omessa esecuzione della terapia.

Ne consegue che in assenza del consenso o di DAT espresse, la disattivazione della ventilazione forzata costituisce una condotta di omicidio. Diversamente deve dirsi nel caso in cui essa avvenga in presenza del consenso del paziente. Ebbene, la soluzione liberatoria non può rinvenirsi sul piano della tipicità, ma va ricercata su quello delle cause di giustificazione, per quanto la distinzione sia molto sottile. L'azione del medico che disconnette la macchina di sostentamento in vita è scriminata dagli artt. 32, comma 2, Cost. e 1, comma 5, l. 219 del 2017, ossia dal principio dell'incoercibilità delle cure, che opera come limite di rilevanza penale ai sensi dell'art. 51 c.p.

3. Lo stato vegetativo permanente

3.1. Il paziente in stato vegetativo permanente è vivo dal punto di vista biologico e giuridico. L'irreversibilità della condizione di incoscienza consente di affermare invece che è definitivamente cessata la sua vita biografica, posto che le probabilità di ripresa delle funzioni superiori sono insignificanti. Va ricordato, poi, che lo stato vegetativo permanente non è necessariamente terminale, come dimostra l'esperienza di malati che trascorrono mesi e addirittura anni in tale condizione, prima che sopraggiunga la morte.

È quest'ultima una constatazione che deve far riflettere. I costi economici connessi al prolungamento del sostentamento di pazienti in stato vegetativo permanente sono elevati e, con i

progressi delle moderne pratiche di rianimazione, una siffatta situazione di stallo nella partita tra vita e morte rischia di gravare significativamente sul bilancio della sanità pubblica e, indirettamente, sull'attuazione del diritto alla salute dei cittadini che sono portatori di altre patologie, aventi prognosi favorevoli e bisognose di cure parimenti costose. D'altro canto, la tentazione di applicare a una materia così delicata i princìpi dell'analisi economica del diritto ben può risolversi in una caduta di effettività dei diritti dei soggetti in stato vegetativo permanente.

3.2. Tutto ciò precisato, occorre distinguere a seconda che il paziente abbia manifestato o meno, prima della perdita della coscienza, delle volontà circa il trattamento cui essere sottoposto con il sopravvenire dello stato di incoscienza. Ancora una volta sarà il paziente a decidere, seppure sulla base di un volere espresso allora per ora.

Resta da considerare la disciplina giuridica dello stato vegetativo permanente nell'ipotesi del paziente che non ha espresso alcuna volontà in ordine al proprio trattamento. Ci si chiede, in particolare, se quest'ultimo possa interrompersi tanto nel caso di sostentamento artificiale in vita, quanto nell'ipotesi in cui l'azione del medico consista nella somministrazione di farmaci o più semplicemente nella nutrizione e idratazione, le quali sono considerate dall'art. 1, comma 5, l. 219 del 2017, trattamenti sanitari, "in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici".

Ebbene, nei confronti del soggetto in stato vegetativo permanente la beneficialità dell'atto medico viene a mancare, dato che le cure non contrastano alcuna malattia, essendo escluso un ritorno alla vita relazionale. Nel caso di stato vegetativo permanente il trattamento medico mira unicamente al mantenimento della vita biologica. Quest'ultimo – sia chiaro – è un bene certamente importante, come dimostra la pacifica conclusione che contro le condotte commissive esso è tutelato dal diritto penale al pari della vita biografica. Ciò non esclude, però, che la vita biologica possa ricevere una tutela meno intensa nel

senso di dispensare dalle attività terapeutiche in senso stretto.

Qui torna in gioco la discutibile definizione, ad opera dell'art. 1, comma 5, l. 219 del 2017, della nutrizione e idratazione come trattamenti medici, sul fragile argomento della loro prescrizione medica e della loro somministrazione attraverso dispositivi medici: non è certo la confezione che fa il prodotto. La scelta legislativa è comunque chiara; essa mira a consentire l'interruzione o il mancato avvio della nutrizione e idratazione, a meno che non si tratti di nutrienti privi di componenti farmaceutici somministrabili con attrezzature di uso comune, non riconducibili al concetto di dispositivo medico.

4. Il suicidio medicalmente assistito

4.1. Si è già detto dei recenti interventi della Consulta sulla ritenuta illegittimità dell'art. 580 c.p., limitatamente ai casi di agevolazione dell'altrui suicidio medicalmente assistito (cap. 11, § 5)@.

Si tratta di situazioni estreme per le quali Friedrich Nietzsche scriveva: "esiste un diritto per il quale togliamo la vita a un uomo, ma non uno per il quale gli togliamo la morte; ciò è pura crudeltà"@.

La Corte ha ritagliato un circoscritto ambito di situazioni nelle quali la punizione di chi facilita il suicidio del paziente (il riferimento è soprattutto alla figura del medico) finisce per incidere negativamente sull'effettività di fondamentali diritti della persona affetta da patologie irreversibili e di sofferenze insostenibili.

La Consulta è molto attenta a evitare prese di posizioni radicali in ordine alla questione della liceità o meno del suicidio in sé, accreditando tuttavia la tesi della sostanziale illiceità; chiarisce

che il *thema decidendum* non è la disponibilità del bene della vita, ma solo un profilo, estremo e assai drammatico, del fine-vita. Il riferimento è all'autodeterminazione del paziente affetto da malattia irreversibile e fonte di grandi sofferenze.

Detto altrimenti, l'angolazione da cui la Consulta esamina il problema non è quella dei diritti della persona in termini generali, inclusivi o meno della scelta tra vivere e morire, ma il diritto di abbandonare il proprio corpo quando diventa una dolorosissima prigione, un'entità solamente e totalmente costrittiva, e la rinuncia alla vita il solo mezzo di evasione da una condizione suscettibile di essere considerata inumana (ovviamente non da tutti e necessariamente, ma quel che conta è il punto di vista di chi la sperimenta in prima persona, quando non è meramente soggettivo e opinabile).

4.2. Sebbene vita e morte siano opposti che non ammettono mediazioni, il suicidio medicalmente assistito non sarebbe espressione della libertà di morire, ma della libertà dall'abnormità del patire, nella premessa che la sofferenza non sia un dovere incondizionato. Quando la malattia rende il paziente incapace di ogni movimento, senza un aiuto esterno (in quanto penalmente vietato) non ci sono né libertà, né diritti.

In breve: la Consulta riconosce che la libertà di scelta del paziente non si esaurisce nell'accettazione o nel rifiuto delle cure, ma si estende, seppure in casi eccezionali, all'opzione per il morire, riconoscendo il diritto a veder soddisfatta la propria decisione attraverso la condotta di un terzo che anticipi la verificazione dell'evento; condotta, per l'appunto, che deve essere riconosciuta lecita perché conforme a Costituzione@.

Bibliografia essenziale

Capitolo XIX
Doping

di Fausto Giunta

1.1. Il d.lgs. n. 21 del 2018, di cui si è già detto, ha trasferito nel codice penale, e precisamente all'art. 586-*bis*, il delitto di *Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti* (c.d. doping), introdotto dalla l. 14 dicembre 2000, n. 376.

Negli intendimenti del legislatore la nuova classificazione sistematica dovrebbe offrire a questa figura di reato il suo naturale contesto normativo. A ben vedere, però, le cose non stanno così. Infatti, contrariamente all'opinione maggioritaria, condivisa anche dalla giurisprudenza@, il doping non è un delitto contro la persona, né può diventare tale in ragione del suo spostamento nel Titolo XII. Il danno alla salute non è requisito costitutivo, ma integra una circostanza aggravante speciale (comma 3, lett. a), ossia un elemento eventuale e accessorio.

Breve: la fattispecie in parola non è affine a quella delle lesioni personali e non contiene un'anticipazione della tutela che sviluppi la stessa *ratio* preventiva. L'offesa non riguarda in via diretta la persona dell'atleta, ma il suo rendimento agonistico e, di riflesso, la regolarità delle competizioni sportive. È rispetto a quest'ultimo interesse che la fattispecie opera come reato di pericolo. Il dolo specifico è una conferma ulteriore dell'anzidetta prospettiva di tutela: l'agente deve agire al duplice e alternativo fine di alterare le prestazioni agonistiche sue o di terzi oppure di modificare i risultati dei controlli sull'uso di trattamenti medici non consentiti, in quanto idonei a incidere sulle condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo.

1.2. Il soggetto attivo può essere tanto l'assuntore delle sostanze dopanti, quanto l'autore delle condotte a ciò strumentali, come il procurare, somministrare o favorire comunque l'utilizzo di dette

sostanze.

Queste ultime sono definite sulla base di un duplice criterio: devono essere idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo e figurare nelle apposite classi previste dalla legge. Ne consegue che il concetto di sostanza dopante ha natura normativa perché è definito *per relationem*, attraverso il rinvio ad appositi decreti ministeriali che vengono aggiornati periodicamente. Non si tratta, però, di una nozione formale, perché la fattispecie in esame costituisce, come si diceva, un reato di pericolo concreto: il giudice deve accertare altresì l'idoneità del dosaggio a produrre gli effetti previsti dalla legge.

Il secondo comma assoggetta a pena, alle medesime condizioni, il doping che si realizza, anziché con l'assunzione di farmaci, attraverso altre pratiche mediche, come, per esempio, la manipolazione del sangue.

1.3. I trattamenti dopanti (quale che sia la loro natura) sono tali se non risultano giustificati da condizioni patologiche. È questo un importante limite di tipicità. In presenza di una fondata ragione terapeutica i trattamenti vietati potranno invalidare il risultato della competizione sportiva, ma non assumeranno rilevanza penale.

Il riferimento testuale alle prestazioni agonistiche degli atleti esclude il reato quando il trattamento dopante avviene nel contesto di attività ludiche carenti di supporto organizzativo, come per esempio l'attività del ciclista solitario o la partita di calcio occasionale.

Sebbene non sia esplicitato, nel caso di trattamenti sulla persona dell'atleta è necessario il suo consenso informato, mancando il quale, in presenza di danno alla salute, può configurarsi il delitto di lesioni personali.

Il dolo richiede la consapevolezza del carattere dopante dei trattamenti, sia sotto il profilo formale, in considerazione, cioè, della loro espressa previsione normativa, sia sotto quello fattuale,

vale a dire tenuto conto dell'idoneità ad alterare le prestazioni agonistiche o i controlli antidoping.

Il momento rappresentativo include la mancanza di esigenze terapeutiche.

1.4. Come si è anticipato, il dolo è specifico: l'agente deve perseguire l'alterazione delle prestazioni agonistiche degli atleti o l'elusione dei controlli antidoping. Secondo la giurisprudenza il dolo specifico sarebbe compatibile con quello eventuale, come nel caso del medico che somministri il farmaco dopante per verificarne gli effetti, accettando il rischio che il trattamento sia idoneo ad alterare la regolarità di una competizione sportiva. Ma si tratta di casi di scuola, al di fuori dei quali la finalità tipica costituirà l'esclusiva motivazione dell'agente.

1.5. Il settimo comma dell'art. 586-*bis* c.p. prevede come fattispecie autonoma il fatto di chi "commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo". Anche questo reato prevedeva in origine il dolo specifico consistente nel fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti. La finalizzazione soggettiva, però, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sent. 105 del 2022@, per violazione dei limiti posti dalla legge delega, che non prevedeva il dolo specifico. La pronuncia dilata l'ambito applicativo della fattispecie anche il commercio dei farmaci che non è finalizzato ad alterare le prestazioni agonistiche degli atleti. L'estensione *in malm partem* è tuttavia minore di quanto appaia: i farmaci in questione, infatti, oltre a rientrare nelle apposite tabelle delle sostanze dopanti, devono essere pur sempre idonei a modificare le prestazioni dell'organismo. Non è previsto, invece, che essi debbano essere pericolosi per la salute di chi li assume.

Bibliografia essenziale

Capitolo XX
Delitti contro la maternità

di Fausto Giunta

1. Gli artt. 593-*bis* e 593-*ter* c.p.

Il titolo XII c.p. presenta oggi, al nuovo capo I-*bis*, due figure di reato che in precedenza erano previste dalla l. 22 maggio 1978, n. 194. A spostarle nel codice penale è stato ancora una volta il d.lgs. n. 21 del 2018, che ha mantenuto il curioso ordine della l. 194, per cui l'ipotesi punibile a titolo di colpa precede quella volontaria, dolosa o preterintenzionale (là dove solitamente il criterio di classificazione codicistica segue la regola opposta). Il riferimento è ai delitti di interruzione colposa di gravidanza (art. 593-*bis* c.p.) e interruzione di gravidanza non consensuale (art. 593-*ter* c.p.). Si può parlare in entrambi i casi di reati contro la maternità, come diritto della gestante a procreare e del concepito a vivere@.

2. Interruzione di gravidanza non consensuale

Iniziando dall'art. 593-*ter* c.p., vengono in rilievo, a loro volta, due distinte ipotesi di reato, punite con la stessa pena.

Il primo comma prevede una fattispecie causalmente orientata che ruota sull'interruzione volontaria della gravidanza senza il consenso della donna, con la precisazione che si considera non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con inganno. L'ampia formulazione della disposizione

comprende qualunque condotta che sia causativa dell'evento, come percosse, lesioni, maltrattamenti e via discorrendo. Anche un'omissione può integrare il fatto tipico, ove l'omittente sia gravato dall'obbligo di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. Il dolo consiste nella coscienza e volontà di cagionare, contro la volontà della gestante, l'interruzione della sua gravidanza. La fattispecie è compatibile con il dolo eventuale, quando, secondo le regole generali, il reo, pur non perseguendo in via principale l'interruzione della gravidanza, se ne sia rappresentato la verificazione, accettandola quale conseguenza verosimile del suo agire.

La fattispecie incriminatrice del secondo comma punisce chiunque cagioni l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna. La natura preterintenzionale del reato si desume dalla superfluità della previsione in esame ove l'evento fosse voluto, posto che il fatto rientrerebbe in quello tipizzato nel primo comma. Ne consegue che nel fuoco del dolo (necessariamente diretto come si evince dalla lettera della legge) rientra unicamente la condotta, mentre l'evento non deve essere voluto. È necessario, però, che condotta diretta a provocare lesioni risulti *condicio sine qua non* dell'interruzione della gravidanza, e che in questo evento si inveri il rischio creato con la condotta di lesioni.

Sono previste infine una serie di circostanze speciali. La prima è attenuante e scatta quando le lesioni causano l'acceleramento del parto. Le rimanenti circostanze sono aggravanti e operano nel caso in cui dai fatti tipizzati ai primi due commi dell'art. 593-*ter* c.p. derivino la morte della donna o lesioni gravissime o anche solamente gravi a suo danno. Un'ulteriore aggravante è prevista per l'ipotesi in cui la gestante sia minore degli anni diciotto.

3. Interruzione colposa di gravidanza

Nell'art. 593-*bis* c.p. l'interruzione della gravidanza e il parto prematuro sono gli eventi di due distinte fattispecie colpose causalmente orientate, previste rispettivamente la più grave al primo comma e la seconda al capoverso. In base alle regole generali l'evento non voluto deve derivare dalla violazione di una regola cautelare. Può trattarsi di colpa generica, come nel caso, per esempio, di un urto involontario causato dal malgoverno di un attrezzo, o di colpa specifica. A quest'ultimo proposito, viene in rilievo l'aggravante del terzo comma per il fatto causato dalla violazione delle norme poste a tutela del lavoro.

Entrambe le fattispecie incriminatrici possono realizzarsi mediante omissione, a norma dell'art. 40, comma 2, c.p. Si faccia il caso del medico che, chiamato a visitare la gestante, non riconosca la patologia in corso che poteva essere curata con successo disponendo il ricovero della paziente.

Come precisa la giurisprudenza, l'inizio del travaglio segna il criterio distintivo tra le fattispecie in esame e quella di omicidio colposo@, nel cui ambito applicativo rientra la morte del feto durante il processo fisiologico della sua separazione dal corpo materno.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXI
Violazione dei doveri di solidarietà

di Fausto Giunta

1. L'oggetto della tutela penale

Il nostro codice penale rafforza la tutela della vita e

dell'incolumità personale elevando a reato la violazione di specifici doveri di solidarietà che derivano ora dalla legge, ora da situazioni di fatto.

Al riguardo vengono in rilievo rispettivamente le fattispecie di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.), da un lato, e omissione di soccorso (art. 593 c.p.), dall'altro. La prima figura di reato ruota sulla condotta di abbandono del soggetto passivo legalmente affidato alle cure del reo; la seconda sulla mancata assistenza dell'incapace o del pericolante che viene ritrovato dal soggetto attivo.

2. Abbandono di persone minori o incapaci

2.1. L'art. 591 c.p. prevede due distinte fattispecie incriminatrici parificate sotto il profilo sanzionatorio.

2.2. La prima ipotesi di reato punisce chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura (comma 1).

Si tratta di un reato proprio. Il soggetto attivo, infatti, deve essere gravato da un dovere di custodia o cura nei confronti del soggetto passivo. Il codice penale non indica direttamente le fonti dell'obbligo. La loro individuazione è rimessa all'interprete, attraverso un ampio e generale rinvio alle varie posizioni di garanzia previste dall'ordinamento giuridico. Procedendo a un'esemplificazione, vengono in rilievo non solo genitori, tutori, amministratori di sostegno, insegnanti, personale di residenze sanitarie assistenziali (RSA) e via dicendo, ma anche i soggetti delegati dai garanti originari, come baby sitter, badanti, ecc.

Il soggetto passivo può essere alternativamente il minore di

quattordici anni o l'incapace di provvedere a se stesso, quale che sia la causa. Quest'ultima precisazione rende necessaria la verifica in concreto delle condizioni del soggetto passivo. La lettera della legge sembrerebbe limitarla alla sola condizione di incapacità. La *ratio* della fattispecie, invece, porta a estenderla al minore di quattordici anni, onde evitare una eccessiva formalizzazione della tutela. La giurisprudenza, pur convergendo su questo accertamento, ne annacqua la funzione selettiva accontentandosi del pericolo meramente potenziale@. Sennonché, il pericolo è per definizione potenzialità di lesione. Il principio di offensività impone di uscire da questa ambiguità. Deve ritenersi, pertanto che, pur senza richiedere un pericolo concreto per la vita o l'incolumità personale, la fattispecie in esame operi nei casi in cui, in base a una prognosi a base parziale@, fondata sulle circostanze di fatto conosciute dall'agente, l'incapacità del soggetto passivo risulti significativamente deficitaria rispetto alla concreta situazione ambientale che è lasciato ad affrontare da solo@. Secondo le regole generali, l'onere della prova grava sull'accusa.

Quanto alla condotta, il concetto di abbandono evoca un comportamento naturalisticamente commissivo (come nel caso dei genitori Pollicino che, secondo la nota fiaba, portano i figlioletti nel bosco per lasciarli al loro destino)@. Sennonché, non bisogna confondere la natura omissiva del difetto di assistenza con il momento commissivo dell'omissione, che consiste nell'*aliud agere.* In realtà la condotta di abbandono ha natura normativa; ciò che viene punita è la mancata o l'insufficiente protezione del minore o dell'incapace, che può realizzarsi anche in assenza di un allontanamento fisico del garante (si pensi al genitore che, pur convivendo con il soggetto passivo, non se ne curi lasciandolo in balia di se stesso). Da questa angolazione si coglie chiaramente che si tratta di un reato omissivo proprio.

Per esempio, non risponderà del reato il genitore che consenta al minore di quattordici anni di recarsi da solo a scuola e di far ritorno a casa non accompagnato. Decisive saranno, però, le

condizioni di maturità del minore, la vicinanza dell'edificio scolastico e il livello di sicurezza del percorso. Indicativo degli eccessi rigoristici della giurisprudenza, ma superfluo in quanto assertivo dell'ovvio, è l'art. 19-*bis* del d.l. n. 148 del 2017, convertito in l. n. 172 del 2017, secondo il quale i genitori, i tutori ed i soggetti affidatari dei minori di 14 anni, in considerazione dell'età, del grado di autonomia e dello specifico contesto, possono autorizzare le istituzioni scolastiche a consentire l'uscita autonoma al termine dell'orario scolastico, esonerando il personale scolastico dalla responsabilità connessa all'obbligo di vigilanza.

Considerazioni analoghe valgono per la madre, dedita all'accattonaggio, che nelle ore diurne colloca il figlio di nove anni in una via molto frequentata, affinché chieda l'elemosina, a contatto visivo con il lato opposto della via, dove anche lei esercita la questua. L'educazione del minore a svolgere questa attività, per quando discutibile sul piano morale e giuridico, consente di affermare che il minore sia in grado di autogovernarsi sotto lo sguardo vigile della madre.

Il dolo è generico: l'agente deve volere la mancata assistenza del soggetto passivo, nella consapevolezza della sua inadeguatezza rispetto alla situazione ambientale nella quale verrà a trovarsi.

2.3. Il secondo comma dell'art. 591 c.p. assoggetta a pena chi abbandona all'estero un cittadino italiano minore degli anni diciotto, a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro.

Anche questo è un reato proprio omissivo: il soggetto attivo, infatti, può essere solamente l'affidatario del minore di anni diciotto; il concetto di abbandono è normativo, nei termini che si sono chiariti in relazione all'ipotesi di reato prevista dal primo comma.

Secondo l'orientamento prevalente, si tratterebbe di un pericolo presunto, nel senso che la pericolosità è implicita nell'abbandono. Formulata in questi termini, la presunzione è di dubbia

ragionevolezza. Anche qui bisognerà guardare al rapporto tra la maturità del minore degli anni diciotto e la situazione ambientale nella quale viene a trovarsi. Non sussisterà il reato, per esempio, nel caso in cui l'allenatore, a seguito di un diverbio, si allontani dall'atleta diciassettenne a lui affidato, dopo avergli consegnato, in prossimità dell'aeroporto, il biglietto aereo per il rientro a casa e denaro a sufficienza per eventuali necessità.

Il dolo consiste nella consapevolezza della minore età del soggetto passivo e la volontà di lasciarlo nell'incapacità di badare a sé stesso.

2.4. Per entrambi i reati sono previste due circostanze aggravanti ad efficacia speciale, che scattano quando dal fatto deriva rispettivamente una lesione personale o la morte.

L'ultimo comma contempla una circostanza a efficacia comune per il reato commesso dal genitore, dal figlio, dal tutore o dal coniuge, ovvero dall'adottante o dall'adottato.

3. L'omissione di soccorso

3.1. Anche l'art. 593 c.p. prevede due figure di omissione di soccorso parificate *quoad poenam*; i soggetti passivi della prima sono alternativamente il minore o l'incapace (comma 1): quello della seconda, il pericolante (comma 2).

In entrambi i casi si tratta di reati comuni. La fattispecie non richiede che il reo possieda una particolare qualifica soggettiva.

Come si è detto, i reati in questione condividono lo stesso presupposto: il soggetto attivo deve trovare il minore, l'incapace o il pericolante. Ne consegue che non risponderà di omissione di soccorso, ma se del caso di altro reato come l'abbandono di minore o incapace, l'agente che abbia causato la situazione di pericolo.

Si discute sul significato da attribuire al requisito del ritrovamento del soggetto passivo. Per l'interpretazione preferibile (di natura sistematica, stante la presenza del requisito in questione in entrambe le figure di omissione di soccorso), il reo deve imbattersi nel minore, nell'incapace e nel pericolante, ossia deve entrare con lui in contatto sensoriale diretto (vedendolo, udendone la richiesta di aiuto e via discorrendo). Non integra il presupposto del reato in questione, invece, l'instaurazione di un contatto mediato, come nel caso della richiesta di aiuto che giunga per telefono o dell'agente che veda il soggetto passivo in difficoltà o in pericolo attraverso un sistema di telecamere a circuito chiuso. La giurisprudenza allarga il significato da attribuire al concetto, dando rilevanza alla conoscenza dell'esistenza nei pressi di un soggetto in condizioni di incapacità o pericolante. Questo orientamento guarda soprattutto alle esigenze di tutela, ma sconfina in applicazioni analogiche sempre più dilatate e prive di limiti. Farebbe scattare l'obbligo di intervento perfino la telefonata del vicino di casa che, invece di chiamare la guardia medica, chiede nel cuore della notte di essere accompagnato in ospedale. Non si tratta di un caso né estremo, né inverosimile: l'informatizzazione consente a ciascuno di noi di avere in tempo reale notizia di situazioni che in astratto meriterebbero di essere portate a conoscenza dell'autorità (nel dubbio che non ce l'abbia già) o il soccorso diretto da parte del cittadino. L'adempimento dell'obbligo di solidarietà diventerebbe la principale occupazione della popolazione. Secondo parte della dottrina, l'art. 593, comma 2, c.p. opererebbe anche nei casi in cui ci si trovi in presenza o in compagnia del pericolante prima che insorga la situazione di pericolo. A rigore, questa situazione non rientrerebbe nel concetto di "trovare", che sottende l'occasionalità del "ritrovamento". Si faccia il caso di due escursionisti che procedono sullo stesso sentiero di montagna e uno dei due, mettendo il piede in fallo, si frattura la caviglia@. Si tratta di situazioni diverse da quella descritta, ma includibili nel fuoco della tipicità in base al ragionamento *a fortiori*: se la norma grava dell'obbligo di soccorso l'occasionale ritrovatore, a maggior ragione deve ritenersi che imponga il soccorso a chi è presente

nel momento in cui il pericolo si verifica, ossia a colui che è ancora più "vicino" al soggetto passivo. Non vi è alcuna violazione della legalità, perché l'ipotesi non espressamente prevista, come tale ricavata analogicamente, è più grave di quella che segna il massimo confine esterno del fatto tipico, come tale in essa ricompresa.

3.2. Risponde del primo reato chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'autorità.

Per un indirizzo di pensiero, si tratterebbe di un reato di pericolo presunto@; le situazioni descritte dalla norma sarebbero di per sé pericolose per la vita e l'incolumità del soggetto passivo. In realtà le cose non stanno così. Il fanciullo lasciato a se stesso, anche temporaneamente, da chi doveva averne cura, non è per ciò stesso esposto a pericolo. Lo stesso vale per il fanciullo smarrito, ossia che ha perso i riferimenti spaziali per l'orientamento. Se fornito di un cellulare, per esempio, il fanciullo può essere in grado di ristabilire il necessario contatto o di ritrovare la via che aveva smarrito.

Del resto la prova della condizione di difficoltà in cui versa il soggetto passivo non può fare a meno di indici di manifestazione univoci. I bambini abbandonati o smarriti non recano contrassegni particolari. La loro condizione si desume anche dalla situazione concreta in cui si trova il soggetto passivo. Essa deve apparire, in base a una prognosi postuma, tale da escludere che il minore e l'incapace siano in grado di gestirla.

La questione si pone, dunque, negli stessi termini che si sono già considerati con riguardo al delitto di abbandono di minori o incapaci. Il reato consiste nel mantenere, attraverso il mancato intervento informativo dell'autorità, il minore degli anni dieci in una condizione di inadeguatezza rispetto al contesto situazionale, conseguente al fatto di essere stato abbandonato o di essersi

smarrito. La necessaria serietà del pericolo dipende tanto dalle caratteristiche dell'ambiente, quanto dalle capacità del minore. Breve: per l'affermazione di responsabilità è necessario che, in base a una prognosi a base parziale, l'incapace non appaia in grado di affrontare da solo la concreta situazione ambientale@.

3.3. Le stesse considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, per l'omissione dell'incapace.

Decisiva sarà la misura della capacità residua del soggetto passivo e la situazione in cui viene a trovarsi. Con riguardo a questa figura di reato il testo di legge è più esplicito: l'incapace non deve essere in grado di provvedere a se stesso. La precisazione chiarisce ciò che, con riguardo al minore di dieci anni, la norma consente di desumere in via interpretativa.

In mancanza di questi correttivi ermeneutici ispirati al principio di offensività, si finirebbe per giungere a epiloghi punitivi abnormi, come l'affermazione di responsabilità degli automobilisti in transito su una strada cittadina che, vedendo sul marciapiede un bambino solo e in lacrime, proseguano la loro marcia nel traffico dell'ora di punta.

3.4. La condotta doverosa consiste nel dare avviso all'autorità. La legge non indica la modalità della segnalazione. Oggi la telefonia mobile offre un mezzo efficace e veloce. Dietro l'indistinto concetto di autorità le vere destinatarie dell'informazione sono le forze di polizia. Non bisogna puntare troppo in alto: il Capo dello Stato è certamente un'autorità, la massima per definizione, ma sarebbe pretendere troppo.

Per la giurisprudenza, il reato sussiste anche quando condotta doverosa omessa non avrebbe consentito l'intervento salvifico dell'autorità@. Si tratta di una linea di pensiero oltremodo rigorista, specie nei casi in cui l'inutilità dell'avviso appariva pressoché certa *ex ante*. Così ragionando, infatti, il reato viene a perdere ogni connotato di pericolosità, anche presunta. Si imporrebbe al cittadino, sotto la minaccia di pena, l'avviso inutile. Senza contare l'impoverimento del dolo che ne conseguirebbe. La

colpevolezza consisterebbe nel non aver assolto un rito puramente formale.

Nel caso in cui a trovare il minore o l'incapace siano contestualmente più soggetti, l'adempimento del primo, se avvenuto con successo, libera gli altri e scongiura che i centralini delle pubbliche autorità siano tempestati di chiamate.

3.5. Il dolo è generico e consiste nella rappresentazione delle condizioni di vulnerabilità del soggetto passivo e nella volontà di lasciarlo privo dell'assistenza necessaria.

3.6. Per opinione pacifica e incontrovertibile il secondo comma dell'art. 593 c.p. prevede un reato di pericolo concreto@. Viene punito, infatti, chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità.

Quanto alla prima parte della disposizione, in presenza di un corpo che appare inanimato, ossia immobile, l'obbligo di soccorso non presuppone soltanto la verifica che non si tratti di cadavere, ma implica una valutazione positiva di pericolosità, che non ricorrerà ove, per esempio, si tratti di persona dormiente@. Se l'immobilità non assurge a sintomo di pericolo (nei confronti del mimo che, travestito da statua, si esibisce nella pubblica via, non scatta l'obbligo di soccorso. Chi vi si imbatte, se non gradisce lo spettacolo, può proseguire la sua passeggiata).

Nel caso del pericolante, la legge non precisa la natura e l'entità del pericolo. Deve trattarsi di un pericolo serio per la vita o l'incolumità. Soccorrere chi, dopo essere caduto, si è prontamente rialzato fa parte del senso civico, ma non è un gesto imposto sotto la minaccia di pena dall'art. 593, comma 2, c.p.; nemmeno in presenza di contusioni o escoriazioni lievi. Il pericolo non deve risultare gestibile dal soggetto passivo, per cui ancora una volta saranno decisive le capacità dell'infortunato e il contesto situazionale. La norma non chiede che si soccorra chi è in grado di fare da sé.

Si dibatte se, per adempiere all'obbligo, il soccorritore sia tenuto ad esporsi al pericolo. L'opinione affermativa confonde il piano del diritto con quello dell'etica. L'eroismo non è un dovere penalmente presidiato. Un conto è il costo del soccorso sul piano dell'impegno fisico, altro conto è l'esposizione al pericolo, cui sono tenuti solo soggetti a ciò preposti e attrezzati.

Il dovere di soccorso trova un limite invalicabile nel rifiuto opposto dal pericolante capace di intendere e di volere.

3.7. L'art. 593, comma 2, c.p. descrive la condotta tipica in termini alternativi (omettere l'assistenza necessaria ovvero l'immediato avviso all'autorità), nel senso che, a seconda delle situazioni, per il giudizio di responsabilità sarà sufficiente la realizzazione del più idoneo dei comportamenti doverosi. Il soccorritore non può scegliere liberamente. La disposizione segue, infatti, un preciso ordine: solo se l'assistenza necessaria non è oggettivamente o soggettivamente esigibile, scatta l'obbligo residuale dell'avviso all'autorità.

3.8. Se dall'omissione deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata.

3.9. Com'è stato precisato@, il reato di omissione di soccorso non troverà applicazione quando ricorrono i requisiti dell'abbandono di persone minori o incapaci, quale reato proprio di soggetti gravati dall'obbligo di cura e connotato per di più da una anticipazione della soglia della punibilità, che scatta in presenza dell'incapacità del soggetto passivo di autogovernarsi, senza richiedere invece l'occasionale ritrovamento di una persona esposta a pericolo per la vita o l'incolumità.

4. Omissione di soccorso stradale

L'art. 189, comma 7, del codice della strada prevede un'ipotesi

speciale di omissione di soccorso. È punito, infatti, l'utente della strada che, in caso di incidente "comunque ricollegabile al suo comportamento", non ottempera all'obbligo di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite.

Il soggetto attivo può essere qualunque utente della strada, compreso il pedone. L'ampia formulazione della disposizione citata parrebbe estendere l'obbligo di soccorso a tutti i soggetti coinvolti nell'incidente, quindi anche a chi lo ha subito, ove il ferito sia colui che abbia dato origine all'incidente.

Soggetto passivo è la persona ferita ossia colui che ha subito una lesione di qualsiasi tipo e gravità nell'incidente. Deve trattarsi, però, di una condizione che richieda assistenza. Non è tale, per esempio, il graffio, l'ematoma o l'escoriazione che non riducano in modo apprezzabile l'autosufficienza del soggetto passivo.

La condotta doverosa consiste nel prestare l'assistenza occorrente di cui è capace il reo e, se del caso, nel richiedere l'intervento del soccorso medico.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXII
La diffamazione

di Fausto Giunta

1. Premessa

1.1. Il capo II del titolo XII c.p. prevedeva in origine una coppia di reati contro l'onore tra loro alternativi e complementari: l'ingiuria (art. 594 c.p.), consistente nell'offesa del soggetto

passivo presente; la diffamazione (art. 595 c.p.), caratterizzata dall'assenza dell'offeso. Il d.lgs. n. 7 del 2016 ha depenalizzato l'ingiuria pur senza espungerla dal codice penale@. Quanto alla diffamazione, la sua devoluzione alla giurisdizione di pace ha inciso sul trattamento sanzionatorio@. Fa eccezione l'ipotesi aggravata dal mezzo della stampa (art. 595, comma 3, c.p.), rimasta di competenza del giudice ordinario. Ne consegue che oggi la tutela dell'onore è presidiata penalmente dalla sola fattispecie della diffamazione, la quale, a sua volta, si è come sdoppiata in due sotto-fattispecie sensibilmente diverse non già sul piano della struttura, che è la stessa, bensì su quello del disvalore, della disciplina processuale e della risposta sanzionatoria.

1.2. Commette diffamazione chi, comunicando con più persone, offende la reputazione di una persona che non è presente al momento del fatto e, pertanto, non può replicare nel medesimo contesto spazio-temporale.

Il divieto penale pone un limite alla libera manifestazione del pensiero, quando essa è lesiva dell'onorabilità del soggetto passivo. È fuori discussione, infatti, che la reputazione sia un valore della persona di rilevanza costituzionale@. Nondimeno, in presenza di un interesse pubblico all'informazione o all'espressione lesiva, la libertà di manifestazione del pensiero può consentire l'affermazione disonorante *sub specie* di scriminante dell'esercizio di un diritto ai sensi dell'art. 51 c.p. Sul punto si avrà modo di tornare.

Al momento è necessario concentrarsi sulla struttura dell'incriminazione. In particolare, va precisato meglio il requisito negativo del reato. Si è detto che il soggetto passivo non deve essere presente. Ebbene, la fattispecie dell'ingiuria, anche se non costituisce più reato, contribuisce a chiarire questo aspetto. Essa, infatti, equipara alle ingiurie in presenza del soggetto passivo, quelle rivolte, "mediante comunicazione telegrafica o telefonica o con scritti o disegni diretti alla persona offesa". Si può dire pertanto che quel che conta, ai fini dell'ingiuria, è che

l'espressione lesiva dell'onore sia diretta al soggetto passivo, fisicamente presente o meno. Pertanto, costituirà ingiuria, e non diffamazione, l'offesa arrecata al soggetto passivo in occasione di una videochiamata alla quale partecipano anche altre persone. Suona ambigua, pertanto, una recente pronuncia della Suprema Corte secondo la quale costituirebbe diffamazione, e non ingiuria aggravata, l'invio di una e-mail, dal contenuto offensivo, avente come destinatari sia l'offeso, sia altre persone@. Breve: per aversi diffamazione, non basta l'assenza fisica dell'offeso, ma occorre che l'affermazione lesiva della reputazione non lo veda nemmeno tra i suoi destinatari diretti.

1.3. Ci si chiede se la diffamazione costituisca o meno di un reato di evento.

Secondo un orientamento consolidato e condivisibile, l'onore è un attributo della persona indipendentemente dalla circostanza che tale qualità le sia effettivamente riconosciuta nell'ambiente sociale. Anche il peggiore degli uomini è titolare di un'irriducibile onorabilità in quanto persona umana. Non si richiede che la reputazione sociale dell'offeso risulti diminuibile o effettivamente diminuita a causa dell'affermazione disonorante. Del resto, questa verifica sarebbe difficile da effettuare in concreto, specie ove l'agente si rivolga a una moltitudine di persone.

Soggetto passivo della diffamazione può essere chiunque, anche la persona giuridica. Non vi sono ragioni né testuali, né logiche per escludere la sua reputazione dal raggio di azione della tutela penale@.

La condotta, però, deve risultare potenzialmente idonea a gettare discredito sull'offeso. Si tratta di una valutazione da effettuarsi in base al sentire comune, del quale il giudice si fa interprete con l'obbligo di motivazione. Ne consegue che l'offesa alla reputazione, di cui parla l'art. 595 c.p., è un elemento normativo c.d. sociale@.

2. La divulgazione

2.1. La "comunicazione con più persone", comunemente denominata "divulgazione", implica che l'addebito offensivo abbia almeno due destinatari. La divulgazione deve essere opera diretta del reo, per cui, contrariamente a quanto affermato@, non è sufficiente che l'agente comunichi con una sola persona ma con modalità tali che detta notizia venga sicuramente a conoscenza di altri (nel caso di specie l'imputato aveva definito stupido e incapace l'avvocato della sorella rivolgendosi ad una collaboratrice del legale).

Indifferente è invece la forma, che può essere scritta o orale, e prescinde da una modalità prestabilita. Anche la frase scherzosa o ironica è idonea a costituire reato. La divulgazione può essere contestuale o avvenire in momenti diversi. In tal caso è la seconda comunicazione che segna il momento consumativo del reato.

2.2. Affinché sia tipica, la comunicazione deve essere percepita e compresa dai destinatari. Ciò significa che non basta la sua captazione sensoriale, ma occorre la cognizione del suo significato offensivo. Si dibatte, a quest'ultimo proposito, se la comprensione debba essere effettiva o potenziale. Si faccia il caso dell'offesa divulgata in una lingua sconosciuta ai destinatari o con un linguaggio in codice.

A fronte delle tesi opposte, l'una che esclude sempre il reato, l'altra che lo ammette in ogni caso, è preferibile la soluzione intermedia che ritiene tipica anche l'affermazione il cui significato può essere compreso dai destinatari attraverso un'apposita attività o l'aiuto di terzi (come nel caso di un testo scritto in lingua poco nota che, al fine di poterlo leggere, viene fatto tradurre dai suoi destinatari).

3. Le aggravanti

3.1. Si è già detto che le due sotto-fattispecie di diffamazione presentano un diverso disvalore, per un verso, in ragione della diffusione dell'affermazione diffamatoria, per l'altro, in misura direttamente proporzionale alla sua credibilità. Entrambe le ipotesi sono oggetto di altrettante circostanze aggravanti speciali.

Più precisamente, l'affermazione diffamatoria arrecata con un qualsiasi mezzo di pubblicità (art. 595, comma 3, c.p.), come può essere la stampa, la televisione o la comunicazione attraverso internet, può raggiungere un pubblico anche vasto, amplificando il discredito per il soggetto passivo.

D'altra parte, l'attribuzione di un fatto determinato, prevista come aggravate dall'art. 595, comma 2, c.p., è più offensiva di quanto non sia l'addebito di una mera qualifica inerente alle qualità personali del soggetto passivo, come l'onestà, la professionalità, l'aspetto fisco e via discorrendo. Secondo l'opinione preferibile, il fatto può dirsi determinato quando è rappresentato nelle sue coordinate spazio-temporali, come accadimento unico e irripetibile@. La specificità dell'addebito accresce sua attitudine lesiva, indipendentemente dalla rispondenza al vero.

Le due circostanze aggravanti operano, però, in modo indipendente l'una dall'altra. Possono ricorrere entrambe, una soltanto, o nessuna delle due.

3.2. L'attribuzione del fatto determinato non determina soltanto un aumento di pena, ma funge da presupposto della disciplina prevista all'art. 596, comma 3, c.p. in materia di prova liberatoria. La disposizione citata afferma, al primo comma, il principio generale secondo il quale l'autore di una comunicazione diffamatoria non è ammesso a provare, a sua discolpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa. La ragione è semplice: verità e notorietà non diminuiscono l'offesa, ma semmai

l'accrescono. Cantava Caterina Caselli "La verità mi fa male, lo so. La verità mi fa male, lo sai"@. È rimasta celebre, del resto, la battuta di Totò: "Lei è un cretino, s'informi"@. Né, al fine di escludere il carattere lesivo dell'affermazione, varrebbe la precisazione del grande comico: "Non è un'offesa. È un'informazione accompagnata da un consiglio". Che si tratti di ingiuria o di diffamazione, l'offesa all'onore sussiste comunque.

4. La prova liberatoria

Tanto premesso, stabilisce in via di eccezione l'art. 596, comma 3, c.p., che "Quando l'offesa consiste in un fatto determinato, la prova della verità del fatto medesimo è però sempre ammessa nel procedimento penale: 1) se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si riferisce all'esercizio delle sue funzioni; 2) se per il fatto attribuito alla persona offesa è tuttora aperto o si inizia un procedimento penale; 3) se il querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito".

Si tratta di casi in cui l'interesse alla verità prevale sulla tutela dell'onorabilità. Dispone infatti l'art. 596, comma 4, c.p.: "Se la verità del fatto è provata o se per esso la persona, a cui il fatto è attribuito, è per esso condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'imputazione non è punibile, salvo che i modi usati non rendano per se stessi applicabile la disposizione dell'articolo 595, primo comma".

5. La diffamazione a mezzo stampa

5.1. Come si è avuto modo di anticipare, la diffamazione "col mezzo stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità"

costituisce un'ipotesi aggravata punibile con pena detentiva in alternativa a quella pecuniaria.

Ai sensi degli artt. 57 e 57-*bis* c.p., salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione, il direttore o il vice-direttore responsabile, nel caso di stampa periodica, e l'editore nonché lo stampatore, nel caso di stampa non periodica (se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile o è ignoto l'editore), rispondono del reato di diffamazione per omesso controllo sul contenuto delle affermazioni divulgate. Originariamente concepita come forma di responsabilità oggettiva, questa ipotesi di reato è oggi comunemente ritenuta colpevole, nel senso che deve essere ascrivibile a titolo di colpa@.

5.2. In ossequio al principio dell'interpretazione letterale, la giurisprudenza esclude che la disciplina in materia di reati a mezzo stampa possa applicarsi ai mezzi informatici di manifestazione del pensiero@. Gli artt. 57 e 57-*bis* c.p., infatti, fanno riferimento solo alla stampa, a differenza dell'art. 595 c.p., che parla anche di qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

In ogni caso, per espressa previsione di legge, la disciplina della prova liberatoria sarà applicabile anche al direttore, al vice-direttore, all'editore e allo stampatore (art. 596-*bis* c.p.).

6. Il dolo

Il dolo è generico. Non è richiesta l'intenzione di offendere, ma solo la volontà della comunicazione diffamatoria a più persone, nella consapevolezza della sua idoneità offensiva. La finalità scherzosa non esclude il reato.

7. Le cause di giustificazione

7.1. Il profilo più problematico della diffamazione è quello che riguarda l'operatività delle cause di giustificazione.

Nulla quaestio per quanto riguarda la scriminante del consenso dell'avente diritto, ai sensi dell'art. 50 c.p. La sua sicura operatività discende dall'essere l'onore un bene disponibile.

Più complessa è l'individuazione del raggio di azione dell'esercizio di una facoltà legittima, di cui all'art. 51 c.p. Vengono qui in rilievo attività che possono incidere negativamente sulla reputazione, come il diritto di informazione, critica e censura.

7.2. Iniziando dall'attività giornalistica, il delicato bilanciamento tra il diritto all'informazione e la tutela di un bene personalistico, qual è la reputazione, vede la prevalenza del primo sul secondo solo in presenza di notizie che rivestano interesse pubblico. Quest'ultimo concetto è più articolato di quanto non appaia a prima vista, perché la sua oggettività presenta indubbi margini di opinabilità. Il suo accertamento non può che avvenire, dunque, in base a una valutazione di tipo presuntivo. Ma non è tutto: a fronte di notizie di sicuro interesse generale, perché relative alla vita sociale e istituzionale, ve ne sono altre che possono interessare un pubblico più ristretto. Si pensi a un periodico di letteratura dove si dà notizia che il romanzo di un autore debuttante è stato escluso da una competizione per opere prime, in quanto parzialmente copiato. L'interesse pubblico può dipendere, infine, esclusivamente dalla notorietà della persona oggetto della notizia, come nel caso di un personaggio televisivo. Per gli appassionati del genere, assumono rilievo anche le disavventure coniugali analiticamente riportate dalla stampa c.d. rosa e scandalistica. Anche la calvizie incipiente può assumere interesse pubblico se riguarda la chioma di un attore, di uno sportivo, di un politico e via discorrendo. Chi accetta le luci della notorietà deve mettere in conto la curiosità pubblica. In applicazione di questi principi, è

stata ravvisata la diffamazione nello scritto autobiografico di un personaggio di rilievo pubblico, che riportava notizie disonoranti sulla vita privata di un suo familiare (nella specie l'ex moglie) non mediaticamente esposto, non rivestendo tali notizie oggettiva utilità ed interesse sociale@.

Un altro requisito scriminante del diritto di cronaca e segnatamente di quella giudiziaria è costituito dalla veridicità della notizia. Se non è possibile controllare la sua rispondenza al vero, è necessario che quantomeno essa provenga da fonti attendibili.

Infine la notizia deve essere data con un linguaggio appropriato e di per sé non offensivo. Si parla a questo riguardo di continenza, per indicare l'adeguatezza della forma espressiva.

7.3. La critica, quale interpretazione dell'esistente, è la cifra della cultura occidentale moderna anche quando ha ad oggetto le varie forme di autorità. Non vi è materia che le è sottratta. Da qui le innumerevoli forme che essa assume: si parla di critica politica, storica, letteraria, cinematografica, scientifica, ecc.

La critica presuppone che il suo oggetto sia noto. Valgono, per la sua giustificazione, i criteri dell'interesse pubblico, della verità e della continenza, requisito, quest'ultimo, da intendersi con minore rigidità perché la critica non si limita alla comunicazione di un fatto, ma si estende alla sua valutazione. Sono consentite, pertanto, espressioni ironiche e graffianti.

La satira è la massima espressione del diritto di critica. La sua tradizione culturale la vuole mordace e tagliente@. Può avere ad oggetto istituzioni, comunità o singole persone. In quest'ultimo caso la flessione della continenza deve essere compensata dalla particolare importanza sociale del suo bersaglio@. Per farsi perdonare la sua ferocia, la satira, quando ha ad oggetto una persona individuata, deve puntare dal basso verso l'alto sociale, non il contrario.

La critica può anche viaggiare dall'alto verso il basso. Si pensi al

giudizio scolastico o all'attività della magistratura. Fondamentali sono, nel primo caso, la rispondenza al vero e la continenza; nel secondo anche l'interesse pubblico.

La censura è espressione dell'esercizio del potere disciplinare, il cui esercizio può assimilarsi agli scritti e ai discorsi dei magistrati, requirenti o giudicanti, nello svolgimento delle loro funzioni.

7.4. Dispone il primo comma dell'art. 598 c.p. che non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinanzi all'Autorità giudiziaria, ovvero dinanzi a un'Autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo. Soggiunge il capoverso che il giudice, pronunciando nella causa, può, oltre ai provvedimenti disciplinari, ordinare la soppressione o la cancellazione, in tutto o in parte, delle scritture offensive, e assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale. Qualora si tratti di scritture per le quali la soppressione o cancellazione non possa eseguirsi, è fatta sulle medesime annotazioni della sentenza.

Secondo l'orientamento maggioritario l'art. 598 c.p. prevede una causa di non punibilità@, impropriamente denominata "immunità giudiziaria". La sua operatività non farebbe venire meno il carattere illecito dell'offesa alla reputazione, come attesterebbero le conseguenze sanzionatorie di natura disciplinare e risarcitoria.

La sua *ratio* è quella di assicurare la massima libertà di parola alle parti processuali, quale condizione di un pieno ed effettivo diritto di difesa. Sotto questo profilo, il principio affermato all'art. 24 Cost. impone una lettura dell'art. 598 c.p. più estesa di quella concernente la scriminante dell'esercizio del diritto ai sensi dell'art. 51 c.p., il cui effetto liceizzante è radicale. Più precisamente l'art. 51 c.p. opererebbe in presenza di affermazioni diffamatorie vere e rispettose del requisito della continenza. L'art. 598 c.p., invece, riguarderebbe anche fatti non veri ed

espressioni di per sé offensive. Secondo una contrastata e opinabile giurisprudenza, però, altro è la critica del provvedimento, altro è la critica del suo autore; quest'ultima non sarebbe consentita@.

Si ritiene, inoltre, che l'art. 598 c.p. trovi applicazione anche nei casi in cui l'offesa sia contenuta in un atto stragiudiziale, purché prodromico a successive iniziative giudiziali@.

8. La procedibilità

La diffamazione è punibile a querela del soggetto passivo. Dal punto di vista storico, si tratta di una dei primi impieghi codicistici della querela-selezione (o querela-opportunità)@.

Nel caso di offesa alla memoria del defunto, i prossimi congiunti e gli altri soggetti indicati dall' art. 597, comma 3, c.p. sono legittimati *iure proprio* ad esercitare il diritto di querela, quali soggetti passivi dell'offesa@.

9. Prospettive di riforma

L'opportunità di depenalizzare i delitti contro l'onore è stata sostenuta da tempo@. Come si è detto, il d.lgs. n. 7 del 2016 ha espunto dall'ambito penale l'ingiuria. Resta da chiedersi se non meriti di essere depenalizzata anche la diffamazione consistente nell'attribuzione di una mera qualifica, in modo da limitare la risposta penale alle sole offese consistenti nell'addebito di un fatto determinato, le più gravi in ragione della loro apparente credibilità. L'attribuzione di una mera qualifica disonorante, al pari dell'insulto, insozza più chi le pronuncia, che chi le riceve. Il miglior rimedio e dimenticarla@.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXIII
I delitti contro la libertà personale

di Costanza Bernasconi

1. La tutela della libertà personale nella topografia codicistica

1.1. Il Capo III (*Delitti contro la libertà individuale*) del Titolo XII c.p. è suddiviso in diverse sezioni, ciascuna delle quali è posta a tutela di una precisa declinazione di detta libertà individuale. Si tratta, peraltro, di un settore del Codice penale profondamente modificato nel corso del tempo, soprattutto in virtù di "innesti" normativi che hanno introdotto o semplicemente spostato in questo Capo nuove fattispecie incriminatrici rispetto a quelle originariamente ivi contenute.

In apertura (sezione I), vengono descritti i *Delitti contro la personalità individuale*, intesa come l'insieme delle manifestazioni nelle quali si esplica la libertà individuale. In detta sezione erano originariamente contenuti i soli delitti c.d. di liberticidio, vale a dire, aventi ad oggetto lo *status libertatis*. A seguito di una molteplicità di interventi normativi, imposti da vincoli sovranazionali, all'interno della sezione in oggetto sono stati inseriti altri reati, accomunati dalla loro idoneità a realizzare un annientamento della personalità. In tale prospettiva si comprende ora la presenza anche dei delitti di sfruttamento sessuale dei minori (sui quali v. *infra,* cap. XXV, §§ 7 ss.), di traffico di organi, di sfruttamento dei lavoratori.

1.2. Con il d.lgs. n. 21 del 2018, in attuazione della c.d. riserva di

Codice (sul punto v. *supra* cap. VIII, § 6), dopo la sezione I è stata introdotta la sezione I-*bis*, dedicata ai *Delitti contro l'uguaglianza,* in realtà già prima previsti nell'ambito della legislazione speciale *extra codicem*, all'interno della l. 654 del 1975 (*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*).

La sezione II è, invece, dedicata ai *Delitti contro la libertà personale*, da intendersi qui come libertà fisica, distinta dalla libertà morale, tutelata da altra sezione, contenente, appunto, i *Delitti contro la libertà morale* (sezione III). Nell'ambito, poi, dei citati delitti contro la libertà personale il legislatore nel 1996 ha "trasferito" i delitti sessuali, originariamente collocati nel Titolo IX tra i Delitti contro la moralità pubblica. La nuova *sedes* di dette fattispecie, per quanto senz'altro preferibile rispetto a quella originaria, appare comunque opinabile, per le ragioni che si avrà modo di esporre.

2. Il bene giuridico protetto

2.1. Secondo una parte consistente della recente dottrina, la libertà personale tutelata dalle fattispecie codicistiche dovrebbe essere intesa non solo, e non tanto, come libertà "*di*" (agire, muoversi, spostarsi, ecc.), ma come libertà "*da*" (misure coercitive sul corpo)@. Il sequestro di persona non implicherebbe, cioè, che sia impedito il movimento autonomo, ma che sia imposto coercitivamente un ambito spaziale circoscritto, andando in tal modo ad incidere su una prerogativa propria di ogni individuo, dunque anche di soggetti già detenuti o internati, oltre che di soggetti privi della capacità di locomozione autonoma. "Chiunque può risultare soggetto passivo di un sequestro: infanti e dementi, comatosi e deliranti, dormienti e paralitici, tutta la fantasmagorica corte dei miracoli tratteggiata

dalla casistica dottrinaria, si ricompone nell'indistinta unità della «persona umana», la cui libertà da misure coercitive sul corpo è sempre e comunque garantita e tutelata. Al banco di prova di questo valore, non conta la forza delle gambe, e tutti sono – grazie al cielo – perfettamente uguali"@.

2.2. Nondimeno, a ben vedere, siffatta tesi, senza dubbio "ben intenzionata" e mossa dalla sensibilità di offrire una ricostruzione dell'oggettività giuridica protetta conforme al principio costituzionale personalistico-egualitario desumibile dall'art. 13 Cost., parrebbe evidenziare aporie sotto un duplice profilo. Da un lato, essa porterebbe a configurare il delitto di sequestro di persona anche in ipotesi nelle quali il soggetto passivo della condotta, in quanto del tutto incapace, non sarebbe in grado di percepire l'offesa (*cui prodest?*) e sarebbe, del pari, privato di ogni potere in merito alla prestazione di un eventuale consenso scriminante (si tratterebbe, dunque, di una tutela irragionevolmente "ad oltranza"). Dall'altro lato, detta tesi, nei confronti dei soggetti capaci di intendere e di volere, ma privi di un'autonoma capacità di locomozione, potrebbe portare a sovrapporre la tutela della libertà personale con quella della libertà morale. Infatti, se un tale soggetto venisse trasportato o collocato, contro la sua volontà, in un luogo piuttosto che in un altro, verosimilmente il fatto andrebbe più correttamente ricondotto ad una "invasione" della sua sfera di autodeterminazione, piuttosto che ad una limitazione della libertà personale (già completamente compromessa). Peraltro, neppure la rinuncia alla configurabilità del sequestro di persona nella prima tipologia di casi (relativi a soggetti completamente incapaci) sembrerebbe aprire irragionevoli vuoti di tutela, posto che l'ordinamento contempla comunque altre fattispecie incriminatrici (si pensi, a titolo esemplificativo, alla sottrazione di persone incapaci, di cui all'art. 574 c.p.) suscettibili di coprire il disvalore del fatto.

Tanto premesso, parrebbe allora preferibile circoscrivere l'integrazione della fattispecie di sequestro di persona solo nei confronti di soggetti che dispongano di un'autonoma e cosciente

capacità di locomozione, piena o quantomeno parziale.

3. Le diverse fattispecie poste a tutela della libertà personale

Il sistema di tutela della libertà personale si articola nella previsione di alcuni delitti "comuni" di sequestro di persona – collocati, oltre che in questa sezione (art. 605), anche in altri Titoli del Codice penale (v., per esempio, gli artt. 289-*bis,* 289-*ter* e 630 c.p.) – e in alcuni delitti "propri" dei pubblici ufficiali, disciplinati agli artt. 606-609 c.p. (arresto illegale; indebita limitazione di libertà personale; abuso di autorità contro arrestati o detenuti; perquisizione e ispezione arbitrarie).

In particolare, il delitto di arresto illegale si differenzia dal sequestro di persona commesso da un pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti alle sue funzioni, sia sotto il profilo oggettivo, poiché, nel primo caso, l'abuso deve riguardare specificamente l'esercizio di un potere di coercizione riconosciuto e disciplinato dalla legge, sia sotto il profilo soggettivo, poiché, per abusare del potere di arresto, è necessario che la volontà dell'agente sia diretta sin dall'inizio a mettere il soggetto illegalmente ristretto a disposizione dell'autorità giudiziaria@.

4. Il sequestro di persona "comune"

4.1. Il sequestro di persona "comune", ai sensi della fattispecie contemplata dall'art. 605 c.p., consiste nel fatto di chi priva taluno della libertà personale. La condotta tipica coincide con qualunque attività causativa di detta privazione, a prescindere dalle modalità di estrinsecazione della stessa. Il reato può dunque essere commesso sia mediante azione – attraverso violenza personale fisica, propria o impropria (per esempio,

rispettivamente, legando la vittima o narcotizzando la stessa@), violenza psichica (minacciando la vittima in vari modi), inganno (inducendo la vittima ad autoprivarsi della libertà, facendole credere, ad esempio, di essere gravemente malata o prospettando rischi di esposizione a patologie pericolose)@ -, sia mediante omissione da parte di soggetti gravati da specifici obblighi di garanzia nei confronti della vittima.

L'evento consiste nella privazione della libertà personale, totale o anche solo parziale@, di persona in condizione di libertà piena o nella ulteriore privazione della libertà residua di persona che già versa in condizione di limitazione della stessa (si pensi ad un soggetto detenuto costretto a rimanere in cella durante l'ora d'aria).

4.2. Ai fini dell'integrazione del reato, è necessario che la privazione della libertà personale si protragga per un certo periodo di tempo, giuridicamente apprezzabile; da questo dato si desume la riconducibilità della fattispecie *de qua* al novero dei reati permanenti. Peraltro, solo alla luce di tale criterio è possibile – in casi limite – distinguere il sequestro di persona da altri reati. Si pensi al soggetto che immobilizzi la vittima – privandola della libertà personale – per il tempo necessario a sfilarle il portafoglio o altri oggetti portati addosso; situazione, questa, in cui non parrebbero sorgere dubbi circa la configurabilità del reato di rapina. Viceversa, il delitto di sequestro di persona potrebbe concorrere con quello di rapina (o di violenza sessuale), nel caso in cui la privazione della libertà personale si protragga, quanto al delitto di cui all'art. 628 c. p., anche dopo l'avvenuto impossessamento della *res*, ma per un tempo apprezzabile e senza necessità ai fini della consumazione della rapina (e, quanto al delitto di cui all'art. 609-bis c. p., nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali)@.

Tanto premesso, si comprende come un problema particolarmente rilevante in tema di sequestro di persona attenga all'individuazione delle modalità di limitazione della libertà e del

minimum di tempo necessario per l'integrazione della fattispecie. E' evidente, infatti, che detti elementi – e, dunque, la tipicità del reato – risultino legati a talune "variabili" che possono anche porsi in bilanciamento tra loro. Si vuole dire, in altre parole, che nella fattispecie di sequestro di persona "la tutela della libertà personale è la sintesi di un delicato punto di equilibrio tra spazio (ossia quantità di libertà personale negata), tempo (ossia durata della stato di cattività [...])) e caratteristiche fisiche del soggetto passivo (in grado di relativizzare l'idoneità costrittiva della condotta)"@. Diverso sarà, dunque, l'apprezzamento di una eventuale limitazione della libertà in relazione al variare dei predetti fattori, al punto da escludere la tipicità del sequestro in tutti i casi nei quali il titolare del bene protetto non percepisca, invero, alcuna compressione del proprio interesse, dunque alcuna offesa. A siffatta ricostruzione si potrebbe obiettare che essa rende "fluidi" i contorni della fattispecie. A ben vedere, però, occorre muovere dalla considerazione in forza della quale la legge penale dovrebbe rimanere impermeabile a bilanciamenti solo da un lato, *in malam partem*. Viceversa, "a vantaggio del reo la norma penale è invece porosa, consentendo ritrazioni teleologiche della tutela rispetto alla dimensione formale dell'enunciato normativo"@.

4.3. Circa l'elemento soggettivo, si tratta di reato a dolo generico, richiedendo l'art. 605 c.p. solo la coscienza e volontà di privare taluno della libertà personale, essendo indifferente lo scopo dell'agente. Lo specifico fine perseguito dall'agente potrà, tuttavia, rilevare ai sensi di altre e diverse fattispecie incriminatrici molto più gravemente sanzionate proprio (e unicamente) in virtù appunto di tale elemento (v. art. 289-*bis*, 289-*ter*, 630 c.p.). In siffatte ipotesi il sequestro si configura come *mezzo* per la realizzazione di un più ampio ed articolato disegno criminoso@.

4.4. La perfezione si ha nel momento in cui si realizza – come anticipato – un *minimum* apprezzabile di mantenimento della privazione (nei termini detti) della libertà. La consumazione coincide, invece, con la cessazione della permanenza e, dunque,

con il momento in cui cessa la privazione della libertà. Il tentativo è configurabile, ma solo prima – come è ovvio – del momento perfezionativo.

5. Limitazioni della libertà personale e consenso dell'avente diritto

5.1. Uno dei problemi maggiormente dibattuti in relazione alla possibile configurabilità del sequestro di persona concerne l'efficacia scriminante del consenso dell'avente diritto. La libertà personale, infatti, è per lo più qualificata come bene solo parzialmente disponibile, sicché il consenso parrebbe scriminare solo limitazioni circoscritte della libertà, ma non la privazione totale della stessa. Inoltre, posto che il consenso è sempre revocabile, integrerebbe la fattispecie di sequestro di persona ogni limitazione della libertà dopo la revoca di esso.

5.2. La problematica in oggetto è stata, in un recente passato, chiaramente esemplificata da alcune note vicende che hanno interessato casi di partecipazione volontaria a comunità terapeutiche "chiuse" strutturate per favorire la disintossicazione di tossicodipendenti. La rilevanza giuridica della questione si è accompagnata ad un rilevante interesse mediatico, che, di recente, ha condotto anche alla produzione di una serie televisiva documentaristica@. Il riferimento, come è facile intuire, va ai fatti di San Patrignano, comunità alla quale migliaia di giovani, a partire dagli anni '70, si sono rivolti, accettando spontaneamente le condizioni essenziali per l'ammissione, condizioni a tutti note e costituite dalla serietà del proposito di disintossicarsi, senza fare uso di stupefacenti o psicofarmaci, e dal consenso ad essere trattenuti anche contro la propria volontà nella fase di astinenza.

Sennonché, nel corso degli anni (segnatamente nel primo periodo di vita della comunità) si verificarono alcuni episodi in cui detti giovani avevano cercato di fuggire ed erano stati trattenuti

contro la loro volontà, sul presupposto che essi potessero rappresentare un pericolo per sé e per gli altri, venendo chiusi per diversi giorni in ambienti malsani, caratterizzati da condizioni igienico-sanitarie precarie. Per questa ragione, il fondatore e direttore della citata comunità venne rinviato a giudizio con l'accusa di sequestro di persona.

La tesi difensiva sostenuta nel corso del processo ruotava attorno al consenso espresso da ciascun ospite all'ingresso in comunità, con la consapevolezza che sarebbe stato trattenuto lì con ogni mezzo, fino a quando il recupero non potesse considerarsi concluso. Un'eventuale revoca del consenso inizialmente prestato, quindi, avrebbe dovuto considerarsi improduttiva di effetti, in quanto direttamente collegata proprio a quella condizione di astinenza da cui gli ospiti intendevano liberarsi con il loro ingresso a San Patrignano.

Il Tribunale di Rimini@, chiamato a pronunciarsi in primo grado, non condivise però le argomentazioni sostenute dalla difesa, ritenendo, in particolare, che la revoca del consenso intervenuta successivamente all'ingresso in comunità non potesse essere ritenuta priva di effetti sulla sola base dell'assunto, generalizzato e apodittico, di una incapacità del tossicodipendente di determinarsi in maniera consapevole nella fase dell'astinenza.

La Corte di appello di Bologna@, invece, ritenne che il delitto di sequestro di persona fosse scriminato dal consenso prestato dai tossicodipendenti ospiti della comunità all'atto di ingresso, poiché questi ultimi avevano anticipatamente acconsentito alla privazione della propria libertà "ora per allora", cioè per il momento in cui la loro manifestazione di voler uscire sarebbe stata certamente attribuibile all'irrefrenabile "sete della droga". Nondimeno, in tale prospettiva, dovevano ritenersi necessarie due ulteriori condizioni perché la condotta potesse ritenersi scriminata: 1) la privazione della libertà non si doveva protrarre oltre il tempo strettamente necessario al recupero del soggetto; 2) le modalità tramite le quali dette privazioni venivano attuate non dovevano ledere la dignità della persona umana. Il consenso,

dunque, avrebbe potuto operare in funzione scriminante solo per le forme di trattenimento poste in essere senza il ricorso a modalità umilianti. Riguardo, invece, ai trattenimenti posti in essere ricorrendo (in senso stretto) alle catene, la Corte d'appello ritenne di poter fare ricorso alla disciplina dell'eccesso colposo (art. 55 c.p.) nella scriminate del soccorso di necessità ex art. 54 c.p. Infatti, se gli ospiti della comunità avessero fatto ritorno al consorzio civile sulla base di una decisione assunta per effetto dell'astinenza, l'esito inevitabile sarebbe stato quello di una ricaduta nell'assunzione di eroina, con conseguenze dannose per se stessi e per la società. La segregazione e l'incatenamento, allora, avrebbero avuto unicamente lo scopo di evitare il pericolo attuale di un danno grave alla persona, pur trattandosi di mezzi sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito. Ma, essendo la fattispecie di sequestro di persona prevista dall'ordinamento solo nella forma dolosa, il pur ritenuto eccesso colposo condusse a escludere una responsabilità penale degli imputati.

La Corte di cassazione confermò la sentenza di assoluzione con una pronuncia che, tuttavia, non si allineò del tutto a quella della Corte d'Appello nell'individuazione delle scriminanti di riferimento@. Se, in particolare, la sentenza di secondo grado fece ricorso alla coppia consenso dell'avente diritto-stato di necessità, i giudici di legittimità ritennero sussistenti i soli estremi di uno stato di necessità erroneamente supposto, rispetto al quale, per i trattenimenti realizzati con modalità umilianti, far operare l'eccesso colposo ex art. 55 c.p.

6. Il sequestro di persona a danno di minori

6.1. La l. n. 94 del 2009 ha introdotto uno speciale inasprimento sanzionatorio allorché il sequestro sia commesso in danno di minori (art. 605, comma 3, primo periodo). Come si evince dai lavori parlamentari, "l'ispirazione dell'intervento legislativo va

ricercata nell'esigenza di contrastare più efficacemente il fenomeno dei rapimenti di minori contesi tra genitori separati o divorziati, sempre più diffuso soprattutto nei casi in cui questi ultimi siano di nazionalità differenti"@.

6.2. Nella medesima prospettiva si colloca la previsione (comma 3, secondo periodo) in forza della quale la pena è ulteriormente elevata se il fatto è realizzato in danno di minori di quattordici anni o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero o, ancora, se concorre taluna delle circostanze indicate nel comma 2 del medesimo articolo. La formulazione del comma 3 (attraverso il richiamo al "*fatto di cui al primo comma*") parrebbe tale da suggerire la riconducibilità delle ipotesi ivi previste alla categoria delle circostanze e non delle fattispecie autonome di reato.

6.3. Il comma 4 prevede, inoltre, che se il colpevole cagiona la morte del minore si applica la pena dell'ergastolo. Al contempo, però, in prospettiva preventiva, attraverso la costruzione di una circostanza attenuante ad efficacia speciale ("*le pene previste dal terzo comma sono diminuite fino alla metà*"), si attribuisce rilievo (comma 5) alla condotta dell'imputato che si adoperi concretamente affinché il minore riacquisti la propria libertà o per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori (aiutando l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati), o, infine, per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore.

Siffatte ipotesi di "ravvedimento operoso" sostanzialmente riproducono quelle già previste, rispettivamente, dai commi 4 e 5 dell'art. 630 c. p., per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, e dall'art. 289-*bis*, comma 4, c. p., in tema di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. Attenuanti, queste, accomunate da una filosofia premiale tesa a favorire comportamenti *post delictum* che soddisfino, oltre la peculiare esigenza della liberazione dell'ostaggio, anche quella di

disarticolare le organizzazioni criminali (comuni o terroristiche) autrici del reato@. Tale rilievo non deve, però, indurre a ritenere che vi sia incompatibilità strutturale tra le attenuanti in questione e l'ipotesi del reato commesso da agente unico, compatibile con il tenore letterale del quarto comma dell'art. 605 c. p.@.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXIV
I delitti contro la libertà morale

di Costanza Bernasconi

1. Il bene giuridico protetto

Gli articoli da 610 a 613–*bis* c.p. tipizzano talune aggressioni contro quel particolare aspetto della libertà individuale costituito dalla libertà morale**,** da intendersi come libertà della propria sfera di autodeterminazione rispetto a interferenze esterne idonee a viziare le motivazioni all'agire o all'omettere, nonché come tranquillità psichica nei confronti di turbative idonee a generare timore.

Alcune delle fattispecie previste in questa sezione – segnatamente la violenza privata e la minaccia – assumono carattere generale e sussidiario rispetto ad altre e più gravi ipotesi criminose contemplate in differenti articoli (si pensi, per esempio, alla violenza sessuale, all'estorsione o al sequestro di persona a scopo di estorsione), con il conseguente possibile profilarsi di un concorso apparente di plurime qualificazioni giuridiche in relazione al medesimo fatto, da risolvere in base alla disciplina dettata nell'art. 15 c.p.

2. La violenza privata

2.1. Il delitto di *Violenza privata* è costruito come reato di evento a condotta vincolata e consiste nel costringere altri a fare, tollerare od omettere qualcosa con il mezzo della violenza personale fisica, sia essa propria o impropria, della violenza personale psichica (minaccia) o della violenza reale, se diretta a coartare l'altrui volontà (si pensi al proprietario che per fare uscire l'inquilino da un immobile rompa i vetri delle finestre, esponendolo ai rigori della temperatura esterna).

Invero, anche in relazione alla fattispecie in oggetto, spesso la giurisprudenza interpreta la nozione di violenza in un'accezione amplissima, considerando tale sostanzialmente qualunque comportamento idoneo al raggiungimento dello scopo finale che è quello di costringere altri a fare o tollerare qualcosa@. Siffatto processo di svuotamento della tipicità è stato realizzato soprattutto mediante il ricorso al concetto di violenza c.d. "impropria" o "implicita", il quale ha consentito di annacquare completamente il disvalore di azione (che dovrebbe, invece, essere espresso dalle peculiari modalità della condotta indicate dal legislatore), concentrando la rilevanza del fatto sul solo risultato di condizionamento dell'altrui volere, ottenuto dall'agente con qualunque mezzo. Sennonché, siffatta smaterializzazione della violenza – sia pure dettata dall'esigenza di apprestare la più ampia tutela al bene giuridico protetto – trasforma la fattispecie di violenza privata in reato di evento c.d. a forma libera, depotenziando il riferimento alle modalità di condotta, che dovrebbero invece selezionare (e delimitare) l'area del penalmente rilevante@. In tal modo, la fattispecie in esame diviene uno strumento particolarmente versatile attraverso il quale sanzionare una pluralità eterogena di comportamenti antisociali@, sulla base della premessa che "integra il delitto di violenza privata la condotta preordinata a rendere anche solo

disagevole una lecita modalità di esplicazione del diritto della persona offesa”@.

Non mancano, tuttavia, prese di posizione a favore di una lettura restrittiva della fattispecie, volte a scongiurare “quelle derive interpretative – ricorrenti soprattutto nella giurisprudenza di legittimità e meno attestate invece in quella di merito – che ravvisano contorni violenti in ogni «mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di autodeterminazione e di azione» (….). Tali ultime soluzioni ermeneutiche – oltre a fondarsi su una nozione di violenza priva di riscontri persino nel linguaggio comune – finiscono con l’ampliare arbitrariamente e potenzialmente senza controllo l’area di rilevanza penale, confondendo la condotta con l’evento costrittivo (…)”@.

Il problema è, infatti, evidenziato in modo emblematico da alcuni casi ricondotti dalla giurisprudenza di legittimità allo spettro applicativo dell’art. 610 c.p., in aperto contrasto con la struttura di detto reato. La dilatazione interpretativa della fattispecie emerge chiaramente, per esempio, in relazione ai casi nei quali sono state qualificate come forme di violenza privata le riprese abusive nei bagni pubblici. In pronunce che hanno affrontato siffatta questione non solo si ribadisce che, ai fini dell’integrazione del reato non è richiesta una condotta esplicitamente connotata da violenza o minaccia – posto che il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di determinazione e di azione – ma si ritiene addirittura sufficiente una percezione della coazione psichica della persona offesa sopravvenuta rispetto all’esaurimento della condotta intrusiva@. In altre occasioni ancora, il concetto di violenza è stato a tal punto snaturato da far ritenere integrato il reato anche in situazioni di mero approfittamento di un preesistente stato di incapacitazione@, tale da non rendere neppure possibile la percezione da parte della vittima dell’altrui condotta intrusiva. Conclusione, questa, in contrasto con la presa di posizione delle Sezioni Unite della Cassazione, ad avviso delle quali “il concetto di costrizione, postula il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta

dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà (….)". Sicché, per esempio, nei confronti di un paziente anestetizzato (questo era il caso oggetto di attenzione) il chirurgo che si discosti dall'intervento concordato e ne pratichi un altro "potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di «incapacitazione» del paziente, ma non certo di «costrizione» della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, «verso» (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva"@.

2.2. La condotta violenta o minacciosa deve, infatti, sempre atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un duplice evento ulteriore: lo stato di costrizione della vittima, da un lato, e il fare, tollerare od omettere qualche cosa, quale effetto di detto stato di coazione, dall'altro lato. Sicché, il delitto di violenza privata non è configurabile "allorquando gli atti di violenza non siano diretti a costringere la vittima ad un «*pati*», ma siano essi stessi produttivi dell'effetto lesivo, senza alcuna fase intermedia di coartazione della libertà di determinazione della persona offesa"@.

Inoltre, ai fini dell'integrazione del delitto di violenza privata "è necessario che la violenza o la minaccia realizzino la perdita o, comunque, la significativa compressione della libertà di azione o della capacità di autodeterminazione del soggetto passivo, essendo, invece, penalmente irrilevanti, in virtù del principio di offensività, i comportamenti che, pur astrattamente condizionanti, si rivelino in concreto inidonei a limitare la libertà di movimento o a condizionare il processo di formazione della volontà altrui"@.

Ad avviso di diffusa dottrina e giurisprudenza anche l'uso di un rimedio giuridico legittimo, perché autorizzato dalla legge, potrebbe dar luogo a violenza privata se diretto a costringere ad un comportamento diverso da quello per ottenere il quale tale

mezzo è concesso dalla legge: si pensi alla minaccia di denuncia o querela o di un'azione giudiziaria effettuata non per impedire la commissione di un reato od ottenere il pagamento di un credito, ma per finalità diverse. Invero, a ben riflettere, in queste ipotesi l'abuso del diritto, là dove ritenuto penalmente rilevante, finirebbe per creare un'area di illiceità non prevista dal legislatore@. Nella minaccia, infatti, il danno ingiusto (elemento costitutivo espresso della fattispecie ai sensi dell'art. 612 c.p.) deve essere illecito in sé. A nulla rileva, invece, l'ingiustizia del fine perseguito dall'agente. Sicché, se si ritenesse di poter desumere l'ingiustizia del danno dalla mera ingiustizia del fine, si finirebbe per creare in via interpretativa una nuova figura di reato, in aperto contrasto con il principio di legalità, che, quale "presidio garantistico del *favor libertatis*, ammette solo divieti espressi, riconoscibili *ex ante*, mentre è refrattario all'abuso del diritto, quale regola di giudizio che consente una rivalutazione a posteriori e *in malam partem* dell'azione consentita"@.

2.3. La perfezione si ha nel momento e luogo del comportamento attivo, omissivo o passivo coartato. Momento e luogo della perfezione possono, dunque, essere diversi da quello di estrinsecazione della *vis*. Il tentativo è configurabile nella duplice forma del tentativo compiuto (allorché all'azione violenta non faccia seguito l'effetto coercitivo o comunque il comportamento attivo o omissivo) e del tentativo incompiuto (allorché neppure l'azione venga interamente compiuta).

2.4. Il reato è a dolo generico. L'agente deve rappresentarsi e volere tanto le modalità della condotta, quanto il loro risultato costrittivo. Se la condotta descritta dall'art. 610 c.p. viene realizzata al fine di esercitare un preteso diritto azionabile dinanzi al giudice, potrebbero risultare integrati gli estremi del diverso reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, di cui agli artt. 392 e 393 c.p.

3. La violenza o minaccia per costringere taluno a commettere un reato

L'art. 611 c.p. configura un'ipotesi specifica di violenza privata, più grave della stessa, posto che in questo caso la *vis* è diretta non a qualunque comportamento, ma alla commissione di un reato.

Invero, a differenza della violenza privata, nella fattispecie in esame il fatto materiale si esaurisce nella sola (condotta di) violenza o minaccia, essendo la costrizione e la commissione del reato elementi oggetto del dolo specifico, cioè meri fini della condotta. Tanto premesso, non è richiesta la loro integrazione ai fini della perfezione del reato, il quale viene realizzato nel momento in cui viene posta in essere la condotta violenta o minacciosa@, accompagnata dalla peculiare finalità descritta dalla norma.

4. La minaccia

4.1. La fattispecie di *Minaccia* svolge, nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, la funzione di incriminare autonomamente la *vis* psichica in quanto tale e non la violenza–mezzo finalizzata ad un altrui comportamento (come accade, invece, per i già trattati reati di cui agli artt. 610 e 611 c.p.). Sicché, la fattispecie in oggetto integra un'ipotesi sussidiaria, esclusa allorché la minaccia sia specificamente prevista come elemento costitutivo o circostanza aggravante di diverso reato.

Il bene giuridico tutelato è da ravvisare nella tranquillità morale, vale a dire nell'interesse dell'individuo a vivere libero da preoccupazioni che possano derivare da altrui comportamenti intimidatori. Si tratta, dunque, di interesse prodromico rispetto a

quello della libertà di autodeterminazione, oggetto della fattispecie di violenza privata,

4.2. La minaccia si concretizza con la prospettazione di un male ingiusto, che viene presentato al soggetto passivo come causalmente dipendente, nella sua realizzazione, dalla condotta dell'agente. Diversamente, si avrebbe un semplice avvertimento (si pensi al medico che prospetta al paziente una rapida fine, là dove egli rifiuti le cure). Il pregiudizio minacciato può riguardare sia il medesimo soggetto passivo del reato, sia un terzo a questi legato da rapporti di parentela, affettivi o di solidarietà, ecc.

La minaccia può essere effettuata in tutte le forme e i modi idonei ad esercitare un'intimidazione. Essa può essere, dunque, diretta o indiretta, reale o simbolica, esplicita o implicita@, ma deve in ogni caso possedere un'effettiva idoneità a turbare la sfera di tranquillità individuale. Per evitare letture esasperatamente vittimocentriche e individuare parametri probatori di natura quanto più possibile oggettiva, sembra preferibile ritenere che detta idoneità debba essere valutata non esclusivamente con gli "occhi della vittima", bensì secondo massime di esperienza, alla stregua *dell'id quod plerumque accidit.* Come è stato, infatti, osservato, "poiché il soggetto tutelato non è lo psicopatico o il nevrastenico, ma l'uomo medio appartenente al gruppo sociale del soggetto passivo (.....) una reazione che superi i limiti posti dalle regole di esperienza, che tengono pur sempre conto della possibile maggiore impressionabilità del singolo, non appare degna di tutela giuridica"@.

Come già anticipato in relazione alla fattispecie di violenza privata, il male ingiusto oggetto della minaccia consiste nella lesione o messa in pericolo di un interesse giuridicamente protetto *contra ius,* vale a dire in assenza di qualunque diritto di arrecare lo stesso. Sicché, per le ragioni già esposte, non appare condivisibile l'orientamento secondo il quale la prospettazione di un male ingiusto potrebbe derivare anche dall'esercizio di una facoltà legittima@, allorché essa sia utilizzata per scopi diversi da

quelli per i quali è concessa dalla legge.

La fattispecie è riconducibile al novero dei reati di pericolo, poiché non è necessario che si verifichi concretamente uno stato di intimidazione nella vittima, essendo sufficiente la mera attitudine della condotta a realizzare siffatto risultato@.

4.3. Il secondo comma dell'art. 612 c.p. contempla una circostanza aggravante ad effetto speciale là dove la minaccia sia grave o fatta nei modi indicati dall'art. 339 c.p. La gravità della minaccia non va valutata in astratto, ma in concreto con riferimento all'entità del turbamento psichico determinato dall'atto intimidatorio sul soggetto passivo, avendo riguardo non soltanto al tenore delle espressioni verbali profferite ma anche al contesto nel quale esse si collocano@. Proprio in relazione al fatto che la previsione normativa di detta circostanza aggravante include componenti valutative, si è precisato che "ove esse non risultino precisamente indicate nella contestazione, la stessa risulterà priva di una compiuta indicazione degli elementi costitutivi della fattispecie circostanziale", la quale "non può essere desunta automaticamente dalle parole utilizzate"@.

5. Gli atti persecutori

5.1. La fattispecie di *Atti persecutori* è stata introdotta nel nostro ordinamento con d.l. n. 11 del 2009 (convertito con l. n. 38 del 2009). Il delitto oggetto di analisi è anche noto attraverso l'uso del termine di derivazione anglosassone "*stalking*", tratto dal gergo venatorio (da *to stalk,* "fare la posta alla preda"), perché esso ben si presta a racchiudere le condotte con cui si realizza l'insistita interferenza nella sfera privata altrui, che – ad avviso degli psicologi – si manifesta per lo più con comportamenti ossessivi simili all'atteggiamento tenuto dal cacciatore di fronte alla sua preda. Siffatti comportamenti in realtà possono essere estremamente diversificati tra di loro, in conseguenza della

disomogeneità delle relazioni vittima–*stalker* alla base degli atti persecutori. Per quanto, infatti, il terreno di elezione di siffatto fenomeno sia quello delle relazioni amorose, in realtà lo *stalking* è in grado di superare i confini sentimentali per giungere a manifestarsi nei diversi ambiti della vita di una persona. Da qui si comprende la difficoltà di tipizzare in modo soddisfacente siffatto fenomeno, destinato ad estrinsecarsi nei modi più vari, attraverso una molteplicità di atti intrusivi@. Al punto che anche la fattispecie descritta dall'art. 612-*bis* è stata investita da una questione di legittimità costituzionale (in realtà poi respinta dalla Consulta@), per asserito contrasto con il principio di determinatezza.

La collocazione sistematica della nuova fattispecie dopo il delitto di minaccia consente di individuare il bene giuridico tutelato nella tranquillità psichica e nella libertà di autodeterminazione della vittima in ordine alle modalità di conduzione della propria vita privata.

5.2. Sotto il profilo oggettivo, il delitto di atti persecutori ruota intorno a tre elementi strutturali: la condotta, che deve consistere in minacce e/o molestie; il carattere abituale del reato, che – richiedendo la reiterazione delle condotte – funge da ulteriore filtro selettivo dei fatti tipici; l'evento, che può concretizzarsi, anche alternativamente@, nel perdurante e grave stato di ansia o di paura, nel fondato timore per l'incolumità (propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva) o nella costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita.

Sennonché, ciascuno dei requisiti anzidetti è suscettibile di essere interpretato in modo restrittivo o in termini meno rigorosi, con la conseguenza che, a seconda della tesi prescelta, ne risulta valorizzato o all'opposto annacquato il disvalore complessivo del fatto@.

5.3. La tipicità della condotta è caratterizzata per espressa volontà del legislatore dalla reiterazione di minacce e/o di

molestie. Invero, dal dettato dell'art. 612–*bis* c.p. non appare chiaro se l'intenzione del legislatore fosse quella di richiamare le (già esistenti) fattispecie di cui agli artt. 612 e 660 c.p. (configurando, in tal modo, un reato abituale improprio con il quale punire fatti già di per sé costituenti reato), o, al contrario, quella di fare riferimento al significato comune dei due termini, svincolato da detti parametri normativi. Sennonché, per quanto l'orientamento prevalente interpreti detti concetti in senso laico@, in realtà la ricostruzione della tipicità della minaccia e della molestia attraverso un rinvio agli artt. 612 e 660 c.p. è la sola percorribile al fine di assicurare la necessaria determinatezza di una fattispecie già debolissima, sotto tale profilo, anche in relazione agli altri elementi costitutivi@. Peraltro, un'indicazione in tal senso parrebbe potersi desumere, altresì, da un passaggio della già citata pronuncia con la quale la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale della previsione in oggetto e nella quale si afferma che "il reato di cui all'art. 612-*bis* c. p. non attenua in alcun modo la determinatezza della incriminazione rispetto alle fattispecie di molestie o di minacce, *di cui costituisce una specificazione*"@.

5.4. Come anticipato, la fattispecie è costruita sul paradigma del reato abituale o a condotta reiterata@, poiché proprio nella serialità (più che nell'entità delle singole condotte che la compongono) il legislatore individua l'effettiva lesione del bene tutelato. Lo stillicidio persecutorio parrebbe rappresentare il nucleo di disvalore caratteristico dell'incriminazione, tale da distinguere il reato *de quo* da quelli integrabili attraverso le medesime condotte prese in considerazione dall'art. 612–*bis* c.p., singolarmente realizzate. In tale prospettiva, anche la giurisprudenza ha precisato che "nel delitto previsto dall'art. 612–*bis* c. p., che ha natura abituale, l'evento deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso e la reiterazione degli atti considerati tipici costituisce elemento unificante ed essenziale della fattispecie, facendo assumere a tali atti un'autonoma ed unitaria offensività, in quanto è proprio dalla loro reiterazione che deriva nella vittima un progressivo

accumulo di disagio che infine degenera in uno stato di prostrazione psicologica in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dalla norma incriminatrice”@.

I singoli comportamenti, dunque, per essere rilevanti debbono succedersi nel tempo. La determinazione di questo tempo, tuttavia, non è misurabile a priori, dipendendo dalle peculiarità del caso concreto. Inoltre, la norma, come sempre accade in relazione ai reati a condotta reiterata, non specifica quante condotte siano necessarie per la perfezione del reato. Si ripropongono, allora, le medesime questioni già sorte in relazione a fattispecie simili, quali – segnatamente – quella di maltrattamenti. Vero è che, se astrattamente anche due sole condotte già integrano la reiterazione@, si deve però tenere presente che la descrizione degli eventi tipici della fattispecie induce a ritenere che essa implichi una pregnanza offensiva difficilmente riscontrabile nella reiterazione di pochi comportamenti, magari distanziati nel tempo. Diversamente, come è stato osservato, combinando tra loro la latitudine del concetto di molestia e l’interpretazione minimale del requisito dell’abitualità, si arriverebbe all’estremo di considerare reato, un paio di inviti galanti non graditi, l’invio di due sms (o altrettanti omaggi floreali), la presenza del colpevole per la seconda volta in determinati luoghi frequentati dalla vittima@.

5.5. Nell’immediatezza dell’entrata in vigore della fattispecie in esame non era chiaro se essa fosse stata costruita come reato di evento o come reato di mera condotta di pericolo concreto, in considerazione della formula utilizzata dal legislatore nella descrizione del fatto tipico (*“in modo da cagionare …ovvero da ingenerare….. ovvero da costringere….”*)@. Invero, l’opinione largamente maggioritaria, recepita poi anche dalla giurisprudenza costituzionale@, si è presto orientata a ravvisare nella fattispecie *de qua* un reato di evento.

La descrizione degli eventi viene effettuata in modo piuttosto elastico e, di fatto, l’individuazione degli stessi è rimessa all’interpretazione del giudice, posto che “il ventaglio delle

opzioni ermeneutiche è oltre modo ampio”@.

L’ansia e la paura sono concetti di difficile accertamento. A tal proposito, anche la Corte costituzionale@, nel rigettare la questione di legittimità sollevata in relazione alla fattispecie in oggetto, ha precisato che gli eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica “debbono essere accertati attraverso un’accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell’agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell’equilibrio psicologico della vittima”. Inoltre, l’aggettivazione “in termini di «grave e perdurante» stato di ansia o di paura e di «fondato» timore per l’incolumità, vale a circoscrivere ulteriormente l’area dell’incriminazione, in modo che siano doverosamente ritenute irrilevanti ansie di scarso momento, sia in ordine alla loro durata sia in ordine alla loro incidenza sul soggetto passivo, nonché timori immaginari o del tutto fantasiosi della vittima. A tale ultimo riguardo, deve rammentarsi come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l’area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato”@.

Tanto premesso, parrebbe che la Corte costituzionale abbia utilizzato il principio di offensività come canone ermeneutico utile anche al fine di “compensare” i denunciati vizi di indeterminatezza della fattispecie. Ne dovrebbe conseguire, dunque, che in sede applicativa la corretta applicazione di detto canone porti ad escludere la rilevanza penale di risultati inidonei a raggiungere la soglia indicata.

In tale prospettiva, anche nella giurisprudenza di legittimità si è precisato che l’evento tipico del perdurante e grave stato di ansia o di paura consiste in un profondo turbamento con effetto destabilizzante della serenità e dell’equilibrio psicologico della vittima e non può risolversi in una sensazione di mero fastidio,

irritazione o insofferenza per le condotte minatorie o moleste subìte@. Nondimeno, al di là delle formule di rito utilizzate dal diritto vivente, non risulta affatto agevole in concreto identificare la necessaria consistenza degli eventi offensivi idonea ad integrare il peculiare disvalore proprio del reato descritto dall'art. 612-*bis*.

Si deve, peraltro, rilevare come appaia ardua anche la delimitazione dell'evento *de quo* con riferimento al concetto di "malattia nella mente" tipico del reato di lesioni. Se, infatti, l'ansia e la paura venissero intese come vere e proprie forme patologiche (riscontrabili dalla scienza medica e quindi più agevolmente accertabili), si determinerebbe il rischio di una possibile sovrapposizione tra l'evento descritto dall'art. 612–*bis* e quello, appunto, di cui all'art. 582 c.p. Parrebbe, dunque, preferibile ritenere che per l'integrazione del reato di *Atti persecutori* sia sufficiente che lo stato d'ansia si risolva in un offuscamento psichico, con la conseguenza che, ove tale situazione degeneri in uno stato patologico, risulterebbe configurabile il reato di lesioni in concorso con quello di atti persecutori. Così, si è precisato che "ai fini della integrazione del reato di atti persecutori non si richiede l'accertamento di uno stato patologico ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori – e nella specie costituiti da minacce, pedinamenti e insulti alla persona offesa, inviati con messaggi telefonici o, comunque, espressi nel corso di incontri imposti – abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, considerato che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612–*bis* c. p. non costituisce una duplicazione del reato di lesioni (art. 582 c. p.), il cui evento è configurabile sia come malattia fisica che come malattia mentale e psicologica"@. Ma, ancora una volta, ci si chiede quale sia la soglia a partire dalla quale detta destabilizzazione possa integrare il reato. Il rischio è che la ricostruzione della fisionomia degli eventi offensivi sia davvero sempre rimessa all'apprezzamento del giudice.

5.6. Analoghe questioni interpretative si pongono, infatti, anche in relazione alle ulteriori locuzioni utilizzate per descrivere gli

altri risultati offensivi, alternativamente, rilevanti per l'integrazione del reato, vale a dire il "fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto" e "l'alterazione delle proprie abitudini di vita". In quest'ultimo caso, in particolare, la formulazione della fattispecie potrebbe prestarsi a ricomprendere al proprio interno la modifica sia di comportamenti che appaiono di scarsa rilevanza rispetto alla vita quotidiana (ad esempio, la modifica del tragitto per recarsi al lavoro, limitandosi a cambiare la strada percorsa), sia comportamenti di maggior rilievo (ad esempio, la necessità di cambiare città o posto di lavoro). Sicché, sarà compito dell'interprete limitare la portata della disposizione ritenendo realizzato l'evento (e quindi l'offesa al bene della libertà morale della persona offesa) solo con riferimento alla modifica di abitudini che abbiano una "rilevanza" per la vita dell'offeso e la cui modifica determini quindi un'effettiva compromissione della sfera di libertà di autodeterminazione@. In tale prospettiva, la giurisprudenza ha precisato che "l'alterazione o il cambiamento delle abitudini di vita, che costituisce uno dei possibili eventi alternativi contemplati dalla fattispecie criminosa di cui all'art. 612–*bis* c. p., non è integrato dalla percezione di transitori disagi e fastidi nelle occupazioni di vita della persona offesa, ma deve consistere in una costrizione qualitativamente apprezzabile delle sue abitudini quotidiane"@. In altre parole: "per alterazione delle proprie abitudini di vita si deve intendere "ogni mutamento significativo e protratto per un apprezzabile lasso di tempo dell'ordinaria gestione della vita quotidiana, indotto nella vittima dalla condotta persecutoria altrui (...), finalizzato ad evitare l'ingerenza nella propria vita privata del molestatore"@. Si è, inoltre, aggiunto che "l'evento tipico della alterazione o cambiamento delle abitudini di vita della persona offesa può essere anche transitorio, ma non occasionale"@.

5.7. La fattispecie è procedibile a querela, salvi i casi espressamente indicati. In deroga alla regola generale di cui all'art. 124 c.p., comma 1, il termine per proporre la querela è di sei mesi. Fino a quando non sia stata proposta la querela, la

vittima può rivolgersi all'autorità di pubblica sicurezza con un esposto nel quale richiede l'adozione da parte del questore di un provvedimento formale di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta (art. 8 d.l. n. 11 del 2009). Il questore, se ritiene fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge. Il legislatore, peraltro, ha costruito una specifica aggravante del delitto di atti persecutori, proprio per il caso in cui il soggetto condannato sia già stato in precedenza raggiunto dall'ammonimento (art. 8, comma 3, d.l. n. 11 del 2009), stabilendo, altresì, in questo caso la procedibilità d'ufficio (art. 8, comma 4, d.l. n. 11 del 2009).

6. La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti

6.1. La fattispecie descritta dall'art. 612–*ter* è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla l. n. 69 del 2019 (nota come "Codice Rosso") allo scopo di contrastare il fenomeno emergente della c.d. pornografia non consensuale@, alla luce delle gravi forme di sofferenza psicologica che detto fenomeno può produrre nei confronti delle persone coinvolte@.

La norma contempla due differenti fattispecie, ugualmente sanzionate e accomunate dall'assenza di consenso alla divulgazione da parte dei soggetti rappresentati nelle immagini diffuse. In entrambi i casi, l'oggetto della illecita diffusione deve consistere in immagini o video destinati a rimanere privati e a contenuto sessualmente esplicito.

La prima ipotesi (comma 1) si concretizza allorché un soggetto dopo averli realizzati o sottratti, invia, cede, diffonde detti immagini o video. La seconda fattispecie (comma 2) ricorre, invece, quando chi ha ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video, li invia, cede, diffonde al fine di recare nocumento agli interessati. Nel primo caso, soggetto attivo del reato può essere

solo il realizzatore delle immagini o del video ovvero l'autore della loro sottrazione. Viceversa, nel secondo caso l'illecito può essere posto in essere da chiunque abbia ricevuto o comunque acquisito il materiale. Parrebbe, invece, da escludere la rilevanza penale della condotta di chi si limiti a mostrare *de visu* immagini o video ad un'altra persona, senza che vi sia una cessione materiale delle stesse.

Un ulteriore elemento di differenziazione tra le due fattispecie descritte è da ricercare nel differente elemento soggettivo richiesto, coincidente con il dolo generico per il reato di cui al primo comma e con il dolo specifico per il reato descritto nel secondo comma, per quanto il concetto di nocumento non sembri esplicare una rilevante efficacia selettiva delle tipicità, comprendendo ogni forma di pregiudizio anche di natura morale.

6.2. Tanto premesso, l'individuazione dello spettro applicativo delle fattispecie in oggetto solleva un quesito cruciale, di recente evidenziato anche dalla prassi applicativa. Ci si chiede, infatti, se il reato possa dirsi integrato anche dalla diffusione di video sessualmente espliciti realizzati all'insaputa dei soggetti coinvolti, oppure se oggetto materiale del reato possa essere solo l'immagine o il video originariamente formato in modo lecito dai protagonisti o da almeno uno di essi@.

Ebbene, come ricordato da attenta giurisprudenza di merito, il legislatore, nel descrivere il fatto penalmente rilevante, pone due limiti ben precisi, richiedendo, al contempo, che le condotte descritte, da un lato, vengano poste in essere "senza il consenso delle persone rappresentate" (primo limite) e, dall'altro lato, abbiano ad oggetto materiale sessualmente esplicito "destinato a rimanere privato" (secondo limite). Se il primo limite non solleva particolari questioni interpretative, il secondo, invece, "rappresenta allo stesso tempo sia l'aspetto più peculiare della disposizione, sia quello più critico. Invero, in ossequio ai principi dì legalità, tassatività e materialità che permeano l'intero diritto penale, deve necessariamente concludersi nel senso che il legislatore, inserendo l'inciso del vincolo della destinazione

privata delle immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, abbia voluto ricorrere all'*extrema ratio* della sanzione penale con riferimento solo a talune precise condotte, riducendo così, in modo drastico, la portata applicativa del precetto penale"@. In altre parole, l'inciso "destinati a rimanere privati", chiaramente e indiscutibilmente riferito alle immagini e video, verrebbe a ricoprire, nel processo di ricostruzione della materialità del fatto tipico, "una propria autonomia semantica e giuridica", conferendo valore penale solo a quelle ipotesi in cui l'invio, la consegna. la cessione, la pubblicazione o la diffusione concernano materiale sessualmente esplicito, precedentemente condiviso o realizzato dalla coppia all'interno di un contesto relazionale connotato da reciproca fiducia@, "per cui al momento della cessazione del rapporto di fiducia stesso, essendo elevato il pericolo di utilizzo del materiale consensualmente realizzato a scopo ritorsivo, il legislatore ha deciso di introdurre una mirata sanzione per arginare tale fenomeno sociale e prevenire la diffusione dì video, o immagini, siffatte, soprattutto online"@.

6.3. Da siffatte condivisibili considerazioni deriva la conclusione che la diffusione di materiale sessualmente esplicito realizzato da un soggetto estraneo al contesto relazionale non è riconducibile alla fattispecie di reato prevista dall'art. 612–*ter* c.p., potendo eventualmente applicarsi – nel caso in cui la formazione del video sia avvenuta illegalmente – le fattispecie previste dall'art. 615–*bis*, comma 2, c.p. (*Interferenze illecite nella vita privata*) o dall'art. 617–*septies* c.p. (*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*). La peculiarità di queste ultime, rispetto a quelle di cui all'art. 612–*ter*, sarebbe da ravvisare proprio in un duplice profilo di disvalore, concernente dapprima la fase genetica del materiale e poi la sua propalazione@. Viceversa il delitto di *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* troverebbe la propria specificità nella liceità della fase di formazione del materiale, perché accompagnata dalla volontà dei soggetti coinvolti di formarlo a fini privati. La peculiarità del delitto sarebbe da ricercare "in una sorta di *interversio pubblicationis* subita dal materiale originariamente destinato a

rimanere nel contesto di riservatezza in cui era stato formato. Il che peraltro si presta a spiegare, per quanto possibile, la discutibile collocazione di questa nuova fattispecie di reato, infelicemente inclusa tra i delitti contro la libertà morale"@.

7. La tortura

7.1. Nell'ordinamento internazionale, da tempo il ripudio della tortura ha carattere assoluto e inderogabile. L'art. 2 della Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumani e degradanti (CAT) del 1984, al primo comma, prevede che "ogni Stato Parte prende provvedimenti legislativi, amministrativi, giudiziari ed altri provvedimenti efficaci per impedire che atti di tortura siano compiuti in un territorio sotto la sua giurisdizione", precisando, al secondo comma, che "nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura". Parimenti, l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sancisce che "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

Nell'ordinamento interno, l'art. 13, comma 4, Cost., contemplando l'unico obbligo di incriminazione sancito dalla nostra Costituzione, dispone che: "E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione della libertà"@.

Nondimeno, nel nostro ordinamento il delitto di *Tortura* è stato introdotto, agli artt. 613–*bis* e 613–*ter* c.p., solo con l. n. 110 del 2017, verosimilmente anche sotto la spinta delle sentenze di condanna pronunciate nei confronti dell'Italia dalla Corte europea

dei diritti dell'uomo, in relazione ai drammatici episodi di violenza verificatisi durante il G8 genovese del 2001@. Sennonché, la disciplina nazionale che è scaturita dal tentativo di dare adempimento ai predetti obblighi di incriminazione solleva numerosi problemi interpretativi@.

7.2. Il bene giuridico protetto dalla nuova fattispecie è da individuare, *in primis,* nella libertà morale e nella dignità della persona, essendo la tortura – come evidenziato anche dalla Corte EDU – una condotta finalizzata a umiliare la vittima disconoscendone e offendendone, fino all'annullamento, l'umanità e la dignità appunto. In ogni caso, la fattispecie è destinata ad assumere natura plurioffensiva. Alla tutela della libertà morale si affianca, infatti, anche la tutela della integrità psico–fisica, posto che la condotta deve cagionare acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico, e, nell'ipotesi qualificata, realizzata da pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, la tutela del sentimento di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, nonché l'imparzialità e il buon andamento della P.A.

7.3. L'art. 613-*bis* comprende nel nuovo reato sia il fenomeno della tortura c.d. comune, sia quello della c.d. tortura di Stato.

Il primo comma contempla la fattispecie di tortura c.d. comune, che viene generalmente qualificata come reato comune. In realtà anche in questa ipotesi è richiesto un peculiare rapporto della vittima con il reo, posto che la vittima deve essere affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza del secondo.

Molte delle fonti internazionali, invero, delimitano la nozione di tortura alla sola condotta tenuta da un funzionario pubblico contro un privato, in quanto la peculiare gravità del fenomeno sarebbe da ricercare proprio nell'abuso del potere pubblico e nel conseguente effetto di perdita radicale di fiducia nello Stato. A questo si aggiunga che le condotte dei privati riconducibili alla fattispecie in esame potrebbero già risultare penalmente rilevanti ai sensi di altre ipotesi di reato (si pensi, in particolare, alla

fattispecie di maltrattamenti).

I soggetti passivi vengono dalla norma raggruppati in tre categorie: le persone private della libertà personale; quelle affidate alla custodia o autorità o potestà o cura o assistenza dell'agente; quelle che si trovano in una condizione di minorata difesa. La prima tipologia copre le ipotesi più frequenti di tortura, quelle cioè in cui il soggetto si trova *in vinculis*.

7.4. L'art. 613-*bis* configura un reato di evento a condotta vincolata. Può esservi tortura, infatti, solo se la condotta viene realizzata attraverso una delle modalità descritte dalla norma, nel senso che l'evento (acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico) deve essere cagionato, alternativamente, attraverso condotte integranti violenze o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà. Si ritiene che la violenza possa consistere anche in atti di violenza impropria (tecniche di privazione del sonno, sottoposizione a rumori assordanti, mancata somministrazione di acqua e/o cibo). Per quanto concerne la nozione di crudeltà, è opportuno ricordare come il nostro ordinamento si avvalga di detto concetto nell'ambito delle circostanze aggravanti (art. 61, n. 4, c.p.). Mutuando, dunque, l'elaborazione riferita a siffatta previsione@, si ritiene che le modalità della condotta debbano rendere evidente la volontà di infliggere alla vittima sofferenze aggiuntive, che esulano dal normale processo di causazione dell'evento ed esprimano un atteggiamento interiore particolarmente riprovevole@.

La fattispecie incriminatrice prevede, inoltre, che il fatto debba essere commesso mediante più condotte ovvero debba comportare un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. La prima modalità concerne inevitabilmente l'ipotesi in cui il reato sia commesso con violenze o minacce, posto che già la locuzione al plurale esige la molteplicità di atti. Viceversa, la condotta che si concretizza nell'agire con crudeltà può rilevare anche se non ripetuta (dunque, anche se realizzata con un solo comportamento), là dove configuri un trattamento inumano e degradante@. In tale prospettiva si comprendono le

precisazioni della giurisprudenza, in forza delle quali "il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona"@.

7.5. L'evento deve consistere alternativamente (o cumulativamente) in acute sofferenze fisiche o in un verificabile trauma psichico. Si tratta, in entrambi i casi, di locuzioni non facilmente interpretabili, che aprono ampi margini alla discrezionalità del giudice.

In relazione alla descrizione del primo evento, occorre innanzitutto comprendere quale possa essere la soglia di gravità che consente al giudice di ritenere integrata l'acuta sofferenza fisica, la quale potrebbe anche consistere – almeno così si ritiene – in qualcosa di diverso dal concetto di malattia@. Analogamente, è controverso se il trauma psichico debba essere qualificato come disturbo medicalmente diagnosticabile o piuttosto come concetto più ampio. La giurisprudenza, fino ad ora formatasi al riguardo, ha ritenuto che detto trauma non debba "necessariamente tradursi in una sindrome duratura da «trauma psichico strutturato» (PTSD) e possa consistere anche in una condizione critica temporanea che risulti, per le sue caratteristiche, non integrabile nel pregresso sistema psichico della vittima, sì da minacciarne la coesione mentale e di tale condizione la norma richiede l'oggettiva riscontrabilità, che non esige necessariamente l'accertamento peritale, né l'inquadramento in categorie nosografiche predefinite, potendo assumere rilievo anche gli elementi sintomatici ricavabili dalle dichiarazioni della vittima, dal suo comportamento successivo alla condotta dell'agente e dalle concrete modalità di quest'ultima"@.

7.6. Sotto il profilo soggettivo, la fattispecie richiede un dolo generico. La previsione di un dolo intenzionale o specifico

avrebbero contribuito ad una maggiore tipizzazione della fattispecie di tortura rispetto ad altre fattispecie limitrofe, segnatamente in relazione alla condotta del privato in cui manca l'elemento qualificante rappresentato dall'abuso del potere pubblico.

7.7. L'art. 613-*bis*, comma 2, contempla la diversa ipotesi nella quale i fatti di cui al primo comma vengano realizzati da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, abusando dei poteri o in violazione dei doveri inerenti la funzione o il servizio. La c.d. tortura di Stato risulta più gravemente sanzionata, in considerazione del maggior disvalore del fatto, offensivo anche del buon andamento della P.A. e della fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Controversa appare la configurazione dell'ipotesi in oggetto come circostanza aggravante della tortura di cui al primo comma o, piuttosto, come autonoma fattispecie incriminatrice. La formulazione della norma, mediante un mero rinvio ai fatti di cui al comma precedente, con la previsione di un inasprimento sanzionatorio legato alla sussistenza di una particolare qualifica soggettiva in capo all'agente, potrebbe fa pensare alla previsione di una circostanza aggravante. Sennonché, siffatta soluzione esporrebbe la previsione *de qua* all'assoggettamento della stessa al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., con conseguente neutralizzazione dell'aumento di pena, connesso al maggior disvalore dalla fattispecie in oggetto, tutte le volte in cui il giudice ritenga prevalenti o equivalenti circostanze attenuanti.

Tuttavia, per converso, considerando la tortura commessa dal pubblico ufficiale come fattispecie delittuosa autonoma piuttosto che circostanza aggravante, si giungerebbe alla conclusione paradossale di ritenere inapplicabili proprio al delitto più grave i consistenti aumenti di pena previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 613–*bis* c.p. (solo in relazione ai fatti di cui al primo comma) se dalla tortura derivano lesioni personali, anche gravi o gravissime, o la morte del soggetto torturato. La tortura di Stato assumerebbe, così, la veste di un reato meno pesantemente sanzionato rispetto alla c.d. tortura privata, con tutto ciò che ne

consegue@.

La giurisprudenza che, ad oggi, si è formata in relazione a siffatta questione ha comunque optato per la seconda soluzione interpretativa, affermando che "tortura pubblica non può assumere la forma circostanziale rispetto a quella privata, ma costituisce un reato autonomo sia per la natura del soggetto attivo, sia per l'indipendenza del trattamento sanzionatorio rispetto alla tortura privata e sia per la necessità di un obbligo di incriminazione specifico di quest'ultima fattispecie, non anche dell'altra, obbligo che sarebbe da considerare disatteso, con diretta collisione del diritto interno con quello internazionale, nel caso in cui si considerasse il secondo comma dell'articolo 613–*bis* del codice penale una circostanza di un altro reato, e cioè della tortura privata, il cui obbligo di incriminazione non era vietato ma neppure imposto, diversamente dalla tortura di Stato, dalle carte internazionali"@.

L'art. 613–*bis,* comma 3, prevede che il reato di tortura non sussista nel caso di sofferenze derivanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure limitative o privative dei diritti. La *ratio* della disposizione predetta è senza dubbio quella di limitare l'ambito di punibilità del nuovo reato di tortura, coerentemente con la previsione dell'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura, là dove sancisce che la definizione di tortura ivi offerta non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate. Nondimeno, siffatta previsione è stata ritenuta da più parti superflua, in presenza di scriminanti codificate già idonee ad escludere l'antigiuridicità della condotta del pubblico ufficiale in occasione dell'esecuzione dei propri doveri istituzionali (art. 51 c.p.). A ciò si aggiunga che l'esecuzione di misure legittime non dovrebbe mai attuarsi con le condotte (vincolate) richieste per l'integrazione del delitto in esame@.

7.8. Con la fattispecie di *Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura* (art. 613-*ter*) il legislatore ha previsto

l'autonoma incriminazione di una condotta che non potrebbe configurare un'ipotesi di concorso di persone nel reato di tortura, in virtù del principio generale di cui all'art. 115 c.p. Si tratta, dunque, di una deroga a siffatto principio e di una previsione speciale rispetto all'art. 414 c.p. A temperare la forte anticipazione dell'intervento penale, il legislatore ha richiesto che, per essere penalmente rilevante, l'istigazione deve essere realizzata "in modo concretamente idoneo", sì da richiedere al giudice una puntuale valutazione sulla effettiva e concreta pericolosità della condotta. Là dove l'istigazione venga accolta, l'istigatore risponderà di concorso morale nella fattispecie di cui all'art. 613-*bis*.

L'art. 613-*ter* configura un reato proprio in quanto può essere commesso solo da un soggetto pubblico nell'esercizio delle sue funzioni o del suo servizio. Soggetto qualificato deve essere anche il soggetto istigato.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXV
I delitti sessuali

di Costanza Bernasconi

1. Collocazione codicistica e bene giuridico protetto

Solo con la legge di riforma n. 66 del 1996 i delitti contro la libertà sessuale sono stati sradicati dal Titolo dei *Delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume* e trapiantati in quello dei *Delitti contro la persona*. L'originaria collocazione codicistica integrava un esempio emblematico di quella (ormai anacronistica)

pubblicizzazione degli oggetti della tutela che rappresentava una delle caratteristiche di fondo dell'organizzazione della parte speciale del codice Rocco (v. *supra,* cap. VIII, § 3).

Sennonché, la nuova topografia, senz'altro apprezzabile, sarebbe stata verosimilmente ancor più convincente se si fosse tradotta nell'inserimento dei reati *de quibus,* anziché nell'ambito dei *Delitti contro la libertà personale* (come è, invece, accaduto), all'interno dei *Delitti contro la libertà morale*, posto che il bene tutelato è quello della autodeterminazione nella sfera sessuale e che la violenza sessuale costituisce, in buon sostanza, un'ipotesi speciale di violenza privata.

2. La "nuova" fattispecie di violenza sessuale

Il tratto maggiormente caratterizzante la citata riforma del 1996 è da ravvisare nell'unificazione delle due originarie autonome fattispecie di *Violenza carnale* e di *Atti di libidine violenti* nella figura unitaria della *Violenza sessuale*, oggi contemplata dall'art. 609-*bis* c.p. La scelta a favore dell'unificazione sembrò trovare giustificazione nell'opportunità di valorizzare l'unitarietà dello sfregio alla libertà della persona offesa e di evitare quella vittimizzazione secondaria che spesso aveva accompagnato la fase del giudizio, superando, in tal modo, la necessità di porre alla vittima domande relative a particolari intimi dell'accaduto, finalizzate a ricondurre il fatto all'una o all'altra delle due fattispecie, sanzionate in termini sensibilmente differenziati.

Sennonché, siffatta scelta ha da subito messo in luce la delicatezza di un'omologazione normativa di fatti che, in concreto, possono invece risultare dotati di disvalore molto diverso gli uni dagli altri. Tanto che l'abbandono della vecchia distinzione tra due forme di lesione della libertà sessuale ha poi indotto il legislatore all'introduzione di una circostanza attenuante ad efficacia speciale ("la pena è diminuita in misura

non eccedente i due terzi") per "i casi di minore gravità" (art. 609-*bis,* ultimo comma, c.p.). Tuttavia, la formulazione di siffatta previsione lascia agevolmente intendere come l'individuazione degli elementi idonei a giustificare la diminuzione di pena sia ora completamente rimessa al libero apprezzamento del giudice.

3. La nozione di "atto sessuale"

L'art. 609-*bis* c.p. contempla due distinte ipotesi di violenza sessuale. Infatti, mentre ai sensi della previsione di cui al primo comma la condotta illecita deve consistere nella costrizione a compiere o a subire atti sessuali mediante violenza, minaccia o abuso di autorità, il secondo comma sanziona la differente condotta di induzione a compiere o a subire i medesimi atti per il tramite o dell'abuso delle condizioni di inferiorità fisica e/o psichica della persona offesa oppure dell'inganno di quest'ultima attuato mediante sostituzione ad altra persona.

Il principale nodo ermeneutico che coinvolge entrambe le forme di integrazione della fattispecie di violenza sessuale è rappresentato dall'individuazione del significato da attribuire al concetto di atti sessuali.

Per quanto sia in dottrina sia in giurisprudenza venga manifestata una netta propensione verso una nozione oggettiva di atto sessuale (da intendersi come atto che si estrinsechi in un contatto con zone del corpo sessualmente pregnanti) a prescindere da una finalizzazione soggettiva dell'agente eventualmente volta a soddisfare le proprie pulsioni@, permangono a tutt'oggi non trascurabili incertezze in merito alla qualificazione di diverse tipologie comportamentali@. Il riferimento è, segnatamente, allo strofinamento in luoghi affollati di determinate parti del corpo@, nonché al bacio, non di rado qualificato come atto sessuale anche là dove si sia concretizzato nel semplice contatto delle labbra con il viso altrui@. Si deve

inoltre tenere presente che viene ritenuto contatto corporeo rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie anche quello determinato dall'azione del medesimo soggetto passivo – a ciò costretto – su se stesso; sicché risulterebbe configurabile la violenza sessuale là dove il soggetto attivo, al fine di soddisfare il proprio piacere sessuale, costringa soggetti diversi a compiere o subire atti sessuali@.

4. La violenza sessuale mediante costrizione

4.1. Venendo alle forme di estrinsecazione della condotta tipica, l'attenzione degli interpreti si è per lo più concentrata sulla violenza sessuale per costrizione, posto che sui requisiti modali della *violenza* o della *minaccia* si erano appuntate numerose critiche già nei confronti del previgente dato normativo. La necessità di indici di costringimento legati a dati fattuali ulteriori rispetto al semplice dissenso della vittima parrebbe, infatti, imporre a quest'ultima il peso di un onere di resistenza oggi insostenibile sul piano culturale@. La celebre sentenza c.d. sui jeans (i cui passaggi argomentativi, peraltro, dopo la sua pubblicazione non sempre sono stati riportati con onestà intellettuale) costituisce emblematica rappresentazione di siffatta problematica@.

La giurisprudenza si è, peraltro, dimostrata vieppiù consapevole dei limiti della scelta legislativa, procedendo in via interpretativa, alla progressiva smaterializzazione dell'elemento tipico della violenza, cui è conseguito l'emergere del dissenso, o anche del semplice mancato consenso, della vittima come vero fulcro del disvalore del fatto@. Si è così progressivamente affermato il concetto di "violenza implicita" o "potenziale", per estendere la portata applicativa della fattispecie ad ipotesi in cui semplicemente sussistano particolari circostanze di tempo e di luogo che inducano la vittima a non opporre alcuna resistenza. In

tale prospettiva si è, per esempio, affermato che "il reato di violenza sessuale si configura anche nel compimento di atti sessuali repentini, compiuti improvvisamente all'insaputa della persona destinataria, in modo da poterne prevenire la manifestazione di dissenso"@.

Sennonché, la dilatazione della fattispecie incriminatrice, sia pure indotta dall'esigenza di soddisfare comprensibili esigenze di tutela, appare problematica in relazione al principio di determinatezza, posto che ha finito per trasformare una fattispecie a condotta vincolata in un reato a condotta libera, elidendo, di fatto, elementi essenziali della tipicità@.

4.2. Accanto alla violenza e alla minaccia il primo comma dell'art. 609-*bis* c.p. contempla, come ulteriore modalità realizzativa dell'illecito, *l'abuso di autorità*. Il riferimento è ad una situazione di potere che l'agente può esercitare sulla vittima, sì da coartarla ad assecondare determinati comportamenti nel timore di conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivarle da un rifiuto. La coercizione non può, però, essere desunta, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa ricoperta dal soggetto agente, posto che l'abuso può assumere rilevanza solo nella misura in cui abbia effettivamente condizionato la volontà del soggetto passivo funzionalmente al compimento dell'atto sessuale. Di recente le Sezioni Unite della Cassazione hanno, peraltro, precisato che, "in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità che costituisce, unitamente alla violenza o alla minaccia, una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609-*bis* c. p., presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali"@, respingendo in tal modo l'interpretazione che intendeva circoscrivere l'abuso di autorità solo a posizioni autoritativa di tipo formale e pubblicistico@.

5. La violenza sessuale mediante induzione

Come anticipato, ulteriori forme di violenza sessuale, caratterizzate però dall'assenza di indici di costrizione, sono previste nel secondo comma dell'art. 609-*bis* c.p., ai nn. 1 e 2. In queste ipotesi si attribuisce rilievo alla condotta di induzione al compimento degli atti sessuali sfruttando una delle condizioni, espressamente contemplate dalla norma, che evidenzierebbero la formazione di un consenso viziato.

Più precisamente, la prima fattispecie riguarda il caso in cui l'agente, "*abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica*" della vittima al momento del fatto, la *induca* a compiere o subire atti sessuali. In forza di siffatta previsione, il rapporto sessuale diviene illecito quando risulti caratterizzato da "un differenziale di potere" tra le parti@, posto che l'agente sfrutta una condizione di fragilità psichica o fisica della vittima. In diverse occasioni si è, peraltro, precisato che possono rientrare "tra le condizioni di inferiorità psichica o fisica, previste dall'art. 609-*bis*, comma 1, n. 1, c. p., anche quelle conseguenti alla volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti, in quanto anche in tali casi la situazione di menomazione della vittima, a prescindere da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente"@. Sennonché, la dottrina ha evidenziato la problematicità insita in siffatta generalizzazione e la necessità che la condotta di abusiva prevaricazione, anche in questi casi, debba aver generato un assenso che altrimenti non sarebbe stato prestato, escludendo, dunque, la rilevanza penale di atti sessuali compiuti in presenza di assensi artificiali ma "spontanei"@.

La seconda (e meno frequente) ipotesi di violenza sessuale per induzione riguarda, invece, il caso in cui la vittima sia stata tratta in inganno "*per essersi il colpevole sostituito ad altra persona*"@.

6. La violenza sessuale di gruppo

La citata legge di riforma del 1996 ha, altresì, introdotto una fattispecie incriminatrice volta a sanzionare autonomamente (e più severamente) un'ipotesi di concorso di persone nella violenza sessuale@. Si tratta della *Violenza sessuale di gruppo* disciplinata all'art. 609-*octies*. Come è stato ricordato anche dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto per tale fattispecie, "l'esigenza di prevedere un'autonoma ipotesi di reato rispetto alla violenza sessuale monosoggettiva e di sanzionarla con una pena più severa trova ragione, sul terreno della politica criminale, nella constatazione che l'aggressione commessa da più persone riunite, oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza sessuale"@.

Per la configurabilità del reato si ritiene sufficiente la presenza di almeno due persone@, ma l'esigenza che esse siano "riunite" implica una loro necessaria partecipazione alla fase esecutiva@. Rimane, dunque, aperta la possibilità di un concorso eventuale solo rispetto a condotte di istigazione o agevolazione intervenute nella fase precedente@.

7. Lo sfruttamento sessuale dei minori

Il complessivo sistema di tutela è integrato da talune fattispecie e/o circostanze aggravanti che hanno come scopo peculiare quello di tutelare l'intangibilità sessuale o la libertà sessuale di soggetti minori di età. Dette ipotesi di reato risultano suddivise tra due

sezioni distinte del Capo III, Titolo XII. Nella Sezione I, "*Dei delitti contro la personalità individuale*" sono inseriti gli articoli, in larga misura introdotti dalla l. n. 269 del 1998, che incriminano la prostituzione minorile, la pornografia minorile e le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. Essi rappresentano la concreta attuazione degli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano nell'ambito della Convezione sui Diritti del Fanciullo del 1989 e sono preposti alla specifica tutela dell'equilibrato sviluppo psicosessuale del minore, nonché della sua dignità. Nella Sezione II, "*Dei delitti contro la libertà personale*", sono invece inseriti gli articoli che incriminano la violenza sessuale nei confronti di minori, gli atti sessuali con minorenne, la corruzione di minorenne, l'adescamento di minorenni. Scopo della tutela approntata da queste ultime disposizioni è la preservazione della libertà sessuale, a cui si aggiunge, per i soggetti infraquattordicenni, la tutela dell'intangibilità sessuale.

8. Atti sessuali con minorenni

Il nostro legislatore anche in sede di riforma ha mantenuto fermo il principio dell'intangibilità sessuale del minore fino all'età di 14 anni, sancendo, dunque, la rilevanza penale degli atti sessuali compiuti con detto minore anche in assenza delle forme di estrinsecazione della condotta previste dall'art. 609-*bis*.

Per attenuare la rigidità di tale disciplina, è stata, però, introdotta una deroga, prevedendo la non punibilità (art. 609-*quater*, comma 5) del minorenne il quale, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-*bis*, compia atti sessuali con un "quasi coetaneo" che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non sia superiore a quattro anni.

La rilevanza penale degli atti sessuali coinvolge anche l'ipotesi in cui il minore ultraquattordicenne non abbia compiuto 16 anni,

allorché ricorrano potenziali condizioni di debolezza della vittima, legate all'esistenza di un particolare rapporto tra la stessa e l'agente (art. 609-*quater,* comma 1, n. 2), o 18 anni, là dove vi sia, altresì, l'abuso dei poteri connessi alla posizione rivestita dal soggetto attivo nei confronti della vittima (art. 609-*quater*, comma 2). In tutte queste situazioni si presume, infatti, l'incapacità del minore di manifestare un valido consenso ad un rapporto sessuale. Da ultimo, la l. 23 dicembre 2021, n. 238 ha, altresì, inserito (nell'attuale terzo comma dell'art. 609-*quater*) una nuova fattispecie incriminatrice volta a punire chi, "fuori dei casi previsti dai commi precedenti", compia "atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni quattordici, abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità"@.

9. Corruzione di minorenni

L'art. 609-*quinquies* prevede due distinte fattispecie incriminatrici riconducibili al paradigma della *Corruzione di minorenne*. Al primo comma si incrimina il compimento di atti sessuali in presenza di persona minore di anni 14 al fine di farla assistere; il secondo comma sanziona, invece, la condotta di chi fa assistere una persona minore degli anni 14 al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali (ipotesi, questa, introdotta dalla l. n. 172 del 2012). Entrambe le citate fattispecie tendono a preservare il sereno sviluppo psichico nella sfera sessuale del minore da traumi che potrebbero derivare dal fatto di assistere ad atti sessuali compiuti da altri.

La descrizione dei fatti tipici in oggetto presuppone che il minore non venga coinvolto direttamente nel compimento degli atti

sessuali, ma che sia comunque in grado di percepire quanto viene da altri posto in essere o mostrato. A tale proposito si è di recente precisato che "in tema di corruzione di minorenne, anche le condotte poste in essere mediante comunicazione telematica – pur svolgendosi in assenza di contatto fisico con la vittima – sono riconducibili alla fattispecie di cui art. 609-*quinquies*, comma 2, c. p., poiché il far assistere persona minore di anni 14 al compimento di atti sessuali o il mostrare alla medesima materiale pornografico al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali non richiede necessariamente la presenza fisica degli interlocutori"@.

10. Adescamento di minorenni

Il reato di *Adescamento di minorenni* di cui all'art. 609-*undecies* c.p., introdotto nell'ordinamento, in attuazione della Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007, dalla l. n. 172 del 2012, qualifica come reato la condotta di chi, allo scopo di commettere una serie di reati, analiticamente indicati nella disposizione, adeschi un minore di sedici anni, ove il fatto non costituisca più grave reato. La disposizione precisa che per adescamento deve intendersi qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso lusinghe, artifici o minacce, posti in essere anche attraverso l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione.

La fattispecie determina, dunque, un'anticipazione della reazione penale ad una condotta prodromica rispetto a comportamenti direttamente lesivi dell'integrità sessuale del minore, punendo l'adescamento finalizzato al compimento di detti comportamenti@. Il delitto richiede, infatti, una particolare forma di dolo specifico, costituito dalla volontà di realizzare l'adescamento, attraverso l'opera di captazione della fiducia del minore tramite artifici, lusinghe o minacce, al fine di commettere

un'altra condotta, costituente a sua volta reato@. Peraltro, non si richiede neppure che l'autore del reato sia riuscito effettivamente a carpire la fiducia del minore, ma è sufficiente che abbia agito con questa intenzione, perché il reato risulti consumato. Come ricordato, infatti, per adescamento si intende qualsiasi atto (semplicemente) *volto* a carpire la fiducia del minore.

Tale circostanza dovrà indurre il giudice ad accertare con particolare rigore che l'agente abbia effettivamente agito allo scopo di commettere uno dei reati sessuali espressamente richiamati nella fattispecie incriminatrice. Sicché, per esempio, là dove l'adescamento sia posto in essere nei confronti di soggetti maggiori di quattordici anni da parte di un soggetto che non rivesta alcuna delle qualifiche soggettive di cui all'art. 609-*quater* c.p., comma 1, n. 2, allo scopo di avere rapporti consensuali e gratuiti con il minore, la condotta rimane estranea alla fattispecie di cui all'art. 609-*undecies* c.p.@.

11. Errore sull'età della persona offesa

11.1. L'art. 609-*sexies* (così come l'art. 602-*quater* c.p. in relazione ai reati contro la personalità individuale) prevede che il colpevole non possa invocare a propria scusa l'ignoranza sull'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile, come tale dovendosi intendere l'ignoranza non rimproverabile neppure a titolo di colpa.

Originariamente, l'art. 609-*sexies* non attribuiva alcun rilievo all'ignoranza dell'età della persona offesa, in tutti i casi in cui il reato fosse stato commesso nei confronti di minore degli anni quattordici. La *ratio* di siffatta rigorosa disciplina era quella di apprestare una tutela rafforzata nei confronti dell'interesse all'intangibilità sessuale dei minori.

Tale previsione fu, però, sottoposta al vaglio di legittimità della

Corte costituzionale per sospetto contrasto con il principio di colpevolezza. Sennonché, la Consulta, nel pronunciarsi su tale questione, pur condividendo le premesse argomentative del giudice *a quo,* pervenne ad una declaratoria di inammissibilità sul presupposto che fosse mancata la verifica della possibilità di un'interpretazione *secundum Constitutionem* della norma impugnata@.

Nella pronuncia si riconosce, infatti, che, effettivamente, in alcune fattispecie incriminatrici (nel caso di specie si ragionava sul reato di atti sessuali con minorenne ex art. 609-*quater* c.p.) l'età infraquattordicenne dell'offeso rappresenta l'elemento su cui gravita l'intero disvalore della fattispecie tipica. "In effetti, è proprio e soltanto il dato anagrafico che – facendo scattare la presunzione *iuris et de iure* di incapacità della vittima a prestare un valido consenso agli atti sessuali – segna il confine tra il fatto delittuoso ed un rapporto sessuale lecito tra soggetti consenzienti. Con la necessaria conseguenza che, ai fini del rispetto dell'art. 27, comma 1, Cost., l'elemento dell'età deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo, così da rendere la sua condotta, alla stregua delle indicazioni proposte dalla sentenza n. 364 del 1988, espressiva di un «rimproverabile» contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice". Nondimeno, la Corte ritiene che ai fini del rispetto dell'art. 27, comma 1, Cost., non sia indispensabile il dolo, ma sia sufficiente la colpa.

Muovendo, dunque, dall'idea che la disposizione dell'art. 609-*sexies* c.p. fosse espressiva di una precisa scelta del legislatore, nel senso di accordare una protezione particolarmente energica – in deroga alla disciplina generale in tema di imputazione soggettiva – ad un bene di indubbia pregnanza, la Corte ha concluso nel senso che la norma censurata potesse ritenersi lesiva del principio di colpevolezza, non certo per il mero fatto che essa derogava agli ordinari criteri in tema di imputazione dolosa, ma unicamente nella parte in cui si fosse negato rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età. Soluzione, questa, alla quale però il giudice avrebbe potuto pervenire già in via

interpretativa, utilizzando il principio di colpevolezza come canone ermeneutico.

11.2. Le conclusioni del Giudice delle leggi vennero successivamente recepite dal legislatore che, con l. n. 172 del 2012, pur estendendo il perimetro dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa fino a diciotto anni, ha espressamente introdotto il principio della scusabilità dell'ignoranza inevitabile. Nondimeno, la nuova disciplina, pur apprezzabile per il fatto di aver eliminato "normativamente" quella che *ab origine* integrava un'evidente ipotesi di responsabilità oggettiva, ha tuttavia al tempo stesso consacrato una deroga al regime ordinario di imputazione dolosa degli elementi costitutivi del reato. L'ignoranza scusabile, infatti, è configurabile solo allorché emerga che nessun rimprovero possa muoversi all'agente per avere egli fatto tutto il possibile per osservare uno standard di informazione e di controllo direttamente proporzionale alla rilevanza dell'interesse per il libero sviluppo psicofisico dei minori@.

12. Prostituzione minorile

12.1. Al fine di conformarsi ai principi internazionali che prescrivono una tutela rafforzata della personalità del minore, con la l. n. 269 del 1998 il legislatore italiano ha introdotto nel nostro ordinamento diverse nuove fattispecie incriminatrici, ora contemplate agli artt. da 600-*bis* a 600-*septies.*

La prima di dette previsioni (art. 600-*bis*) disciplina due differenti ipotesi riconducibili ad un autonomo reato di prostituzione, volto a preservare il minore da tutte le forme di sfruttamento e mercificazione sessuale suscettibili di comprometterne l'equilibrato sviluppo fisico, psicologico, morale, affettivo e sociale. L'elemento comune ad entrambe le fattispecie in oggetto è rappresentato dal concetto di prostituzione, vale a

dire dal compimento di prestazioni sessuali dietro corrispettivo. Si è, peraltro, precisato che "il reato di cui all'art. 600-*bis* c. p. non è escluso dalla modestia delle somme di denaro versate al minore, a titolo di mera gratificazione simbolica dell'attività sessuale offerta e non quale corrispettivo della prestazione sessuale, non rilevando l'entità, più o meno modesta, del pagamento, ovvero la soggettiva finalizzazione dello stesso, bensì l'oggettiva sinallagmaticità delle prestazioni, patrimoniali, da un lato, e sessuali, dall'altro"@.

In tema di prostituzione minorile, alla luce delle definizioni contenute nelle fonti internazionali, non si considera, invece, indispensabile ai fini della configurabilità del reato il requisito della reiterazione di atti sessuali mercenari. Tale ricostruzione, sostenuta da una parte della dottrina, parrebbe recepita anche dalla giurisprudenza, ad avviso della quale "il delitto di sfruttamento della prostituzione, che richiede la consapevole partecipazione, anche occasionale, ai guadagni che il minore si procura con il commercio del proprio corpo, non è un reato abituale, in quanto anche il singolo episodio di percezione del denaro o di altra utilità è idoneo ad integrarne gli estremi"@.

Tanto premesso le due menzionate ipotesi si differenziano in quanto la prima ha ad oggetto la condotta di chiunque recluta, induce alla prostituzione un minore o favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione o comunque ne trae in altro modo un qualche profitto. La seconda fattispecie sancisce, invece, la punibilità della condotta del cliente che compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o di altra utilità (non necessariamente economica), anche solo promessi. Quest'ultima ipotesi delittuosa, come si evince dalla clausola di riserva con la quale si apre il comma 2 dell'art. 600-*bis* ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), ricorre soltanto laddove la condotta non integri altra e più grave fattispecie di reato.

12.2. Un aspetto particolarmente delicato che il reato di prostituzione minorile ha di recente sollevato consiste nel

verificare se le condotte previste dall'art. 600-*bis* c.p. possano ritenersi integrate nelle ipotesi di prostituzione *online*. La dottrina sul punto è divisa. Secondo un primo orientamento, infatti, non sarebbe necessario ai fini della sussistenza del delitto *de quo* l'accertamento di un rapporto di contiguità tra il cliente e la vittima. Ma, secondo una diversa lettura l'estensione della nozione di prostituzione alla c.d. prostituzione *online* comporterebbe, invece, una distorsione interpretativa dell'archetipo normativo offerto dalla l. n. 75 del 1958, riconducendo, attraverso una non consentita interpretazione analogica, nell'ambito della prostituzione attività di tipo sostanzialmente rappresentativo, che presenterebbero piuttosto i connotati del concetto di pornografia.

In merito a siffatta questione la giurisprudenza ha, per parte sua, ritenuto che rientri nella nozione di prostituzione ogni attività sessuale, posta in essere dietro corrispettivo, anche se priva di contatto fisico tra chi si prostituisce e il fruitore della prestazione@. In tale prospettiva anche le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito che "l'elemento caratterizzante l'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione, non essendo stato mai messo in dubbio che l'attività di chi si prostituisce può consistere anche nella esecuzione di atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di chi ha chiesto la prestazione, pagando un compenso, al fine di soddisfare la propria libidine, senza che intervenga alcun contatto fisico tra le parti"@. La linea di confine tra prostituzione ed esibizioni pornografiche sarebbe, dunque, da ravvisare nell'elemento della interazione (peculiare della prostituzione e del tutto assente invece nell'esibizione pornografica) tra il fruitore della prestazione e il soggetto che si prostituisce, in modo che il primo possa richiedere a quest'ultimo il compimento di determinati atti sessuali@.

13. Pornografia minorile

13.1. Il nostro sistema penale reprime il fenomeno della pornografia minorile mediante la predisposizione di tre articoli: l'art. 600-*ter*, l'art. 600-*quater* e l'art. 600-*quater*.1 c.p. Tutte le disposizioni ruotano attorno al concetto di pornografia, introdotto dalla l. n. 269 del 1998 e, a partire dal 2012, definito all'interno del settimo comma dell'art. 600-*ter* c.p., oltre che del secondo comma dell'art. 600-*quater.*1 c.p. in relazione alla pornografia virtuale.

Le diverse previsioni tendono a garantire la punibilità di tutte le differenti forme di estrinsecazione del mercato della pornografia minorile, dalle fasi prodromiche del reclutamento dei minori, fino alla produzione e distribuzione di materiale pornografico, reale o virtuale, allo scopo di tutelare "l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del minore"@.

Più precisamente, l'art. 600-*ter* sanziona, nei suoi diversi commi, una pluralità di condotte tra loro eterogenee.

13.2. Il primo comma contempla, da un lato (comma 1, n. 1) le ipotesi di realizzazione di esibizioni o di spettacoli pornografici e di produzione di materiale pornografico, mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto; dall'altro lato (comma 1, n. 2), le condotte di reclutamento o induzione di minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici o il trarre profitto dai suddetti spettacoli.

Come anticipato, il concetto di *pornografia* è definito dal settimo comma dell'art. 600-*ter,* là dove si prevede che "ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di

anni diciotto per scopi sessuali".

In relazione al concetto di *utilizzazione* si è precisato che esso non richiede uno scopo lucrativo e può consistere anche in un singolo atto di "impiego" del minore. Tanto premesso, è, però, presto emerso il problema della rilevanza penale della cd. "pornografia domestica", ossia della condotta di chi realizza materiale pornografico in cui sono coinvolti minori che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale nei casi in cui tale materiale sia prodotto e posseduto con il consenso dei medesimi minori e unicamente a uso privato delle persone coinvolte. Le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno di recente affrontato siffatta questione, hanno ritenuto che in relazione a dette ipotesi, "al fine di evitare «ipercriminalizzazioni» non coerenti con le finalità proprie del diritto penale", debba essere indubbiamente "valorizzato il dato dell'appartenenza di tali condotte all'ambito dell'autonomia privata sessuale"@. Occorrerebbe, in altre parole, interpretare il concetto cardine di "utilizzazione del minore", enfatizzandone la portata dispregiativa nel senso che esso implicherebbe una "strumentalizzazione" del minore stesso, la sua trasformazione, da soggetto dotato di libertà e dignità sessuali, in strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri o per il conseguimento di utilità di vario genere; condotta, questa, che renderebbe invalido anche un suo eventuale consenso"@. Si dovrebbero, dunque, distinguere "le condotte di produzione aventi un carattere abusivo, per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per le modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) o per il fine commerciale che sottende la produzione, o per l'età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale. In altri termini, qualora le immagini o i video abbiano per oggetto la vita privata sessuale nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, ma siano frutto di una libera scelta – come avviene, per esempio, nell'ambito di una relazione paritaria tra minorenni

ultraquattordicenni – e siano destinate ad un uso strettamente privato, dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella utilizzazione che costituisce il presupposto dei reati sopra richiamati"@.

In una successiva recentissima decisione delle medesime Sezioni Unite della Cassazione@, però, proprio muovendo dal principio di diritto enunciato nella citata sentenza n. 51815 del 2018, si precisa ulteriormente che, in ogni caso, nella pornografia domestica "il materiale realizzato è destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto. Esso non può mai, dunque, essere posto in circolazione. Se tale ultima condizione si avvera, il minore, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato (...) successivamente, e, cioè, nella fase di cessione o diffusione delle immagini"@. Ne conseguirebbe che "la diffusione verso terzi del materiale pornografico realizzato con un minore degli anni diciotto integra il reato di cui all'art. 600-*ter* c.p., commi 3 e 4, ed il minore non può prestare consenso ad essa"@.

13.3. Il secondo comma dell'art. 600-*ter* sanziona, con la medesima pena prevista dal primo comma, la condotta di commercio di materiale pornografico. Tale fattispecie richiede il presupposto negativo (implicito) che il soggetto autore del commercio non abbia contribuito alla produzione del materiale e il presupposto positivo che oggetto di tale commercio sia il materiale "di cui al primo comma" dell'art. 600-*ter,* cioè il materiale prodotto con la strumentalizzazione di minori, come sopra precisata. Dal raffronto tra la fattispecie in oggetto e quella (molto meno gravemente sanzionata) di cui al quarto comma del medesimo articolo parrebbe potersi desumere la necessità, ai fini del commercio, di una, sia pure rudimentale, struttura organizzata destinata a durare nel tempo e volta alla distribuzione del materiale per fini di lucro@.

13.4. Il terzo comma dell'art. 600-*ter* sanziona chi, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate

all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto. Tutte le condotte ivi descritte comportano, dunque, attività rivolte nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti@. Siffatte ipotesi (diversamente sanzionate rispetto ai delitti descritti nei commi precedenti) risultano, però, configurabili, per espressa previsione del legislatore, solo allorché non risultino integrate le condotte di cui al primo e al secondo comma.

Il quarto comma dell'art. 600-*ter* punisce, invece, l'offerta o la cessione ad altri, anche a titolo gratuito, del materiale pornografico di cui al primo comma. Si tratta di un'ipotesi residuale, la quale – ancora una volta – presuppone che il soggetto agente non abbia preso parte alla realizzazione di nessuna delle (più gravi) condotte tipizzate nei commi precedenti. Si ritiene, dunque, che per l'integrazione della fattispecie in oggetto l'offerta o la cessione debba avere natura privata e isolata, diretta a singoli destinatari individualmente determinati@.

Infine, il quinto comma, introdotto nell'art. 600-*ter,* dalla l. n. 172 del 2012, è volto a sanzionare i fruitori della pornografia minorile, vale a dire coloro che assistano a esibizioni o spettacoli in cui siano coinvolti infradiciottenni.

13.5. Una diversa norma (l'art. 600-*quater*, comma 1) ha, invece, la funzione di attribuire rilevanza alla condotta di mera detenzione del materiale pornografico, la quale può essere integrata quando il soggetto non sia né produttore, né commerciante o distributore a qualunque titolo, del materiale ("al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 600-*ter*")@. Sicché, detto reato è configurabile unicamente da parte del fruitore, cioè del consumatore finale del materiale pornografico. L'art. 600-*quater* c. p. ha, dunque, lo scopo di "chiudere il sistema, in modo che siano sanzionate, sostanzialmente, tutte le possibili aggressioni al bene primario del libero e corretto sviluppo psicofisico del minore e, più in particolare, della sua sfera sessuale. In altri termini, esso rappresenta l'ultimo anello di una catena di condotte

antigiuridiche, di lesività decrescente, che iniziano con la produzione e proseguono con la commercializzazione, cessione diffusione – punite dall'art. 600-*ter* – sanzionando il "procurarsi" o "detenere" materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto"@.

Da ultimo, la l. 23 dicembre 2021, n. 238 – oltre a modificare la rubrica dell'art. 600-*quater*, che oggi recita "*Detenzione o accesso a materiale pornografico*" – ha, altresì, inserito (nell'attuale terzo comma dell'art. 600-*quater*) una nuova fattispecie incriminatrice volta a punire chi, "fuori dei casi di cui al primo comma", "mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, accede intenzionalmente e senza giustificato motivo a materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto"@. Siffatta previsione tende ad attribuire rilevanza penale anche alla mera visione di immagini di minori acquisita tramite reti o altri mezzi di comunicazione, pur in assenza della volontà di impossessarsi di detto materiale. La necessaria intenzionalità della condotta consente, comunque, di limitare la punibilità ai soli accessi effettivamente finalizzati alla visione del materiale pedopornografico.

13.6. Come anticipato in apertura, l'art. 600-*quater.*1 (introdotto dalla l. n. 38 del 2006) prevede che le disposizioni degli articoli precedenti si applichino anche quando il materiale pornografico rappresenta figure virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni 18 o parti di esse. Si precisa, al secondo comma della norma in esame, che "per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali".

Lo scopo perseguito da tale incriminazione è chiaramente quello di disincentivare la produzione e la circolazione di materiale pedopornografico (anche virtuale), ma la fattispecie, costruita come reato-ostacolo ha sollevato molteplici perplessità sotto il profilo del rispetto del principio di offensività@. In questo caso, infatti, il presupposto negativo del reato è rappresentato dalla

non utilizzazione dei minori in carne e ossa, sicché non si può dire che, in siffatta ipotesi, venga integrata un'offesa diretta nei confronti della loro intangibilità/libertà sessuale@. Il predetto problema appare tanto più evidente allorché si consideri che la giurisprudenza in sede applicativa porta a conseguenze ancora più estreme l'applicazione sfavorevole della fattispecie incriminatrice *de qua.* In tale prospettiva si pensi alla pronuncia della Cassazione che ha ritenuto di annullare una pronuncia di assoluzione, per avallare, invece, la condanna di un soggetto trovato in possesso di cartoni animati *hard*, raffiguranti *avatar* dai tratti infantili, coinvolti in attività sessuali@.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXVI
I delitti contro la moralità pubblica e il buon costume

di Gianfranco Martiello

1. Ricognizione della materia, tra passato e presente

1.1. Il Titolo IX, Libro II, del codice penale, rubricato «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», consisteva originariamente in tre capi. Il primo, dedicato ai delitti contro la «libertà sessuale» (artt. 519-526); il secondo, intitolato alle «offese al pudore e all'onore sessuale» (artt. 527-538), conteneva in realtà una nutrita serie di fattispecie criminose intese a reprimere sia – e propriamente – il compimento in pubblico di atti od attività ritenuti «osceni» (artt. 527, 528, 529), sia le offese non violente alla intangibilità sessuale dei minori, ossia la «corruzione» di questi ultimi (art. 530), sia quei comportamenti

tesi a *latu senso* costringere taluno a prostituirsi o comunque ad incoraggiare la prostituzione ovvero a trarvi profitto al di fuori del sistema di regolamentazione di quel fenomeno allora vigente, incentrato, come noto, sulle cc.dd. «case di tolleranza» autorizzate dall'Autorità pubblica; il terzo, infine, comprensivo di disposizioni comuni ai capi precedenti (artt. 539-544).

Già un fugace sguardo agli attuali artt. da 519 a 544 c.p. dimostra, però, come ben poco sia oggi rimasto di tale complesso normativo, e ciò per ragioni tutto sommato non difficili da comprendere, almeno laddove si consideri l'intuitiva mutevolezza storica dei riferimenti socio-concettuali quali sono, ad esempio, quelli alla «moralità pubblica», al «buon costume», alla «libertà sessuale», all'«onore sessuale», ecc. A tale riguardo, occorre precipuamente considerare, in primo luogo, come il carattere del tutto transeunte del concetto di «osceno», che nella prospettiva codicistica rappresenta il contegno umano che nega l'interesse formalmente tutelato dalle fattispecie qui in rilievo, fosse stato preventivato dagli stessi codificatori, se è vero – come si dirà – che la definizione datane dall'art. 529 c.p. risulta *ictu oculi* "aperta" alla mutevole sensibilità sociale, della quale il giudice è chiamato a farsi interprete; in secondo luogo, come l'evolversi dei costumi sociali fisiologicamente condizioni pure il novero degli interessi ritenuti pertinenti all'ambito della «moralità pubblica e del buon costume», tanto più ove si consideri che la suddetta sistematica codicistica, oltre ad essere culturalmente figlia del proprio tempo, come appare fisiologico, si caratterizzò viepiù per una artificiosa quanto ideologica "pubblicizzazione" di taluni oggetti di tutela, che già allora venivano altrove ritenuti propri della persona piuttosto che dello Stato-comunità; in terzo ed ultimo luogo, come il trascorrere del tempo sia fatalmente destinato a modificare l'apprezzamento sociale del "valore" che i cittadini sono disposti a riconoscere al bene giuridico protetto dagli artt. 519 ss. c.p., a sua volta decisivo nell'orientare l'esito del giudizio di «meritevolezza» della tutela penale eventualmente da riconoscere a tale interesse.

1.2. Proprio l'appena segnalata relatività storica sia dei confini

che della rilevanza sociale del bene giuridico «moralità pubblica e buon costume» spiega il progressivo processo di depauperamento e di trasformazione che le figure criminose conchiuse nel richiamato Titolo IX hanno nel tempo subito. Sotto il primo versante, viene cronologicamente in rilievo anzitutto la l. 20 febbraio 1958, n. 75, nota come «legge Merlin», che ha provveduto a sostituire le originarie fattispecie degli artt. da 531 a 536 c.p. con una serie di nuove incriminazioni che meglio si adattavano all'inedita regolamentazione del meretricio che tale legge aveva introdotto. Ma non v'è dubbio che l'intervento più incisivo sul contenuto del suddetto Titolo IX sia stato quello operato dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, che ne ha abrogato l'intero capo primo e varie disposizioni del capo terzo. A tale riguardo, basterà qui segnalare come, giudicata non più attuale la concezione che vedeva nella libertà sessuale un mero profilo della «moralità pubblica» piuttosto che un attributo della persona, preso atto del carattere antistorico di alcune incriminazioni, quali ad esempio le varie ipotesi di «ratto», e verificata, infine, l'assenza nell'originario *corpus* normativo di previsioni criminose aderenti alla nuova realtà empirico-criminosa venutasi a creare nel tempo, il legislatore procedette ad una profonda rilettura dei così detti "reati sessuali", i quali, per quanto importa qui evidenziare, furono espunti dal predetto Titolo IX e riallocati entro i «Delitti contro la libertà personale» di cui al Titolo XI, capo II, sezione II.

1.3. Sotto il secondo versante, è da segnalare come, anzitutto, già l'art. 30 del d.lgs. n. 507 del 1999 avesse degradato il delitto di atti osceni «colposi», originariamente punito con la sola multa, ad un illecito amministrativo pecuniario, avendo con ciò inteso ritrarre il raggio operativo della sanzione penale al di qua dei fatti evidentemente ritenuti bagatellari. È tuttavia con l'art. 2, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 8 del 2016, che il legislatore sembra avere mutato più in profondità il succitato giudizio di «meritevolezza» di pena rispetto a quei fatti che gli originari artt. 527, comma 1, e 528 c.p. incriminavano a titolo di «Atti osceni» e di «Pubblicazioni e spettacoli osceni». Sebbene sia indubbio che la vasta opera di

depenalizzazione intrapresa dal decreto in questione – non a caso ad essa esplicitamente intitolato – risultasse funzionale anzitutto al perseguimento di obiettivi eminentemente pratici di deflazione processuale, dai lavori preparatori sia della legge-delega n. 67 del 2014 che del conseguente d.lgs. n. 8 del 2016 emerge come tra i criteri utilizzati dal legislatore per decidere sulla trasformazione di specifiche figure di reato in illeciti punitivo-amministrativi vi fosse anche quello della «aderenza» della reazione sanzionatoria in origine prevista rispetto «all'attuale disvalore sociale dell'illecito». Orbene, l'adozione di un tale parametro ha di fatto portato, in primo luogo, alla degradazione dei delitti di «Atti osceni» dell'art. 527, commi 1 e 3, c.p. e di «Pubblicazioni e spettacoli osceni» di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 528 c.p. in altrettanti illeciti amministrativi sanzionati in via meramente pecuniaria; in secondo luogo, ad un inedito "riorientamento offensivo" della tradizionale figura delittuosa degli atti osceni, che l'art. 527, comma 2, c.p. reprime ora con la pena esclusivamente se compiuti «all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano»; in terzo ed ultimo luogo, al mantenimento della risposta penale per le specifiche condotte correlate alle pubblicazioni ed agli spettacoli osceni previste dai commi 3 e 4 dell'art. 528 c.p.

1.4. Attualmente, quindi, il contenuto del più volte richiamato Titolo IX appare circoscritto alle sole «offese al pudore e all'onore sessuale» contemplate dal suo capo II, nel cui perimetro trovano oggi collocazione le fattispecie penali e punitivo-amministrative degli artt. 527 e 528 c.p. e la definizione resa dall'art. 529 c.p. Per vero, rimarrebbero inoltre da considerare la misura di sicurezza dell'art. 538 c.p., che tuttavia si riferisce ai reati in materia di prostituzione, da tempo trasferiti, come già detto, nella «legge Merlin», nonché l'art. 540 c.p., che «agli effetti della legge penale», ma salvo i limiti di prova stabiliti dalla legge civile, espressamente parifica i figli nati al di fuori del matrimonio a quelli nati all'interno dello stesso: disposizione, questa, che, pensata in origine per derimere eventuali questioni interpretative

tipiche dell'ambito applicativo dei reati sessuali o del diritto penale della famiglia, sembra ora aver perso la propria specifica conferenza al Titolo in esame.

2. «Oscenità» e «indecenza»

2.1. Non v'è dubbio che i sostantivi «moralità» e «buon costume» evochino semanticamente, specie se coniugati con l'aggettivo «pubblico», concetti assai elastici, capaci di attrarre al proprio interno l'intera coscienza etica di un popolo, della quale fanno parte, solo per fare un esempio, anche il divieto di uccidere e quello di rubare. Nondimeno, il contenuto delle incriminazioni recate dal Titolo IX qui in rilievo sembra circoscrivere l'oggettività tutelata dalle fattispecie che lo compongono alla sola "moralità sessuale", da intendersi precipuamente come l'insieme delle manifestazioni dell'impulso libidinoso proprie di ogni essere umano. In tale prospettiva, le espressioni «moralità pubblica» e «buon costume» altro non costituirebbero se non una endiadi che vuole appunto alludere al complesso delle possibili estrinsecazioni dell'istinto sessuale che non avvengano privatamente. A tale concetto, infatti, sembra nella sostanza riferirsi l'art. 529, comma 1, c.p., il quale, nel fornire la nozione di «osceno» agli effetti penali, ossia la caratterizzazione della condotta di principio antitetica al contenuto del bene giuridico tutelato, parla di «atti [ed] oggetti «che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»: sostantivo, quest'ultimo, che allude genericamente al sentimento di riserbo che dovrebbe circondare le manifestazioni della sessualità, naturalmente variabile in base al contesto storico-sociale di riferimento.

Da qui, tuttavia, i problemi interpretativi, poiché quella che l'art. 529, comma 1, c.p. presenta pretenziosamente come una «nozione», ossia un enunciato linguistico che dovrebbe definire in modo puntuale un certo concetto agli effetti penali, si rivela

invece, a ben vedere, una formula assai aperta, non avendo il legislatore ulteriormente specificato ciò che è (*id est*: i criteri in base ai quali accertare) il «comune sentimento» del pudore. Né di grande aiuto parrebbe rivelarsi la Relazione del Guardasigilli, che parla di «pudore "medio", costituito dall'insieme delle norme consuetudinarie di civile convivenza, in rapporto alla sessualità», per di più da valutare con «criterio di relatività, dovendo mettersi in rapporto con la morale di un determinato popolo in un determinato momento storico»@. Ma d'altronde non poteva che essere così, poiché, come si è anticipato, ciò che costituisce "valore morale" in seno ad una comunità sociale non può che rifuggire, al di là forse di un nucleo contenutistico minimo, da precise definizioni e risentire vieppiù dei mutamenti di costume e di mentalità imposti dal tempo. A tale approdo, del resto, è giunta anche la Corte costituzionale, che ha respinto le censure di indeterminatezza più volte mosse nel tempo agli artt. 527 ss. c.p., nella consapevolezza che riferimenti come quelli al «comune sentimento del pudore» o alla «morale» (sessuale) risultano «non suscettibili di una categorica definizione», poiché essi «vari[ano] notevolmente secondo le condizioni storiche d'ambiente e di cultura», pur tuttavia precisando – forse con un poco di ottimismo – che «non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano»@.

2.2. Come è perciò naturale, grava più che mai sul giudice il compito di farsi interprete del pubblico pudore e definire, di conseguenza, ciò che in un determinato momento storico debba qualificarsi come «osceno». Al fine, tuttavia, di evitare che un giudizio già di per sé così elastico trascenda in un incontrollabile arbitrio giudiziario, dottrina e giurisprudenza hanno nel tempo individuato anzitutto dei minimi criteri-guida ai quali, di massima, il magistrato dovrebbe ispirarsi nel valutare la natura oscena di una determinata condotta@. In questa prospettiva, si è affermato, ad esempio, che: *a*) la natura "pubblica" dell'oggettività tutelata impone al giudice di prescindere dalla sensibilità di coloro che, in

ipotesi, avessero assistito al fatto o sporto denuncia all'Autorità; *b*) il parametro di misurazione dell'osceno non deve essere di tipo statistico, non potendosi accertare scientificamente ciò che la maggioranza pensa, bensì qualitativo, dovendo il giudice interpretare il sentimento dell'uomo "normale", ossia dell'individuo maturo, non affetto né da fobie né da manie sessuali, che viva nell'attuale momento storico, e quindi che abbia presenti i costumi generalmente accettati, inclusi quelli veicolati dai *mass media*; *c*) respinte pregiudizialmente le antistoriche concezioni cc.dd. «deontologiche» del pudore, che pretenderebbero di reprime sempre e comunque le offese ad esso *ex se* considerate, il limite dell'osceno punibile è oggi costituito dal consenso del suo fruitore, così che non sussisterà pregiudizio al sentimento del pudore – sebbene esso continui a qualificarsi come "pubblico" – laddove l'atto a contenuto sessuale sia rivolto ad una determinata categoria di soggetti liberamente determinatasi ad assistervi.

2.3. Ciò premesso, giova segnalare come la giurisprudenza tenda poi, nel concreto, a ricavare il concetto di osceno "per specificazione" rispetto a quello – giudicato limitrofo – di «pubblica decenza», al quale si riferiscono gli artt. 725 («Commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza») e 726 c.p. («Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio»): previsioni normative, queste, che in origine recavano altrettanti reati contravvenzionali, ma che ad oggi, in seguito agli interventi di depenalizzazione operati prima dal d.lgs. n. 507 del 1999 e poi dal d.lgs. n. 8 del 2016, contengono meri illeciti amministrativi, sulla cui adeguatezza sanzionatoria, peraltro, la Corte costituzionale ha recentemente dubitato@. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, difatti, la «pubblica decenza» designerebbe quel più generale senso di convenienza e di decoro – anche dei costumi sessuali – che, secondo il grado di civiltà di un popolo ed il momento storico, dovrebbe informare il comportamento degli individui al di fuori degli spazi strettamente privati, là dove il concetto di «osceno» avrebbe a che fare con le sole

manifestazioni della sessualità umana che suscitino nell'uomo medio una reazione di disgusto. In altre parole, la differenza tra «osceno» ed «indecente» dovrebbe (problematicamente) cogliersi sotto il profilo "quantitativo", nel senso che «indecente» deve ritenersi l'atto che, pur potendo investire la sfera sessuale, appare come manifestazione indiretta o secondaria di lascivia che suscita in chi guarda disagio, fastidio o disapprovazione, non raggiungendo così il grado dell'oscenità, che invece farebbe nascere negli astanti sentimenti di repulsione, disgusto o desiderio sessuale@. Ed è così che la giurisprudenza, per vero non sempre in modo univoco, ha ricondotto ai rigori dell'art. 726 c.p., ad esempio, la condotta di chi si sdrai nudo su di un tavolo a prendere il sole in una area dedicata al pic-nic@ o in una spiaggia non appartata, ed alla presenza di numerose persone@; quella di chi orini in una pubblica via in modo ben visibile ad altri@; quella di chi si palpeggi i genitali davanti a più persone@; quella infine di chi, in una pubblica via, vesta in modo così succinto da fare scorgere parti dei propri glutei e seni@. Al contrario, e continuando a volgere lo sguardo alla casistica, confluirebbero nell'alveo dell'osceno – salva ora la specificità di contesto della quale si dirà – i comportamenti di chi mostri a dei minori una rivista pornografica invitandoli alla visione@, di colui che compia in pubblico atti di autoerotismo@, di coloro che intrattengano un rapporto sessuale all'interno di un'auto parcheggiata in una pubblica piazza, senza porre in essere alcuna cautela per non essere visti@.

3. Il delitto di atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori

3.1. Degradata da un canto, come già anticipato, la fattispecie delittuosa di «atti osceni» prevista dall'originario art. 527, comma 1, c.p. ad illecito amministrativo pecuniario, il d.lgs. n. 8 del 2016 ha dall'altro aumentato le pene del delitto previsto dal secondo

comma della medesima disposizione codicistica, introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, il quale, parafrasandone il fatto tipico, potrebbe essere denominato come «Atti osceni [...] in luoghi abitualmente frequentati da minori o nelle loro vicinanze». In particolare, l'appena citato art. 527, comma 2, c.p. punisce oggi con la reclusione da quattro mesi a quattro anni e sei mesi chiunque commetta il fatto previsto dal primo comma – e cioè ponga in essere «atti osceni» – «all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori, se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano». Evidentemente, il legislatore ha ritenuto che il mantenimento di una sanzione penale detentiva a carico di chi compia atti osceni possa odiernamente giustificarsi solo a patto di orientare diversamente lo spettro di tutela della figura criminosa che la contempla, la quale parrebbe intesa a salvaguardare – in via anticipata, come si dirà – un bene giuridico diverso dal generico pubblico pudore. In particolare, l'impressione è che l'incriminazione qui in discorso sia volta a proteggere l'interesse a quel "regolare ed armonioso" sviluppo psico-sessuale del minore che – così parrebbe essere stato presunto – verrebbe invece compromesso dalla precoce visione di atti od oggetti aventi natura oscena@. Del resto, il legislatore ha già dato prova di ritenere meritevole di tutela penale il riserbo della sfera sessuale dei minori, allestendo, ad esempio, le fattispecie degli artt. 609-*quinquies* (ed in passato dell'art. 530) e 609-*undecies* c.p., che adesso parrebbero idealmente saldarsi, in una più estesa prospettiva di tutela del minore, con quella, appunto, dell'art. 527, comma 2, c.p.

Premesso che il riferimento all'«atto» non sembra vantare apprezzabili capacità selettive una volta collegato al concetto di osceno, alludendo genericamente ad ogni contegno fisico dell'uomo, ciò che oggi segna il confine tra reato ed illecito amministrativo, conferendo disvalore penale al fatto, è la specificità del luogo fisico nel quale la condotta spazialmente si colloca. Come si è anticipato, infatti, l'art. 527, comma 2, c.p. punisce la commissione dell'atto osceno che si svolga anzitutto – giusto il rinvio al «fatto», che non può che essere quello del primo

comma – in un luogo considerabile come «pubblico», «aperto al pubblico» o «esposto al pubblico», ma che sia ulteriormente qualificabile come «abitualmente frequentat[o] da minori» o come sue «immediate vicinanze». Come appare evidente, non certo agevole si presenta per l'interprete tanto il definire quando un certo luogo possa dirsi, per l'appunto, «abitualmente frequentato da minori», quanto la inequivoca perimetrazione dell'ulteriore ed indefinito riferimento legislativo alle sue «immediate vicinanze».

3.2. Relativamente al primo dei profili problematici appena segnalati, la giurisprudenza sembra convergere quanto meno su alcune assunzioni di principio, anche se poi – giova sin d'ora anticiparlo – non sempre parrebbe trarre da esse conseguenze applicative del tutto univoche. La Suprema Corte ha comunque più volte ribadito che per «luogo abitualmente frequentato da minori […] non si intende un sito semplicemente aperto o esposto al pubblico dove si possa trovare un minore», bensì luoghi nei quali, «sulla base di una attendibile valutazione statistica, la presenza di più soggetti minori di età ha carattere elettivo e sistematico»@, tali essendo – come forse più chiaramente è stato specificato – sia quelli «riconoscibili come tali per vocazione strutturale (come le scuole, i luoghi di formazione fisica e culturale, i recinti creativi all'interno dei parchi, gli impianti sportivi, le ludoteche e simili)», sia quelli «per elezione specifica, di volta in volta scelti dai minori come punto abituale di incontro o di socializzazione, ove si trattengono per un termine non breve (come un muretto sulla pubblica via, i piazzali adibiti a luogo ludico, il cortile condominiale, ecc.)»@. Ne risulta che il reato previsto dall'odierno art. 527, comma 2, c.p. non potrà ricorrere laddove all'atto osceno abbia accidentalmente assistito un minore, dovendosi invece il fatto svolgersi in un luogo ove «è prevedibile (e non solo possibile), con giudizio prognostico *ex ante*, che siano presenti persone minori in quanto "abituate" a frequentarlo perché assiduamente ed appositamente in quel posto si recano o si incontrano»@: da qui, ad esempio, l'assoluzione tanto di un soggetto che aveva compiuto atti di autoerotismo all'interno della propria macchina, sia di un individuo intento a

consumare in auto un rapporto sessuale con una prostituta, e ciò sul rilievo che in entrambi i casi i veicoli risultavano parcheggiati in pubbliche vie rispetto alle quali non era stata fornita specifica prova che esse fossero – appunto – «abitualmente frequentate da minori»@.

Come detto, sulla scorta delle indicazioni di principio appena riassunte la prassi ha proceduto ad identificare alcune precipue tipologie di luoghi da ritenersi, di norma, «abitualmente frequentati da minori». Così, ad esempio, tale qualifica è stata riconosciuta alle piscine aperte al pubblico, sul rilievo che esse «registrano certamente, sulla base dei dati dell'esperienza comune, una forte presenza di minori essendo i soggetti che per motivi prettamente ludici, legati alla stessa età infantile, sono fortemente attirati dalla possibilità di immergersi in acqua»@; ai parchi pubblici, purché dotati di altalena od altri giochi infantili, i quali renderebbero la presenza di minori fondata «sulla base di una attendibile valutazione statistica»@; ai reparti di un ipermercato «in cui [risultano] esposti articoli per fanciulli»@; agli «autobus di linea di una grande città abitualmente utilizzati [...] da minori per gli spostamenti cittadini»@. Controversa, invece, risulta la rilevanza *ex* art. 527, comma 2, c.p. delle vetture ferroviarie, che sezioni diverse della Suprema Corte, pur muovendo dai medesimi assunti di principio poc'anzi richiamati, hanno prima negato@, per mutare tuttavia opinione più di recente@.

3.3. Quanto alla definizione delle «immediate vicinanze» rispetto ai luoghi suddetti, la giurisprudenza ha avuto sin qui modo di chiarire, ma solo "in negativo", come tale riferimento normativo escluda la tipicità del fatto che si sia svolto «a distanza di 500 metri» dagli stessi@. Al di là della possibilità di fissare convenzionalmente, ed una volta per tutte, un suo preciso valore metrico-decimale, è forse auspicabile che la perimetrazione di tale prossimità rispetto ai luoghi abitualmente frequentati dai minori avvenga con il buon senso, tenendo presente sia le normali capacità cognitive dell'essere umano che la tipologia di atti osceni

posta in essere dal reo, anche in considerazione della circostanza che la previsione delittuosa dell'odierno art. 527, comma 2, c.p. scolpisce una fattispecie di pericolo c.d. «concreto» (e non astratto, come nell'ipotesi del primo comma), avendo il legislatore espressamente richiesto che dal fatto «deriv[i] il pericolo» che i minori vi assistano.

A tale ultimo riguardo, peraltro, la prassi applicativa ha chiarito che, come è insito nella sua natura di fattispecie a consumazione anticipata, il delitto in questione non richiede che i minori abbiano avuto effettiva percezione degli atti osceni@, ma anche – e la specificazione non è da poco – che esso prescinderebbe dalla presenza di questi ultimi sul *locus commissi delicti*@, avendo ritenuto sufficiente che, sulla base di un giudizio *ex ante*, il giudice abbia ritenuto esistente una «significativa probabilità» che un minore avrebbe potuto trovarsi sul posto@. L'impressione però è che, così interpretato, il requisito del «pericolo», che letteralmente si aggiungerebbe alla particolare connotazione del luogo ove l'atto osceno è compiuto, tenda a coincidere con la "pericolosità" dello stesso *locus commissi delicti*, di cui già si è detto, perdendo così nei fatti la propria specifica capacità selettiva.

4. Buon costume e libertà costituzionali: l'opera artistica o scientifica e le pubblicazioni a mezzo stampa

4.1. La tutela del buon costume presenta significative interferenze con alcuni diritti e libertà che la Carta costituzionale sancisce. Ed invero, occorre anzitutto evidenziare come, dopo avere solennemente affermato l'esistenza «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero», l'art. 21 Cost. abbia tuttavia cura di vietare, all'ultimo comma, «le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume». Altre volte la correlazione tra tutela del buon costume

e libertà costituzionali è del tutto indiretta, ma non per questo meno evidente, laddove si consideri che il riconoscimento delle seconde si riverbera logicamente sull'ampiezza della prima, ora riducendone l'ampiezza, ora aumentandola. Nel primo senso sembra operare, ad esempio, l'art. 33, comma 1, Cost., che, definendo «libere» l'arte, la scienza ed il loro insegnamento, richiama evidentemente l'esigenza di bilanciare tali libertà con la repressione penale dell'osceno. Nel secondo senso assume invece rilievo l'art. 31, comma 2, Cost., il quale, nell'imporre allo Stato di «protegge[re] l'infanzia e la gioventù», rende quanto meno opportuno, a tacere d'altro, un controllo sul contenuto di ciò che i mezzi di comunicazione offrono alla platea dei fruitori minorenni.

Per vero, già il legislatore del 1930 si era mostrato sensibile alla necessità di contemperare la repressione dell'osceno e la tutela dei minori con il nobile interesse dell'uomo verso le arti e le scienze. Con una innegabile lungimiranza, infatti, l'art. 529, comma 2, c.p. dispone che «Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto», considerato che ancora oggi, pur dopo la vasta opera depenalizzazione in materia operata dal più volte richiamato d.lgs. n. 8 del 2016, l'art. 528, commi 3, n. 2, e 4, c.p. continua a considerare reato la condotta di chi «dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità». Orbene, se la *ratio* della specificazione contenuta nel predetto art. 529, comma 2, c.p. risulta senz'altro chiara e condivisibile, tanto più alla luce del quadro costituzionale poc'anzi richiamato, assai più problematica ne risulta l'applicazione pratica, considerata la difficoltà di definire ciò che è opera d'arte o di scienza. La questione si è posta, in particolar modo, per le produzioni cinematografiche, come dimostra il celebre caso della pellicola "Ultimo tango a Parigi" diretta da Bernardo Bertolucci, che per più di un decennio, tra gli anni 70' e 80' del secolo scorso, ha affaticato la giurisprudenza italiana. In quello come in altri contesti, per vero, la soluzione è stata quella – e così non poteva

che essere – di riconoscere al giudice un ampio potere di apprezzamento di quel "carattere artistico" che prevale sulla possibile obiettiva oscenità della pellicola. Le pronunce in materia, infatti, insistono sulla necessità per il magistrato di procedere ad una «valutazione globale ed adeguata dell'opera dal punto di vista estetico e catartico», tesa ad accertare, mediante «canoni estetici e non secondo le cognizioni dell'uomo medio», che, ad esempio, il film manifesti «un qualche contenuto di intuizione universale» ovvero costituisca «strumento di elevazione spirituale o di godimento estetico», e che, in ogni caso, «sussista un equilibrio tra il contenuto e la forma, tra il messaggio che l'autore propone ed i mezzi di cui egli si è avvalso»@. Com'è evidente, si tratta di valutazioni che fisiologicamente risentono delle diverse sensibilità personali dell'interprete, le quali, tuttavia, non potranno che essere ragionevolmente orientate da un ausilio peritale.

4.2. In ogni caso, l'assenza di riscontri giurisprudenziali recenti testimonia come la rilevanza pratica della questione si sia fortemente affievolita con il trascorrere del tempo, forse anche per l'accresciuta insofferenza dell'uomo moderno verso le forme di controllo della libertà di manifestazione del pensiero, spesso viste, a torto od a ragione, come intollerabili strumenti di censura. D'altronde, non va dimenticato che tra i compiti che le arti storicamente svolgono vi è anche quello, per l'appunto, di abbattere – si spera in senso autenticamente progressista – i vari feticci morali o moraleggianti che ogni società si crea, consentendole di avanzare nei propri costumi.

Più agevole parrebbe invece l'individuazione di ciò che dovrebbe intendersi per «opera di scienza», sia perché le modalità del procedere proprie della scienza, ovverosia il c.d. «metodo scientifico», appaiono maggiormente canonizzate rispetto a quelle dell'arte, sia perché le branche della scienza che possono lambire in modo non pretestuoso la sfera del pudore sessuale risultano più circoscritte. A tale riguardo, vi è una sostanziale concordia di opinioni nel definire l'opera di carattere scientifico come quella che risulti compiere una analisi critica, documentativa o di

ricerca rivolta alla dimostrazione di una tesi conclusiva e che si caratterizzi, segnatamente, per rigore obiettivo, terminologico ed espositivo e per la serietà dell'indagine condotta, nel cui contesto, comunque, le parti oscene dovrebbero risultare limitate e strettamente pertinenti@.

4.3. Per afferenza con la trattazione qui intrapresa, un pur rapido cenno merita la legislazione nata attorno alle altre pubblicazioni a mezzo stampa, le quali, al momento in cui tale normativa vedeva la luce, costituivano senza ombra di dubbio il più diffuso veicolo di propagazione del pensiero. Al riguardo, e senza pretesa alcuna di completezza, sia qui sufficiente segnalare l'art. 1 l. n. 1591 del 1960, che espressamente sanziona ai sensi degli artt. 528 e 725 c.p. la fabbricazione, l'affissione o l'esposizione in luogo pubblico o esposto al pubblico di disegni, immagini, fotografie od oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità che «offendono il pudore o la pubblicità decenza», considerati, però, «secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale». Non minore rilievo rivestono pure gli artt. 14 e 15 l. n. 47 del 1948, che prevedono esplicitamente l'applicazione dell'art. 528 c.p. sia nel caso in cui la condotta abbia ad oggetto «pubblicazioni destinate ai fanciulli ed agli adolescenti» che dovessero risultare, secondo la «sensibilità ed impressionabilità» di tali soggetti, «idonee ad offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio», sia nel caso in cui essa cada su «stampati» che, nel descrivere o illustrare «con particolari impressionanti o raccapriccianti avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari», risultino idonei a «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare» ovvero a provocare «il diffondersi di suicidi o delitti». A parziale argine delle disposizioni da ultimo richiamate sembra posto l'articolo unico della l. n. 355 del 1975, che esonera dall'applicazione delle stesse «i titolari e gli addetti a rivendita di giornali e di riviste per il solo fatto di detenere, rivendere, o esporre, nell'esercizio normale della loro attività, pubblicazioni ricevute dagli editori e distributori autorizzati ai sensi delle

vigenti disposizioni», purché, però, «non [...] siano esposte, in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni o quando dette pubblicazioni siano vendute ai minori di anni sedici», applicandosi altrimenti in tale ultimo caso la reclusione sino ad un anno.

Come può agevolmente constatarsi, si tratta di una normativa che, nella chiarezza della propria *ratio* ispiratrice, sembra espressione, in più parti, di un certo qual moralismo. Del resto, molto si discute sulla portata del limite del «buon costume» previsto dall'art. 21, comma 6, Cost., sul quale la normativa sopra richiamata pare in larga misura fondarsi@, non essendo chiaro se esso debba intendersi in senso stretto, e quindi in modo analogo a quanto già precisato agli effetti del Titolo IX, Libro II del codice penale, ovvero in senso ampio, ossia quale rinvio ai principî etici comunemente accolti. In ogni caso, ed a prescindere dai profili di costituzionalità di siffatta disciplina, evidente appare l'eterogeneità degli interessi da essa tutelati, che spaziano dalla moralità in senso lato fino all'ordine pubblico, e quindi l'imbarazzo che l'interprete incontra nel riconnettere gli stessi all'oggettività protetta dagli artt. 528 e 725 c.p., che nondimeno risultano espressamente richiamati.

4.4. Una cursoria segnalazione merita, infine, l'art. 30, commi 1 e 2, della l. n. 223 del 1990 sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato, nota ai più come «legge Mammì», il quale dichiara espressamente applicabili gli artt. 528 c.p., 14 e 15 l. n. 47 del 1948 al concessionario privato o pubblico, ovvero alla persona da loro delegata al controllo, nel caso in cui vengano trasmessi programmi radiofonici o televisivi che «abbiano carattere di oscenità». Varie altre disposizioni, poi, vietano, sotto la comminatoria di sanzioni extrapenali, le trasmissioni televisive che possono comunque risultare «nocive» per i minori (V., ad esempio, l'art. 37 del d.lgs. n. 208 del 2021).

5. Cenni al regime sanzionatorio delle "altre oscenità"

I codificatori del 1930 non si erano limitati a sanzionare penalmente la commissione di atti contrari al comune sentimento del pudore che gli individui avessero posto in essere al di fuori della sfera privata, ovvero la rappresentazione pubblica di spettacoli osceni, come già visto. Essi, difatti, avevano esteso la sfera di intervento della pena anche ad una ulteriore ed estesa teoria di condotte – il fabbricare, l'introdurre nel territorio dello Stato, l'acquistare, il detenere, l'esportare, il pubblicizzare, ecc. – che avesse avuto quale fine specifico quello di fare commercio, distribuzione o pubblica esposizione di «scritti», «disegni», «immagini» o «altri oggetti» ritenuti osceni. Invero, l'art. 528 c.p. rappresenta plasticamente quella che *prima facie* può ben apparire come una vera e propria ossessione – "bacchettona", oggi forse la si qualificherebbe – del legislatore del tempo verso la possibile circolazione sociale dell'oscenità in tutte le sue possibili forme, che la disposizione, in effetti, cerca di tipizzare in modo il più possibile esaustivo sia sotto il profilo delle condotte che sotto quello dell'oggetto materiale, con l'unico limite del richiesto dolo specifico, inteso comunque a circoscrivere la tipicità penale a quei contegni che rendessero possibile la percezione e la fruizione dell'oscenità ad un numero indeterminato di persone@.

Tuttavia, a seguito dell'intervento di depenalizzazione realizzato dal più volte richiamato d.lgs. n. 8 del 2016 le ipotesi criminose previste dall'originario art. 528 c.p. risultano degradate ad illeciti amministrativi sanzionati in via pecuniaria, con due sole eccezioni. La prima, alla quale già si è fatto cenno, riguarda gli spettacoli teatrali o cinematografici, le audizioni o le pubbliche recitazioni che abbiano carattere osceno (v. comunque i commi 3, n. 2, e 4); la seconda attiene all'utilizzo di «qualsiasi mezzo di pubblicità» che risulti «atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo» (v. il comma 3, n. 1): scelta politico criminale, questa,

forse non scevra da una qualche ipocrisia, ove si consideri che tutte le altre condotte aventi comunque lo scopo di fare circolare i medesimi «oggetti» (v. commi 1 e 2 dell'art. 528 c.p.) risultano, appunto, depenalizzate.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXVII
I delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione

di Gianfranco Martiello

1. Rilievi introduttivi

1.1. Nella prospettiva sistematica dei codificatori, le figure criminose racchiuse nel Capo II, Titolo II, Libro II c.p., dedicato ai «delitti dei privati contro la pubblica amministrazione» (artt. 336 ss.), avrebbero dovuto tutelare quest'ultima da aggressioni provenienti dall'esterno, ossia da soggetti ad essa estranei. Diversamente, le fattispecie del precedente Capo I, intitolato ai «delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione» (artt. 314 ss.), avrebbero dovuto salvaguardarla da condotte *lato sensu* "infedeli" di soggetti intranei alla stessa P.A., quali il «pubblico ufficiale», la persona «incaricata di un pubblico servizio» o le «persone esercenti un servizio di pubblica utilità». In particolare, e secondo l'intenzione del legislatore dell'epoca, nel porre al centro della tutela la P.A. che espleta i diversi suoi compiti istituzionali, una tale classificazione avrebbe dovuto sottolineare la diversità assiologica esistente tra il disvalore dei comportamenti illeciti di chi è investito di una qualifica pubblicistica e quello delle condotte antigiuridiche poste in essere

da chi, invece, tale qualifica non rivesta: differenza, questa, fondata sulla maggiore gravità che andrebbe riconosciuta all'inosservanza di doveri istituzionali commessa da chi, invece, dovrebbe mostrare specchiata onestà proprio in ragione della qualifica rivestita.

Nondimeno, l'imprecisione di una tale sistematica era emersa già all'indomani dell'entrata in vigore del codice, ed oggi appare ancora più vistosa dopo gli innesti e le modifiche che il legislatore repubblicano ha operato sui delitti di cui agli artt. 336 ss. c.p. Da un canto, infatti, è agevole rinvenire entro il predetto Capo I fattispecie che individuano come autore del reato soggetti sprovvisti di qualifica pubblicistica, come dimostravano già gli originari artt. 327, comma 2 e 322 c.p., che si riferivano al «ministro di culto» che avesse eccitato al dispregio delle istituzioni ed a «chiunque» avesse istigato il p.u. alla corruzione, e come mostrano ancora più oggi i vigenti artt. 316-*bis*, 316-*ter*, 332 e 334 c.p. Dall'altro, è difficile negare – prescindendo dalla paradossalità logica di una tale evenienza – la possibilità che reati inclusi nel Capo II vengano di fatto commessi da soggetti dotati delle predette qualifiche pubblicistiche: circostanza, questa, peraltro confermata a livello normativo, se è vero che gli artt. 347, comma 2 e 349, comma 2, c.p. presuppongono all'evidenza l'operato di un pubblico agente.

1.2. Ma, al di là delle imprecisioni nelle quali, per vero, ogni classificazione può incorrere nell'aggregare realtà normative spesso molto complesse, altro è il dato da mettere in luce. Occorre soprattutto prendere atto di come il criterio dell'offesa al bene giuridico, che notoriamente fonda la diversa dislocazione codicistica dei reati, risulti condizionato da scelte per così dire "di prevalenza", ovverosia dalla discrezionale valorizzazione di una piuttosto che di un'altra delle dinamiche offensive che uno stesso fatto può empiricamente innescare: scelte, queste, che risentono delle convinzioni ideologiche e politico-criminali dei vari legislatori storici. E la categoria dei delitti qui in rilievo non fa eccezione.

Invero, sebbene sia noto che, agli effetti penali, il concetto di «pubblica amministrazione» non debba qui intendersi in senso strettamente tecnico ma in una accezione assai lata, che lambisce addirittura la funzione giudiziaria e quella legislativa, appare chiaro come solo considerando tali "scelte di prevalenza" si spieghi il perché figure criminose indubbiamente capaci di perturbare l'operato della P.A. trovino collocazione al di fuori del citato Titolo II, e del Capo II in particolare. Si pensi, ad esempio, a fattispecie come quelle degli artt. 287 («Usurpazione di un potere politico o di comando militare») o 289 c.p. («Attentato contro organi costituzionali ed assemblee regionali»), che presentano innegabili somiglianze strutturali con reati a base usurpativa o violenta contenuti nel predetto Capo II, ovvero ad una buona parte di quei reati comuni in grado di fuorviare – turbandone così il «regolare andamento» – l'attività di quella parte di P.A. che si occupa di esercitare la funzione giudiziaria, come risulta chiaro dalla lettura degli artt. 366 ss. c.p. Ne consegue che, sebbene l'attività degli organi pubblici tutelata dai reati qui in rilievo risulti – lo si vedrà – tipologicamente variegata, la volontà di accentuare determinati e più specifici interessi, nonché la necessità di una più articolata distribuzione sistematica dei reati all'interno del codice, hanno portato il legislatore a ripartire in più Titoli figure criminose che, a ben vedere, riprovano fatti che vanno «contro» quella stessa «pubblica amministrazione» latamente intesa che qui rileva.

1.3. In conclusione, si è al cospetto di una classe di reati strutturalmente assai articolati ed in grado, potenzialmente, di offrire tutela al regolare svolgimento di un vasto spettro di attività proprie dello Stato-organizzazione, ma che a ben vedere ha finito per attrarre a sé gli interessi funzionali all'espletamento di tutte quelle residuali funzioni della P.A. che non sono state oggetto di più specifica considerazione da parte del legislatore.

2. Partizione interna della categoria

2.1. Le difficoltà, in questo ambito, di procedere a persuasive classificazioni sistematiche hanno probabilmente consigliato al legislatore di non avventurarsi in ulteriori partizioni delle numerose figure criminose presenti nel Capo II del Titolo II, Libro II del codice penale. Al suo interno si trovano quindi oggi affastellate ben 18 fattispecie delittuose, affiancate peraltro da previsioni aggravanti (artt. 339 e 339-*bis*), disposizioni estensive della tipicità (art. 343-*bis*) e clausole di esenzione dalla pena (art. 393-*bis*), che costituiscono il frutto non proprio commendevole di una lunga serie di interventi legislativi che nel tempo hanno via via modificato, introdotto *ex abrupto*, depenalizzato o reinserito nuovamente fattispecie criminose.

Non essendo qui possibile procedere ad una completa disamina di un tale ridondante materiale normativo, di seguito si cercherà, anzitutto, di coagulare le numerose fattispecie di reato in discorso attorno ad alcuni paradigmi di condotta criminosa ai quali il legislatore sembra avere fatto ricorso, passando poi alla più specifica disamina di quelle disposizioni incriminatrici che, in modo forse più rappresentativo di altre, tali modelli inverano. Infine, oggetto di specifica trattazione saranno, tra le disposizioni che possono definirsi "accessorie" a quelle propriamente incriminatrici, il disposto dell'art. 393-*bis* c.p., che contiene una clausola del tutto peculiare, avente un notevole rilievo sistematico, e quello dell'art. 131-*bis*, comma 2, c.p., che si oppone alla possibile bagatellizzazione in concreto di alcune delle fattispecie qui in rilievo. Rimarranno invece estranee alla presente trattazione quelle previsioni sanzionatorie che, a seguito di alcuni interventi di depenalizzazione, hanno assunto le vesti dell'illecito amministrativo (v. artt. 345, 350 e 352 c.p.).

2.2. Come detto, pur in mancanza di specifiche distinzioni sistematiche di origine legislativa, si possono raggruppare le numerose fattispecie di reato contenute nel richiamato Capo II

attorno ad alcuni modelli criminosi, a loro volta discriminabili in base alle diverse forme di condotta che essi sintetizzano. In tale prospettiva, si possono distinguere le varie figure criminose a seconda che esse risultino incentrare:

a) su una condotta oppositiva, di natura violenta o minacciosa, all'esercizio dell'attività amministrativa (artt. 336, 337, 337-*bis* e 338 c.p.);

b) su una condotta oppositiva, di natura oltraggiosa, all'esercizio dell'attività amministrativa (artt. 341-*bis*, 342 e 343 c.p.);

c) su una condotta di turbativa o interruzione dell'attività amministrativa (art. 340 c.p.);

d) sullo sfruttamento di rapporti privilegiati reali o millantati con la P.A. (art. 346-*bis*p.);

e) su una condotta di esercizio abusivo di funzioni pubbliche o di attività soggette a controllo della P.A. (artt. 347 e 348 c.p.);

f) sulla violazione di vincoli pubblicistici di intangibilità posti su specifiche cose (artt. 349 e 351 c.p.);

g) sulla turbativa arrecata all'attività negoziale della P.A. (artt. 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 c.p.).

3. Fattispecie di opposizione violenta all'attività della P.A.: i delitti degli artt. 336, 337 e 337-*bis* c.p. in particolare

3.1. Gli artt. 336 e 337 c.p., rubricati rispettivamente «Violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale» e «Resistenza a un pubblico ufficiale», scolpiscono le due principali fattispecie con le quali il legislatore ha inteso salvaguardare il genuino e spedito esercizio delle pubbliche funzioni, reprimendo quelle condotte che, prime fra tutte, frontalmente vi si oppongono: quelle di natura violenta o

minacciosa.

Il primo elemento comune alle fattispecie *de quibus* è costituito, infatti, dalle modalità della condotta, consistenti appunto nell'impiego della «violenza» o della «minaccia». Come è noto, tali concetti ricorrono spesso nel codice penale, che ad essi si richiama nella struttura di numerose fattispecie poste a salvaguardia dei più diversi beni giuridici, da quelli più tipici della persona (incolumità, libertà individuali, patrimonio, ecc.), a quelli di natura superindividuale (personalità dello Stato, amministrazione della giustizia, attività della P.A., incolumità pubblica, ecc.). A tale riguardo, giova segnalare che la prassi applicativa degli artt. 336 e 337 c.p. non sembra – diversamente da quanto è avvenuto in altri ambiti – avere sottoposto a particolari "adattamenti" tali concetti, che quindi possono essere qui intesi nelle loro accezioni ormai consolidate. Il riferimento alla «violenza» dovrebbe quindi includere sia quella reale che quella personale, e quest'ultima tanto nella sua forma «propria» che «impropria», laddove il rinvio alla «minaccia» richiamerebbe i risultati interpretativi maturati nell'applicazione dell'omonimo delitto scolpito dall'art. 612 c.p.

Il secondo elemento comune alle due fattispecie in rilievo è rappresentato dall'orientamento funzionale che ne deve caratterizzare la condotta. Ed invero, in entrambe le suddette figure delittuose l'utilizzo della violenza o della minaccia non risulta punito di per sé, bensì in quanto strumento per influire sulla capacità di autodeterminazione del pubblico funzionario, e quindi traviare od ostacolare il dispiegarsi dell'azione amministrativa: è infatti tale risultato (*id est*: «evento») che sembra connotare in chiave di specifica aggressione ad interessi propri della P.A. le fattispecie qui in rilievo. D'altra parte, se è vero che tale evento offensivo non può prodursi in capo alla P.A. se non attraverso l'intimidazione della persona fisica che ne esercita le funzioni, non è però richiesto, come si vedrà, che quest'ultima costituisca sempre e comunque anche l'oggetto immediato della condotta tipica. Riprova ne sia il fatto che la sussistenza dei reati in questione non viene di norma esclusa

dalla circostanza che, ad esempio, l'agente abbia diretto il proprio agire criminoso su di un soggetto terzo, purché tale comportamento possa nei fatti considerarsi mezzo di pressione psicologica sul pubblico funzionario.

Nella medesima prospettiva di tutela si colloca anche il delitto dell'art. 337-*bis* c.p., il quale, però, sembra recare un presidio assai più avanzato del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, andando a colpire l'allestimento o la mera custodia di strumenti che, per le loro alterate caratteristiche, possono efficacemente opporsi all'attività repressiva della P.A., con pericolo per l'incolumità fisica dei funzionari pubblici coinvolti.

3.2. L'art. 336, comma 1, c.p. sanziona chiunque usi violenza o minaccia «per costringer[e]» un p.u. o un i.p.s. a «fare un atto contrario ai propri doveri», ovvero ad «omettere un atto dell'ufficio o del servizio». Risulta quindi confermato come il cuore della fattispecie sia rappresentato, come si anticipava, dalla necessaria presenza di un nesso funzionale tra la condotta violenta o minacciosa intrapresa dal reo ed il comportamento accondiscendente richiesto al soggetto pubblico, ossia il compimento di un atto contrario ai propri doveri o l'omissione di un atto del proprio ufficio: concetti, questi, che naturalmente l'interprete dovrà intendere alla luce della normativa amministrativa sottostante.

Secondo l'interpretazione prevalente, la disposizione incriminatrice richiederebbe l'idoneità in concreto della condotta criminosa a piegare l'operato del funzionario pubblico agli scopi del reo, e quindi ad ottenere l'emissione, ovvero l'omissione, dell'atto amministrativo, con conseguente pregiudizio della formazione libera e genuina della volontà della P.A. In questa prospettiva, l'art. 336 c.p. recherebbe un reato di pericolo concreto, posto che: da un canto, esso richiederebbe al giudice di accertare se, tenuto conto delle circostanze fattuali e delle caratteristiche soggettive dei protagonisti coinvolti, la condotta vantasse o meno quella capacità intimidatrice necessaria a

«costringere» richiestale dal legislatore; dall'altro, esso non si consumerebbe con l'effettivo ottenimento, da parte del soggetto attivo, di quanto richiesto al funzionario pubblico, attestandosi invece la pena su di una soglia di intervento più arretrata, corrispondente al momento in cui il reo pone in essere la (a ciò idonea) condotta violenta o minacciosa.

Una pena più lieve presidia, invece, l'ulteriore fattispecie contemplata dal secondo comma del medesimo art. 336 c.p., che prende in considerazione il caso in cui il reo abbia costretto il soggetto pubblico a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, ovvero abbia diversamente «influito» sulla sua persona. Come ben si comprende, la individuazione di ciò che costituisce o meno atto dell'ufficio risulta ancora una volta demandata eminentemente allo studio delle norme organizzative delle specifiche pubbliche amministrazioni coinvolte. Maggiormente problematico risulta invece perimetrare il significato della «influenza» sulla persona del pubblico funzionario alla quale la disposizione ulteriormente allude. Non è un caso, difatti, che l'interpretazione di un siffatto inciso oscilli: tra quella di coloro che lo ritengono segnatamente pertinente all'attività amministrativa c.d. «discrezionale» della P.A., ed in particolare ad un atto di tal fatta che il p.u. avrebbe già deciso di emanare prima della condotta criminosa intrapresa dal reo; a quella di coloro che lo giudicano del tutto inutile, rilevando come, in ogni caso, anche i poteri discrezionali si eserciterebbero mediante atti di ufficio; sino a quella di chi lo ritiene riferito non già ad uno specifico atto del funzionario pubblico, bensì, più in generale, all'esercizio della sua attività indiscriminatamente considerata, che verrebbe indirizzata in senso più favorevole al reo. Forse, però, non a torto si è da tempo evidenziato come l'utilizzo della violenza o della minaccia produca giocoforza un effetto costrittivo, e che quindi ben difficilmente potrà parlarsi di mera «influenza».

3.3. Da parte propria, l'art. 337 c.p. sanziona chiunque utilizzi la violenza o la minaccia «per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di

ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza». La fattispecie in esame condivide con la precedente la struttura di fondo, ossia la necessaria presenza di una condotta violenta o minacciosa funzionalmente orientata ad ottenere un determinato risultato offensivo di interessi propri della P.A. Tuttavia, mentre nel caso dell'art. 336 c.p. ciò a cui la condotta mira è il costringimento del pubblico funzionario a compiere od omettere un certo atto, pregiudicando così la genuinità dell'agire amministrativo, nel caso dell'art. 337 c.p. il soggetto attivo intende «opporsi», «resistere» al funzionario «mentre» egli «compie» (*id est*: sta compiendo) un atto del proprio ufficio, così attentando al libero e spedito svolgersi dell'azione amministrativa. Da qui, il diverso campo applicativo delle fattispecie in rilievo, che, secondo una consolidata interpretazione, andrebbe distinto secondo un criterio "cronologico". Si sostiene, infatti, che sino a che la violenza o la minaccia vengano utilizzate prima del compimento dell'atto, ed al fine di condizionarne il contenuto o la sua stessa emissione, risulterà applicabile il delitto dell'art. 336 c.p., che appunto tutela la libera formazione della volontà dei pubblici poteri; là dove, invece, il contegno violento o minaccioso dovesse intervenire dal momento in cui l'attività funzionale dell'agente pubblico ha inizio, e sin tanto che essa è in corso di svolgimento, la fattispecie azionabile risulterebbe quella dell'art. 337 c.p., che è volta appunto a salvaguardare la libertà di azione della P.A. Naturalmente, il criterio risulterà di più facile o difficile utilizzo nella misura in cui, nelle circostanze concrete, risulterà più o meno agevole individuare con precisione il momento a partire dal quale l'attività del pubblico funzionario potrà dirsi «iniziata».

3.4. La condotta del soggetto attivo deve assumere le forme di una «opposizione», e cioè deve essere tale da impedire, intralciare, ovvero compromettere, anche solo parzialmente, la regolarità del compimento dell'atto. Proprio il fatto che la violenza o la minaccia debbano concretare una «opposizione» conferma, *a fortiori* rispetto all'art. 336 c.p., che non è strettamente necessario che esse si dirigano sulla persona fisica

del funzionario pubblico, potendo quindi abbattersi anche sulle cose@, su soggetti terzi@, o addirittura, secondo una discutibile giurisprudenza, sullo stesso agente@, sebbene a tale ultimo riguardo non si possa sottacere la trasfigurazione che la figura della «minaccia» così subirebbe, posto che la prospettazione del male ingiusto messa in atto dal reo non riguarderebbe «altri», come invece richiede espressamente l'art. 612 c.p., bensì lo stesso soggetto attivo. Il reato deve considerarsi perfetto nel momento in cui la condotta criminosa risulti in concreto idonea ad opporsi al compimento dell'atto amministrativo, indipendentemente dal fatto che l'intimidazione del funzionario si sia poi tradotta nella pratica frustrazione del suo dovere d'ufficio, e quindi abbia impedito che l'attività amministrativa già iniziata sia stata conclusa.

Sebbene il nucleo della fattispecie in discorso sia innegabilmente costituito dalla opposizione all'attività della P.A., tanto da caratterizzarne il suo stesso *nomen iuris*, non va dimenticato che non ogni forma di resistenza al dispiegarsi dell'azione amministrativa risulta per ciò solo penalmente rilevante, essendo tipica soltanto quella attuata con violenza o minaccia. Tale richiamo, in effetti, non appare di poco significato, tanto sotto il profilo ideologico che applicativo. Nel primo senso, la necessità di una condotta di tal fatta appalesa come sul cittadino non gravi alcun dovere di collaborazione verso la P.A. Sul versante attuativo, ne deriva che l'art. 337 c.p. non sarà applicabile laddove la condotta di opposizione risulti priva delle necessarie note di aggressività o intimidazione, come avviene nelle ipotesi di c.d. «resistenza passiva», che la giurisprudenza ha rinvenuto, ad esempio, nel non aprire la porta nonostante la prescritta ingiunzione, nel rimanere del tutto inerte per impedire la propria traduzione dopo l'arresto, nel gettarsi a terra per inibire ad un mezzo della Polizia il passaggio, nell'aggrapparsi od incatenarsi ad appigli per non essere trascinato via, nel darsi alla fuga alla vista degli agenti di pubblica sicurezza, e via discorrendo.

3.5. Fattispecie del tutto peculiare di "resistenza" al dispiegarsi della azione amministrativa può considerarsi pure quella dell'art.

337-*bis* c.p., introdotta dalla l. n. 92 del 2001, che, nell'inasprire la risposta dell'ordinamento al contrabbando, al tempo in forte recrudescenza, intese anche reprimere un precipuo fenomeno criminale ad esso collegato. Si trattava, in particolare, della tendenza di certe associazioni per delinquere dedite allo smercio di merci contrabbandate a modificare i mezzi adibiti al trasporto di queste ultime in modo che essi risultassero idonei a fronteggiare, anche con manovre di speronamento, l'intervento delle forze di polizia, ciò che aveva finito per infliggere a queste ultime significativi danni materiali e per esporre a rilevante pericolo la vita e l'incolumità fisica dei pubblici agenti. Da qui, l'introduzione nel codice penale del predetto art. 337-*bis*, con il quale si è inteso reprimere il fenomeno in questione, anzitutto incriminando chiunque appronti, custodisca od occulti «mezzi di trasporto di qualsiasi tipo che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche o predisposizioni tecniche tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia», ed inoltre prevedendo la revoca dell'autorizzazione amministrativa all'esercizio di determinate attività per quei soggetti che, in possesso della stessa, abbiano commesso il reato *de quo*.

Considerando la sua *ratio* si tutela, sembrerebbe quindi possibile accostare la fattispecie delittuosa qui in rilievo a quelle recate dagli artt. 336 e 337 c.p., come del resto la sua numerazione sembra suggerire. Tuttavia, ad una più attenta considerazione risulta chiaro come la figura criminosa prevista dall'art. 337-*bis* c.p. presenti caratteri di specificità tali da allontanarla in modo significativo dal modello di tutela espresso dalle altre due fattispecie richiamate. Si ricorderà infatti che, pur lasciando queste ultime trasparire la considerazione del legislatore per la salvaguardia dell'incolumità fisica e della libertà di autodeterminazione del pubblico funzionario, fosse chiaro come il bene giuridico direttamente tutelato dalle stesse fosse da rinvenire nel libero e spedito esercizio dell'azione amministrativa, considerato che sia l'art. 336 che l'art. 337 c.p. contengono espressi riferimenti ad un «atto dell'ufficio o del servizio» che il

pubblico agente sta già compiendo o che il reo gli vuole fare compiere ovvero omettere. Nell'ipotesi criminosa dell'art. 337-*bis* c.p., invece, l'interesse della P.A. al regolare svolgimento della propria attività sembra collocarsi più sullo sfondo, dato che ciò che espressamente – e quindi direttamente – il legislatore biasima è il «pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia» che, in astratto, un mezzo di trasporto modificato in una determinata maniera può fare insorgere.

3.6. Peraltro, anche la reale soglia sulla quale siffatto «pericolo» si attesta presenta una particolarità che vale la pena segnalare, specie ove si continui a tenere come riferimento i fatti tipici descritti dagli artt. 336 e 337 c.p. In tali casi, infatti, è agevole constatare la presenza di una condotta di attuale utilizzo della violenza o della minaccia, che deve viepiù risultare concretamente idonea ad influire sullo svolgimento dell'attività di ufficio del funzionario pubblico. Diversamente, nel caso dell'art. 337-*bis* c.p. il legislatore ha incriminato condotte largamente anticipatorie dell'offesa arrecabile alla persona fisica del pubblico funzionario, poiché esse risultano addirittura prodromiche all'utilizzo vero e proprio di quei mezzi che, per le loro mutate caratteristiche, possono risultare a propria volta pericolosi per l'incolumità del personale di polizia. Non è infatti un caso che da più parti il reato in questione sia stato inscritto nella categoria dei cc.dd. «delitti di ostacolo», ovverosia tra quelle fattispecie che incriminano non già comportamenti direttamente offensivi di un certo bene giuridico, bensì atti o anche situazioni di fatto che il legislatore ha ritenuto costituire una sorta di "premessa idonea" alla commissione di futuri reati, che viene appunto così «ostacolata». Ma se, ed eventualmente a quali condizioni, tale tecnica di vistosa anticipazione della tutela penale sia costituzionalmente accettabile è, notoriamente, questione assai discussa.

4. Le fattispecie di oltraggio: il delitto dell'art. 341-*bis* in particolare

4.1. Nel Capo II del Titolo II, Libro II del codice penale sono presenti tre fattispecie delittuose di oltraggio: quella, più generale, dell'art. 341-*bis*, rubricata «Oltraggio a pubblico ufficiale», e quelle più specifiche degli artt. 342 e 343, dedicate, rispettivamente, all'«Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario» ed all'«Oltraggio a un magistrato in udienza». È tuttavia la prima figura di reato a catturare maggiormente l'attenzione, poiché essa presenta una struttura ed una risposta sanzionatoria che risulta più in linea con le forme e l'intensità della tutela del prestigio della P.A. e dell'onore degli agenti pubblici che la Costituzione parrebbe suggerire, in ragione, soprattutto, del diverso equilibrio tra libertà del cittadino ed attribuzioni della pubblica Autorità che la Carta fa proprio, e che appare diverso da quello immaginato dai codificatori del 1930.

Ed invero, i delitti degli artt. 342 e 343 c.p. risultano ritagliati sul modello criminoso più tradizionale dell'oltraggio, che tende storicamente a strutturare quest'ultimo come ipotesi soggettivamente speciale di ingiuria, sanzionata in modo più rigoroso esclusivamente per il fatto che l'offesa è diretta ad un soggetto investito di una qualifica pubblica, che per ciò solo meriterebbe una tutela più accentuata di quella riconosciuta al comune cittadino. Come meglio si dirà, la fattispecie dell'art. 341-*bis* c.p. sembra invece allontanarsi da questo paradigma, avendo il legislatore, per un verso, irrobustito e razionalizzato il disvalore del fatto tipico, che sempre meno somiglia ad una ingiuria qualificata unicamente sul versante del soggetto passivo, e, per l'altro, diversamente tarato la risposta sanzionatoria, sia in astratto che in concreto.

4.2. Se l'originario art. 341 c.p. aveva ricalcato la fattispecie di oltraggio a p.u. sul paradigma tradizionale dell'offesa da chiunque inflitta all'«onore o [a]l prestigio di un pubblico

ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni», l'attuale art. 341-*bis* ha provveduto a conferire una nuova forgia al fatto tipico, puntualizzandone e moltiplicandone le capacità offensive: operazione, questa, tanto più indovinata *ex post*, se si considera che la fattispecie usualmente assunta a metro di confronto della sua ragionevolezza, ossia quella dell'ingiuria, nel 2016 è stata degradata ad illecito punitivo civile.

Volendo qui riassumere il discorso, quattro appaiono gli interventi operati sul fatto tipico destinati ad impattare significativamente sulla sua portata offensiva. In particolare, il legislatore ha provveduto:

a) sul piano dei soggetti passivi, a ridurne la rosa, considerato che esposto all'oltraggio risulta adesso il solo p.u., e *non anche* il «pubblico impiegato che presti un pubblico servizio», non essendosi né ripristinato il previgente art. 344 c.p., che a tale figura estendeva la tutela del delitto di oltraggio, né richiamato tale figura all'interno dell'art. 341-*bis*p., e ciò all'evidente scopo di contenere il raggio operativo della norma, che non a torto la precedente giurisprudenza applicava a tappeto;

b) sul piano della dimensione quantitativa dell'offesa recata dalla condotta, a stabilire che essa investa *congiuntamente* – e non più disgiuntamente, come avveniva in passato – sia l'onore che il decoro del p.u. Ne consegue che di oltraggio potrà parlarsi soltanto ove venga attinto sia l'insieme delle qualità morali, intellettuali, psichiche e fisiche intrinseche all'essere umano in quanto tale, che si ergano a valori costituzionalmente significativi ovvero non costituzionalmente incompatibili, sia il peculiare rispetto che compete a colui che, per le funzioni svolte, personifica l'Istituzione pubblica, assumendone perciò di riflesso il «prestigio»;

c) sul piano, ancora una volta, della dimensione quantitativa dell'offesa veicolata dalla condotta, a specificare che quest'ultima si svolga «in luogo pubblico o aperto al pubblico» ed «in presenza di più persone»: circostanze di luogo e soggettive, queste, che

aumentano notevolmente la diffusività dell'offesa e quindi la complessiva carica di disvalore del fatto;

d) sul piano della dimensione qualitativa dell'offesa, a pretendere l'esistenza di un più specifico nesso funzionale tra la condotta del reo e l'espletamento dei doveri d'ufficio da parte del p.u., essendo ora espressamente previsto che la prima non solo si produca psicologicamente «a causa» delle funzioni svolte dal p.u. e temporalmente «nell'esercizio» delle stesse, come già pretendeva l'abrogato art. 341 c.p., ma anche – ed in modo assai più specifico – «mentre» questi compie un atto del proprio ufficio. Appare evidente come, richiamando un siffatto nesso di contestualità cronologica, il legislatore abbia voluto in qualche modo puntualizzare la tutela, spostandone ulteriormente l'asse verso la salvaguardia della libertà di svolgimento dell'azione amministrativa, più che su quella della persona del p.u., avendo infatti sagomato l'oltraggio come una sorta di "fatto oppositivo" al fluido espletarsi della funzione pubblica. Va da sé che, a maggiore ragione, sia oggi richiesta la presenza fisica del p.u. al momento della condotta.

4.3. Non meno rilevanti risultano gli interventi che il legislatore ha compiuto sulla punibilità "in concreto" del fatto oltraggioso, facilitando in particolare l'estinzione *post crimen patratum* del reato mediante due diverse soluzioni, senz'altro innovative in questo ambito. Da un canto, risulta infatti importato nella fattispecie qui in rilievo, pur con alcune specificità, l'istituto della c.d. «prova liberatoria», che, com'è noto, risultava tradizionalmente invocabile soltanto nei casi di ingiuria e di diffamazione (v. *supra*, Cap. XXII, § 4). Dall'altro, e con chiari intenti deflattivi, si è consentito al reo di estinguere il reato mediante la integrale riparazione del «danno» cagionato, che il legislatore ha precipuamente identificato nel risarcimento di esso «sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima».

5. (*Segue*). Le clausole generali degli artt. 393-*bis* e 131-*bis*, comma 3, c.p.

5.1. Alle fattispecie di reato in esame risultano applicabili due clausole generali che, sebbene entrambe collocate al di fuori del Capo II, assumono rilevanza nel perimetrare l'area della "punibilità in concreto" delle prime. Il riferimento è, in particolare, alle previsioni degli artt. 393-*bis* e 131-*bis*, comma 3, c.p., destinate a produrre conseguenze tra loro opposte: la prima, infatti, esenta dalla pena colui che abbia commesso un fatto di violenza, minaccia, resistenza od oltraggio a pubblico ufficiale a condizione che esso costituisca reazione ad un «atto arbitrario» commesso dal funzionario pubblico; la seconda, invece, a certe condizioni sottrae alcune delle fattispecie qui di interesse all'applicazione della clausola di irrilevanza introdotta dallo stesso art. 131-*bis* c.p., presumendo *ope legis* che i fatti in esse descritti non possano mai considerarsi di «particolare tenuità».

5.2. L'odierno art. 393-*bis* c.p. costituisce la trasposizione codicistica, operata dal legislatore nel 2009, di una previsione che risultava già contenuta nell'art. 4 del d.lgs.lgt. n. 288 del 1944, che costituì uno dei primi provvedimenti assunti dal governo provvisorio italiano per «defascistizzare» – come allora si diceva – la legislazione penale. In effetti, la presenza o meno di una clausola di tal fatta all'interno di un ordinamento viene comunemente considerata alla stregua di un "indicatore" del tasso di democraticità dello stesso, come del resto l'esperienza storica del nostro sistema penale parrebbe plasticamente confermare. Non è un caso, difatti, che la clausola in questione fosse presente nel codice Zanardelli (art. 192), non risultasse confermata dal codice Rocco, ma venisse prontamente reintrodotta non appena parve evidente che il regime autoritario sarebbe a breve caduto in tutto il territorio nazionale. Ed invero, scopo di una tale disposizione è quello di garantire il rispetto della libertà morale del cittadino di fronte all'atto di sopraffazione

commesso dal pubblico agente, posto che, in un regime che voglia dirsi liberal-democratico, non può incombere sul cittadino il dovere di subire passivamente ogni sopruso solo perché perpetrato da un p.u. ed in nome di un aprioristico ed assoluto senso di rispetto verso lo stesso, come del resto sembra potersi dedurre dagli artt. 2, 3, 28 e 97 Cost. D'altronde, non esula dall'alveo di tutela di una clausola siffatta pure l'esigenza di preservare la legalità dell'azione dei pubblici poteri, il cui immediato ripristino eccezionalmente demandato al privato si giustifica per la vistosa e penetrante patologia che affligge l'atto posto in essere dal p.u.

La fattispecie dell'odierno art. 393-*bis* c.p. può strutturalmente rappresentarsi come una sequenza causale tra fattori condizionanti e fattori condizionati. Più precisamente, il fattore condizionante è costituito dall'atto prevaricatore del p.u., che deve «eccede[re] con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni», mentre il fattore condizionato è individuabile nella reazione del privato cittadino, che risulterà non punibile negli stretti limiti in cui essa integri i fatti previsti dalle «disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 339-*bis*, 341-*bis*, 342 e 343». Naturalmente, si parla di fattore "condizionante" e di fattore "condizionato" poiché è la stessa disposizione a richiedere che il primo abbia «dato causa» al secondo, come a dire che la reazione del privato deve risultare avvinta all'atto arbitrario del p.u. da un nesso di causalità psichica, con tutti i problemi di accertamento probatorio che, però, un siffatto nesso eziologico notoriamente reca.

5.3. Se questa è la struttura logica della fattispecie, appare chiaro come il fulcro problematico della stessa non possa che rinvenirsi nella definizione dell'atto "prevaricatore" del p.u., la cui divergenza da quello richiesto è tale da rendere non punibile l'immediata reazione del privato. In effetti, la sua delimitazione concettuale è risultata non poco problematica, anche in ragione della infelice formula linguistica utilizzata dal legislatore, che si riferisce ad un p.u. che «eccede […] con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni». Premesso che l'atto che «eccede i limiti delle attribuzioni» è, secondo il diritto amministrativo, quello

illegittimo per sviamento del potere, ci si è chiesti, tuttavia, se la «arbitrarietà» alla quale la legge parimenti allude debba considerarsi sinonimo di tale illegittimità, ovvero se la prima si aggiunga alla seconda, il che porrebbe all'interprete un ulteriore problema definitorio.

In questa sede, basterà soltanto dare atto delle due principali ricostruzioni che della «arbitrarietà» hanno fornito dottrina e giurisprudenza. Secondo la prima, a base tendenzialmente soggettiva, l'atto sarebbe arbitrario ove esprimesse all'esterno un atteggiamento «aggressivo» o comunque «vessatorio» ispirato da «malanimo», «prepotenza» o «capriccio» del p.u., il quale sarebbe soggettivamente conscio di perpetrare ai danni del privato un sopruso@. Secondo una diversa interpretazione, che prescinde invece da qualsiasi dolosa consapevolezza del p.u. circa la illegittimità ed arbitrarietà del proprio comportamento, risulterebbe arbitrario l'atto che, anche ove formalmente legittimo, venga compiuto con modalità scorrette, offensive e comunque sconvenienti, in quanto convenienza ed urbanità dei modi dovrebbero ritenersi sempre doverose per il p.u., di talché la loro assenza si tradurrebbero, comunque, in un eccesso di attribuzioni@.

5.4. Da non trascurare è la questione dell'inquadramento dell'istituto recato dall'art. 393-*bis* c.p. nell'ambito della teoria del reato, non fosse altro per evidenziarne le potenziali ricadute applicative. A tale riguardo, è sufficiente anzitutto segnalare come, almeno secondo la ricostruzione oggi forse prevalente, la qualificazione in termini di «causa di non punibilità» che il legislatore espressamente fornisce dell'istituto *de quo* non colga l'intima natura di quest'ultimo. Si sostiene, infatti, che l'art. 393-*bis* c.p. tratteggerebbe invece una «causa di giustificazione», considerato che il suo fondamento andrebbe ricercato non già in ragioni di opportunità esterne ed ulteriori rispetto al fatto tipico, antigiuridico e colpevole, bensì nella logica del bilanciamento degli interessi, specularmente a quanto avviene, a seconda delle diverse ricostruzioni, o nel caso della legittima difesa, ovvero nell'esercizio di un diritto, posto che dalla Costituzione sarebbe

possibile ricavare l'affermazione di un «diritto di resistenza» del privato a fronte di un atto palesemente arbitrario del p.u.

È tuttavia da segnalare come da siffatta qualificazione dell'istituto non sempre risulti affermata, come coerenza invece imporrebbe, la sottoposizione dello stesso all'intero statuto normativo delle cause di giustificazione. Ed invero, secondo una certa ricostruzione prospettata in dottrina, non condivisa tuttavia dalla giurisprudenza@, la ferrea dinamica azione-reazione descritta dall'art. 393-*bis* c.p. presupporrebbe la sussistenza, in capo al soggetto reagente, di coefficienti psicologici reali e pieni, di talché non sarebbe possibile riconoscere la tipica rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione sancita dall'art. 59, comma 1, c.p., ovvero l'equiparazione del putativo al reale prevista dal quarto comma del medesimo articolo (c.d. «arbitrarietà putativa»). Certo è che, così argomentando, non solo si tende di fatto a spostare il fondamento dell'istituto verso l'orbita delle scusanti, piuttosto che mantenerlo in quello proprio delle cause di giustificazione, ma, viepiù, sembra venire meno anche una buona e rilevante parte delle conseguenze applicative che derivano dall'averlo collocato tra le esimenti piuttosto che tra le cause di non punibilità in senso stretto.

5.5. Da non trascurare, infine, è il disposto dell'art. 131-*bis*, comma 2, c.p., che, sebbene collocato nella «Parte generale» del codice, come anticipato detta una regola applicativa che riguarda precipuamente i reati qui in rilievo. Nel tentativo, infatti, di irrigidire la tutela dei pubblici ufficiali, nel convertire in legge un «decreto-sicurezza» del giugno 2019, il Parlamento aveva arricchito l'elenco delle ipotesi sottratte al giudizio di «particolare tenuità» del fatto già contenuto nella disposizione, inserendovi indiscriminatamente anche «i casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni» (v. l. 8.8.2019, n. 77). Tale aggiunta aveva però sollevato diffuse perplessità, non fosse altro perché essa introduceva una presunzione assoluta di "non tenuità" assai generica, che avrebbe condotto a considerare processualmente uguali situazioni invero

tra loro molto diverse, e ciò in evidente contrasto con i principii costituzionali di eguaglianza, offensività e colpevolezza.

Da qui, la proposizione di questioni di legittimità costituzionale e convenzionale da parte di alcuni giudici di merito, alle quali, nelle more dell'invocato intervento delle alte Corti, il legislatore ha cercato di offrire una risposta circoscrivendo ed allargando allo stesso tempo il raggio applicativo della suddetta esenzione (v. d.l. n. 230 del 2020, conv. in l. n. 173 del 2020). E ciò, da un canto, specificando che i pubblici ufficiali nei cui confronti i reati elencati risultano essere sati commessi sono precipuamente i soli agenti od ufficiali «di pubblica sicurezza» o di «polizia giudiziaria» nell'esercizio delle proprie funzioni, e, dall'altro, includendo della lista dei reati presuntivamente "non tenui" la fattispecie di «Oltraggio a magistrato in udienza» dell'art. 343 c.p.: assetto della disciplina, questo, confermato dalla stessa Corte costituzionale@, e passato indenne dalle modifiche apportate da ultimo all'art. 131-*bis* c.p. dalla c.d. «riforma Cartabia», che sul punto si è limitata a ricollocare topograficamente la clausola in discorso in un nuovo comma 3, n. 2, della disposizione codicistica da ultimo richiamata.

6. L'interruzione o la turbativa di servizi pubblici: il delitto dell'art. 340 c.p.

6.1. Il delitto previsto all'art. 340 c.p. salvaguarda il normale e continuo espletamento dell'attività propria della P.A. da forme di aggressione non tipizzate in altre figure criminose. La fattispecie in esame ruota infatti sull'interruzione o turbativa dell'ufficio o del servizio pubblico interessato, a nulla rilevando le concrete modalità esecutive. In secondo luogo, viene all'attenzione l'iniziale clausola di riserva («fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge»), che costituisce un chiaro indice di subalternità della fattispecie rispetto ad altre figure di reato

che incriminino fatti di interruzione o turbativa delle pubbliche attività, come ad esempio quelle relative al c.d. – ma non proprio tale – «blocco» stradale, ferroviario o marittimo (v. art. 1, d.lgs. n. 66 del 1948), e ciò senza considerare quelle che possono "assorbire" le medesime condotte (v. artt. 432, 433, 355 c.p.). Infine, se non proprio a delimitare il campo applicativo più comune della *figura criminis* in oggetto, ma di certo a limitarne quello meno frequente, sta la disciplina costituzionale ed ordinaria dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (v. art. 40 Cost e l. n. 146 del 1990), che assume qui precipua rilevanza, anche come limite scriminante. Va difatti considerato che l'art. 340 c.p. si presenta come reato comune, e che in tale veste esso risulta applicabile non solo anche a tutti i pubblici ufficiali, ma, specificamente, pure a quelli che prestano la propria attività nell'ambito del medesimo ufficio o servizio oggetto di interruzione o turbativa.

6.2. Come anticipato, la condotta si presenta a c.d. «forma libera». Da un punto di vista semantico, «interrompere» significa provocare la cessazione definitiva o temporanea, per un breve o lungo periodo, dell'attività di un ufficio o di un servizio, mentre il «turbare» sottintende il cagionare, per un lungo o breve arco di tempo, un intralcio al regolare funzionamento degli stessi. Naturalmente, l'applicazione pratica di tali concetti, di per sé molto comprensivi, deve essere più che mai improntata ad un ragionevole equilibrio, in considerazione, a tacere d'altro, sia del principio di offensività, che richiede la realizzazione di un pregiudizio effettivo per l'interesse tutelato, sia del criterio di esiguità, espressamente canonizzato dall'art. 131-*bis* c.p., che si oppone alla celebrazione di processi penali per fatti di minima consistenza offensiva. Ed invero, sia in dottrina che in giurisprudenza viene ricorrentemente precisato, ad esempio, che il pregiudizio arrecato deve riguardare l'intero ufficio o servizio coinvolto, e non soltanto una sua parte@, che esso deve protrarsi per un periodo di tempo significativo@, da valutare anche in relazione al tipo di attività pubblica coinvolta (un conto è l'interruzione per pochi minuti di una lezione universitaria, un

altro è l'interruzione, per lo stesso arco di tempo, dell'attività di una sala operatoria o della direzione del traffico aereo), ovvero che esso deve consistere in una riduzione apprezzabile della funzionalità dell'ufficio o servizio, tale che ad essa la P.A. non possa fare fronte@.

6.3. Va infine segnalato che, all'originaria previsione che già sottoponeva a pene assai più severe i «capi, promotori od organizzatori» della procurata interruzione o turbativa del pubblico servizio, il legislatore del 2019 ne ha aggiunta un'altra, in evidente funzione di c.d. «*anti-riots*». Il nuovo secondo comma dell'art. 340 c.p., difatti, punisce con il doppio della pena prevista dal primo comma ogni condotta di interruzione o turbativa di un pubblico ufficio o servizio «posta in essere nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico».

7. Lo sfruttamento di rapporti privilegiati reali o millantati con la P.A.: il delitto dell'art. 346-*bis* c.p.

7.1. Al ben noto fenomeno della c.d. «*venditio fumi*» i codificatori del 1930 avevano risposto con il delitto dell'oggi abrogato art. 346 c.p., che, sotto la rubrica di «Millantato credito», puniva chiunque, «millantando» appunto "aderenze" con un pubblico funzionario, si facesse dare o promettere da un terzo denaro o altre utilità quale corrispettivo della propria attività di mediazione con la P.A. Per vero, tale fattispecie si era mostrata sin da subito problematica, in ragione dell'ambiguità mostrata dal concetto di «millanteria», foriero di confusioni applicative con il delitto di truffa, del quale siffatta ipotesi criminosa rischiava di diventare niente più che un'ipotesi particolare. Segnatamente, molto si discuteva se la predetta «millanteria» dovesse intendersi come vanto di un credito presso il p.u. in realtà inesistente, ovvero come sottolineatura di una reale "capacità di manovra" che il reo potesse avere nei confronti

del p.u. Tuttavia, era con il tempo apparso chiaro che, se intesa nel primo senso, la condotta tipizzata dall'art. 346 c.p. avrebbe assunto i connotati dell'inganno truffaldino perpetrato dal "venditore di fumo" ai danni del "compratore di fumo". Si era perciò infine consolidata la seconda delle predette interpretazioni, che aveva finito però per trasformare il volto della fattispecie, che da ipotesi criminosa fondata sullo schema della "vendita di fumo", aveva assunto i tratti tipici del c.d. «traffico di indebite influenze» realmente esistenti, il cui disvalore veniva a concentrarsi sul mercimonio di abusive mediazioni presso la P.A. Ma se, da un canto, tale lettura suppliva ad una lacuna di tutela, posto che, diversamente argomentando, sarebbe rimasta impunita proprio l'ipotesi di più grave offesa al buon andamento della P.A., dall'altro, però, essa originava una intollerabile zona franca per il terzo, che, in tale dinamica criminosa, risultava sodale del mediatore.

7.2. Ad una tale situazione, per certi versi paradossale, intese porre rimedio la l. n. 190 del 2012 (c.d. «legge Severino») introducendo, all'art. 346-*bis* c.p., la fattispecie di «Traffico di influenze illecite», che per alcuni anni ha convissuto con quella dell'originario art. 346 c.p. In effetti, tale convivenza risultava possibile poiché, nella sua iniziale versione, la nuova figura di reato prevedeva che il mediatore sfruttasse esclusivamente «relazioni esistenti» con il p.u. e che anche il terzo committente venisse punito, ciò che, per conseguenza, ricollocava il «Millantato credito» entro il tradizionale schema della *venditio fumi*@. Tuttavia, vuoi per la pressione verso un più rigoroso adempimento degli obblighi assunti in campo internazionale, vuoi per il mutato clima politico, con la l. n. 3 del 2019 (c.d. «legge spazzacorrotti») il Parlamento ha provveduto tra l'altro a ridisegnare i contorni dell'originario delitto dell'art. 346-*bis*, in cui quello dell'art. 346 c.p. è stato inglobato, ed a inasprirne il trattamento sanzionatorio.

7.3. L'attuale art. 346-*bis* c.p. contiene due diverse ed alternative ipotesi criminose, che tuttavia presentano numerosi elementi in comune.

Anzitutto, il delitto di «Traffico di influenze illecite» si presenta come reato necessariamente plurisoggettivo, nell'ambito del quale risultano puniti tanto il «mediatore», ossia colui che vanta o ha una reale influenza sul funzionario pubblico, quanto il «committente», ossia colui che a questi dà o promette denaro ovvero altra utilità (v. comma 2).

In entrambe le ipotesi criminose, inoltre, è possibile che il mediatore possa tanto sfruttare un rapporto di aderenza che egli in effetti ha con il soggetto pubblico, capace di influenzare la condotta di quest'ultimo (traffico di influenze c.d. «effettivo»), quanto vantare un rapporto di tal fatta che, nella realtà, non sussiste, e che quindi è da questi meramente «asserito» (traffico di influenze c.d. «potenziale»). In ogni caso, l'oggetto della controprestazione che il committente dà o promette al mediatore per la sua attività può consistere non solo nel «denaro», inteso naturalmente anche nei suoi più diretti sostituti, ma anche in ogni altra «utilità», che, diversamente da quanto prevedeva l'originaria versione della fattispecie, non deve più necessariamente connotarsi in senso patrimoniale, potendosi quindi ora estendersi ad ogni tipo di vantaggio – materiale, morale, patrimoniale e non patrimoniale – obbiettivamente apprezzabile (ad es.: dazione di voti, prestazioni sessuali, ecc.).

Va infine ricordato che, in ogni caso, il delitto qui in rilievo risulta strutturato secondo il paradigma dei cc.dd. «reati-contratto», ossia di quelle figure criminose che incriminano la stessa stipula di un certo negozio giuridico, la cui esistenza è fonte di quel disvalore che il legislatore ha inteso colpire con la pena. Ne deriva che i reati in questione debbono ritenersi perfezionati nel momento stesso in cui risulti a sua volta concluso il *pactum sceleris*, e cioè, nel caso di specie, il "patto d'influenza" tra mediatore e committente. Di conseguenza, ed ulteriormente, nessun rilievo avrà la circostanza che il mediatore abbia poi effettivamente esercitato la propria influenza sul funzionario pubblico, o che quest'ultimo abbia realmente posto in essere la condotta oggetto della influenza. Naturalmente, e come si evince dall'iniziale clausola di riserva contenuta nello stesso art. 346-*bis*

c.p., poiché questo sanziona nella sostanza atti potenzialmente anticipatori dei più gravi reati previsti dagli artt. 318, 319, 319-*ter* e 322-*bis* c.p., ne consegue che la fattispecie qui in rilievo cederà il passo a queste ultime laddove, avendo il mediatore effettivamente dato o promesso l'utilità all'*intraneus*, esse dovessero giungere a consumazione.

7.4. Come detto, due sono le figure di traffico illecito di influenze contemplate dall'art. 346-*bis* c.p.:

a) la prima, c.d. «gratuita», ricorre allorquando il mediatore si fa dare o promettere dal committente, per sé o per altri, denaro ovvero un'altra utilità «per remunerare» l'agente pubblico in vista dell'«esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri»: espressione, questa, nella quale correntemente si legge un richiamo al futuro compimento, da parte del funzionario, o di un atto del proprio ufficio, ovvero di un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, il che comporterebbe l'integrazione dei reati di corruzione poc'anzi richiamati.

b) la seconda, c.d. «onerosa», si prospetta invece laddove il mediatore si faccia dare o promettere dal committente, per sé o per altri, denaro od altra utilità come «prezzo» della propria «mediazione illecita» verso il soggetto pubblico. Come ben si comprende, tale ipotesi di reato si presenta in una forma assai più evanescente di quella precedente, poiché, diversamente da questa, il disvalore non si concentra qui sul fine ultimo dell'attività di mediazione incriminata, ossia l'auspicato compimento di un certo atto funzionale da parte dell'agente pubblico, bensì su di uno specifico attributo della stessa intermediazione, ovverosia la sua «illiceità». Ma come risulta evidente, il carattere lecito od illecito di una tale attività (c.d. «*lobbying*»), che – va precisato – non è di per sé in assoluto vietata, potrebbe individuarsi con accettabile precisione soltanto in presenza di una normativa che fissasse i presupposti e stabilisse le procedure della legittima intermediazione con la P.A.: regolamentazione, questa, che al momento però non esiste. Da qui, una sorta di "delega in bianco" che la fattispecie

sembrerebbe allora contenere a favore del giudice, che, di volta in volta, sarebbe chiamato ad individuare le modalità di intermediazione penalmente rilevanti. Ben si comprende, perciò, lo sforzo intrapreso dalla dottrina e dalla giurisprudenza per definire i contenuti di siffatta «illiceità», che l'interpretazione oggi dominante rinviene nella provata finalizzazione dell'attività di *lobbying* alla commissione, da parte del funzionario pubblico, di un qualsiasi fatto di reato idoneo a produrre vantaggi a favore del committente@.

7.5. La fattispecie dell'art. 346-*bis* c.p. prevede uno specifico corredo di aggravanti ed attenuanti. In particolare, un primo aumento di pena è contemplato dal terzo comma nel caso in cui risulti che «il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro od altra utilità rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. Da parte propria, il quarto comma collega un aggravio di pena alla circostanza che i fatti risultino commessi «in relazione all'esercizio di attività giudiziarie, o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-*bis* in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio». Infine, l'ultimo comma prevede una circostanza attenuante non certo sconosciuta né all'ambito dei reati contro la P.A., né ad altri settori di intervento del diritto penale e che, qui riprodotta, solleva però il consueto della sua esatta perimetrazione, posto che essa collega l'abbattimento di pena alla «particolare tenuità» del fatto.

8. L'abusivo esercizio di funzioni pubbliche o di attività soggette a controllo amministrativo: i delitti degli artt. 347 e 348 c.p.

8.1. Non è difficile comprendere come il buon andamento dell'attività amministrativa risulterebbe pregiudicato se le

funzioni pubbliche potessero essere esercitate da chiunque, in difetto della legale investitura che lo abilita alla funzione stessa. D'altra parte, è noto come, in ragione della loro delicatezza tecnica ed importanza sociale, l'esercizio di determinate attività private debba essere autorizzato dalla stessa P.A., poiché norme di legge stabiliscono precipuamente le condizioni abilitative in presenza delle quali un soggetto le può legittimamente esercitare. Risulta allora forse intuibile il *fil rouge* che, pur con qualche semplificazione concettuale, sembra avvincere le previsioni delittuose degli artt. 347 e 348 c.p., rubricate, rispettivamente, «Usurpazione di funzioni pubbliche» ed «Esercizio abusivo di una professione».

8.2. In particolare, l'art. 347 c.p. ha inteso salvaguardare la regolarità della struttura organizzativa della P.A., presupposto fondamentale del regolare funzionamento dell'attività da questa svolta, prevedendo due distinte fattispecie di reato, sebbene esse risultino punite in eguale modo sia quanto all'ammontare della pena principale, sia per l'identità della pena accessoria prevista, ossia quella della pubblicazione della sentenza di condanna (art. 347, ultimo comma, c.p.).

La prima ipotesi di reato consiste nella c.d. «usurpazione in senso stretto», ovverosia nella condotta di chiunque – sia esso privato che p.u. – appunto usurpi una «funzione pubblica», ossia il complesso dei poteri propri di un certo ufficio, ovvero le «attribuzioni inerenti a un pubblico impiego», e cioè l'insieme dei compiti svolti da un dipendente pubblico. Il verbo «usurpare» designa, in generale, la condotta di chi, senza alcun titolo di investitura, o, più in generale, senza alcuna precipua manifestazione di volontà espressa dalla P.A., eserciti uno dei suddetti poteri od attribuzioni. Al riguardo, va comunque precisato che, per ragioni sistematiche e di considerazione del principio di offensività, si ritiene che non sia sufficiente, per aversi usurpazione, che il soggetto si attribuisca un titolo od una qualità tipica di un impiego pubblico, ad esempio "autoproclamandosi" carabiniere piuttosto che professore universitario, provvedendo ciò a stigmatizzare già l'art. 498 c.p.,

essendo invece necessario che egli eserciti in concreto una attività corrispondente a quella usurpata@. Nella medesima prospettiva, si è ulteriormente precisato che, laddove ad agire fosse un p.u., si potrebbe parlare di usurpazione in senso proprio non già nel caso in cui egli avesse emanato un atto che semplicemente viola le regole interne di attribuzione delle competenze entro una certa P.A., bensì nell'ipotesi nella quale egli avesse esercitato un potere del tutto estraneo a quelli tipici del suo ufficio (c.d. «incompetenza assoluta»), dato che nel primo caso troverebbe applicazione, semmai, il delitto di abuso d'ufficio@.

8.3. La seconda ipotesi di reato descrive una più specifica figura di usurpazione delle pubbliche funzioni meglio definibile come «arbitraria prosecuzione di funzioni pubbliche». Il secondo comma dell'art. 347 c.p., infatti, incrimina il p.u. che, pur avendo ricevuto il provvedimento che lo fa cessare o lo sospende dalle funzioni, «continua ad esercitarle». Al riguardo, basterà richiamare l'attenzione sul fatto di come, per configurare il reato, sia necessario che la cessazione o la sospensione dal servizio consegua da un esplicito «provvedimento» della P.A., del quale l'agente abbia – secondo la burocratica espressione dei codificatori – «ricevuto partecipazione», non rilevando quindi, ad esempio, eventuali automatismi temporali nella scadenza del mandato, il che, evidentemente, agevola l'accertamento del "dolo di usurpazione" dell'agente.

8.4. Il primo comma dell'art. 348 c.p. punisce chiunque «abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato». Come si anticipava, la disposizione incriminatrice è intesa a salvaguardare l'interesse pubblico al che determinate attività professionali vengano esercitate soltanto da soggetti in possesso di specifici titoli abilitativi, presidiando con la sanzione penale l'effettività del "filtro di accesso" alle stesse predisposto dalla legge extra-penale.

Non stupisce, quindi, che il nucleo offensivo della fattispecie in

rilievo sia costituito dal riferimento che essa opera al carattere «abusivo» dell'attività esercitata, il quale sottintende, quanto meno, la radicale assenza del titolo abilitativo richiesto dalla legge. In questa prospettiva, va precisato che, secondo l'interpretazione prevalente, proprio il richiamo alla suddetta abusività della condotta, che sottintenderebbe la violazione del sistema formalizzato di autorizzazioni normative che presidia l'accesso allo svolgimento di certe professioni, preclude al giudice ogni altro apprezzamento di natura sostanziale sulla titolazione del reo o sulla bontà di quanto da egli *de facto* compiuto. Ciò significa che ai fini della sussistenza del reato non potranno essere valutati, ad esempio, l'effettiva perizia tecnica della condotta nondimeno intrapresa dal reo, il possesso dei requisiti materiali che lo avrebbero legittimato ad ottenere l'abilitazione richiesta, la reale dannosità, per i suoi destinatari, della prestazione professionale svolta, ecc. Se, quindi, il delitto *de quo* si presenta come fattispecie di danno rispetto all'interesse pubblico al controllo sull'accesso a certe professioni, così che esso risulti limitato a quei soggetti la cui idoneità sia stata formalmente certificata nei modi di legge, rispetto agli interessi finali dell'utente a cui la prestazione è rivolta esso si struttura come reato di pericolo presunto.

8.5. Come tutte le non poche fattispecie presenti nel sistema penale che si limitano *sic et simpliciter* a sanzionare l'esercizio abusivo di una certa attività soggetta ad autorizzazione pubblica, anche quella prototipale dell'art. 348 c.p. propone all'interprete un medesimo problema. Premesso infatti che, come detto, nessun dubbio sulla sussistenza di un simile reato residua ogniqualvolta il reo risulti *ab imis* sprovvisto del richiesto titolo abilitativo, ci si chiede, però, se ed in quali termini patologie iniziali dell'atto autorizzativo o vicende che potrebbero successivamente interessarlo possano influire sulla configurabilità del fatto di reato. Sul punto, basterà qui segnalare come la tendenza prevalente sia quella di distinguere le situazioni sulla base della gravità della patologia che può affliggere il titolo autorizzativo, ovvero in relazione alla radicalità degli effetti che un

provvedimento sopraggiunto può dispiegare sulla perduranza dello stesso. Così, ad esempio, il reato in questione è stato ritenuto in capo a chi abbia esercitato una professione protetta nonostante un provvedimento di sospensione disciplinare o radiazione dal relativo albo@, mentre a diverse conclusioni si è giunti in caso di soggetti che avrebbero dovuto astenersi dal compimento di certi atti professionali in quanto versanti in condizione di incompatibilità o di incompetenza territoriale@.

8.6. Molto si è pure discusso su quale sia la soglia minima di condotta abusiva sufficiente a potere affermare che il reo abbia *sine titulo* «esercitato» una certa professione. Secondo un più rigoroso orientamento, che parrebbe tuttavia in fase recessiva, anche il compimento di un singolo atto, pur se a titolo gratuito, riconducibile al novero di quelli tipici della professione che viene in rilievo sarebbe sufficiente ad integrare il reato@. Secondo un diverso orientamento, più diffuso nella recente giurisprudenza, occorrerebbe invece un esercizio «organizzato» e «continuativo» dell'attività propria della suddetta professione, risultando quindi privo di significato il compimento di atti occasionali o sporadici@. A sostegno di una tale ricostruzione potrebbe invero militare non soltanto il testuale riferimento che la disposizione opera all'«esercizio» di una certa attività, che sottintenderebbe una certa continuità degli atti posti in essere, ma anche la circostanza che a criteri quasi del tutto analoghi si è richiamato lo stesso legislatore in quei casi – simili ma certo non totalmente sovrapponibili – nei quali egli ha parificato alla responsabilità dei soggetti in possesso formalmente di certe qualifiche quella di coloro che, di fatto, ne esercitavano le prerogative più tipiche, come ad esempio è successo nel caso dell'art. 2639 c.c.

8.7. Un cenno meritano, infine, le innovazioni che la l. n. 3 del 2018 (c.d. «legge Lorenzin») ha introdotto nell'art. 348 c.p., tese ad inasprirne il trattamento sanzionatorio con una particolare attenzione – sebbene non tradottasi in precipue specificazioni normative – agli esercenti una professione sanitaria. Nel nuovo secondo comma, infatti, si prevede la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca delle cose che servirono o

furono destinate a commettere il reato, nonché, laddove il reo eserciti regolarmente una «professione o attività», la trasmissione della stessa sentenza «al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata». L'inedito terzo comma, invece, ha provveduto ad emarginare, tra le possibili condotte di compartecipazione al reato, quella del «professionista che ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo», sanzionandola con una pena aggravata.

9. La violazione di vincoli pubblicistici di intangibilità posti su specifiche cose: i delitti degli artt. 349 e 351 c.p.

9.1. Con le fattispecie recate dagli artt. 349 e 351 c.p. il legislatore sembra avere apprestato tutela ad un precipuo profilo del più generale bene del «buon andamento» della P.A., ovverosia all'interesse di quest'ultima alla conservazione di determinate «cose», siano esse custodite dalla stessa P.A., siano esse nella disponibilità dei privati, ma nondimeno soggette a vincoli di conservazione esteriorizzati da appositi segni distintivi. In particolare, e come meglio si dirà, nella prima delle richiamate incriminazioni l'offesa si esprime nell'avvenuta violazione dei segni esteriori che significano ai terzi l'intangibilità della cosa (il «sigillo»), mentre nella seconda ad essere aggredita è direttamente la materialità della *res* in quanto custodita dalla P.A., sebbene al di fuori dei più specifici vincoli già considerati da altre fattispecie, come ad esempio quelle degli artt. 334, 335, ovvero 388 c.p.

9.2. Precipuamente, l'art. 349 c.p., rubricato «Violazione di sigilli», incrimina «Chiunque viola i sigilli, per disposizione della legge o per ordine dell'Autorità apposti al fine di assicurare la

conservazione o la identità di una cosa». La disposizione, che nella sua dimensione letterale può assumere a tutta prima un sapore *rétro*, si riferisce ad uno strumento — quello appunto del «sigillo» — che invece è ancora utilizzato dalle Autorità pubbliche, giudiziarie e non, per significare *erga omnes* la sussistenza di un vincolo cautelare sulla cosa che ne è oggetto, della quale si intende specificamente preservare o lo stato in cui si trova (la «conservazione»), ovvero la sua riconoscibilità rispetto ad altre simili (la «identità»). Tuttavia, occorre segnalare come la prassi applicativa abbia significativamente slabbrato i contorni semantici della *littera legis* quanto meno in due direzioni.

Da un canto, infatti, occorre segnalare come la nozione di «sigillo», che letteralmente allude a quegli specifici dispositivi apposti sulla *res serbanda* che appalesino l'esistenza del vincolo pubblico su di essa gravante, sia stata per lo più intesa in senso ampio, sì da ricomprendere ogni e qualsiasi segno esteriore che possa comunque manifestare l'esistenza di una volontà della P.A. di preservare un certo bene, come ad esempio è stato ritenuto il semplice cartello recante l'avvenuto sequestro di un cantiere@. D'altro canto, anche la prospettiva di tutela nella quale la sua dimensione letterale parrebbe collocare la fattispecie risulta essere stata nel tempo trasfigurata. Ed invero, alla salvaguardia dell'integrità materiale del sigillo apposto sulla cosa, che simbolizza la persistenza del vincolo su di essa gravante, è venuta sostituendosi la protezione della stessa «custodia sigillata», ossia, direttamente, la preservazione del vincolo pubblico che incombe sulla *res serbanda*. Solo in questa prospettiva, infatti, può spiegarsi il perché l'art. 349 c.p. sia stato ritenuto ugualmente applicabile anche in assenza della letterale «violazione» del sigillo, che ne sottintenderebbe la materiale rottura, apertura, rimozione, distruzione o simili, ma al ricorrere di una accertata infrazione del vincolo da questo simboleggiato. Si pensi ad esempio al caso dell'accesso ad un immobile guadagnato attraverso una finestra sulla quale, diversamente dalla porta e da tutte le altre aperture, per dimenticanza non era stato apposto il sigillo del sequestro giudiziario@, o a quello del soggetto che, in

assenza di sigilli o segni esteriori dell'imposto vincolo, aveva utilizzato dei beni pur sapendo dell'esistenza di quest'ultimo@.

9.3. Salvo sembra invece essere rimasto, anche in giurisprudenza, il limite dello scopo a cui l'apposizione del sigillo violato deve essere funzionalmente orientata, che la disposizione incriminatrice identifica segnatamente in quello di assicurare «la conservazione o la identità» della *res*. È in questa prospettiva, infatti, che possono leggersi quegli orientamenti che negano la sussistenza del reato nei casi in cui il sigillo violato sia stato apposto, ad esempio, per attestare l'inagibilità di un immobile@, ovvero per impedire la prosecuzione di un'attività commerciale non autorizzata@.

È infine da segnalare che il secondo comma dell'art. 349 c.p. contempla una aggravante per il precipuo caso in cui il fatto sia commesso da chi «ha in custodia» la cosa, ovverosia da colui che sia stato nominato dall'Autorità «custode» della stessa. Siffatta investitura, che del resto fa assumere a tale soggetto la qualifica di esercente un pubblico servizio, invero produce in capo al custode un obbligo istituzionale di conservazione della cosa, che peraltro deve essere espressamente accettato: obbligo formale, questo, la cui violazione spiegherebbe l'aggravio di pena.

9.4. Da parte propria, l'art. 351 c.p., rubricato «Violazione della pubblica custodia di cose», punisce, salvo che il fatto «non costituisca un più grave delitto», chiunque «sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora corpi di reato, atti, documenti, ovvero un'altra cosa mobile particolarmente custodita in un pubblico ufficio, o presso un pubblico ufficiale o un impiegato che presti un pubblico servizio». Come appare chiaro, la disposizione intende sanzionare le forme più gravi di offesa recata all'interesse della P.A. alla salvaguardia dell'integrità di specifiche cose, posto che essa non soltanto richiede che la *res serbanda* venga sottratta od irrimediabilmente soppressa, distrutta, dispersa o deteriorata, ma anche che quest'ultima già fosse nella disponibilità materiale della P.A.

9.5. Le problematiche interpretative che la fattispecie pone non sono tanto quelle legate all'individuazione della condotta criminosa, che, come visto, il legislatore ha tipizzato mediante un'elencazione tendenzialmente esaustiva delle forme di "aggressione" materiale esercitabili sulla *res*. Le maggiori difficoltà emergono, infatti, nella perimetrazione delle cose sulle quali, secondo la disposizione, le condotte criminose devono abbattersi. Per vero, soverchie difficoltà non sembrerebbero porsi nell'individuare ciò che deve intendersi per «corpo del reato», venendo difatti all'uopo in soccorso il disposto dell'art. 253, comma 2, c.p.p., ma lo stesso non può dirsi per gli ulteriori oggetti materiali richiamati. Peraltro, va premesso che, allo scopo di conferire alla fattispecie una maggiore pregnanza offensiva, che meglio ne giustificherebbe la risposta sanzionatoria, si ritiene pacificamente che oggetto di «particolare custodia» debbano essere non soltanto la «cosa mobile», alla quale unicamente il legislatore si riferisce da un punto di vista letterale, ma anche il suddetto corpo del reato nonché gli «atti» ed i «documenti», il che naturalmente rende ancora più decisivo comprendere in cosa consista la «particolarità» di siffatta custodia, che è invece qualificazione tutt'altro che chiara.

E per vero, nell'interpretazione di tale requisito sembrano misurarsi tre diverse ricostruzioni interpretative, il cui denominatore comune è costituito dalla affermata irrilevanza del fatto che la P.A. abbia o meno assunto in concreto precipue misure di cautela a protezione della *res*. Secondo un più formale approccio, le cose dovrebbero ritenersi «particolarmente» custodite allorquando sussistano precipue disposizioni normative – siano esse di legge o di rango amministrativo – che stabiliscano particolari cautele per la detenzione, copia o conservazione delle cose stesse (es.: domande di concorsi pubblici, merci nei depositi doganali, ecc.). A parere di altri, invece, ciò che per definizione renderebbe speciale la custodia di talune cose sarebbe il fatto che la loro sostituzione si rivelerebbe difficile o comunque comporterebbe un grave danno alla P.A. coinvolta. Secondo, infine, un terzo approccio interpretativo, più radicato in

giurisprudenza e maggiormente sensibile alla *ratio* di tutela più profonda dell'incriminazione, soggette a custodia particolare dovrebbero sempre e comunque intendersi tutte quelle cose, atti o documenti che risultino avvinte da uno stretto rapporto funzionale al perseguimento del fine istituzionale della specifica P.A.@, con esclusione, naturalmente, di tutto quello che costituisce la ordinaria dotazione od il corredo del pubblico ufficio.

10. Fattispecie di perturbazione del regolare svolgimento dell'attività negoziale della P.A.

10.1. Un ultimo gruppo di reati tendenzialmente omogeneo, almeno dal punto di vista della finalità della tutela, sembra essere quello contemplato dagli artt. 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 c.p. Tali figure criminose, infatti, parrebbero unitariamente orientate a salvaguardare il regolare svolgimento dell'attività negoziale della P.A., attraverso la quale gli enti pubblici acquisiscono sul mercato, nel rispetto di determinate procedure, i beni ed i servizi necessari all'espletamento delle loro funzioni istituzionali.

In particolare, i primi tre dei delitti appena richiamati sono intesi a reprimere quell'ampia e variegata gamma di condotte, siano esse di natura violenta che fraudolenta, che perturbano il regolare svolgimento delle procedure mediante le quali la legge – ed oggi, precipuamente, il c.d. «codice dei contratti pubblici» di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 – disciplina le forme di acquisizione di beni e servizi da parte della P.A., garantendo che esse si svolgano nel rispetto della piena libertà decisionale dell'ente pubblico ed in regime di reale concorrenza tra gli operatori privati.

È così che, sotto l'ampia rubrica di «Turbata libertà degli incanti», l'art. 353 c.p. punisce colui che, mediante «violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti», «impedisce o turba» i procedimenti negoziali della

P.A., ovvero «ne allontana gli offerenti». Da parte propria, il delitto di «Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente», introdotto all'art. 353-*bis* c.p. dalla l. n. 136 del 2010, ha inteso irrobustire la tutela del regolare svolgimento delle gare alle quali la P.A. è interessata, con particolare riferimento alla fase prodromica della predisposizione del bando di gara, incriminando colui che, con le stesse modalità di condotta tipizzate dall'art. 353 c.p., «turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente». Chiude il plesso penalistico qui in rilievo la fattispecie dell'art. 354 c.p., che, in piena consonanza con la propria *rubrica legis*, intitolata alla «Astensione dagli incanti», punisce colui che, per denaro od altra utilità, appunto «si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente».

10.2. I delitti recati dagli artt. 355 e 356 c.p. parrebbero invece agire – si passi l'espressione – "a valle" della procedura negoziale, allorquando, cioè, il contraente è chiamato a dare esecuzione alle prestazioni concordate con la P.A. ovvero con un privato che svolga un servizio pubblico o di pubblica necessità. Da queste disposizioni incriminatrice traspare, forse più che da altre, il rilievo del tutto particolare che il legislatore del 1930 ha inteso riconoscere all'interesse pubblico, anche a quello di natura economica. Tale riguardo appare infatti evidente laddove si consideri che, nella sostanza, le fattispecie *de quibus* reprimono con la pena quelle che, propriamente, sembrano essere violazioni degli obblighi contrattuali, le quali, di norma, risultano sanzionate dall'ordinamento con gli strumenti del diritto civile o, al più, con i comuni reati contro il patrimonio.

In particolare, sotto la rubrica «Inadempimento di contratti di pubbliche forniture», l'art. 355 c.p. punisce a titolo delittuoso chiunque «non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere,

che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio». La disposizione contempla inoltre previsioni aggravanti che tengono conto dell'importanza – nell'ottica del legislatore – dell'oggetto della prestazione contrattuale inadempiuta (comma 2), l'espressa tipicità della realizzazione colposa del fatto delittuoso (comma 3), nonché l'estensione della responsabilità anche ai subfornitori, ai mediatori ed ai rappresentanti dei fornitori (comma 3). Da parte propria, l'art. 356 c.p., rubricato «Frode nelle pubbliche forniture», punisce chiunque commette – forse un poco genericamente – «frode» nella «esecuzione dei contratti di fornitura o nell'adempimento degli altri obblighi contrattuali indicati nell'articolo precedente», salvo inoltre riproporre il medesimo aggravio di pena per gli stessi casi contemplati dal secondo comma di quest'ultimo.

Bibliografia essenziale

Capitolo XXVIII
Delitti contro il patrimonio

di Fausto Giunta

1. Partizioni sistematiche e classificatorie

1.1. Il codice penale parla dei delitti contro il patrimonio in diversi contesti normativi.

Vengono in rilievo innanzitutto le fattispecie incriminatrici raccolte nel Titolo XIII, intitolato per l'appunto "Dei delitti contro il patrimonio".

In secondo luogo devono considerarsi gli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p., i quali prevedono due circostanze comuni, l'una, aggravante,

concernente il danno di rilevante gravità, l'altra, attenuante, relativa al danno di speciale tenuità. Entrambe si applicano ai delitti che "comunque offendono il patrimonio", indipendentemente dalla loro collocazione sistematica.

Anche al di fuori del Titolo XIII c.p., dunque, esistono reati la cui plurioffensività abbraccia interessi patrimoniali (si pensi, solo per evocare una di queste fattispecie, alla violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex* art. 570 c.p.). Per converso, tra i delitti compresi nel titolo XIII c.p. ve ne sono alcuni lesivi, oltre che del patrimonio, anche di altri beni giuridici, come, per esempio, la libertà morale offesa tanto dalla rapina (art. 628 c.p.), quanto dall'estorsione (art. 629 c.p.). In quest'ambito rientra oggi anche il danneggiamento (art. 635 c.p.).

Si discute, poi, se sia corretta la collocazione tra i delitti in parola del sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), quale ipotesi speciale del *sequestro* a dolo generico previsto nel titolo XII (art. 605 c.p.). In effetti, l'elemento di patrimonialità del sequestro estorsivo risiede nell'oggetto del dolo specifico, ossia nello scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto quale prezzo della liberazione del soggetto passivo. Esaurendosi la finalizzazione estorsiva nella sfera psicologica dell'agente, essa non incide sul piano dell'offesa, che resta ancorata esclusivamente alla libertà personale@.

Di recente ha suscitato perplessità, infine, il mantenimento dell'usura (art. 644 c.p.) tra i delitti contro il patrimonio. Secondo parte della dottrina, dopo la riforma della fattispecie incriminatrice, ad opera della legge 7 marzo 1996, n. 108, l'usura avrebbe mutato natura. A differenza della formulazione codicistica originaria, che era incardinata sul requisito dell'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, quella vigente fonda il disvalore del fatto esclusivamente sul carattere usurario degli interessi o dei vantaggi. Se ne trae la conclusione che si tratterebbe di un delitto contro il bene superindividuale della regolarità del mercato creditizio@. Ma sul punto si avrà modo di tornare (v. *infra* § 16).

Analoghe riserve sulla correttezza della loro collocazione nella topografia codicistica sono state avanzate in relazione al riciclaggio, ritenuto piuttosto un delitto economico@.

1.2. La nostra attenzione si concentrerà esclusivamente sulle figure di reato previste, a torto o a ragione, nel Titolo XIII, la cui partizione interna tra delitti commessi mediante violenza e delitti commessi con frode è alquanto incoerente. Il furto, per esempio, seppur classificato come delitto con violenza, non richiede una siffatta modalità di condotta; dal punto di vista criminologico, anzi, la sua caratteristica più frequente è quella di essere realizzato in modo clandestino.

Preferibile è, dunque, una diversa e diffusa classificazione di matrice dottrinale, che distingue e raggruppa i reati del Titolo XIII in due categorie.

Alla prima appartengono i delitti di aggressione unilaterale, nei quali la condotta tipica cade direttamente sull'altrui bene patrimoniale, come nel caso delle fattispecie di sottrazione, appropriazione, danneggiamento e turbativa.

Nella seconda categoria rientrano i delitti con la cooperazione (viziata o condizionata) del soggetto passivo, che si auto-danneggia attraverso il compimento di un atto di disposizione patrimoniale. In questi casi l'agente sfrutta la situazione di inferiorità del soggetto passivo o ne condiziona il comportamento in modo coercitivo o fraudolento.

Per quanto condivisibile, però, l'anzidetta distinzione non è esaustiva. Vi sono figure di reato, comprese nel Titolo XIII, che non sono riconducibili in nessuno dei due gruppi, ma possono validamente raggrupparsi in una terza categoria residuale: quella dei delitti di *consolidamento e perpetrazione del danno patrimoniale*. Il riferimento è alla ricettazione (art. 648 c.p.), al riciclaggio (art. 648-bis c.p.) e all'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.), di cui si dirà avanti (v. *infra*, § 18).

2. Nozioni civilistiche e interpretazioni autonomistiche

2.1. Nei delitti contro il patrimonio figurano nozioni di natura civilistica. Si pensi essenzialmente ai concetti di possesso, detenzione, altruità, cosa mobile e immobile, patrimonio, danno e profitto.

Secondo una prima e meno recente impostazione, tali nozioni costituiscono elementi normativi del fatto tipico (v. *supra* cap. IV, § 3.2.). Essi andrebbero interpretati in senso civilistico per assicurare l'unità dell'ordinamento giuridico. Sennonché il riconoscimento della natura normativa di un elemento di fattispecie non precede l'interpretazione, ma fa parte dell'interpretazione@. Questo spiega perché nei delitti contro il patrimonio prevalga la tendenza a intendere tali nozioni in modo autonomo. La loro interpretazione civilistica, infatti, condurrebbe, in molti casi, a esiti applicativi del tutto incongrui. Considerato ciò, la coincidenza tra i concetti richiamati e il loro significato civilistico non può che essere frutto di una presunzione relativa, la quale deve cedere il passo all'interpretazione autonomista quando l'accezione civilistica risulti irragionevole o contraddittoria.

2.2. È quanto accade in relazione al concetto penalistico di possesso che dottrina e giurisprudenza intendono in deroga alla nozione civilistica (v. *supra* cap. IV, § 3.2.). Quest'ultima, come noto, ruota sull'esercizio di un potere di fatto *uti dominus*. Se essa venisse trasferita nel diritto penale, nel caso di deposito si aprirebbe un irragionevole spazio tra furto e appropriazione indebita, tradizionalmente ritenute fattispecie contigue, l'una incentrata sulla sottrazione della cosa da parte di non la detiene (requisito negativo), l'altra sull'impossessamento ad opera del possessore (requisito positivo). Ebbene, l'aggressione unilaterale proveniente dal depositario, in quanto detentore e non possessore

per il diritto civile, non costituirebbe furto per difetto del requisito negativo (l'agente sarebbe detentore), ma non sarebbe sanzionabile nemmeno come appropriazione per mancanza del requisito positivo (il depositario non sarebbe possessore). Tutto ciò, peraltro, in contrasto con la lettera della legge. Che il deposito ben possa costituire il presupposto dell'appropriazione indebita è confermato, infatti, dalla previsione dell'apposita aggravante nel caso in cui esso sia necessario (art. 646, comma 2, c.p.).

Per evitare questo epilogo si conviene che il possesso penalistico consista nella signoria di fatto sulla cosa al di fuori del controllo di chi esercita su di essa un potere giuridico maggiore. Da questa angolazione anche il depositario sarebbe possessore e passibile di pena, ai sensi dell'art. 646 c.p., nel caso di condotta appropriativa.

E ancora: il facchino dell'albergo, che porta le valigie dei clienti in camera, non è né un possessore, perché agisce sotto il controllo dei proprietari, né un detentore trattandosi di una situazione priva di stabilizzazione, ma una *longa manus* dei suoi clienti, al pari di un mezzo meccanico di trasporto dei bagagli. Se così non fosse, ove fuggisse con le valigie, non avrebbe commesso un furto, prevedendo questa fattispecie che la cosa venga sottratta a chi la detiene. Invece, proprio perché non detiene e non possiede, il facchino commette furto se sottrae la cosa mobile (spossessando il possessore) e se ne impossessa (instaurando un nuovo possesso). Risponderà, invece, di appropriazione indebita il corriere che porta a casa sua la merce da consegnare al destinatario. Nel furto manca la violazione dell'affidamento che, invece, è requisito costitutivo dell'appropriazione indebita.

2.3. Gran parte dei delitti contro il patrimonio prevede, tra i requisiti costitutivi, l'altruità, ora della cosa (come oggetto di aggressione unilaterale), ora del danno patrimoniale (quale conseguenza dell'atto di disposizione). La loro funzione è negativa: escludere che il reato abbia ad oggetto *res nullius* o *derelictae* oppure offenda il patrimonio dell'agente.

Si discute se l'altruità della cosa equivalga al diritto di proprietà da parte di soggetti diversi dall'agente oppure sia sufficiente il possesso o l'esistenza di un diritto di godimento o, addirittura, la mera detenzione *nomine alieno*. Parallelamente, rispetto al danno, ci si chiede se soggetto passivo del reato sia solamente il proprietario della cosa o anche il possessore, il titolare di un diritto di godimento o perfino il semplice detentore. La soluzione non può essere unitaria, ma dipende dall'interpretazione di ogni singola fattispecie incriminatrice.

Per esempio, sotto la vigenza del disegno originario del codice, si riteneva che il proprietario non potesse rispondere del furto della cosa esclusivamente propria ai sensi dell'art. 624 c.p., perché sarebbe andato incontro a un trattamento sanzionatorio più severo di quello previsto dall'art. 627 c.p. per la sottrazione di cosa comune (quindi solo in parte sua). L'abrogazione di questa fattispecie, ad opera del d. lgs. n. 7 del 2016, riapre la questione, che va risolta in base ad argomenti di ordine generale, come la tendenza politico-criminale al potenziamento della procedibilità a querela, che sarebbe frustrata dalla moltiplicazione interpretativa dei soggetti passivi.

A fortiori non commette furto colui che sottrae al ladro la cosa di sua proprietà. Il principio di coerenza dell'ordinamento giuridico "impedisce di accordare la tutela al prodotto di un'aggressione patrimoniale e al suo autore contro i terzi e lo stesso proprietario"@.

2.4. La cosa tanto mobile, quanto immobile, rileva come oggetto materiale dei delitti contro il patrimonio che consistono in una aggressione diretta e unilaterale. Si pensi, per esempio, al furto, all'appropriazione indebita e al danneggiamento.

Sul piano definitorio deve osservarsi l'estrema genericità del termine "cosa", il cui impiego può essere così vario da rasentare l'indeterminatezza.

L'aggettivazione "mobile" e "immobile" restringe la funzione denotativa del concetto di "cosa", ma non in modo certo. Ne è una

conferma l'esigenza, avvertita dall'art. 624, comma 2, c.p., equiparare alla cosa mobile l'energia elettrica e ogni altra energia avente valore economico. Lo stesso deve dirsi dell'art. 812 c.c., che contiene l'elencazione dei beni immobili e una di una definizione residuale di bene mobile. Si tratta, però, di parametri che non sono risolutivi in senso assoluto. Secondo un insegnamento pacifico, per esempio, è mobile la parte di una cosa immobile che è stata separata da quest'ultima e quindi mobilizzata@.

In realtà è il contesto semantico che consente di riconoscere la cosa e la sua natura. Per esempio, nel delitto di furto la cosa mobile deve essere oggetto di "sottrazione" e "impossessamento", espressioni che indicano, per opinione consolidata, lo spoglio del soggetto passivo e il contestuale trapasso di valore nel patrimonio del reo. Ciò esclude, nonostante la diversa opinione della giurisprudenza, che la cosa mobile del furto possa consistere in un file informatico, perché la sua copiatura non ne comporterebbe la sottrazione, ossia la perdita dell'oggetto da parte del detentore. D'altro canto, quand'anche l'originale del file venisse distrutto immediatamente dopo la sua duplicazione, tale condotta non potrebbe ricondursi allo schema dell'impossessamento da parte del reo, per mancanza di un trasferimento della cosa dal soggetto passivo all'agente. In breve: il contesto dell'art. 624 c.p. chiarisce che l'oggetto materiale del furto non può consistere in una cosa immateriale, senza forzare l'area dei significati correttamente estraibili dalla disposizione@.

Diversamente deve dirsi della copiatura di un file da parte del possessore che lo detiene legittimamente. In questo caso, in presenza del danno patrimoniale e del fine dell'ingiusto profitto, il fatto può rientrare nella cornice dell'art. 646 c.p., perché la condotta tipica ivi prevista – l'appropriazione – è causalmente orientata, ossia incentrata sull'interversione del possesso.

Quale che sia la sua natura mobile o immobile, la cosa deve avere un valore di scambio. Per l'orientamento prevalente, la cosa, segnatamente quella mobile, può aver anche soltanto un

valore affettivo per il soggetto passivo, come la lettera di una persona cara. La questione, come si dirà a seguire, è strettamente collegata alla nozione di patrimonio.

2.5. Alcune fattispecie contenute nel Titolo XIII c.p. si caratterizzano per l'espresso ancoraggio della tipicità al duplice evento del danno e del profitto (si pensi, per esempio all'estorsione e alla truffa). In altri reati il profitto costituisce l'oggetto del dolo specifico (si pensi al furto, alla rapina e all'appropriazione indebita). Il danno e il profitto possono rappresentare infine requisiti impliciti, come, per esempio nell'usura. In ogni caso la loro interpretazione dipende dalla nozione di patrimonio da cui si muove; una scelta, questa, che condiziona la dimensione valoriale di tali nozioni, incidendo sulla portata complessiva della tutela offerta dal sistema.

Secondo l'impostazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, il patrimonio sarebbe penalmente tutelato nella sua funzione strumentale alla piena realizzazione della persona, che ne è titolare. Questa strumentalità, però, anziché accorciare il raggio di azione del Titolo XIII c.p., lo estende in modo incontrollato includendo nel concetto di patrimonio entità il cui valore non è economico. Si è già detto della cosa mobile avente valore esclusivamente affettivo. Si può aggiungere adesso che in base alla nozione allargata di patrimonio, anche le parti del corpo rientrerebbero nel concetto di patrimonio, meritevole di tutela. Per questa via si è arrivati di recente a ravvisare il delitto di rapina nel prelievo di ovociti dall'utero di una donna, realizzato in ambiente clinico contro la sua volontà, da personale medico, "in quanto gli ovociti possono essere considerati 'cose mobili' nel momento in cui vengono distaccati dal corpo umano e da tale momento sono pienamente detenuti dalla donna, attesa la possibilità della stessa sia di utilizzarli che di donarli a coppie con problemi di sterilità, sicché gli stessi sono passibili di sottrazione e impossessamento"@. E ancora: sempre sulla base della concezione allargata di patrimonio il profitto consisterebbe in qualsiasi locupletazione anche di natura morale o sentimentale (v. *infra* 3.6.).

Preferibile appare la concezione del patrimonio che restringe l'ambito della tutela agli interessi economicamente rilevanti sotto il profilo rigorosamente oggettivo@.

2.6. In nome del principio di offensività deve escludersi la sussistenza del danno in presenza di diminuzioni patrimoniali oggettivamente irrilevanti, perché prive di valore di scambio. Si pensi al furto dell'acino d'uva o a casi similari.

3. Le aggressioni unilaterali. Il furto

3.1. I delitti di sottrazione hanno ad oggetto il patrimonio mobiliare. La categoria comprende il furto (art. 624 c.p.), il furto in abitazione e con strappo (art. 624-*bis* c.p.), i furti minori (art. 626 c.p.) e la rapina (art. 628 c.p.). Queste figure di reato hanno in comune il carattere bifasico della condotta, che si articola nella sottrazione e nell'impossessamento. Si tratta di momenti concettualmente distinti che possono essere contestuali o meno.

La sottrazione consiste nell'altrui spossessamento e si verifica quando l'agente interrompe la piena signoria sul denaro o la cosa mobile (concetto, questo, comprensivo degli animali da compagnia) da parte del soggetto passivo. Per aversi l'impossessamento, che segna il momento consumativo, occorre invece che il reo instauri sull'oggetto materiale la propria e autonoma disponibilità. I delitti di sottrazione comportano un trapasso di valore dalla sfera patrimoniale del soggetto passivo a quella del reo. All'impoverimento del primo, che si verifica con la sottrazione, corrisponde l'arricchimento del secondo, che avviene con l'impossessamento.

3.2. Rispetto alla figura generale del furto (art. 624 c.p.), le altre ipotesi di reato sopra menzionate sono speciali. In particolare le fattispecie di furto in abitazione e con strappo (art. 624-*bis* c.p.), che costituiscono autonome figure di reato, sono più gravemente

punite e si caratterizzano l'una per il luogo in cui si verifica il reato, l'altra per le modalità della sottrazione.

3.3. Quanto alla prima, il furto in abitazione è un reato complesso (art. 84 c.p.), che si realizza mediante introduzione del reo in un edificio o in un altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle appartenenze di essa. Per la corretta interpretazione del disposto normativo deve farsi riferimento alla nozione di (altrui) domicilio di cui all'art. 614 c.p. Per la sussistenza del reato tra l'introduzione nell'abitazione e l'impossessamento della cosa ci deve essere un nesso di strumentalità necessaria e non una semplice occasionalità@, come nel caso del manovale che, presente nell'altrui abitazione per attività di manutenzione, ne approfitta per sottrarre un soprammobile.

Si tratta all'evidenza di un reato plurioffensivo, in quanto l'aggressione non si limita al patrimonio, ma si estende alla libertà domiciliare, perdendo la sua rilevanza di fattispecie autonoma ai sensi dell'art. 614 c.p. Non rientrano nel raggio di azione della fattispecie in esame, ricadendo invece in quella comune di furto, le condotte di sottrazione e impossessamento che si realizzano nei luoghi pubblici.

3.4. Il furto con strappo richiede che la cosa mobile altrui venga strappata di mano o di dosso alla persona. Oggetto della violenza fisica deve essere la cosa e non direttamente la persona, versandosi altrimenti nella più grave fattispecie della rapina (art. 628 c.p.) (v. *infra* § 4.).

3.5. L'art. 626 c.p. contempla tre autonome figure di reato, meno gravemente punite e per questo denominati furti minori. Si tratta del furto d'uso, del furto lieve per bisogno e dello spigolamento abusivo, reati tutti di competenza del giudice di pace, con le conseguenze che ne discendono sul piano del trattamento sanzionatorio (v. *supra* cap. XII, § 6).

Nella prima fattispecie il reo agisce al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, la quale viene poi

immediatamente restituita, sempre che l'utilizzo non l'abbia deteriorata in modo apprezzabile. *A fortiori* le cose che si consumano con l'uso non possono costituire l'oggetto materiale del reato in esame. La restituzione dei beni fungibili può avere ad oggetto il *tantundem,* ossia l'equivalente per specie, qualità e quantità. Il concetto di "restituzione" va inteso in senso lato: costituisce pertanto riconsegna della cosa sottratta qualunque condotta volontaria che consenta al derubato di rientrare agevolmente nel possesso della cosa.

La condotta restitutoria è una condizione di minore punibilità, che ricorre anche quando è stata impedita da fattori indipendenti dall'agente, come il caso fortuito o forza maggiore (si pensi al ladro che viene bloccato dalla polizia)@. La mancata restituzione, se volontaria o colposa, comporta invece l'integrazione del delitto di furto (come, per esempio, nell'ipotesi in cui il reo, dopo aver sottratto l'altrui automobile, l'ha distrutta in incidente stradale dovuto a eccesso di velocità).

Il reato si consuma, come il furto comune, con l'impossessamento, che segna il momento dell'offesa. Il tentativo è configurabile finché non si è verificato l'impossessamento, purché il dolo comprenda *ab origine* l'uso momentaneo della cosa e l'intento restitutorio.

Il furto lieve per bisogno ricorre quando l'oggetto materiale del reato consiste in cose di tenue valore e il fatto è commesso per provvedere a un grave e urgente bisogno, proprio o di terzi, ossia per ovviare a un pregiudizio alla persona, anche di natura solamente morale. Questo requisito non coincide con i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Assume rilievo, infatti, anche il bisogno che non comporti il pericolo di danno grave alla persona. Per converso, il generico stato di miseria non è di per sé sufficiente. Il fatto deve collegarsi a una esigenza non differibile e può avere ad oggetto un bene in grado di soddisfarla direttamente o in modo anche indiretto (come nel caso del furto di denaro per raggiungere il capezzale dell'amico morente).

Lo spigolamento abusivo, infine, ha ad oggetto i residui dei prodotti coltivati nell'altrui campo. Si tratta di un fossile penalistico, sopravvissuto alla civiltà contadina e alla sua economia.

3.6. Le fattispecie di furto di cui agli artt. 624, 624-*bis* e 626, n. 1 e 2, c.p., richiedono il dolo specifico, consistente nel fine di procurare a sé o ad altri un incremento della propria sfera patrimoniale@ ovvero di provvedere a un grave e urgente bisogno. Lascia dunque perplessi la tesi che ravvisa il fine di profitto anche soddisfacimento di un bisogno psichico o nel compimento del fatto per dispetto, ritorsione o vendetta@, oppure ancora per perseguire un vantaggio di natura morale o sentimentale@. Il dolo dello spigolamento (art. 626 n. 3) invece è generico.

3.7. A differenza di quanto prevedono altri delitti contro il patrimonio, il profitto non deve essere necessariamente ingiusto. Questa scelta legislativa riduce la funzione selettiva del dolo, già ristretta dalla giurisprudenza, secondo cui il profitto non deve avere necessariamente un valore economico, bastando il perseguimento di un qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale. Non essendo richiesto che detta locupletazione sia necessariamente ingiusta, il reato sussisterà anche quando la condotta di spoglio è finalizzata a soddisfare un'utilità di per se stessa conforme al diritto (come nel caso della condotta di chi sottrae la propria cosa a chi a sua volta l'ha sottratta).

3.8. I delitti di furto sono oggi procedibili a querela.

Si procede d'ufficio:

a) se la persona offesa è incapace per età o per infermità;

b) se ricorre una delle aggravanti speciali di cui all'art. 625, n. 7 (furto di cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici o sottoposte a sequestro o a pignoramento o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza, purché non esposte alla pubblica fede), e n. 7-*bis*p. ("se il fatto è commesso su componenti

metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica").

3.9. L'art. 625 prevede delle circostanze aggravanti speciali per il furto di cui all'art. 624.

La pena per il fatto previsto dall'articolo 624 è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 927 a 1.500 : se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento; se il colpevole porta in dosso armi o narcotici, senza farne uso; se il fatto è commesso con destrezza; se il fatto è commesso da tre o più persone, ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di un pubblico servizio; se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande; se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza; se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica; se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria; se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto; se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro.

Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da

tre a dieci anni e della multa da euro 206 a 1.549.

3.10. L'art. 625-*bis* dispone che nei casi previsti dagli artt. 624, 624-*bis* e 625 la pena è diminuita di un terzo alla metà qualora il colpevole, prima del giudizio, abbia consentito l'individuazione dei correi o di coloro che hanno acquistato, ricevuto od occultato la cosa sottratta o si sono comunque intromessi per farla acquistare, ricevere od occultare.

4. La rapina

4.1. A differenza del furto che può essere aggravato dalla violenza sulla cosa, la rapina, prevista all'art. 628 c.p., consiste nello spoglio con violenza alla persona. Si tratta, pertanto, di un reato plurioffensivo e complesso (art. 84 c.p.).

4.2. Si ha rapina c.d. propria quando, mediante violenza alla persona o minaccia, l'agente, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene (comma 1). Nella rapina *propria* la coercizione è strumentale alla sottrazione. La violenza e la minaccia possono riguardare anche una persona diversa dal soggetto che subisce l'aggressione patrimoniale (si pensi alla consegna della cosa mobile da parte del proprietario, il cui figlio è minacciato dall'aggressore con un'arma da fuoco).

4.3. La rapina è *impropria* quando, immediatamente dopo la sottrazione, l'agente usa violenza o minaccia per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta o per procurare a sé o ad altri l'impunità. La condotta coercitiva – chiarisce l'art. 628, comma 2, c.p. – deve intervenire dopo la sottrazione. Noncurante del testo di legge la giurisprudenza estende l'ambito della fattispecie al caso in cui la violenza o la minaccia intervengano dopo il tentativo di sottrazione per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri

l'impunità@. In questo caso la soluzione rispettosa del principio di legalità è quella meno severa del concorso tra furto tentato e violenza privata.

4.4. In entrambi i casi la coazione del soggetto passivo assume un'assoluta centralità nella struttura della fattispecie. A questo proposito, stante la severità della pena comminata, la violenza deve risultare, oltre che strumentale allo spoglio, apprezzabile sotto il profilo dell'intensità. Lascia perplessi, pertanto, il rigore della giurisprudenza che ha tracciato il confine tra rapina e furto con strappo in base alla particolare tipologia dell'oggetto materiale. Nel caso di specie si trattava di un orologio tenuto al polso da apposito cinturino, la cui sottrazione alla vittima comportava, necessariamente, un *quantum* di violenza in danno della stessa che doveva essere pur brevemente immobilizzata e comunque subire lo sganciamento dell'orologio contro la sua volontà@.

È insegnamento consolidato, infatti, che nella rapina il reo sottrae la cosa esercitando sulla vittima una violenza o una minaccia diretta e ineludibile, mentre nell'estorsione la coartazione non determina il totale annullamento della libertà morale del soggetto passivo@. Si distingue, pertanto, tra coazione assoluta, tipica della rapina, che incapacita del tutto riducendo il soggetto passivo a *longa manus* del reo, e coazione relativa, tipica dell'estorsione (come si vedrà, limitatamente ai casi di aggressione al patrimonio mobiliare), che lascia residuare un ragionevole margine di scelta. Ciò è coerente con la diversa struttura delle due figure di reato. Mentre la rapina consiste in un'aggressione unilaterale, l'estorsione richiede la collaborazione della vittima, che si danneggia da sé mediante il compimento di un atto di disposizione patrimoniale (v. *infra* § 10).

In particolare, la minaccia costitutiva del reato, oltre che palese, esplicita e determinata, può essere manifestata in modi e forme differenti, ovvero in maniera implicita, larvata, indiretta e indeterminata, essendo solo necessario che sia idonea a incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione

alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa versa@. Ciò, tuttavia, non autorizza il giudice a desumerla unicamente dal contesto ambientale, perché ciò equivarrebbe a presumere un elemento fondamentale della fattispecie.

4.5. Il dolo è specifico, richiedendosi il fine di tratte un ingiusto profitto, che, come si è visto, può concretarsi in ogni utilità, anche solo morale, nonché in qualsiasi soddisfazione o godimento che l'agente si riprometta di ritrarre, anche non immediatamente, dalla propria azione, come nel caso della sottrazione, mediante violenza alla moglie, da cui era separato, del cellulare per trovare traccia sull'apparecchio dell'infedeltà della donna@.

4.6. Sono previsti aumenti di pena a titolo di circostanze aggravanti speciali. La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 2.000 a 4.000: se la violenza o minaccia è commessa con armi (qual è considerato anche lo spray urticante) o da persona travisata, o da più persone riunite; se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di volere o di agire; se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'art. 416-*bis*; se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'articolo 624-*bis* o in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto; se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro; se il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne.

Se concorrono due o più delle circostanze anzidette, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da sette a venti anni e della multa da euro 2.500 a 4.000.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo comma, numeri 3), 3-

bis), 3-*ter*) e 3-*quater*), non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

5. L'appropriazione indebita

5.1. L'appropriazione indebita è un reato proprio previsto dall'art. 646 c.p. Il soggetto attivo, infatti, è il possessore, a qualsiasi titolo, del denaro o della cosa mobile, ossia colui che esercita su di essi un'autonoma disponibilità di fatto per conto di altri. Se la cosa è posseduta per tramite di un terzo (c.d. possesso indiretto), potrà essere solamente quest'ultimo l'autore dell'appropriazione indebita. Il possesso deve intendersi esclusivo. Conseguentemente nel caso di compossesso, ossia di signoria sulla cosa esercitata da più persone contemporaneamente, l'appropriazione indebita potrà configurarsi solo ad opera di tutti i compossessori in concorso tra loro.

Da quanto precede si evince che nella cornice dell'art. 646 c.p. la nozione di possesso non è un elemento normativo della fattispecie. Vale a dire che non va inteso in senso civilistico, ma come situazione di fatto. Tra la concezione penalistica e quella civilistica di possesso non vi è coincidenza. A questa conclusione si giunge per ragioni sistematiche, che riguardano i rapporti tra la fattispecie in esame e quella del furto. Se si muovesse dalla nozione civilistica di possesso, si dovrebbe l'appropriazione indebita da parte, per esempio, di chi ha ricevuto la cosa in comodato (v. *amplius supra* § 2.2.).

La condotta tipica consiste nel far proprio l'oggetto materiale, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. In modo semplice ed efficace si è detto che l'appropriazione deve estrinsecarsi in atti esterni di signoria, nel comportarsi come se la

cosa sia propria@.

5.2. Assume rilevanza di condotta appropriativa penalmente rilevante qualsiasi atto di disposizione tipico del proprietario come, per esempio, il consumo, la cessione a terzi in buona fede, la distruzione e la trasformazione della cosa. Anche l'omessa restituzione (quando è doverosa, perché, per esempio, è giunto a termine il tempo del legittimo possesso) può costituire un atto appropriativo, alla condizione che non si tratti di una mera omissione, ma si accompagni a una condotta attiva, la c.d. ritenzione, che esprima l'inclusione della cosa nel patrimonio del reo. Costituisce, pertanto, appropriazione indebita la mancata riconsegna alla biblioteca universitaria del libro preso in prestito, quando essa è espressiva di un *interversio possessionis*, ossia di un mutato rapporto con il bene, il cui possesso prosegue con la pienezza dei poteri tipici del proprietario. Per il principio di materialità non basta un semplice mutamento dell'*animus,* richiedendosi atti esteriori (come nel caso del libro che viene fatto rilegare per assecondare le preferenze estetiche del reo).

Tanto considerato non può condividersi la giurisprudenza di legittimità che ha ravvisato l'appropriazione indebita nel comportamento dell'imputato, il quale, avendo ricevuto un bonifico bancario, effettuato per errore sul suo conto corrente, non lo avrebbe restituito@, trattandosi di un inadempimento puramente civilistico.

5.3. La pena è aumentata se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario.

5.4. Il dolo è specifico, essendo richiesto il fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

6. Le fattispecie di danneggiamento

6.1. I delitti di danneggiamento consistono in aggressioni unilaterali contro l'altrui patrimonio tanto mobiliare, quanto immobiliare.

L'art. 635 c.p. è stato riformato dal d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, che ha reso plurioffensiva la fattispecie prevista al primo comma. Infatti, la formulazione originaria della norma si limitava a punire le modificazioni peggiorative della cosa. Oggi tali condotte non bastano più per l'integrazione del reato. Occorre che esse siano realizzate con specifiche modalità o in determinati contesti già di per sé penalmente rilevanti, ragion per cui si tratta di reato complesso e plurioffensivo. Ai sensi del nuovo art. 635 c.p. commette danneggiamento colui che distrugge, disperde, deteriora, rende in tutto o in parte inservibili cose mobili o immobili altrui con violenza alla persona o con minaccia ovvero in occasione del delitto di usurpazione (art. 331), ossia ad opera di colui che, per appropriarsi, in tutto o in parte, dell'altrui cosa immobile, ne rimuove o altera i termini. Il semplice danneggiamento della cosa costituisce illecito civile.

6.2. Il secondo comma punisce altresì chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte inservibili:

1) edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all'esercizio di un culto o immobili compresi nel perimetro dei centri storici, ovvero immobili i cui lavori di costruzione, di ristrutturazione, di recupero o di risanamento sono in corso o risultano ultimati o altre delle cose indicate nel numero 7) dell'articolo 625;

2) opere destinate all'irrigazione;

3) piantate di viti, di alberi o arbusti fruttiferi, o boschi, selve o foreste, ovvero vivai forestali destinati al rimboschimento;

4) attrezzature e impianti sportivi al fine di impedire o interrompere lo svolgimento di manifestazioni sportive.

Le ipotesi previste dal secondo comma presentano una struttura causalmente orientata, per cui possono commettersi anche con

una condotta omissiva, se l'inazione viola i contenuti di una specifica posizione di garanzia nei confronti del bene.

In origine si trattava di circostanze aggravanti speciali. Oggi, a seguito della trasformazione della fattispecie di cui all'art. 635, comma 1, c.p. in reato a condotta vincolata, l'eterogeneità strutturale delle ipotesi di cui al secondo comma porta a qualificarle come reati autonomi, con tutte le conseguenze che ne conseguono sul piano della disciplina delle circostanze e dell'elemento soggettivo.

6.3. Altre ipotesi speciali di danneggiamento causalmente orientate sono previste dagli artt. 635, comma 3, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies*.

L'art. 635, comma 3, c.p. punisce chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico.

Ciò che accomuna le rimanenti previsioni di reato è il carattere informatico del danneggiamento. Per il resto il legislatore ha distinto le ipotesi di reato in esame in ragione dei rispettivi oggetti materiali e della o natura. Seguendo questa linea di pensiero, i reati in questione si possono raggruppare in due coppie a seconda che: a) siano danneggiate le componenti immateriali (*software*) o quelle materiali (*hardware*) dello strumento informatico; b) risulti compromessa la loro utilità privata o pubblica.

6.4. Il danneggiamento del *software*, ossia di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-*bis*), consiste nel fatto di chiunque distrugge, deteriora, cancella, altera o sopprime informazioni, dati o programmi informatici di privata utilità. Il funzionamento dello strumento può essere pregiudicato attraverso manomissioni informatiche, anche a distanza, come l'introduzione di virus in grado di impedire o alterare distruggere, deteriorare, cancellare dati e programmi.

6.5. Il danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità è previsto dall'art. 635-*ter*, che assoggetta a pena chiunque commette un fatto diretto a distruggere, deteriorare, cancellare, alterare o sopprimere informazioni, dati o programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o ad essi pertinenti, o comunque di pubblica utilità. Poiché la norma parla di "fatto diretto", la fattispecie in esame costituisce un reato a consumazione anticipata. Vale a dire che gli atti idonei diretti in modo non equivoco a costituire danneggiamento sono di per sé sufficienti a perfezionare il delitto in parola.

6.6. Il danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-*quater*) punisce chiunque, mediante le condotte di cui all'articolo 635-*bis*, ovvero attraverso l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, distrugge, danneggia, rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui o ne ostacola gravemente il funzionamento.

6.7. Il danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-*quinquies*) prevede un'ipotesi speciale del reato di cui all'art. 635-*quater*, caratterizzata dalla destinazione del sistema a un servizio di pubblica utilità.

6.8. Costituisce un'aggravante dei delitti di cui agli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* la circostanza che il fatto sia commesso con violenza alla persona ovvero con abuso delle qualità di operatore di sistema.

6.9. Il dolo è generico e deve comprendere la consapevolezza che l'oggetto materiale del reato sia una cosa altrui.

6.10. Altre due ipotesi di danneggiamento, speciali e meno gravemente punite, sono previste all'art. 638 (uccisione o danneggiamento di animali altrui, che l'ordinamento equipara a cose) e all'639 (il deturpamento e imbrattamento di cose altrui).

6.11. Le fattispecie di danneggiamento sono procedibili a querela, fatta eccezione per le seguenti ipotesi:

a) danneggiamento commesso in occasione del delitto previsto dall'articolo 331 c.p. (interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità) ovvero a danno di persona incapace, per età o per infermità (art. 635, ultimo comma, c.p.);

b) danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635-*ter*p.);

c) danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-*quater* p.).

7. I delitti di turbativa

7.1. Il patrimonio immobiliare è oggetto di tutela penale nei confronti di due distinte tipologie di aggressioni unilaterali, ulteriori rispetto a quelle di danneggiamento di cui si è detto. Vengono qui in rilievo, da un lato, i delitti di turbativa del legittimo godimento del bene, dall'altro le fattispecie di usurpazione.

7.2. Tra i reati di turbativa rientra innanzitutto l'ingresso abusivo nel fondo altrui (art. 637 c.p.), che consiste nell'entrare, senza necessità, nel fondo altrui recinto da fosso, siepe viva o a altro stabile riparo. Il danno risiede nel fatto stesso dell'ingresso. Nondimeno per la sussistenza del reato la presenza abusiva del reo non deve esaurirsi in un tempo talmente breve da escludere che ne risulti concretamente turbato il legittimo godimento del bene da parte del soggetto passivo. Inoltre la condotta non deve essere giustificata da una specifica e legittima esigenza, come nel caso, per esempio, di chi si inoltra nel campo altrui per pochi minuti al fine di recuperare il pallone che è stato calciato in modo

maldestro.

Il dolo è generico e comprende la consapevolezza del carattere abusivo dell'ingresso.

7.3. Un'altra ipotesi di turbativa è prevista all'art. 633 c.p. (rubricato invasione di terreni o edifici).

Viene assoggettato a pena chiunque invade arbitrariamente terreni o altri edifici, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto. L'invasione è un ingresso qualificato dalla gravità dei suoi effetti dannosi, che consistono in un'apprezzabile limitazione dei diritti di godimento del bene. Il termine "invasione" evoca l'azione congiunta di più persone. Non si tratta, però, di un reato necessariamente plurisoggettivo. Nel prevedere che la pena è aumentata per i promotori e gli organizzatori, quando il fatto è commesso da due o più persone, il terzo comma dell'art. 633 c.p. conferma implicitamente il carattere monosoggettivo del reato.

Si applica la pena della reclusione da due a quattro anni e della multa da euro 206 a 2.064 e di procede d'ufficio se il fatto è commesso da più di cinque persone o se il fatto è commesso da persona palesemente armata.

Il dolo è specifico: l'agente deve perseguite, anche alternativamente, il fine di occupazione o quello di trarne profitto. L'occupazione consiste nell'estromettere il legittimo possessore dal godimento dell'immobile.

7.4. Il comparto normativo in esame è stato integrato dal recente decreto-legge 162/2022, conv. con modificazioni in l. 199/2022, che ha introdotto il nuovo e controverso delitto di *invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica (art. 633-bis c.p.).*

La disposizione, speciale rispetto a quella prevista nell'articolo precedente, punisce chiunque organizza o promuove l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di

realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento, quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica a causa dell'inosservanza delle norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi.

Il soggetto attivo è solamente colui che organizza o promuove l'invasione. Coloro che partecipano potranno rispondere, ricorrendone i presupposti, del delitto di cui all'art. 633 c.p.

A ben vedere, si tratta di un reato offensivo tanto del patrimonio immobiliare, quanto della salute e dell'incolumità pubblica messe concretamente in pericolo dalla condotta di invasione.

Il dolo è specifico: l'agente deve perseguire il fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento ludico. Non rientrano nel tipo delittuoso in esame le condotte di invasione sorrette da diversa finalità, che potranno rilevare ai sensi dell'art. 633 c.p.

7.5. L'art. 634 c.p. punisce chiunque, fuori dei casi di invasione di terreni o edifici, turba, con violenza alle persone o con minaccia, l'altrui pacifico possesso di cose immobili.

Questa fattispecie pone il delicato problema del suo rapporto con il delitto previsto all'art. 633 c.p. Deve ritenersi che la clausola di riserva ("fuori dei casi indicati nell'articolo precedente") restringa l'operatività del delitto in esame alle condotte di turbativa diverse dall'invasione (come nel caso di attività di disturbo che non si concretizzano in una penetrazione dell'altrui bene immobile) o a quelle di invasione che avvengono per un fine diverso da quello di occupazione o di profitto.

Se la condotta di invasione è commessa con violenza alla persona o minaccia al fine di occupazione o di profitto, troverà applicazione la fattispecie di cui all'art. 633 c.p. in concorso con i reati di violenza o minaccia (percosse, lesioni o violenza privata).

Precisa l'art. 634, comma 2, c.p. che il fatto si considera compiuto con violenza o minaccia quando è commesso da più di dieci persone.

7.6. Chiude la classe dei delitti di turbativa dei beni immobili l'introduzione o abbandono di animali (art. 636 c.p.) quando avviene alternativamente: a) in gregge o in mandria nel fondo altrui; b) al fine di farli pascolare.

La prima ipotesi richiede il dolo generico, la seconda quello specifico.

Qualora il pascolo avvenga, ovvero dalla introduzione o dall'abbandono degli aimali il fondo sia stato danneggiato, il colpevole è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro 51 a 516.

8. Usurpazione del patrimonio immobiliare

8.1. Passando ai delitti di usurpazione, viene in rilievo l'omonima fattispecie prevista all'art. 631 c.p., che punisce chiunque, per appropriarsi in tutto o in parte, dell'altrui cosa immobile ne rimuove o altera i termini". Si tratta di un reato proprio del confinante.

8.2. L'art. 632 c.p. assoggetta a pena il fatto di chi, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, devia acque, ovvero immuta nell'altrui proprietà lo stato dei luoghi.

Si tratta, a ben vedere, di due fattispecie incriminatrici distinte ed entrambe permanenti. Quanto alla prima, la deviazione deve avere ad oggetto masse d'acqua considerate nella loro condizione naturale. La condotta, causalmente orientata, può consistere in qualunque intervento idoneo a realizzare il risultato. Non vi sono ragioni per escludere il reato quando le opere di deviazione sono realizzate sul fondo dell'agente. La seconda fattispecie, anch'essa

causalmente orientata, deve avvenire invece nell'altrui proprietà e può consistere in qualunque modificazione dello stato dei luoghi.

8.3. L'art. 639-*bis* c.p. dispone che per i reati previsti dagli artt. 631, 632, 633 e 636 si procede d'ufficio se si tratta di beni immobili destinati a uso pubblico.

9. I reati con la cooperazione artificiosa del soggetto passivo. L'estorsione

9.1. I reati con la cooperazione artificiosa del soggetto passivo si caratterizzano per il compimento, da parte di quest'ultimo, di un atto di disposizione patrimoniale viziato dall'altrui condotta di coazione o di frode.

Si tratta di un elemento sovente tacito della fattispecie ma di importanza fondamentale, perché, collegando funzionalmente tra loro i requisiti strutturali espressi, impedisce l'incontrollata dilatazione applicativa della tutela penale.

9.2. Alla prima categoria appartiene il delitto di estorsione. L'art. 629 c.p. punisce chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

Per l'opinione maggioritaria apparterrebbe a questa tipologia di delitti contro il patrimonio anche il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.). La tesi, però, non è condivisa da quanti ravvisano l'offesa unicamente nella libertà personale del soggetto passivo (v. *supra* § 1.1.)

9.3. I requisiti oggettivi espressi della fattispecie sono quattro.

Innanzitutto la condotta costrittiva. Violenza e minaccia sono modalità di coazione dell'altrui libertà morale. Ciò vale a

qualificare l'estorsione come delitto plurioffensivo. La coercizione deve essere derivare dalla condotta del reo. Non è sufficiente che il timore di ritorsioni frequenti in certi contesti sociali (la c.d. estorsione ambientale). Il soggetto passivo della coercizione e quello che subisce il danno patrimoniale coincidono ma, secondo l'opinione prevalente, non necessariamente. Si fa il caso di chi usa violenza contro il figlio per indurre suo padre a versare all'estorsore una somma di denaro. Sennonché, a ben vedere, anche in questo caso la coercizione si irradia sul soggetto che dispone patrimonialmente. La violenza esercitata sul figlio è ad un tempo una forma di coercizione della libertà morale del genitore. Si può concludere, quindi, che non può parlarsi di estorsione in assenza di una coercizione, anche indiretta, di colui che compie l'atto di disposizione patrimoniale.

Viene in rilievo, poi, il compimento, da parte del soggetto coartato, di una condotta attiva o omissiva. Non si tratta, come potrebbe apparire a prima vista di un requisito naturalistico. Come si diceva, quando l'art. 629 c.p. parla di "fare o omettere qualcosa", si riferisce al compimento di un atto di disposizione del patrimonio proprio o di quello

Seguono gli eventi dell'ingiusto profilo e dell'altrui danno, che segna il momento consumativo del reato.

Il dolo è generico.

9.4. La pena è della reclusione da sette a vent'anni e della multa da euro 5.000 a 15.000 se concorre taluna delle circostanze previste per il delitto di rapina (art. 628 c.p.).

10. La truffa

10.1. Alla seconda categoria – quella dei reati con la cooperazione del soggetto passivo ingannato – appartengono i

reati di frode.

Viene qui in rilievo anzitutto il delitto di truffa (art. 640 c.p.) che punisce, a querela della persona offesa, chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

Gli elementi costitutivi espressi della fattispecie incriminatrice sono tre: la condotta ingannatoria (ossia artifizi e raggiri che inducono in errore il loro destinatario), il profitto dell'agente, che deve essere ingiusto, e il danno del soggetto passivo. Di fondamentale importanza è il requisito tacito dell'atto di disposizione patrimoniale, che fa da collante: il suo compimento, indotto dalla condotta ingannatoria, deve essere a sua volta produttivo degli eventi del danno e del profitto.

10.2. "Artifizi e raggiri" è un'espressione dal significato oltremodo lato, che va intesa tenendo conto che la truffa è un "reato in contratto". La condotta non può prescindere, pertanto, dal contesto negoziale in cui si colloca. Essa indica un'*immutatio veri*, ossia un'artata rappresentazione della realtà ad opera del reo, strumentale a cagionare un evento puramente psicologico, qual è l'errore del soggetto passivo. Qualunque modalità ingannatoria può costituire un artifizio o un raggiro, purché sia commissiva e idonea a trarre in errore.

Non bisogna confondere, però, l'omissione dal momento omissivo della condotta attiva. Il silenzio dell'agente su alcuni elementi di fatto, se accompagnato da falsità su altri aspetti del negozio in formazione, perde la sua natura omissiva. Il senso complessivo della condotta è commissivo. Gli artifizi e raggiri difettano anche nel caso in cui l'agente approfitti della situazione di errore in cui versa, per una causa diversa, il soggetto passivo. Si pensi a colui che, convinto di aver vinto la lotteria, invita a festeggiare in un costoso ristorante alcuni conoscenti, i quali accettano pur sapendo dell'errore che sta all'origine dell'invito.

10.3. Quanto all'idoneità della condotta ingannatoria, la giurisprudenza giunge di fatto a negarla, ritenendo sufficiente

l'efficacia causale degli artifizi e raggiri a indurre in errore il loro destinatario. Detto altrimenti, alla loro valutazione *ex ante* viene preferita, secondo l'interpretazione letterale dell'art. 640 c.p., quella *ex post*. Perde così di rilevanza tanto la particolare credulità del soggetto passivo, che, per esempio, ha acquistato dal sedicente mago televisivo il talismano dell'eterna giovinezza, quanto la negligenza del soggetto passivo, che avrebbe potuto facilmente smascherare il carattere fraudolento della condotta, come nel caso dell'oggetto che viene ceduto a un prezzo inverosimilmente basso per essere realmente d'oro, come dichiarato dal venditore.

Per evitare questi eccessi di tutela la dottrina d'oltralpe ha elaborato un indirizzo di pensiero, definito "vittimodogmatica", che esclude la tutela penale degli interessi privati nei casi in cui il soggetto passivo avrebbe potuto proteggerli da sé e ha mancato di farlo. Da noi, come si diceva, si ritiene irrilevante il comportamento del soggetto passivo della truffa, ragion per cui la "vittimodogmatica" è generalmente criticata@. Per questa via, per rimanere nell'ambito della truffa, il diritto penale diventa sempre più totale e paradossale: in base a un orientamento consolidato, la giurisprudenza civile, per esempio, esclude la rilevanza ingannatoria del c.d. *dolus bonus*, ossia della pubblicità ingannevole, che presenta sovente una disonestà simile, e perdipiù su larga scala, a quella che caratterizza le applicazioni della "vittimodogmatica" in materia di truffa. Da qui, a nostro avviso, la via interpretativa per una ragionevole e coerente contrazione della tutela penale in nome della declinazione ermeneutica del principio di sussidiarietà (v. *supra* Cap. V, § 7): nei casi in cui la giurisprudenza civile nega la tutela risarcitoria, *a fortiori* il giudice penale non può concedere quella penale.

10.4. La centralità dell'atto di disposizione patrimoniale nel delitto di truffa non è seriamente contestata. Nondimeno, essa risulta svalutata in via interpretativa, venendo ravvisata in condotte che non rientrano a rigore nella nozione. Si ritiene, per esempio, che costituisca atto di disposizione patrimoniale la mancata riscossione di un credito certo, liquido ed esigibile,

trascurando che una siffatta inazione, quand'anche indotta con inganno, a rigore non costituisce un fatto giuridico. Il mancato esercizio del diritto di esigere il proprio credito, infatti, non modifica il rapporto giuridico sottostante, a meno che non determini l'estinzione del credito ad esempio per prescrizione.. Parimenti non costituisce a rigore truffa l'esposizione da parte di un automobilista di un falso contrassegno per parcheggiare negli spazi riservati ai residenti: il vigile che, ingannato dal contrassegno falso, non sanziona la violazione, non dispone del patrimonio del comune e non ne determina una *deminutio*. Né può ritenersi che il comportamento dell'automobilista faccia sorgere di per sé un diritto del comune all'incasso della sanzione amministrativa. Questo credito sorge dopo l'accertamento, con la conseguenza che prima di allora non può parlarsi di *deminutio patrimonii* per mancato esercizio del potere sanzionatorio amministrativo.

In breve: l'atto di disposizione patrimoniale è tale se incide sulla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici patrimonialmente rilevanti.

10.5. Per quanto riguarda le nozioni, profitto e il danno si rinvia a quanto si è già detto in termini generali sull'argomento (v. *supra* § 2.5.).

10.6. Sono previste delle ipotesi aggravate.

Dispone il capoverso dell'art. 640 c.p. che la pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a 1.549 se il fatto è commesso:

a) a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o dell'Unione europea o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

b) ingenerando nella persona il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità;

c) in presenza della circostanza di cui all'art. 61, n. 5.

A norma dell'art. 640-*bis*, la pena è da due a sette anni e si procede d'ufficio nel caso in cui la truffa riguardi contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o dell'Unione europea.

10.7. Ci si chiede quale reato ricorra nel caso in cui l'agente, simulando di essere l'emissario di un'associazione mafiosa chieda all'esercente di un'attività commerciale il pagamento del "pizzo", in mancanza del quale seguirebbero gravi rappresaglie a suo carico. La questione che qui si pone è quella del confine tra l'estorsione e la truffa aggravata dal pericolo immaginario (art. 640, comma 2, n. 2, c.p.). L'orientamento prevalente propende per la sussistenza dell'estorsione sulla base del rilievo che il soggetto passivo, percependo l'azione del reo come antagonistica, dispone perché si sente costretto. Per questa impostazione ricorrerebbe invece la truffa aggravata quando il pericolo, non reale, viene presentato come indipendente dall'agente (si pensi al caso del sedicente mago che si faccia pagare lautamente per togliere al soggetto passivo un malocchio rappresentato come molto temibile per la sua salute). In breve, il confine passerebbe tra due diverse condizioni psicologiche: nell'estorsione il disponente avvertirebbe l'azione come coercitiva; nella truffa percepirebbe l'attività dell'agente come espressione di collaborazione@. Questa impostazione è certamente compatibile con il tenore letterale degli artt. 629 e 640 c.p. A nostro avviso il suo limite è quello di optare per la qualificazione più severamente punita, assimilando il pericolo reale a quello che tale non è. Se si ritiene che il principio di offensività impedisca l'equiparazione punitiva del pericolo putativo e di quello reale, la soluzione del caso dovrebbe essere quella opposta.

11. La frode in emigrazione

La frode in immigrazione è un'ipotesi speciale di truffa prevista dall'art. 645 c.p. che punisce chiunque, con mendaci asserzioni o con false notizie, eccitando taluno ad emigrare, o avviandolo a paese diverso da quello nel quale voleva recarsi, si fa consegnare o promettere, per sé o per altri, denaro o altra utilità, come compenso per farlo emigrare.

La condotta è bifasica: essa consiste: a) nell'attività fraudolenta, ossia nell'uso di false informazioni, tali da far sorgere o rafforzare l'altrui proposito di emigrare (in modo legittimo o clandestino) ovvero da convincere il soggetto passivo a emigrare in uno stato diverso da quello prima prescelto; b) nel farsi dare o promettere come compenso per tale attività.

Il reato si consuma con la promessa o la consegna del compenso.

Il dolo è generico.

12. Le frodi informatiche

12.1. Gli artt. 640-*ter* e 640-*quinquies* prevedono due figure di reato contro il patrimonio, caratterizzate dalla frode informatica. Mentre nella truffa la condotta ingannatoria ha per destinataria la persona che dispone, nell'ipotesi adesso in esame la frode riguarda i sistemi informatici o telematici@.

12.2. Più precisamente, l'art. 640-*ter* punisce, a querela di parte, chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

Si può convenire che nella frode informatica manchi un atto di disposizione patrimoniale@, quale condotta del soggetto patrimonialmente pregiudicato o di chi può disporre legittimamente del suo patrimonio. Conseguentemente gli eventi del reato – l'ingiusto profitto e l'altrui danno – derivano direttamente dall'alterazione del funzionamento del sistema o dell'utilizzo dei suoi contenuti.

È stato ravvisato il reato in questione nella condotta di colui che, servendosi di una carta di credito falsificata e di un codice di accesso fraudolentemente captato, penetri abusivamente in un sistema informatico bancario ed effettui illecite operazioni di trasferimento dei fondi@.

12.3. Quanto alla frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di forma elettronica (art. 640-*quinquies*), si tratta di un reato proprio. Il soggetto attivo può essere solamente colui che presta servizi di certificazione di firma elettronica. Il fatto consiste nel violare gli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero di arrecare ad altri danno.

13. L'insolvenza fraudolenta

L'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.) punisce, a querela della persona offesa, chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla. Questa ipotesi di reato ripropone lo schema dell'aggressione con la cooperazione artificiosa della vittima.

A differenza di quanto avviene nella truffa, però, nell'insolvenza fraudolenta mancano artifizi e raggiri. La condotta fraudolenta è più sfuggente, perché consiste nel dissimulare lo stato di insolvenza, ossia il precipuo proposito di non adempiere

l'obbligazione assunta, che può essere indifferentemente di dare, fare o non fare@.

Perlopiù il concetto di dissimulazione viene definito in negativo: non basta il semplice silenzio e non sono richiesti artifizi e raggiri, la cui presenza fa trasmigrare il fatto nella fattispecie di truffa. Parte della dottrina individua il confine tra truffa e insolvenza fraudolenta nell'effetto della condotta fraudolenta, che nel primo caso indurrebbe in errore il soggetto passivo, nel secondo caso lo lascerebbe in una condizione di ignoranza@. Sennonché la distinzione tra errore e ignoranza è meno nitida di quanto possa sembrare, trattandosi di due stati mentali che consistono entrambi in una falsa rappresentazione della realtà da parte del soggetto passivo, compie l'atto di disposizione patrimoniale.

Preferibile appare, pertanto, una definizione "situazionale", più che psicologica, della dissimulazione. Nello svolgimento delle attività negoziali si possono verificare casi in cui l'assunzione dell'obbligazione lascia supporre la volontà e la capacità di immediato adempimento da parte del contraente. Ciò crea un affidamento da parte del soggetto passivo sulla lealtà dell'agente, che per accreditare il convincimento della controparte non ha bisogno di far nulla se non ricevere la prestazione, che ha in animo di non onorare. Il complesso di queste circostanze consente di parlare di dissimulazione.

Si tratta di una fattispecie che ha un ambito applicativo residuale. Il caso di scuola è lo scrocco: il pasto consumato in trattoria e non pagato. Nondimeno, recente giurisprudenza opina diversamente@.

Il capoverso prevede che l'adempimento dell'obbligazione prima della condanna estingue il reato. Si tratta dell'unico caso di condotta riparatoria con effetto estintivo previsto dal disegno originario del codice Rocco. L'adempimento estintivo può avvenire anche nel giudizio di legittimità ed essere opera di un terzo (per esempio un parente). Tanta benevolenza induce a

cogliere in questa figura di reato, più che uno strumento preventivo, un meccanismo satisfattivo.

14. Frode in assicurazione

Chiude la classe dei reati contro il patrimonio con la cooperazione della vittima la fattispecie di fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona (art. 642), che punisce a querela di parte chiunque, al fine di conseguire per sé o per altri l'indennizzo di una assicurazione o comunque un vantaggio derivante da un contratto di assicurazione, distrugge, disperde, deteriora od occulta cose di sua proprietà, falsifica o altera una polizza o la documentazione richiesta per la stipulazione di un contratto di assicurazione.

Il capoverso estende la repressione penale al fatto di chi, al predetto fine, cagiona a se stesso una lesione personale o aggrava le conseguenze della lesione personale prodotta da un infortunio o denuncia un sinistro non accaduto ovvero distrugge, falsifica, altera o precostituisce elementi di prova o documentazione relativi al sinistro.

Soggetto passivo del reato è la compagnia di assicurazione. Soggetto attivo può essere anche persona diversa dall'assicurato, come nel caso del carrozziere o del medico che, intervenendo sul mezzo incidentato o con false dichiarazioni sullo stato di salute del paziente, alterano l'entità del danno da risarcire.

Il dolo è specifico in entrambe le cose: il reo deve agire al fine di conseguire per sé o per altri l'indennizzo o altri vantaggi collegati al rapporto di assicurazione.

15. Lo sfruttamento della situazione di debolezza in cui versa la vittima: la circonvenzione di incapaci

15.1. Alla categoria dei reati contro il patrimonio consistenti nello sfruttamento della situazione di inferiorità o comunque di debolezza in cui versa il soggetto passivo appartiene pacificamente la circonvenzione di incapaci (643 c.p.). Come si è detto, si discute invece se la fattispecie di usura (art. 644 c.p.) si possa continuare a includere in tale raggruppamento, considerato che essa, a seguito della riforma recata dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, non è più strutturata, come in origine, sull'approfittamento dell'altrui stato di bisogno. Per questa ragione al delitto di usura sarà dedicata una trattazione autonoma.

15.2. La circonvenzione di persone incapaci (art. 643 c.p.) punisce chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a un atto dispositivo, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso, direttamente (si pensi a un contratto di compravendita) o indirettamente (come nel caso dell'adozione, del matrimonio o del testamento).

15.3. Come può notarsi, in questa fattispecie il compimento, da parte della vittima, di un atto di disposizione patrimoniale è un requisito espressamente tipizzato dal legislatore.

Il disvalore di azione consiste nello sfruttamento delle caratteristiche del soggetto passivo, che deve essere un minore di anni diciotto o persona in condizioni d'infermità o deficienza psichica, anche se non interdetta o inabilitata. Ciò rende viziata la collaborazione autolesionistica del soggetto passivo. Nel primo caso, però, non basta la minore età, precisando la norma che l'agente deve abusare delle passioni o dell'inesperienza del soggetto passivo, quali condizioni indipendenti dalla minore età,

come per esempio la passione per le scommesse, purché non si tratti di ludopatia. Nel secondo caso si fa riferimento a una condizione di incapacità parziale ancorché non patologica, come nel caso della senilità.

Il reo deve agire con la volontà e nella consapevolezza di far leva su queste condizioni di vulnerabilità del soggetto passivo, sfruttandole a suo favore. Conseguentemente non basta che l'agente accetti l'atto disposizione, rendendosi necessaria una condotta di induzione, ossia un'influenza nel processo formativo della volontà del soggetto passivo, in modo da determinarlo al compimento dell'atto o da rafforzarne il proposito sorto spontaneamente.

15.4. Poiché il delitto in esame appresta una tutela più forte nei confronti dei soggetti più vulnerabili, sarà punito pur sempre a titolo di *circonvenzione,* e non di truffa, l'agente che usi artifizi o raggiri per indurre il minore o l'incapace all'atto di disposizione. L'opposta conclusione sarebbe manifestamente irragionevole sul piano della gradualità della pena, posto che un'aggressione patrimoniale maggiormente insidiosa di quella tipizzata dall'art. 643 c.p. verrebbe punita con la sanzione per la truffa, quale reato meno grave.

Questo tipo di argomento viene utilizzato, *ex adverso*, per escludere la circonvenzione di incapaci quando il soggetto passivo sia totalmente incapace. In tal caso, mancherebbe la cooperazione, seppure viziata, della vittima, che opererebbe come *longa manus* del reo. Il fatto, dunque, se avente ad oggetto cose mobili, andrebbe inquadrato come furto, evitando l'inconveniente di sanzionarlo meno severamente. Sennonché, nel caso di specie quest'ultima argomentazione è sbarrata dalla lettera della legge. L'art. 643 c.p. ammette la circonvenzione di incapaci anche nel caso dell'interdetto che di regola è totalmente incapace.

15.5. Il dolo è specifico dovendo agire il reo per procurare a sé o ad altri un profitto.

16. L'usura

16.1. Il delitto di usura, sconosciuto al codice Zanardelli, è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dal codice Rocco, che assoggettava a pena le due ipotesi dell'usura in senso stretto e quella della mediazione usuraria. In entrambi i casi la formulazione originaria dell'art. 644 c.p. delimitava l'area della tipicità ai corrispettivi di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile e rimetteva il carattere usurario degli interessi all'apprezzamento giudiziale. Un'altra caratteristica della norma era quella di prevedere che il reo agisse "approfittando dello stato di bisogno" in cui versava la vittima. Ciò induceva la prevalente dottrina a classificare l'usura tra i delitti contro il patrimonio caratterizzati dall'abuso, da parte dell'agente, della situazione di vulnerabilità della vittima, al pari di quanto accade nel delitto di circonvenzione di incapaci (art. 643 c.p.).

16.2. Questo assetto normativo è stato modificato inizialmente dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. nella l. 7 agosto 1992, n. 356, e soprattutto dalla l. 7 marzo 1996, n. 108, che ha introdotto una triplice innovazione. Innanzitutto, ha allargato il raggio di azione della dazione o della promessa usurarie, che possono riguardare oggi il corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità. In secondo luogo, ha abrogato l'abuso dell'altrui stato di bisogno. Infine, ha collegato il tasso usurario a determinati parametri legali.

Da qui, e secondo l'opinione di una parte della dottrina, lo spostamento della tutela penale dal nucleo originario, costituito dal patrimonio della vittima, all'ordinamento del credito@, quale bene giuridico superindividuale e indisponibile. Il delitto di usura sussisterà anche quando il soggetto passivo non ha risentito alcun pregiudizio patrimoniale dalla corresponsione degli interessi usurari@. Questa impostazione non ricorre, invece, nell'ipotesi dell'art. 644, comma 3, c.p., di cui si dirà.

16.3. Concentrando l'attenzione sulla disciplina vigente, vanno

esaminate per prime le caratteristiche comuni dell'usura presunta e della mediazione usuraria.

La condotta consiste nella conclusione di un contratto a prestazioni corrispettive@, nel quale si convengono la dazione o la semplice promessa di interessi o altri vantaggi usurari. Nella descrizione della fattispecie rientra pacificamente sicuramente l'usura pecuniaria, che ricorre quando gli interessi usurari hanno ad oggetto denaro (si pensi al mutuo). Problematici risultano, invece, i massimi confini della fattispecie nel caso in cui la prestazione consista in un'altra utilità e abbia come corrispettivo altri vantaggi usurari. Infatti, se l'"altra utilità" si presta a ricomprendere qualunque prestazione, come la cessione di cose (mobili o immobili) e lo svolgimento di attività, negli "altri vantaggi usurari" rientra qualunque controprestazione sproporzionata. Per questa via la fattispecie incriminatrice rischia di slabbrarsi eccessivamente e per punire la parte che si avvantaggia di un contratto sproporzionato.

Per evitare questo epilogo, va tenuto conto del disposto del terzo comma. Come si diceva, la norma non si limita a stabilire, con riguardo all'usura pecuniaria, che la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (usura c.d. presunta secondo la definizione di parte della dottrina).

Si precisa altresì che sono usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria .

Si prevede che il delitto di usura possa configurarsi anche al di sotto del tasso-soglia fissato dalla legge, quando: a) avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per le operazioni similari, gli interessi (e gli altri vantaggi o compensi) risultano comunque sproporzionati rispetto

alla prestazione di denaro o altra utilità, ovvero all'opera di mediazione; b) chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Come può rilevarsi, riaffiora qui lo schema originario dell'usura quale delitto incentrato sull'abuso dell'altrui stato di difficoltà economica.

Si tratta, comunque, di un'ipotesi chiaramente residuale (definita in dottrina usura c.d. in concreto).

16.4. Il reato si consuma con la dazione o la promessa ed è permanente, come si ricava dall'art. 644-*ter* c.p., il quale richiama la disciplina della prescrizione del reato permanente di cui all'art. 158 c.p.

16.5. Il dolo è generico e deve abbracciare il carattere usurario degli interessi e vantaggi usurari.

16.6. Sono previste circostanze aggravanti speciali. La pena è aumentata da un terzo alla metà:

1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare;

2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari;

3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno;

4) se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale;

5) se il reato è commesso da una persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.

17. I reati di consolidamento dell'offesa patrimoniale

Vengono adesso in rilievo i reati di consolidamento dell'offesa patrimoniale già perpetrata da terzi – come la ricettazione (art. 648), il riciclaggio (art. 648-*bis*) e l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter*) – oppure dallo stesso reo; qui il riferimento è alla figura dell'autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1).

In origine molte delle condotte che rientrano in questa classe di reati ricadevano nel *post factum* penalmente irrilevante (gli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1. non erano previsti nel codice Rocco). Faceva eccezione il delitto di ricettazione che puniva, allora come ancora oggi, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque s'intromette nel farli acquistare, ricevere od occultare. Il denominatore comune di queste condotte consiste nella circolazione del bene di provenienza illecita, con la conseguenza di renderne più difficile il recupero.

18 La ricettazione

18.1. La ricettazione prevede un duplice presupposto.

Quello negativo si ricava dalla clausola di riserva ("fuori dei casi di concorso nel reato"), la quale esclude dal novero dei soggetti attivi della ricettazione tanto il concorrente nel reato principale, quanto *a fortori* il suo unico autore. Per il resto il delitto-presupposto può essere doloso o colposo, consumato o tentato, offensivo del patrimonio o meno. È altresì irrilevante che sia stato commesso da persona non imputabile o non punibile ovvero ancora che manchi una condizione di procedibilità. Sul piano probatorio, l'estraneità dell'autore del ricettatore al reato presupposto impone di distinguere a seconda che il reato

principale sia più gravemente punito della ricettazione, anche in considerazione di condizioni di procedibilità ovvero di cause di non punibilità o estinzione. In entrambe le ipotesi graverà sull'accusa l'onere di provare la condotta di ricettazione; nel secondo caso sarà interesse dell'imputato dimostrare di essere l'autore del reato presupposto o uno dei concorrenti. Difficilmente, però, basterà la sua sola confessione, che risulterà poco credibile in quanto inquinata dall'interesse a ottenere un trattamento sanzionatorio più favorevole.

18.2. Il requisito positivo consiste invece nella provenienza dell'oggetto materiale da un *delitto*, non anche da una contravvenzione.

Al riguardo si potrebbe obiettare che nella summenzionata clausola di riserva si parla di "reato", termine notoriamente comprensivo delle contravvenzioni. Sennonché questo rilievo finisce per provare troppo: l'antinomia renderebbe indeterminata la fattispecie. Per converso, l'interpretazione restrittiva, peraltro coerente con canone *in dubio pro reo,* farebbe salva la *ratio* garantistica del principio di determinatezza.

Secondo la giurisprudenza, non è necessario che il reato-presupposto sia accertato giudizialmente, risultando sufficiente la sua astratta configurabilità alla luce degli elementi di fatto acquisiti e scrutinati@.

18.3. La provenienza della cosa da delitto viene intesa perlopiù nell'accezione lata: il concetto includerebbe tutto ciò che è servito per la commissione del delitto-presupposto. Preferibile, però, appare l'interpretazione restrittiva che, distinguendo tra "provenienza" dal reato e "pertinenza" al reato, delimita la tipicità a quanto è ottenuto a mezzo del delitto o ne costituisce il prodotto, il prezzo o il profitto. Perdono di rilevanza, dunque, i beni che, pur essendo suscettibili di condotte intese a occultarne i nessi con l'attività penalmente illecita, sono stati solamente utilizzati per la commissione del reato presupposto

L'oggetto materiale può essere denaro, cose mobili o mobilizzate;

non anche cose immobili in quanto non suscettibili di occultamento. La cosa deve essere la stessa proveniente dal delitto presupposto. Non è tale il suo equivalente in denaro@. Risultano irrilevanti le lavorazioni e le trasformazioni che rimangono nei limiti della c.d. *specificatio* (si pensi a un diamante trasformato in un anello di maggior valore). Queste precisazioni restringono la portata della "ricettazione da ricettazione", là dove la si ritenga ammissibile@.

18.4. Tra le condotte indicate nell'art. 648 c.p. particolare importanza riveste, per la sua massima latitudine, quella consistente nella ricezione. Per la sussistenza del reato in esame è sufficiente qualunque contatto con la cosa idoneo ad opacizzarne la provenienza delittuosa. L'altra condotta tipica consiste in qualunque intromissione in grado di produrre lo stesso effetto.

18.5. Il dolo è specifico: il reo deve agire al fine di procurare a sé o ad altri un profitto. Quanto al suo oggetto, è necessario che l'agente si rappresenti la sua provenienza delittuosa.

Si discute se la ricettazione possa configurarsi con dolo eventuale. Questo tema è strettamente collegato al discrimine tra il delitto in esame e la contravvenzione di incauto acquisto, la quale punisce chiunque, senza averne prima accertata la legittima provenienza, acquista o riceve a qualsiasi titolo cose, che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per la entità del prezzo, si abbia motivo di sospettare che provengano da reato (art. 712 c.p.).

Il confine, secondo l'orientamento prevalente, andrebbe tracciato esclusivamente in base alla diversità dell'elemento soggettivo: l'una, infatti, prevedendo un delitto, sarebbe imputabile a titolo di dolo; l'altra, trattandosi di una contravvenzione, risulterebbe ascrivibile per colpa. Venendo al caso di colui che, pur non essendo sicuro dell'illecita provenienza dell'oggetto materiale, lo acquisti accettando il rischio della sua provenienza illecita, per l'opinione prevalente, saremmo pur sempre nell'ambito della

ricettazione realizzata con dolo "eventuale". Questa soluzione, però, trascura che, per espressa previsione di legge, la ricettazione richiede l'effettiva provenienza illecita della cosa ricettata, là dove, in base al tenore letterale dell'art. 712 c.p., per la contravvenzione dell'incauto acquisto è sufficiente la sospettabilità di tale provenienza. Nell'ipotesi in cui il reo agisca nel dubbio, decisivo diventa il riferimento dell'art. 712 c.p. al sospetto dell'illecita provenienza della cosa acquistata o ricevuta. Questo requisito, infatti, indica uno stato psicologico effettivo, niente affatto necessario per descrivere un fatto colposo. Conseguentemente lo stato di dubbio, essendo contemplato in via esclusiva dall'art. 712 c.p., attrae la realizzazione del fatto con dolo eventuale nell'ambito della contravvenzione dell'incauto acquisto@.

18.6. A fronte di circostanze aggravanti speciali (se il denaro o le cose provengono da reati-presupposto particolarmente gravi ovvero se il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale), la legge prevede una cornice di pena meno severa per il fatto di particolare tenuità.

19. Introduzione ed evoluzione legislativa dell'art. 648-*bis*

19.1. La fattispecie di riciclaggio ha fatto la sua comparsa ad opera del d.l. 21 marzo 1978, n. 59, conv. in l. 18 maggio 1978, n. 191, sotto la rubrica "Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione". Nella sua prima formulazione l'art. 648-*bis* c.p. assoggettava a pena il compimento di atti o fatti diretti a sostituire denaro o valori provenienti dai tre reati-presupposto menzionati nella rubrica. L'ancoraggio della fattispecie in questione al sistema dei delitti contro il patrimonio era garantito, oltre che dall'appartenenza dei suoi reati-presupposto al catalogo degli illeciti contenuti nel Titolo XIII c.p., dal dolo specifico

richiesto per la sussistenza della tipicità, il quale si incentrava sul fine di procurare un profitto o di aiutare gli autori dei delitti-presupposto ad assicurarsi quello proveniente da tali reati. La fattispecie si caratterizzava inoltre per un'anticipazione della punibilità, posto che per la sussistenza del reato era sufficiente che gli atti o i fatti realizzati fossero "diretti" a sostituire denaro o valori, secondo la formula tipica dei delitti di attentato@.

L'impianto normativo è stato modificato una prima volta dalla l. 19 marzo 1990, n. 55, che, rubricando la fattispecie "riciclaggio", ha ufficializzato questo *nomen iuris* e modificato la struttura del reato. Il riciclaggio cessava di essere un delitto di attentato. Quanto alla sua portata operativa, la fattispecie veniva a includere la condotta di ostacolo all'individuazione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni e delle utilità. Al contempo il legislatore ampliava il catalogo dei reati presupposto, fino a comprendere anche i delitti concernenti la produzione o il traffico di stupefacenti. Infine, si prevedeva, all'art. 648-*ter* c.p., una nuova e autonoma ipotesi di reato, che assoggettava a pena l'impiego in attività economiche o finanziarie di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di stupefacenti.

19.2. La l. 9 agosto 1993, n. 328 ha sostituito il testo dell'art. 648-bis c.p. con quello attualmente in vigore, fatto salvo l'intervento cursorio di cui si dirà a proposito dei delitti colposi. La nota maggiormente innovativa della fattispecie introdotta dalla l. n. 328 del 1993 è consistita nell'incremento operativo del delitto di riciclaggio, che può configurarsi oggi in relazione a denaro, beni o altre utilità provenienti da qualsiasi delitto non colposo. Ebbene, quest'ultima limitazione è stata eliminata dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 195, che ha inserito un'ipotesi meno grave di riciclaggio avente da oggetto denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto nel massimo superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.

Richiamando l'ultimo comma dell'art. 648 c.p., l'art. 648-*bis*

precisa che il riciclaggio sussiste anche quando il delitto-presupposto è stato commesso da persona non imputabile o non punibile ovvero ancora difetti della condizione di procedibilità prevista dalla legge.

Si è giunti così a un assetto normativo ben diverso da quello originario e tale da far ritenere che tra il punto di partenza e quello di arrivo non vi sia continuità sotto il profilo dell'oggettività giuridica. In particolare, l'amplissimo ventaglio dei reati che possono fungere da presupposto del riciclaggio penalmente rilevante, da un lato, e la scomparsa del fine di profitto, dall'altro, inducono finanche a dubitare della perdurante correttezza della collocazione sistematica del riciclaggio tra i delitti contro il patrimonio@.

In effetti, la fattispecie di riciclaggio sembra incarnare un *mixtum compositum*. Essa, per un verso, presenta elementi tipici del delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), del quale condivide la prevenzione del consolidamento dell'offesa patrimoniale da altri realizzata; per l'altro, mostra notevoli affinità con il delitto di favoreggiamento reale di cui all'art. 379 c.p., là dove mira a contrastare le attività intese a mascherare l'origine delittuosa della ricchezza. In breve: il riciclaggio appare una fattispecie "mare e monti", votata al contrasto di fenomeni finanziari rilevanti, ma che, con notevole strabismo applicativo, non abbandona la presa su ipotesi di rilevanza criminologia incomparabilmente inferiore e che andrebbero lasciate all'ambito sanzionatorio della ricettazione in quanto prive di connotazione finanziaria@.

20. La fattispecie del riciclaggio

20.1. In base al testo vigente dell'art. 648-*bis,* commette riciclaggio chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da

delitto, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Per quanto riguarda il soggetto attivo e la provenienza dell'oggetto materiale dal delitto presupposto, vale in termini generali quanto si è già detto in relazione alla ricettazione, che presenta la stessa struttura.

Con riguardo al primo requisito, va ricordato inoltre che il reato è aggravato se il fatto è commesso nell'esercizio di una attività professionale. Quest'ultima può essere manuale o intellettuale, a scopo di lucro o gratuita, lecita o abusiva, svolta in via esclusiva o meno. Poiché la norma parla di "esercizio di un'attività", l'aggravante non trova applicazione quando la condotta di riciclaggio interviene nel compimento di un unico e occasionale atto professionale.

20.2. In relazione alla provenienza da delitto, la giurisprudenza include tra i reati presupposto l'associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p., anche quando "quest'ultima abbia tra i suoi scopi quello del perseguimento di attività formalmente lecite, conseguite attraverso il metodo mafioso". Si ritiene che "sia la stessa associazione mafiosa a creare direttamente i proventi suscettibili di essere 'ripuliti' senza la necessità della commissione di altri reati da configurare come fine dell'associazione"@.

Anche i reati tributari vengono considerati "presupposto"@. A questo orientamento di pensiero si obietta che i reati tributari consentono al loro autore il mancato esborso di denaro proveniente da attività del tutto lecite fra le quali, *in primis*, vi è quella di impresa. In altre parole l'utilità tipica del reato tributario non consiste in un valore pervenuto nel patrimonio dell'evasore bensì nella mancata *deminutio* di quest'ultimo@. Il rilievo però non risulta decisivo nell'escludere il riciclaggio, perché, riferito all'ampia nozione di utilità di cui parla oggi l'art. 648-*bis* c.p., il concetto di provenienza può anche assumere un

significato puramente contabile, coincidente con il semplice risparmio fiscale. Decisivo è un altro argomento: mirando a ostacolare l'identificazione dell'origine delittuosa dell'oggetto materiale del reato, la condotta di riciclaggio deve essere diversa da quella che ha generato il provento fiscale illecito. Essa non può ravvisarsi, invece, nel complesso delle attività attraverso le quali il denaro di provenienza illecita viene mantenuto nella disponibilità del soggetto evasore.

20.3. Le condotte del riciclaggio sono tre, alternative tra loro. Per la sussistenza del reato è sufficiente, dunque, che ne venga realizzata una soltanto.

La prima consiste nel sostituire la cosa di provenienza delittuosa con un'altra di origine lecita, attraverso la sua trasformazione o il suo scambio. La seconda condotta è quella del trasferimento negoziale del provento delittuoso nel patrimonio altrui.

Si tratta di due condotte diverse che possono sovrapporsi vicendevolmente. Si pensi innanzitutto alla sostituzione a mezzo scambio, che implica necessariamente un trasferimento. Per contro vi sono trasferimenti che celano delle sostituzioni. La transazione telematica, per esempio, richiede la preventiva trasformazione del denaro da riciclare in moneta di conto ad opera degli intermediari abilitati.

La terza condotta, tipizzata in termini espressamente analogici, consiste in "altre operazioni" compiute in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dell'oggetto materiale. La genericità della descrizione legislativa rende labile la tipicità. Anche l'offensività svapora sensibilmente, consentendo alla giurisprudenza di ravvisare il reato anche nelle operazioni tracciate, come tali non occulte. Si pensi al mero deposito in banca di denaro di provenienza illecita. In quanto bene fungibile – si argomenta – esso viene automaticamente sostituito all'atto del versamento@.

20.4. Il dolo è generico@: la componente rappresentativa deve abbracciare la provenienza delittuosa dell'oggetto materiale. Nel

caso di dubbio, il reato si ritiene configurabile con dolo eventuale@. Sul punto, però si possono avanzare delle riserve. Nel riciclaggio, al pari di quanto si è detto a proposito della ricettazione, la provenienza delittuosa dell'oggetto materiale è un dato effettuale certo. Questa consapevolezza, pertanto, rende il dolo necessariamente diretto.

21. L'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

L'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, previsto all'art. 648-*ter*, assoggetta a pena colui che, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648 e 648-*bis*, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto.

Questa previsione di reato, comunemente chiamata "reimpiego" è alla ricerca, per il vero vana, di un apprezzabile spazio applicativo autonomo, posto che le condotte ivi tipizzate sono destinate a rilevare, stante la clausola di riserva a favore dell'art. 648-*bis* c.p., come riciclaggio.

Da qui la magra conclusione che il delitto di reimpiego scatterebbe in relazione ai casi in cui le condotte, di per sé tipiche ai sensi del delitto di ricettazione o riciclaggio, vengano finalizzate sin dall'origine al reimpiego dei beni in attività economiche e finanziarie.

Com'è stato opportunamente osservato@, la condotta è descritta in termini atecnici e estremamente lai, ragion per cui il termine "impiegare" non va inteso nel senso di "utilizzare" per qualunque scopo, ma in quello più ristretto di investimento in nuove attività economiche o finanziarie. Non costituisce reato il reimpiego dei capitali in qualunque altro tipo di attività anche di natura patrimoniale, come il mantenimento della famiglia, l'acquisto di un'abitazione e via discorrendo.

Salvo quanto si è già detto con riguardo al riciclaggio (v. *supra* § 20.4), il dolo è generico.

22. L'autoriciclaggio

22.1. Sembra avviarsi al tramonto il diritto penale per così dire chirurgico, caratterizzato dal bisturi della determinatezza e della frammentarietà. In più settori si sta affermando l'opposto modello "chemioterapico", in quanto distruttivo delle cellule malate, di quelle ad esse prossime, ma anche di un congruo numero di cellule sane, sacrificate in nome dell'efficacia della cura sociale.

Un eloquente punto di emersione di questa tendenza è rappresentato dal nuovo delitto di autoriciclaggio, che è destinato a cambiare in profondità il diritto penale economico. Non soltanto in ragione delle finalità palesi che esso persegue – tra cui spicca il contrasto del reimpiego di ricchezza illecita – ma anche per le dinamiche investigative che favorisce. Si tratta, infatti, di una fattispecie-grimaldello o trappola, dalla quale si può uscire al prezzo di una collaborazione altrettanto indeterminata, che solo l'autorità inquirente potrà, se vorrà, precisare.

22.2. L'autoriciclaggio è il reato di colui che, avendo commesso o concorso a commettere un delitto, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza illecita.

Si tratta di un reato proprio, posto che l'agente può essere alternativamente l'autore del reato c.d. presupposto ovvero un suo concorrente ai sensi dell'art. 110 c.p. Viene superata in severità, dunque, la linea politico-criminale fatta propria dal codice Rocco che, per esigenze di proporzione punitiva, considerava il consolidamento o l'occultamento del profitto

patrimoniale di provenienza illecita un postfatto penalmente irrilevante. Oggi, l'autoriciclaggio può concorrere con il reato presupposto.

22.3. Oggetto materiale del reato può essere qualunque utilità. Quest'ultimo termine, dal significato amplissimo, comprende ogni forma di ricchezza smaterializzata, che provenga da qualsiasi delitto, doloso o colposo, consumato o tentato. La condotta consiste nel suo reimpiego in attività lucrative di qualunque genere. Ciò rafforza la tesi che coglie il bene giuridico tutelato specificamente nell'alterazione delle regole della corretta concorrenza tra operatori economici.

Il reimpiego del denaro o delle utilità deve avvenire in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza illecita. Si tratta di un reato di pericolo concreto.

Il dolo è generico.

Non è punibile il reimpiego che avviene per il godimento personale dell'auto-riciclatore persona fisica (art. 648-*ter*.1, comma 5).

22.4. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto.