

III e IV settimana - Prima parte



Tracce

I Traccia: il candidato esamini i principali problemi applicativi della responsabilità sanitaria sia in ambito civile e penalistico con particolare riguardo alle recenti Riforme Balduzzi e Gelli in tema di rapporto di causalità. Individui, con riguardo alle due differenti discipline succedutesi diversamente nel tempo quale deve considerarsi più favorevole al reo ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, IV comma c.p..

II Traccia: il candidato, dopo aver premesso brevi cenni sul principio di offensività del reato nell'ordinamento penale italiano in comparazione con i principi di diritto penale europeo, ne dia concreta esemplificazione avuto riguardo alle figure del reato putativo, impossibile ed aberrante.

III traccia. La non punibilità dell'Agente sotto copertura prevista dall'art. 9, comma 1, della legge 16 marzo 2006, n. 146 e succ. modificazioni

I Compitino (o tema): il falso indotto dall'altrui inganno (50 righe)

II Compitino (o tema). La legittima difesa putativa

III Compitino (o tema) : L'errore sulla legge extrapenale

Sommario Generale

1. la legge Gelli – Bianco p. 2. 2. Introduzione allo studio dell'errore p. 40. 3. Giurisprudenza sull'art. 47 e 49 c.p. p. 58. 4. Il reato aberrante. p. 79. 5. Il delitto tentato p. 84. 6. Riflessioni e giurisprudenza in tema di tentativo, reato impossibile, reato aberrante p. 93. 7. L'agente provocatore p. 117. 8. Agente infiltrato e provocatore. Utilizzabilità delle prove p. 120. 9. L'applicazione delle scriminanti nei reati di terrorismo p. 122. 10. Cause di giustificazione in generale p. 140.

1. La Legge Gelli-Bianco

È stata pubblicata in G.U. il 17 marzo 2017. Segue la dibattuta c.d. L. Balduzzi n. 189/2012 (di conversione del D.L. n. 158/2012) al fine di adeguare i profili di responsabilità civile e penale degli operatori del settore medico e sanitario.

Vige dall'1 aprile 2017 con la conseguenza che trova applicazione per tutto il contenzioso introdotto da questa data. La precisazione è importante, oltre che per il principio della irretroattività e successione della legge nel tempo in campo civilistico^[1] anche per quello del favor rei in ambito penale^[2] alla luce dell'art. 25, comma 2, cost. a mente del quale "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso": al riguardo assume rilevanza importante la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 16140/2017 la quale contribuisce a indicarci che il problema si poneva già prima dell'entrata in vigore della Legge n. 24/2017. Questa sentenza è stata infatti depositata il 30 marzo 2017 e riporta che "assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio, posto che la Corte di Appello, chiamata a riconsiderare il tema della responsabilità dell'imputato, dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 4, c.p., secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole".

La novella ha, tra le altre, la finalità di eliminare o limitare il più possibile il fenomeno della c.d. medicina difensiva, quindi la pratica con la quale il medico difende se stesso contro eventuali azioni di responsabilità medico legali seguenti alle cure mediche prestate. In assenza di stime affidabili sui costi della medicina difensiva negativa, si valuta che solo quella c.d. positiva (considerando già solo il surplus di spesa sanitaria non legata a finalità terapeutiche ma alla riduzione del rischio di

contenzioso) valga annualmente 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75% del Prodotto Interno Lordo. In particolare, la medicina difensiva incide sulla spesa sanitaria in misura pari al 10,5% del totale[3].

La Legge incide anche da un punto di vista amministrativo: si noti l'art. 2 secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico. Il Difensore civico, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria". Il Difensore, dopo aver acquisito le segnalazioni, ne verifica la fondatezza ed eventualmente interviene per tutelare il diritto lesso: possiede dunque poteri di impulso e di indagine. Tuttavia, esso non può determinare le modalità di intervento sulle segnalazioni ricevute, ma sono le regioni stesse a doverle definire. La ratio della norma, quindi, si limita a riconoscere alle regioni la mera facoltà di attribuire all'ufficio del Difensore civico queste nuove funzioni, riservando in tal modo ad esse la possibilità di stabilire la costituzione o meno dell'ufficio del Difensore civico. Sembra tuttavia di parlare di diritto utopistico: chi è il Difensore civico in Calabria? Quando è intervenuto? Obiettivo lodevole, ma poco efficace[4]. Più importante è il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente considerando le finalità, perché raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente, mediante procedura telematica unificata a livello nazionale, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità.

L'art. 3 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede poi che entro 3 mesi dalla sua entrata in vigore, venga istituito con decreto del Ministro della Salute, presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari (Agenas) questo Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, il cui scopo è quello di raccogliere ed elaborare le informazioni relative ai rischi ed agli eventi avversi dai Centri regionali per il rischio sanitario avvalendosi del SIMES (Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità, istituito con decreto del Ministro del Lavoro dell'11 dicembre 2009). Nello specifico, l'Osservatorio non solo deve acquisire le cause, l'entità e la frequenza degli eventi avversi, stabilire l'onere finanziario del contenzioso che ne discende, ma anche predisporre linee di indirizzo e misure idonee

alla prevenzione del rischio sanitario. Inoltre, deve predisporre il monitoraggio delle buone pratiche, anche per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente la professione sanitaria. Si precisa poi che tali misure devono individuarsi con il supporto delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. È infine previsto che il Ministro della Salute trasmetta ogni anno alle Camere una relazione sull'attività di cui sopra svolta dall'Osservatorio. La raccolta di questi dati statistici sarà certamente utile a monitorare gli errori in sanità al fine di disporre e adeguare le linee di indirizzo in collaborazione con le società scientifiche.

In tema di Privacy assume rilevanza l'art. 4 perché prevede che “La direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, entro sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e a quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, fornisce la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente”. Non si trascuri comunque il principio riconosciuto anche dalla giurisprudenza civile secondo cui non rientra nell'ordinaria diligenza richiedere all'ospedale la cartella clinica dopo oltre tre lustri dalla palesata infezione epatica: gli Ermellini hanno ritenuto prescritto il diritto al risarcimento dei danni per la parte che, seppur consapevole della possibilità di mettere in relazione la malattia con le trasfusioni effettuate, si era attivata troppo tardi per richiedere le cartelle cliniche alla struttura sanitaria[5]. Soprattutto importante da un punto di vista sociale è previsto poi che “Le strutture sanitarie pubbliche e private rendono disponibili, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio”. È chiaro che questo articolo sia diretto anche a tutelare le compagnie assicurative che in questo modo non riceveranno più statistiche false o incomplete e potranno valersi finalmente di dati trasparenti ed utili alla partecipazione ad eventuali gare assicurative[6]. Da sottolineare infine che il comma in questione cita unicamente i risarcimenti erogati negli ultimi cinque anni e non anche “le denunce di danni o i contenziosi in essere”.

Linee guida e buone pratiche

Prima di entrare nel merito della responsabilità medica, risulta necessario fare chiarezza sulla differenza tra:

- le linee guida;
- i protocolli;

- le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Ciò perché spesso è causa di confusioni ed incertezze interpretative, giacché tutti questi concetti possono essere definiti quali regole comportamentali che influiscono sulla condotta del sanitario. Il protocollo è uno schema rigido di comportamento clinico predefinito ed il suo valore obbligatorio viene definito mediante decreto normativo. Il medico, pertanto, può discostarsi dal protocollo previa informazione ed accettazione da parte del paziente ed altresì giustificando il suo operato tramite parere motivato. La mancata adesione al protocollo senza motivazione comporta la responsabilità professionale del medico per imperizia, di cui lo stesso si assume la piena responsabilità in caso di contenzioso. Per quanto attiene alle buone pratiche clinico-assistenziali, queste possono essere definite come ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assistenziali, basata su standard di qualità e sicurezza. Questi standard hanno origine da evidenze, da letteratura e da organizzazioni sanitarie. Una buona pratica necessita di indicatori specifici da monitorare nel tempo e può variare a seconda del settore a cui si fa riferimento (ospedale, infermeria o studio medico) come anche in base alle singole aree (terapia intensiva, impiego di farmaci, prevenzione delle infezioni). Invece, le linee guida vengono definite raccomandazioni destinate ad ottimizzare la cura dei pazienti che vengono informati da una revisione sistematica delle evidenze e da una valutazione dei benefici e rischi di opzioni alternative di cure.

La legge Gelli riafferma il ruolo delle linee guida come termine di confronto per stabilire la responsabilità medica, il quale, com'è noto, era già stato inserito con la legge n. 189 del 2012 (Legge Balduzzi).

Venendo più da vicino poi alla responsabilità medica, l'art. 5 prevede che **“Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”**: ciò è importante, come facilmente

comprensibile, per valutare quindi la futura ed eventuale imperizia del medico tanto in sede penale quanto civile. Si noti comunque che il legislatore attribuisce alle linee guida un maggior rilievo, anche in linea con la dettagliata disciplina con cui vengono novellate, rispetto alle buone pratiche clinico-assistenziali, che, come chiarito prima, consistono unicamente in procedure riguardanti percorsi assistenziali, basati su standard di qualità e sicurezza.

La legge Gelli-Bianco, inoltre, contribuisce a colmare un sostanziale vuoto normativo: vengono specificati i soggetti che devono elaborare le raccomandazioni previste dalle linee guida, chiarendo che tale compito non è affidato unicamente alle società scientifiche, come invece stabiliva la legge Balduzzi, ma anche gli enti ed istituzioni pubbliche e private, associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. Sul punto la legge Gelli opera un'ulteriore chiarificazione che, come sopra evidenziato, era un'esigenza molto sentita: impone infatti che tali soggetti debbano essere iscritti in un apposito elenco, il quale deve essere istituito e regolamentato con decreto (da emanare entro 90 giorni dalla pubblicazione della citata legge) dal Ministro della Salute e da aggiornare con cadenza biennale. Si noti che il legislatore del 2017 contempla altresì questo importante profilo della revisione biennale, il quale nella precedente normativa era del tutto assente e fonte di recriminazioni. Inoltre, viene imposto un rigoroso controllo sulle società e associazioni che contribuiranno alla elaborazione delle linee guida. Si prevede, infatti, che il Ministro della Salute sia l'organo deputato a regolamentare l'iscrizione delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui sopra negli appositi albi ed a stabilire con decreto (lo stesso con il quale è stato emanato l'elenco) i requisiti minimi di rappresentatività delle medesime sul territorio nazionale, la loro costituzione mediante atto pubblico, le varie garanzie da inserire nello statuto, le procedure di iscrizione negli albi, le verifiche sul mantenimento dei requisiti nonché modalità di sospensione e modificazione.

Non ci si può esimere dal rilevare che le novità sopra elencate siano di fondamentale importanza al fine di riconoscere le società scientifiche munite del titolo per iscriversi nell'apposito elenco e ciò sempre in ossequio al principio di trasparenza, cui sembra essere informata tale legge. Da segnalare è quanto riconosciuto anche dalla S.C.: "Le linee guida per le pratiche terapeutiche costituiscono un sapere scientifico e tecnologico codificato, che funge da guida per orientare facilmente le decisioni terapeutiche, per uniformare le valutazioni e minimizzare le decisioni soggettive del medico curante" [7]. Importantissima pare poi, per poter registrare

con fermezza la prevalenza del valore persona sui dati economici, la sentenza secondo cui **“Le linee guida richiamate dall’art. 3 della Legge Balduzzi, per avere rilevanza nell’accertamento delle responsabilità del medico, devono: indicare i requisiti standard diagnostico e terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”**[8]. Non si dimentichi di sottolineare comunque che, per come riconosciuto successivamente all’entrata in vigore della Legge da parte dello stesso relatore Gelli, si sono verificate delle difficoltà legate alla regolamentazione per il Sistema nazionale delle linee guida dovute al richiamo, inserito nel provvedimento legislativo durante il suo passaggio al Senato, al comitato tecnico scientifico previsto da una norma del decreto Sirchia del 2004 il quale, però, non è stato mai costituito.

È stata dunque prevista una modifica attraverso il DDL Lorenzin sulla riforma degli Ordini professionali e le sperimentazioni cliniche approvato il 25 ottobre 2017 alla Camera (art. 11) al fine di eliminare il riferimento a tale comitato e così consentire la tempestiva emanazione, da parte del Ministero della Salute, del decreto che disciplina il predetto Sistema superando tutte le lungaggini altrimenti inevitabili. Quindi si è proposto di sopprimere all’art. 5, comma 3, le parole “con la procedura di cui all’articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni”. L’attribuzione di un siffatto potere di controllo, sommata alla prescritta iscrizione dei soggetti emananti in un apposito albo, ed all’obbligo generalizzato di attenersi alle linee guida (pure rese sovraordinate alle buone pratiche) ha suscitato le critiche da parte della dottrina[9]: si è infatti rilevato che, seppur orientata a soddisfare le istanze di certezza manifestate dai medici nel vigore della legge Balduzzi, la disciplina rischia di condurre all’affermazione di una “medicina di Stato”, suscettibile di limitare il progresso scientifico a scapito degli stessi pazienti (si pensi ad esempio al caso in cui un determinato sanitario sia personalmente a conoscenza di una tecnica medica innovativa non ancora recepita dalle linee guida, che il medesimo sarà portato ad osservare ancorché contemplino una terapia meno efficace). Tale posizione non è comunque condivisa da chi scrive, perché è previsto “salve le specificità del caso concreto”: deve essere così ritenuta implicitamente intesa anche la tendenza a favorire (o quantomeno non voler limitare) la ricerca scientifica e la conoscenza in campo medico. Inoltre la tassatività delle linee guida istituzionali I.S.N. comporterebbe, essa sì, un pregiudizio al diritto alla salute e alla libera scelta della trattamento terapeutico di cui agli articoli 32 e 33 della Costituzione[10].

La novità più importante che si introduce si ha appunto in sede penale perché in ambito civile si sono per lo più recepiti gli orientamenti giurisprudenziali affermati in materia di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. ed extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e gli effetti della distinzione: si pensi in tema di onere della prova in quanto rispetto alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., nella quale è il soggetto danneggiato a dover provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, incluso il dolo o la colpa dell'autore del danno "ingiusto", nella responsabilità contrattuale, in ragione di una "ingiustizia" del danno in re ipsa, causato dall'inadempimento (da parte del debitore di una prestazione alla quale si era precedentemente vincolato) sanzionato a prescindere dalla verifica della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, si assiste ad una inversione dell'onere probatorio.

Nella responsabilità contrattuale, infatti, trova applicazione il principio della presunzione della colpa, spettando all'attore/creditore solo l'onere della prova dell'inadempimento e dell'entità del danno, mentre, di converso, al debitore spetterà, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili. Si noti poi che per l'art. 1223 c.c. il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento o al ritardo deve comprendere sia la perdita subita dal creditore (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno). Diversamente poi dalla responsabilità extracontrattuale in cui ad essere risarcibili sono tutti i danni, prevedibili o non prevedibili, nella responsabilità contrattuale, ove l'inadempimento o il ritardo non abbiano natura dolosa, il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione[11]. Infine in tema di prescrizione dove, il risarcimento del danno da illecito extracontrattuale è soggetto alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 c.c., mentre all'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, salvo i tempi più brevi previsti per specifiche tipologie di contratti. Si comprende che la differenza non è di poco conto.

La materia della responsabilità medica, tuttavia, soprattutto per il non molto lontano dibattito sulla base contrattuale o aquiliana della responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente, nonché relativo ai criteri di imputazione della stessa e sulla distribuzione dell'onere della prova tra le parti nei giudizi di medical malpractice, si contraddistingue per essere caratterizzato da regole peculiari, tanto che autorevole dottrina ha definito la responsabilità sanitaria "un sottosistema della responsabilità civile"[12].

Dicevamo della novità penale: essa è rappresentata dalla introduzione dell'art. 590 sexies c.p. il quale prevede espressamente che **“Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 – rispettivamente omicidio colposo e lesioni personali colpose – sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”**.

Risponde quindi penalmente colui (operatore sanitario) che in modo involontario cagiona la lesione o la morte del soggetto sottoposto a trattamento sanitario. Come si nota subito, tale articolo non opera distinzioni generali di colpa (colpa grave/colpa lieve), come previste invece dalla L. Balduzzi e dal DDL approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 (il quale esonerava l’esercente la professione sanitaria solo in caso di colpa grave quando, nell’esercizio della sua attività ed a causa di imperizia, cagionava la morte o la lesione personale della persona assistita). La Legge Gelli-Bianco pone quindi fine a tutti i dibattiti inerenti alla colpa lieve lasciando sottintendere che il medico, anche in caso di colpa grave, può risultare non punibile.

La ratio del legislatore quindi è anche quella di agevolare il lavoro del giudice svincolandolo dal non sempre agevole compito di graduare la colpa nelle ipotesi delittuose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie. Non basta dunque, perché il comportamento del sanitario sia scriminato, essersi attenuti asetticamente alle linee guida o raccomandazioni previste per quell’intervento chirurgico per andare esenti alla responsabilità, ma deve esserci una valutazione da parte del medico in ordine al fatto se effettivamente quelle linee guida siano adeguate al caso di specie^[13]. Si fa riferimento quindi solo all’imperizia (errore tecnico da parte del sanitario che ha agito al di fuori di quello che è il livello minimo di esperienza e di cultura medica: in pratica, mancanza di preparazione). Certo inutile qui sottolineare la importanza probatoria della perizia piuttosto che della consulenza tecnica e delle linee guida, considerabili come una sorta di istruzioni d’uso in documenti medici ufficiali. Occorre sottolineare che si continua comunque ad essere responsabili per negligenza (trascuratezza, mancanza di sollecitudine ovvero di un comportamento

passivo che si traduce in una omissione di determinate precauzioni, ad es. il medico che dimentica una garza o un ferro chirurgico nell'addome del paziente o non controlla la data di scadenza del farmaco usato) ed imprudenza (insufficiente ponderazione di ciò che l'individuo è in grado di fare, violazione di una regola di condotta, codificata o lasciata al giudizio del singolo, con obbligo di non realizzare una azione o di adottare, nell'eseguirla, precise cautele) ma non per imperizia nei limiti appena detti[14].

Dall'inizio si utilizzava coscientemente, e non a caso quindi, il termine "imperizia".

La legge più favorevole al reo

Ma, alla luce di quanto appena detto e tornando alla individuazione della legge più favorevole al reo, la Legge Gelli-Bianco è veramente quella più favorevole all'imputato? Molti affermano che questa abbia peggiorato la posizione dell'operatore sanitario[15] perché questo, prima, in vigore della Legge Balduzzi, rispondeva penalmente solo per colpa grave (tutti i comportamenti fuori da questo caso escludevano la responsabilità penale ex art. 3): non si faceva una distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza, ma si faceva il semplice distinguo tra colpa grave (e si aveva quindi responsabilità) e colpa lieve (nessuna responsabilità penale). Si faceva già comunque riferimento a linee guida anche per determinare la graduazione della colpa. Si segnala qui e per questi fini, la notizia di decisione penale della Sez. IV della Corte di Cassazione n. 3 del 20 aprile 2017 la quale recita espressamente "La legge n. 24 del 2017 ha introdotto, all'art. 5, un nuovo statuto disciplinare delle prestazioni sanitarie, governato dalle raccomandazioni espresse dalle linee guida accreditate e, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Ai sensi dell'art. 590-sexies c.p. introdotto dall'art. 6 della medesima legge, tale nuovo quadro disciplinare è rilevante anche ai fini della valutazione della perizia del professionista con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.; e, per la sua novità, trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della novella. Per i fatti anteriori può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 c.p., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica".

Riepilogando, oggi, con l'introduzione nel codice penale del un nuovo articolo 590 sexies, la punibilità è esclusa, senza alcun riferimento testuale al fatto che si versi in colpa grave o lieve, qualora, nell'esercizio della professione sanitaria:

a) l'evento si sia verificato a causa di imperizia;

b) siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (le quali, dunque, rispetto tanto alla legge Balduzzi, quanto alla versione approvata alla Camera, assumono una posizione suppletiva nei confronti delle linee guida);

c) le raccomandazioni contenute nelle linee guida predette risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

È già possibile quindi delineare concettualmente i confini applicativi del nuovo art. 590 sexies. In particolare: i) non sono punibili condotte imperite del medico nelle quali sia stata correttamente diagnosticata la patologia, altrettanto correttamente siano state selezionate linee guida (accreditate) riferibili alla terapia per quella patologia e il caso concreto non presenti peculiarità tali da costituire un'eccezione alla regola data; ii) si è riconosciuta la responsabilità se le linee guida non erano adeguate al caso, potendo residuare, in questi termini, uno spazio di possibile rimprovero per imperizia, da commisurare all'errata valutazione delle specifiche condizioni cliniche del paziente, che avrebbero dovuto portare il medico a ritenere inadeguate le linee guida e dunque a non applicarle; iii) si è esclusa l'applicabilità della norma (e il medico sarà dunque punibile sulla base dei tradizionali canoni di accertamento della colpa, non potendo beneficiare della nuova area di non punibilità legata al rispetto delle linee guida) qualora l'evento sia riconducibile a una condotta connotata da negligenza o imprudenza. Ferma restando la incertezza dei confini tra queste forme della colpa generica [16].

Si badi quindi comunque che il medico risponderà penalmente anche per imperizia laddove applichi le linee guida e queste non erano rispondenti al caso concreto. A questo punto sembra trovare però una prima conferma la sensazione che il legislatore abbia non solo schiuso nuovi e non meno rilevanti problemi rispetto alla precedente disciplina, ma anche – e soprattutto – fallito lo scopo di garantire più certezze di irresponsabilità, arretrando rispetto alle più recenti acquisizioni della giurisprudenza di legittimità maturate con riguardo alla Legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemente di effettiva e piena attuazione del diritto alla salute e di contrasto alla medicina difensiva (data la disciplina peggiorativa introdotta per questi).

Alla luce di quanto anche appena detto è utilissimo sottolineare poi, e per cercare di definitivamente comprendere in merito, un'altra recentissima decisione della Corte di piazza Cavour che, proprio in riferimento alla nuova disposizione di cui all'art. 590 sexies c.p., si è soffermata ad analizzarne l'effettiva portata, chiarendo preliminarmente che l'eventuale non punibilità del fatto è applicabile per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco anche ai procedimenti pendenti in terzo grado. Si legge infatti che "L'eventuale non punibilità del fatto, avendo natura sostanziale, è applicabile, invero, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge 24/2017, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e la relativa questione, in applicazione degli artt. 2, comma quarto, cod. pen. e 129 cod. proc. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ex art. 609, comma secondo, cod. proc. pen. anche nel caso di ricorso inammissibile. Occorre allora cercare di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti [...] Sono noti i dubbi interpretativi suscitati dalla nuova norma. Ciò che è chiaro, in quanto espressamente previsto all'art. 590-sexies, comma 2, è che è stata abrogata la disciplina penale relativa alla depenalizzazione della colpa lieve della legge Balduzzi, essendo stato abrogato l'intero comma 1 dell'art. 3. Non si pone più pertanto un problema di grado della colpa, salvo casi concreti in cui la legge Balduzzi possa configurarsi come disposizione più favorevole per i reati consumatisi sotto la sua vigenza coinvolgenti profili di negligenza ed imprudenza qualificati da colpa lieve (per ultrattività del regime Balduzzi più favorevole sul punto).

Colpa lieve e colpa grave

Altrettanto chiaro è che il legislatore ha ritenuto di limitare l'innovazione alle sole situazioni astrattamente riconducibili alla imperizia, cioè al profilo di colpa che si fonda sulla violazione delle *leges artis*, che ha ritenuto non punibili neanche nell'ipotesi di colpa grave. In questo senso può ritenersi ulteriore elemento di certezza il superamento in senso restrittivo del dibattito apertosi in sede di legittimità sull'applicabilità della legge 189/2012 non solo nelle ipotesi di imperizia ma anche nei casi di negligenza ed imprudenza (quando le linee guida contengano regole prescrittive di particolare attenzione e cura nello svolgimento di attività considerate pericolose, investendo più la sfera dell'accuratezza, che quella dell'adeguatezza professionale della prestazione; v., in termini, Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, De Negri, Rv. 266903; n. 45527 del 01/07/2015, Cerracchio, Rv. 264897; n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, Rv. 260739). Sono note altresì le critiche sollevate già all'indomani della riforma, che attengono alla rilevanza delle

linee guida, così come delineate dal legislatore, ed alla difficoltà di delimitare in concreto la nozione di imperizia da quelle confinanti e, talora, in parte sovrapponibili di negligenza ed imprudenza. Occorre, inoltre, tener conto della obiezione di fondo secondo la quale in presenza di “colpa grave”, sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l’impunità del sanitario, nel senso che sembrerebbe difficile conciliare il grave discostamento del sanitario dal proprium professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico assistenziali, e, soprattutto, decisamente, che possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto.

È obiezione degna di considerazione, ma alla quale si può opporre il concorrente rilievo della lettera e della finalità della legge: sotto il primo profilo, il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del novum normativo, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell’ambito di operatività della causa di non punibilità; sotto l’altro concorrente profilo, giova ribadire che con il novum normativo si è esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile.

La nuova legge, in sostanza, cerca di proseguire in un percorso di attenuazione del giudizio sulla colpa medica, introducendo così una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia la cui operatività è subordinata alla condizione che dall’esercente la professione sanitaria siano state 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 e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto. Tale risultato è stato perseguito dal legislatore [in tal senso la lettera della norma non ammette equivoci] costruendo una causa di non punibilità, come tale collocata al di fuori dell’area di operatività del principio di colpevolezza: la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell’ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l’iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva.

In questa prospettiva l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale della imperizia sanitaria può essere individuata nell'assecondamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto; mentre non vi sono dubbi sulla non punibilità del medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una "imperita" applicazione di queste [con l'ovvia precisazione che tale imperizia non deve essersi verificata nel momento della scelta della linea guida – giacché non potrebbe dirsi in tal caso di essersi in presenza della linea guida adeguata al caso di specie, bensì nella fase "esecutiva" dell'applicazione]. È una scelta del legislatore – che si presume consapevole – di prevedere in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza. Non è questa la sede allora di occuparsi funditus di tale scelta, nell'ottica del rispetto dell'articolo 3 della Costituzione [potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza "lieve"], per difetto di rilevanza nel caso di specie. Ciò che qui basta ai fini della presente vicenda processuale è la ricostruzione del testo e della finalità della nuova legge e la conseguente applicabilità del novum giacché si discute di colpa per imperizia. Alla luce delle considerazioni svolte deve affermarsi il seguente principio di diritto: «Il secondo comma dell'art. 590-sexies cod. pen. articolo introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guide e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse»[17].

In concreto, con la Legge Gelli-Bianco si è tentato di attenuare il giudizio sulla colpa medica tramite l'inserimento di una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia e facendone dipendere l'operatività al rispetto, da parte dell'esercente la professione sanitaria, delle raccomandazioni di cui alle linee guide e pubblicate in base alla stessa Legge n. 24 o, in difetto di queste, delle buone pratiche clinico assistenziali, in ogni caso adeguate al caso concreto. Ciò che si vuole è evitare che il sanitario operi nella persistente preoccupazione di ingiuste rivalse, sostenendo il fenomeno della c.d. medicina difensiva, e di assecondare, piuttosto, la indispensabile tranquillità operativa[18].

Responsabilità civile

Per quanto riguarda la responsabilità civile invece le novità si segnalano dall'art. 7 della Legge Gelli-Bianco. Si traccia una netta demarcazione tra la responsabilità della struttura pubblica o privata e della persona fisica del personale medico o paramedico che incorre nella responsabilità: mentre viene ad attrarsi nella responsabilità contrattuale la responsabilità della struttura e quindi soggetta alle norme dell'art. 1218 e ss. c.c.; l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Questa differenza ha delle ripercussioni almeno sotto due profili: onere probatorio (più agevole provare la responsabilità contrattuale) e prescrizione (10 anni contrattuale e 5 anni extracontrattuale).

Ma qual è il contratto che lega il paziente con la struttura? Prima si sosteneva il contratto di opera intellettuale^[19], ora invece il contratto atipico c.d. di speditività^[20] ovvero quello in forza del quale la struttura sanitaria è tenuta a fornire al paziente una prestazione complessa, di assistenza sanitaria, che va dalla messa a disposizione di spazi veri e propri (il posto letto, la struttura di pronto soccorso), alla garanzia di tempestività d'azione e dunque di personale sufficiente e tecnicamente efficiente, all'utilizzo di macchinari in linea con la tecnologia che un determinato momento storico è in grado di fornire. Questo è quindi composto di una serie di prestazioni sia di natura sanitaria che altre accessorie, non ultime quelle connaturate all'aspetto "alberghiero" (ad es. alloggio nella struttura garantito nel caso di operazione). Tale impostazione è stata poi sempre confermata da giurisprudenza e dottrina^[21].

Vale la pena sottolineare che in vigenza della vecchia Legge si prevedeva l'ampliamento della responsabilità contrattuale anche in capo ai singoli medici o paramedici e la fonte dell'obbligazione veniva individuata attraverso l'art. 1173 c.c. secondo cui "Le obbligazioni derivano da contratto da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Ovviamente, oggi, alla luce del fatto che la responsabilità della struttura sanitaria sarà di natura contrattuale mentre quella degli esercenti di natura extracontrattuale, e tenuto conto dei vantaggi relativi all'onere probatorio, converrà per il paziente sempre rivalersi nei confronti della struttura e con ciò acquista rilevanza l'azione di rivalsa prevista poi dalla nuova legge (anche se ammessa solo in caso di dolo o colpa

grave dell' esercente: il punto verrà approfondito dopo in relazione all' art. 8 Legge Gelli-Bianco).

Si comprende bene la valorizzazione in questa riforma del principio sotteso all' art. 1228 c.c., ovvero ci si basa molto sulla responsabilità della struttura che risponde anche delle condotte del suo dipendente. Già prima della Legge Balduzzi quindi, il rapporto che si instaura(va) tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un tipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell' obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall' assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell' ente), accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell' apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze.

Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell' ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell' art. 1218 c.c., all' inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell' art. 1228 c.c., all' inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto[22] – attenzione però, ciò non vale se è legato da rapporto contrattuale col paziente, nel qual caso la responsabilità della struttura è esclusa (si pensi al ginecologo libero professionista autonomo che operi nella struttura con un paziente con cui è legato da contratto). Al fine di poter invocare l' art. 1228 c.c. tuttavia era prima necessario che il medico curante operasse all' interno della struttura (anche a prescindere da un rapporto di subordinazione), data la palese esistenza di un collegamento funzionale tra la struttura e la prestazione del medico.

L' inquadramento sistematico è immutato anche dopo la Legge Balduzzi: la responsabilità della casa di cura (o dell' ente) può conseguire, ai sensi dell' art. 1218 c.c., all' inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato[23]. Merita poi, in riferimento alla posizione del sanitario prima ed in

vigenza della L. Balduzzi, un accenno quella dottrina e giurisprudenza secondo cui la responsabilità contrattuale nasceva anche da contatto sociale: a partire dal 1999 la giurisprudenza ha accolto la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nel nostro ordinamento e ha stabilito che le regole della responsabilità contrattuale si applicano anche ai rapporti che nascono da contatto sociale; in particolare, con la sentenza Cass., Sez. III, n. 589/1999, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente.

Tra il medico e il paziente, infatti, ancorché non sia stato stipulato alcun contratto, ricorre comunque un rapporto giuridico particolare che non può essere ricondotto all'articolo 2043 c.c. Quest'ultima norma, infatti, disciplina i casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. Il medico e il paziente invece, ancorché il medico sia un dipendente ospedaliero, non possono essere trattati come due sconosciuti; in particolare il medico "non è un *quisque de populo*" (esattamente in questi termini si esprime la Cassazione al punto 4.2 delle motivazioni) tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione[24].

Deve inoltre considerarsi che l'obbligazione di risarcire il danno in caso di inadempimento contrattuale, prevista e disciplinata dall'art. 1218, non nasce solo dall'inadempimento di un contratto in senso stretto, ma anche da fonti non contrattuali: l'art. 1173 infatti è esplicito in tal senso, stabilendo che l'obbligazione possa nascere da contratto, da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni. Il rapporto contrattuale di fatto è, quindi, uno dei quegli altri atti o fatti idonei per l'ordinamento a costituire fonte di un'obbligazione. Occorre tenere presente, inoltre, che si risolverebbe in un'ingiustizia sociale trattare diversamente – a livello di disciplina – il rapporto tra il medico e il paziente vincolati da un contratto, e il medico e il paziente tra i quali il contratto non intercorre per essere il primo un dipendente pubblico. Assoggettare il rapporto privato all'articolo 1218 e quello pubblico all'articolo 2043 significherebbe trattare in modo diverso realtà praticamente identiche. Tale sentenza può definirsi rivoluzionaria, perché introduce profonde innovazioni alla teoria generale delle obbligazioni come era delineata in modo classico da manualistica e giurisprudenza a partire dal 1942 e: i) introduce nel nostro

ordinamento la figura del rapporto contrattuale di fatto, fino al 1999 sconosciuta alla giurisprudenza e ignorata dalla dottrina maggioritaria; ii) rompe il confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale facendo passare nell'area contrattuale figure che prima erano ricondotte nell'area dell'art. 2043 c.c. Si trattava, invero, di teoria ormai entrata a far parte del "diritto vivente"^[25], e consacrata, a livello giurisprudenziale, anche dopo la prima pronuncia nel 1999, in due sentenze del 2008, entrambe a Sezioni Unite^[26].

Con l'entrata in vigore della L. Balduzzi, se nulla cambiava quindi per il riconoscimento della responsabilità contrattuale in capo alla struttura, qualche problema si poneva per individuare la natura della responsabilità in capo al medico. Ricordiamo che l'art. 3, comma 1, L. 189/2012 prevedeva che "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo", così, dal dettato normativo si evinceva che la responsabilità civile non veniva esclusa anche ove venisse esclusa la responsabilità penale per colpa lieve, ed inoltre si deduceva che il giudice nel risarcire il danno doveva tenere conto del fatto che il medico si fosse attenuto alle linee guida.

La Legge Balduzzi, richiamando la responsabilità aquiliana, poneva un evidente problema poiché, come precedentemente detto, la responsabilità del medico, come quella dell'ente ospedaliero, per l'inadempimento della prestazione veniva ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale o da contatto sociale. Appare dunque chiaro che il riferimento imposto dalla L. Balduzzi alla responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., contenuto nell'art. 3, comma 1, induceva dubbi circa la possibilità di continuare ad applicare in modo generalizzato i criteri di accertamento della responsabilità contrattuale, facendo addirittura ritenere che il legislatore suggerisse l'adesione al modello di responsabilità civile precedente al 1999, in contrasto con quanto ormai divideva dottrina e giurisprudenza. Si vennero così a formare due opposti orientamenti sul punto: secondo il primo, e maggiormente accreditato, la L. Balduzzi non effettuava una scelta sulla natura della responsabilità civile, ma era solo intenzionata a far salvo il risarcimento del danno anche in caso di esimente penale^[27]; il secondo mirava invece a far ritenere che la responsabilità del medico venisse ricondotta a quella extracontrattuale, sostenendo che la ratio di tale assunto era quella di alleggerire l'onere probatorio per il medico e di far gravare sul paziente

l'onere di dimostrare giudizialmente l'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità[28]. In conclusione, l'art. 3 della L. Balduzzi, poneva evidenti problemi interpretativi, per la scarsa precisione e chiarezza del riferimento alla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Con l'introduzione della nuova Legge Gelli-Bianco vediamo che si instaura quindi un c.d. regime bipartito attraverso la previsione di una responsabilità contrattuale per soggetti che hanno il pieno governo del proprio rischio (strutture e liberi professionisti) in base a rapporto autenticamente contrattuale o all'accettazione del paziente in ospedale ed una responsabilità extracontrattuale per chi non ha il pieno governo del rischio (medici dipendenti o convenzionati con SSN o comunque operanti in struttura). Quindi attenzione spostata su chi governa i fattori, anche remoti, che hanno reso possibile l'incidente, che può trovare un suo antecedente causale in disfunzioni organizzative.

I rapporti tra le due responsabilità

Ma che rapporti ci sono tra le due responsabilità? Sono cumulabili le due azioni nell'ambito dello stesso giudizio? Vi sono preclusioni, interferenze e percorsi probatori di ciascuna di esse? E prima ancora, è utile per il danneggiato intraprendere le due azioni risarcitorie in ambito civile? Prima di rispondere a queste domande però dobbiamo prestare attenzione a quanto anche sostenuto da molti secondo i quali con questa riforma nulla è cambiato e che quindi il medico (strutturato) risponderebbe (ancora, come prima) per responsabilità contrattuale alla luce della previsione dell'art. 7 Legge Gelli-Bianco secondo cui "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente": quest'ultimo inciso comporterebbe (secondo questi) che il giudice possa rilevare che in realtà ci sia stato un contatto sociale; secondo altri (tesi maggioritaria e più da condividere) no, in quanto ci si riferisce a quel caso specifico in cui il medico si riporta alla struttura (si veda il ginecologo dell'esempio che si faceva prima); inoltre, condividendo la prima tesi, ci si schiererebbe contro la finalità della legge (sgravio responsabilità in capo al medico) e si consideri ulteriormente che sarebbe troppo facile dire che c'è un contatto sociale: si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 19670/2016 dalla quale può ricavarsi che, ad esempio, in tema di attività medico-chirurgica, anche il "contatto sociale" meramente fortuito ed informale, intercorso tra medico e paziente, è idoneo a far scattare i presidi della responsabilità contrattuale.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha qualificato in termini di “contratto” il rapporto instaurato a seguito del comportamento di un medico di base che, nel corso di un incontro occasionale con un suo assistito in procinto di partire per il Kenia, gli aveva suggerito una profilassi antimalarica, poi rivelatasi inefficace, sebbene Essa abbia, per il resto, confermato la sentenza impugnata della Corte d’Appello di Reggio Calabria, che aveva escluso la responsabilità del sanitario per la morte dell’assistito causata dalla malaria, in considerazione della aderenza della profilassi consigliata ai principi della buona pratica medica.

Dunque, si possono fare valere entrambe le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale? Sì, ma per ciò che concerne la responsabilità contrattuale della struttura, il regime è immutato: il paziente ha il solo l’onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno; il debitore convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero possa essergli mosso, o che un suo inesatto adempimento non ha avuto alcuna incidenza causale[29]. Ma la prova del nesso causale è comunque necessaria in entrambe le tipologie[30] tenendo conto che in ambito contrattuale può essere presuntivo: è sufficiente che le cure “si inseriscano nella serie causale”[31].

A tale riguardo è utile, se non altro per la estrema attualità, evidenziare la recente sentenza degli Ermellini n. 24073 del 13 ottobre 2017 tramite la quale si ribadisce “il principio di diritto secondo cui in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell’onere probatorio l’attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 577 del 11/01/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 27855 del 12/12/2013)”.

Salvo posizioni minoritarie[32], la scelta delle Sezioni Unite operata con la sentenza n. 577/2008 appena richiamata, ha ricevuto ampia critica da parte della dottrina, che ha sia sottolineato come la presunzione in punto di nesso causale non permetta di distinguere il piano della colpa da quello effettivamente eziologico[33], sia ha ritenuto tale soluzione non conforme al principio di vicinanza della prova[34], poiché capace di rappresentare una responsabilità a carattere oggettivo per il singolo professionista e per la struttura sanitaria[35]. Appare molto appropriato poi qui riportare una massima, per fare un confronto con quanto riportato sempre

recentemente dalla Cassazione e quanto oggi invece si andrà ad applicare: in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di “routine”, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate dalla sua responsabilità, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento imprevisto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento^[36]: perché questa massima non potrebbe più applicarsi oggi nei confronti dei medici (per le strutture sì)? Perché c’era il contatto sociale (e di conseguenza il medico, rispondendo per responsabilità contrattuale, si scontrava con una responsabilità presunta).

La responsabilità extracontrattuale del sanitario

Andiamo ora a vedere la responsabilità del sanitario ex art. 2043 c.c. (art. 7, comma 3); a chi ed in quali casi “risponde”:

- nei confronti della struttura e dell’impresa assicuratrice di questa, a titolo di rivalsa, solo per dolo e colpa grave (e si tenga conto che è stato inserito il limite del triplo dello stipendio conseguito nell’anno di inizio della condotta causa dell’evento o nell’anno immediatamente precedente o successivo ex 9, comma 6);
- in via amministrativa, per danno erariale, solo per dolo o colpa grave e se c’è “deminutio patrimoniale” (con lo stesso limite quantitativo di cui al punto precedente e, ai fini della quantificazione del danno, si tiene inoltre conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui il sanitario ha operato ex 9, comma 5);
- e nei confronti del paziente/danneggiato? In quali casi?

Fino ad ora abbiamo visto il punto di vista del paziente. Ci rendiamo conto che vi è un diverso rischio di esposizione risarcitoria del medico: se il paziente agisce solo contro la struttura e la sua assicurazione rileva esclusivamente la colpa grave e limiti risarcitori in sede di rivalsa; se il paziente agisce anche contro il medico questo risponde anche per colpa lieve e assenza di limiti risarcitori (si veda l’art. 7 comma 3 in combinato disposto all’art. 2043 c.c.), però c’è l’obbligo assicurativo di cui al primo comma dell’art. 10 per la struttura in relazione alla responsabilità ex art. 2043 del medico dipendente: quest’ultimo punto non è semplice da individuare per via del fatto che la legge (come troppo spesso ormai avviene) è scritta male: all’ultimo periodo troviamo infatti che “Le strutture di cui al primo periodo – sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private – stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano

altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 7 – responsabilità ex art. 2043 del sanitario –, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9 – azione di rivalsa –”.

Dunque la posizione delle strutture si presenta oggi pesante, quella del medico si è alleggerita e non poco (perché risponde per dolo o colpa grave verso la struttura e l'assicurazione con il limite quantitativo; in via amministrativa stessa cosa ed oltre come detto al secondo punto di cui sopra; verso il paziente senza limiti, ma è comunque assicurato dalla struttura): rischio impresa; deve assicurare i suoi dipendenti per “fatti loro” e deve assicurare se stessa (art. 10, comma 1); e può rivalersi ma solo per colpa grave o dolo e fino al triplo [...]. Ciò vale anche se si tiene poi conto che, in virtù del terzo comma dell'art. 10, il sanitario ha l'obbligo di stipulare un'adeguata polizza assicurativa per la responsabilità civile per colpa grave, con oneri a proprio carico, per garantire efficacia sia all'azione di rivalsa che all'azione di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9, sia all'azione di rivalsa da parte dell'impresa assicurativa prevista dall'art. 12. Hanno obbligo di assicurazione, per via del secondo comma dell'art. 10, anche i professionisti sanitari che svolgono la loro attività al di fuori delle strutture sanitarie per l'adempimento della propria obbligazione assunta con il paziente ai sensi dell'art. 7, comma 3, L. Gelli: ma è il caso di precisare che questo obbligo di assicurazione per i liberi professionisti sanitari non è ancora operante in quanto non è stato ancora emanato il regolamento governativo riguardante procedure e requisiti minimi dei contratti assicurativi in oggetto previsto dall'art. 3, L. n. 189/2012[37].

Gli obblighi assicurativi delle strutture

Circa gli obblighi assicurativi per le strutture e per gli esercenti, gli artt. 10 e 11 sono anche dedicati alla disciplina del contenuto della copertura assicurativa e alla estensione della stessa secondo lo schema delle clausole claims made con la quale i contraenti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, pattuiscono una nozione di fatto diversa da quella espressamente chiarita dall'art. 1917, comma 1, c.c., riferendosi, non già semplicemente al fatto causativo di responsabilità verso terzi, bensì al momento della richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato nei

confronti dell'assicurato^[38]: con la clausola *claims made* (letteralmente “a richiesta fatta”), assicuratore e assicurato pervengono ad una definizione convenzionale della nozione di sinistro rilevante ai fini dell'art. 1917, comma 1, c.c. che è fatta coincidere con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non più, dunque, col comportamento del danneggiante-assicurato generativo della responsabilità. Con l'applicazione di una simile opzione, il rischio assunto dall'assicuratore risulta più circoscritto nel tempo, con conseguente vantaggio sotto il profilo dei costi di polizza. Per converso, però, occorre segnalare che polizze strutturate sulle *claims made* nascondono pericolose insidie per l'assicurato, in quanto egli rischia di vedersi recapitare la richiesta di risarcimento in un'epoca in cui non gode più della copertura assicurativa. Ad ogni modo, oggi, la fattispecie ha trovato così precisa consacrazione con la previsione di un periodo di efficacia per eventi accaduti nei dieci anni antecedenti e sulla base di un periodo minimo di ultrattività di ulteriori dieci anni, ed estensione del beneficio anche agli eredi.

Tornando più da vicino alla responsabilità sanitaria, quindi, se il paziente agisce sia contro la struttura che contro il sanitario potremmo avere comunque, in virtù del regime del doppio binario di responsabilità (contrattuale a carico delle strutture pubbliche o private e dei medici liberi professionisti; extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria nell'ambito di una struttura sanitaria, purché non abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente) e soprattutto per effetto del diverso regime probatorio nei due giudizi, due esiti processuali: accoglimento della domanda contro la struttura ospedaliera e rigetto di quella nei confronti del sanitario.

Ciò perché se il paziente agisce in giudizio nei confronti del solo medico col quale è venuto in contatto tramite la struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto col convenuto, la responsabilità del medico va affermata solo in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c. che l'attore ha l'onere di provare. Se, viceversa, nel caso suddetto si conviene in giudizio oltre al medico anche la struttura sanitaria presso la quale lo stesso ha operato, la disciplina della responsabilità andrà distinta con conseguente atteggiarsi dell'onere probatorio e del termine di prescrizione. Inoltre non si può trascurare che, essendo il fatto dannoso unico, qualora entrambe le domande risultino fondate all'esito del giudizio, le parti saranno tenute in solido al risarcimento del danno ex art. 2055 c.c. Si segnala qui

inoltre che, nonostante i plausibili sforzi legislativi, questo sistema del doppio binario potrebbe paventare profili di dubbia costituzionalità, con riguardo all'art. 3 cost.: il medico libero professionista e il medico dipendente della struttura sanitaria che non hanno agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale per il paziente, hanno un trattamento completamente diverso. Di tutto ciò però, nella pratica, riscontriamo una minima distinzione in concreto delle due forme di responsabilità, perché: i) la prescrizione è raramente fatta valere nelle cause per malasanità (chi agisce dopo 5 anni?); ii) il diverso regime probatorio tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale rileva raramente poiché spesso tutto si risolve con la CTU (obbligatoria). E si veda inoltre il disposto dell'art. 13 (approfondito a breve).

Il quantum risarcitorio

Circa il quantum risarcitorio, l'art. 7, comma 4, prevede che il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138[39] e 139 del Codice delle Assicurazioni private. Tra le scelte già oggetto della Legge Balduzzi e riproposte dalla Legge Gelli vi è quindi il richiamo alle tabelle per il risarcimento del danno, di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni private di cui al D. Lgs. 209/2005, di matrice ministeriale che, dunque, si applicano anche per la liquidazione del danno derivante da responsabilità sanitaria.

Tale opzione normativa, da sempre oggetto di aspre critiche giacché ripropone parametri liquidatori più bassi rispetto a quelli comunemente utilizzati per il risarcimento del danno in altri settori, allo stato continua ad avere una rilevanza pratica trascurabile poiché risultano operanti solo le tabelle ministeriali per la liquidazione del danno da micropermanenze, ai sensi dell'art. 139 del Cod. Ass. Sicché, nei casi di percentuali di invalidità superiore al 9%, possono essere adottati gli ordinari criteri tabellari in uso per la liquidazione del danno alla salute e, nei casi di macrolesioni disciplinate dall'art. 138 Cod. Ass., in relazione al quale non risulta attualmente emanata la tabella unica nazionale, deve concludersi per l'utilizzabilità delle tabelle di liquidazione del danno biologico adottate dal Tribunale di Milano o dai vari Tribunali. Al riguardo possono essere richiamati i principi affermati con la nota sentenza n. 12408 del 2011 con cui la Cassazione (Sez. III), al fine di fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona (c.d. uniformità pecuniaria di base), fermo restando il potere equitativo del giudice per adattare la misura del

risarcimento alle circostanze del caso concreto, ha affermato la generale applicabilità delle tabelle milanesi quale valido criterio per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, riconoscendone una vocazione nazionale e ferma la possibilità, in attesa dell'approvazione della tabella ministeriale, per i Tribunali, di adottare i comuni criteri risarcitori.

Più precisamente si prevede nella sentenza n. 12408/2011 detta che **“Poiché l'equità va intesa anche come parità di trattamento, la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di visioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto”**.

Per effetto di detto pronunciamento della S.C., abbiamo quindi avuto un sistema duale: per le lesioni micropermanenti (da 1 a 9 punti di invalidità) e per il solo risarcimento da sinistro stradale, vi sono le tabelle cui all'art. 139 del Codice Assicurazioni; per il resto, ovvero per le macropermanenti (da 10 a 100 punti di invalidità) e per le micropermanenti per causali diverse da sinistri stradali, erano applicabili le tabelle c.d. milanesi. Con la legge 189/12, i criteri previsti dal Codice delle Assicurazioni e limitati al danno derivante dalla circolazione dei veicoli a motore venivano estesi anche al danno causato dalla responsabilità medica del personale sanitario. L'art. 3, comma 3, della menzionata legge recita infatti che “il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo”. De jure condito, ossia alla luce delle norme oggi vigenti, può quindi dirsi quanto appresso:

- per quanto concerne il danno biologico da danni micropermanenti (1/9 punti di invalidità) scaturente da sinistri stradali o errori medici, si applicano le tabelle cui all'art. 139 Cod. Ass.;
- per tutti gli altri tipi di danno biologico – tutte le macropermanenti; nonché le micropermanenti causate da fatto dannoso diverso da un sinistro stradale e da

un errore medico – valgono ad oggi le tabelle c.d. milanesi, per giurisprudenza considerate come un valido parametro di riferimento.

È palese che le tabelle milanesi saranno applicate solo fino a quando non sarà pubblicata la tabella unica nazionale già prevista dall'art. 138 Cod. Ass. Per completezza ed aggiornamento è utile rilevare qui che il 21 Marzo 2017 è stato approvato alla Camera dei Deputati il Disegno di Legge 1063-A, denominato “Modifiche alle disposizioni per l’attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale” (al 4 ottobre 2017 risulta “in stato di relazione” in Senato). In sostanza, stante che gli allegati A e B altro non sono che la riproduzione delle tabelle del Tribunale di Milano, oggi applicate solo a seguito dell’intervento giurisprudenziale, ben può dirsi che, grazie al detto Disegno di Legge, se approvato, dette tabelle diventeranno legge[40]. Ciò non solo per sinistri stradali o per casi di malasanità, ma per tutti i tipi di danno non patrimoniale. Salva la perdurante applicazione della tabella cui all’art. 139 per le sole micropermanenti da sinistri stradali e da errore sanitario. I vantaggi sono enormi. Sia in termini di certezza del diritto, sia in punto alla parità di trattamento – in questo limbo nel quale ognuno liberamente emette(va) la sua prognosi. Vantaggi che si traducono anche nella più agevole transazione, o comunque nella più agevole decisione della causa.

Ma il quantum dipende anche dal rapporto tra il danno e la condotta del sanitario in quanto l’art. 7, comma 3, Legge Gelli-Bianco prevede ora che per la determinazione (dell’ammontare) del risarcimento del danno si tenga conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria, in relazione: alla sua conformità alle linee guida e buone pratiche assistenziali (art. 5); sempre che risultino adeguate al caso concreto (art. 6).

Ma qual è il significato di tale norma? Si tratta di una limitazione riferita soltanto all’entità risarcitoria prevista come a carico del sanitario? Dunque nella quantificazione del danno si deve tenere conto del grado della colpa: questa norma è molto particolare, basti ricordare gli artt. 1223 e 1227 c.c. (norme cardine della liquidazione del danno) che richiedono di tenere conto del comportamento del danneggiato, e non del danneggiante: il danno non lo posso ridurre solo perché il medico è “un po meno in colpa”; è giusto dunque ridurre il danno quando quel danno sia comunque cagionato? Sarebbe anche una rivoluzione culturale in ambito civile; forse questo discorso può valere di più in ambito penale: infatti si ricordi che “Quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall’impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve

l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato la negativa evoluzione della patologia”[41].

È comunque da escludersi che la norma si riferisca alla commisurazione del danno risarcibile dalla struttura sanitaria, responsabile contrattualmente, perché il quarto comma dell'art. 7 rinvia per la determinazione del danno, nei termini detti prima, alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del T.U. Assicurazioni (D. Lgs. 209/05), quali parametri oggettivi (commisurati come è noto all'entità delle lesioni e dall'età del danneggiato) e criteri risarcitori che, anche ai sensi dell'art. 1223 c.c., prescindono completamente da profili soggettivi e dal grado della colpa.

In sede di rivalsa acquista poi una rilevanza non di poco conto l'art. 13 Legge Gelli-Bianco, il quale prevede espressamente che “Le strutture sanitarie e sociosanitarie di cui all'articolo 7, comma 1, e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 10, commi 1 e 2, comunicano all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni – sessanta con la modifica al testo legislativo di cui al DDL Lorenzin sulla riforma degli Ordini professionali e le sperimentazioni cliniche[42] – dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell'atto introduttivo del giudizio. Le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione entro dieci – sessanta anche qui – giorni comunicano all'esercente la professione sanitaria, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte. L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9”, ciò perché il medico potrebbe decidere di intervenire nel processo ma senza dimenticare a tal riguardo la regola del litisconsorzio necessario[43] previsto dall'art. 12, comma 4, della stessa legge, soprattutto agli effetti del principio di cui all'art. 2909 c.c. in base al quale “L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”. Ma come è possibile conoscere qual è la compagnia assicurativa della struttura? Hanno obbligo di pubblicazione di questo dato; e come faccio a sapere la compagnia di assicurazione dell'esercente? Obbligo non espressamente previsto ma se non si considerasse obbligato a comunicarlo è chiaro che verrebbe svuotato il senso della norma.

L'azione diretta del danneggiato

Assume poi peculiare novità l'introduzione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, garante sia della struttura sanitaria sia del medico, contenuta nell'art. 12, con previsione di un termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria. Il coinvolgimento diretto dell'impresa di assicurazione ad opera del terzo costituisce nell'ordinamento un'eccezione, rispetto allo schema dell'assicurazione per la responsabilità civile, presente da anni nell'ambito della responsabilità nascente da circolazione stradale e, al pari di tale disciplina, mira a preconstituire un modulo risarcitorio rafforzato per il danneggiato consentendo l'instaurarsi di una relazione, stragiudiziale e giudiziale privilegiata anche per la gestione della lite, nell'obiettivo di consentire una definizione anche più rapida del contenzioso. L'assunto è confermato dal coinvolgimento della stessa impresa anche nel procedimento di consulenza preventiva, ove la società non solo è chiamata ad intervenire in via obbligatoria, ma è anche tenuta, al pari della materia della circolazione stradale, a formulare offerta di risarcimento del danno ovvero a comunicare i motivi di eventuale diniego (art. 8, comma 4). Anche in questo caso nei giudizi promossi nei confronti della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria è previsto il litisconsorzio necessario con la medesima struttura e/o con il medico (art. 12, comma 4).

Prima di instaurare un giudizio in materia sanitaria è necessario (è quindi condizione di procedibilità, non di proponibilità)^[44], per ridurre il fenomeno della medicina difensiva ed il contenzioso, espletare un tentativo di conciliazione (si veda l'art. 8, Legge Gelli-Bianco), è fatta comunque salva la possibilità di esperire il procedimento di mediazione^[45] (non della negoziazione). È curioso segnalare che l'alternativa della mediazione è stata inserita alla fine del processo legislativo di riforma. Si potrebbe credere che il legislatore ha inserito la previsione della mediazione a seguito di pressioni da parte degli organismi di mediazione; o, volendo dargli credito, sostenere che questo istituto sia più utile anche in altri casi che non richiedono l'espletamento di un ATP con intervento del consulente tecnico (vedi i casi di consenso informato). Questo tentativo di conciliazione avviene dunque tramite uno strumento già previsto dall'art. 696 bis c.p.c. (ma questo potrebbe portare ad ammettere tanti ricorsi ex art. 696 bis che molti giudici ritengono invece inammissibili: ci si chiede quindi quale effetto deflattivo si ha nella pratica, anche se pare ormai giurisprudenza consolidata che il rigetto in rito per improcedibilità

dovrebbe sopraggiungere nel solo caso in cui non sia mai stato depositato il ricorso ex art. 696 bis c.p.c. [46]).

Una parte della norma è fondamentale: quella che parla del momento che chiude il giudizio. È importante sottolineare infatti che è prevista l'obbligatorietà per le parti di partecipare al procedimento di consulenza tecnica preventiva (primo periodo comma 4) e che assume rilievo l'ultima parte della norma perché ci dice anche come sta orientandosi il legislatore negli ultimi anni: si fa riferimento alla parte che prevede che "In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato – al procedimento di ATP – al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione": è palese che l'obiettivo è quello di indirizzare tutti ad andare all'ATP. Si badi poi che, non solo è necessario andare, non solo si deve andare personalmente ma si deve tentare la conciliazione. Ovviamente queste norme speciali per l'ATP non sono applicabili analogicamente per la mediazione e quindi le condanne per mancata presentazione alla ATP non si estendono alla mediazione (in riferimento all'ATP siamo in presenza di una norma eccezionale).

Il giudice competente

È necessario poi prestare attenzione alla competenza in quanto, rispetto alla procedura ordinaria, qualcosa cambia: ad esempio l'art. 696 c.p.c. sancisce che provvede il presidente del tribunale, qui invece il giudice competente nel merito al comma 1; poi il comma 3 sostiene che il ricorso di cui all'art. 702 bis (procedimento sommario) va depositato dinanzi allo stesso giudice del 696 bis; il comma 2 dice che se il giudice del merito rileva che non c'è stata ATP, lo stesso dà un termine di quindici giorni per depositare il ricorso dinanzi a sé. Se si uniscono questi tre passaggi ne deriva che, come dicevamo, non è competenza del presidente del tribunale ma del giudice della causa del merito: si vuole quindi che il giudice che detta i quesiti (al consulente), sia lo stesso che poi decide la causa; si consideri che alla fine queste cause si decidono con la consulenza, soprattutto per capire se c'è la responsabilità. Si badi bene che il procedimento sommario di cognizione è esperibile in tutte le controversie in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica. La

controversia deve dunque rientrare nella competenza, per valore o per materia del Tribunale, per quanto disposto dall'art. 702 bis c.p.c. Si capisce, quindi, l'esigenza di chiarire in modo più preciso se la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 8 riguardi anche le controversie che per valore siano di competenza del giudice di pace.

Mediazione e ATP

Vediamo ora i vantaggi della mediazione e dell'ATP oltre ai casi che si potrebbero verificare in ipotesi di ricorso. Nel caso di mediazione è libera la facoltà di iniziare con ricorso ex art. 702 bis o con citazione, e soprattutto non si hanno termini (salvo quelli di prescrizione). I vantaggi dell'ATP invece riguardano ad esempio l'obbligo dell'assicurazione a formulare una offerta o motivare perché non la fa, altrimenti il giudice invia segnalazione all'ente di vigilanza, la condanna alle spese di consulenza, di lite (si veda l' art. 8, comma 4).

Si prendano ora anche quattro casi verificabili: i) prima ATP e poi ricorso 702 bis: questo è il caso previsto dalla norma; ii) ricorso 702 bis senza previo ATP: è la parte che inizia sommario di cognizione senza aver chiesto l'ATP, qui il giudice darà il termine per depositare entro quindici giorni istanza per l'ATP; iii) citazione senza previo ATP: qui il giudice deve dare il termine per richiedere un ATP o una mediazione (a scelta della parte), ma il giudice deve mutare il rito ex 183 bis? È una sua facoltà: se è tutto semplice e si risolve nell'ATP potrebbe anche farlo, ma normalmente continuerà con rito ordinario; iv) mediazione: qui, ultimato il procedimento di mediazione, la parte può decidere se introdurre il giudizio con rito ordinario o 702 bis. Ricapitolando ed approfondendo questi quattro casi, dunque: i) se viene prima instaurato, come sarebbe auspicabile, il procedimento per ATP, il giudizio di merito non verrà mai incardinato se il CTU riuscirà a far accordare le parti. In caso contrario, il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. andrà depositato, affinché la domanda sia procedibile, entro 90 giorni dal deposito della consulenza o dalla scadenza del termine di sei mesi dal deposito del ricorso per l'ATP. ii) Se, invece, viene presentato prima il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. senza che vi sia stato ancora l'ATP conciliativo, allora il giudice, rilevata la momentanea improcedibilità della domanda, assegnerà alle parti termine di quindici giorni per presentare davanti a lui l'istanza di ATP.

Qualora, inoltre, l'ATP sia stato già avviato ma non concluso al momento della prima udienza del rito sommario di cognizione, il giudice darà un termine alle parti

per completare il procedimento di ATP. Se tale ultimo procedimento è già in corso da quasi sei mesi, è da ritenere che il termine assegnato dal giudice possa anche comportare una durata complessiva del procedimento superiore al detto termine di sei mesi (pure qualificato dal legislatore come perentorio) e ciò perché la domanda è già procedibile in quanto l'ATP è stato instaurato e il giudizio di merito è già stato incardinato. iii) Si potrebbe porre qualche problema nel caso in cui il processo venga introdotto con citazione senza previo ATP. In questo caso il giudice non può certo assegnare un termine per espletare la mediazione (che costituisce solo una facoltà per la parte in alternativa all'ATP), ma deve assegnare il detto termine di quindici giorni per proporre davanti a lui istanza di ATP (così afferma chiaramente l'art. 8, comma 2, della legge 24/17).

Ci si deve comunque chiedere se il giudizio possa poi continuare nelle forme del rito ordinario o vada convertito in un sommario di cognizione. Sembra preferibile ritenere che, non essendo imposta dalla norma la conversione in questione (non essendosi probabilmente il legislatore posto questo problema), spetterà al giudice valutare l'opportunità di mutare il rito ex art. 183 bis c.p.c. iv) Ed altri problemi potrebbero porsi nel caso in cui l'attore preferisca optare per la mediazione al fine di munire di procedibilità la propria domanda. In questo caso, ultimato negativamente il procedimento di mediazione, si applicherà il termine di 90 giorni per il deposito del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. previsto dal comma 3 dell'art. 8 per ritenere procedibile la domanda? Tale ultimo comma era calibrato sull'ATP. Quando è stato introdotto, nell'ultima versione parlamentare dell'impianto normativo, il riferimento all'alternativa della mediazione non si è ben amalgamato tale ultima previsione con le disposizioni già contenute nel tessuto legislativo. Comunque, proprio perché tale comma non si adatta in alcun modo alla mediazione (esso fa infatti riferimento al deposito della relazione del tecnico, alla scadenza del termine perentorio per l'ATP, all'introduzione del sommario di cognizione davanti allo stesso giudice dell'ATP), pare preferibile ritenere che in caso di mediazione in materia di responsabilità medica il successivo giudizio di merito possa essere introdotto con citazione (secondo quanto consente il D. Lgs. 28/2010) o con sommario di cognizione (a scelta dell'attore) e senza che viga il citato limite dei 90 giorni, che peraltro non si saprebbe da quando fare decorrere (senza neppure considerare che questo termine è poco compatibile con la minore durata massima del procedimento di mediazione, che è, per il D. Lgs. 28/2010, di tre mesi).

Ovviamente, sempre ai fini della scelta dell'istituto "migliore" tra ATP e mediazione, l'intervento di un consulente (esperto) è da vedere con favore; la mediazione è poco efficace, soprattutto se si considera appunto se ci si deve mettere d'accordo senza che ci sia nessuno a "fissare un prezzo". Ancora, la mediazione presenta, come ulteriore vantaggio rispetto alla procedura ex art. 696 bis c.p.c., la possibilità di effettuare "sessioni separate" in cui non è rispettato il principio del contraddittorio, al quale invece è tenuto il CTU quale ausiliario del giudice.

Durante tali sessioni il mediatore, eventualmente insieme all'eventuale tecnico, può venire a conoscenza di informazioni molto utili e non comunicabili alla parte assente, che si rivelano spesso indispensabili per formulare una proposta che possa essere accettata. E non è insolito che, una volta definito un terreno comune, le proposte alternative date dalle parti siano sovrapponibili. Inoltre, premesso che il nuovo articolato sulla responsabilità sanitaria ha previsto che dopo l'espletamento dell'ATP le cause di merito debbano essere introdotte con il rito sommario di cognizione, si potrebbe sensatamente ritenere che, instaurando ai fini della procedibilità della domanda il procedimento di mediazione, allora non vi sia più l'obbligo di introduzione della lite ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. (ben potendo optare l'attore per il rito ordinario di cognizione). Ed effettivamente, il legislatore ha previsto il ricorso al rito sommario di cognizione dopo l'ATP in quanto l'atto istruttorio fondamentale è stato già effettuato. E che il necessario impiego della procedura di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c. sia da limitare al solo caso dell'ATP (e non della mediazione) lo si ricava pure dal fatto che l'art. 8, comma 3, del nuovo testo normativo prevede che il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. vada depositato entro il termine di 90 giorni dal deposito della relazione medica o dalla scadenza del termine perentorio di 6 mesi per l'ultimazione dell'ATP (e ciò a pena di perdita di efficacia della domanda). Dunque, nell'ipotesi in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta attraverso il ricorso alla mediazione il paziente-attore potrebbe conservare, in un'ottica di strategia difensiva, la possibilità di fare uso di due riti a scelta: il rito sommario di cognizione ovvero quello ordinario.

Ma quanto appena sopra evidenziato non sembra però bastare al fine di far pensare che verrà preferito lo strumento della mediazione rispetto a quello dell'ATP (fatta eccezione per i casi in cui non occorre alcuna verifica scientifica, come ad esempio per le controversie relative al solo consenso informato). È da ritenere dunque, almeno a parere di chi scrive, che, dinanzi alla scelta se esperire la mediazione ovvero l'ATP, si tenderà a preferire quest'ultimo, almeno per due ordini di ragioni in quanto la mediazione in materia di responsabilità medica non ha portato grandi

risultati senza un accertamento di natura tecnica, ma anche alla luce di due previsioni contenute nel nuovo testo normativo: i) l'obbligatorietà della partecipazione all'ATP per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, che hanno (tutte) pure l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla, con l'ulteriore anticipazione che, in caso di sentenza a favore del danneggiato, il giudice deve trasmettere copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza nei casi in cui l'impresa di assicurazione non abbia espresso l'offerta di risarcimento nell'ambito dell'ATP; ii) la necessaria condanna, in seno al provvedimento che definisce il giudizio, delle parti che non abbiano partecipato all'ATP al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa. Questa seconda previsione, ovviamente finalizzata a tentare di agevolare il buon esito della conciliazione tramite la sollecitazione della comparizione delle parti, va ben oltre l'attuale disciplina (contenuta nel D. Lgs. 28/2010, art. 4 bis) della condanna al semplice pagamento a favore del bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato per la parte che non compare, peraltro senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione. L'attore, quindi, probabilmente preferirà l'ATP in quanto sa che anche nel giudizio di merito sarebbe comunque nominato un consulente d'ufficio, sa che le sue controparti molto probabilmente si costituiranno nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c., sa che probabilmente la Compagnia di assicurazione formulerà una proposta risarcitoria in seguito all'eventuale riconoscimento di responsabilità sanitaria da parte del CTU e sa che, in caso di rigetto della sua domanda, potrebbe pure vedersi rimborsate le spese di lite e di CTU (ed avere anche una somma ulteriore) qualora una delle sue controparti non dovesse partecipare all'ATP. Inoltre, sa pure che tale condanna è obbligatoria e non discrezionale (prevedendo l'art. 8, comma 4, Legge 24/17 che il giudice "condanna" e non che egli "può condannare") e non richiede neppure che chi giudica valuti se questa mancata partecipazione sia o meno giustificata (non essendo richiesto questo tipo di accertamento, a differenza di quanto accade per la mediazione).

Né l'attore corre il rischio che i tempi si allunghino eccessivamente in quanto il testo normativo prevede un termine massimo di durata del procedimento di sei mesi (e quindi di poco più lungo rispetto a quello di tre mesi fissato per la mediazione). Si pone poi il problema di cosa succeda se il termine semestrale non venga rispettato ai fini dell'espletamento dell'ATP (si vada oltre quindi). Secondo un primo indirizzo, trattandosi di un termine perentorio, quanto accertato in sede di ATP non potrà

essere utilizzato nel seguente giudizio di merito, nel quale dovrà essere rinnovata la CTU. In realtà, occorre partire dal dato normativo, secondo il quale “ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all’articolo 702- bis del codice di procedura civile”.

Pertanto, l’unica conseguenza connessa alla mancata attenzione del termine perentorio di sei mesi è che l’attore potrà ritenere munita di procedibilità la sua domanda e instaurare o continuare il giudizio. Ma ciò anche in ossequio ad un principio generale di economia processuale. Al fine di fare però valere l’interruzione del termine di prescrizione avvenuta con il deposito del ricorso per ATP (e quindi per avvalersi degli effetti sostanziali della relativa domanda) occorrerà presentare ricorso introduttivo di un rito sommario di cognizione entro 90 giorni dal deposito della relazione del consulente o dalla scadenza del detto termine. Venendo poi al rilievo della improcedibilità della domanda a causa del mancato esperimento dell’ATP, come in materia di mediazione, anche per questo l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto oppure rilevata d’ufficio dal giudice, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza. Deve ritenersi che il rilievo officioso sia obbligatorio e non facoltativo poiché la disposizione prescrive che l’improcedibilità “deve essere [...] rilevata d’ufficio”, e non quindi evitabile anche qualora vi fosse istanza di tutte le parti che devono almeno tentare la via della conciliazione, e che esso sia da compiere quando il giudice pone alle parti le questioni rilevabili d’ufficio ex art. 183, comma quarto, c.p.c., e dunque prima della concessione dei termini ex art. 183 comma 6, c.p.c.

Inoltre, quando il giudice rileva che il procedimento di cui all’articolo 696 bis c.p.c. non sia stato espletato ovvero che sia iniziato ma non si sia concluso, e che quindi allo stato la domanda sia improcedibile, egli non emette sentenza (trattandosi di questione relativa alla procedibilità, sanabile, e non alla proponibilità della domanda), ma assegna alle parti il termine di quindici giorni per presentare dinanzi a sé l’istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento. Emetterà sentenza di improcedibilità solo in caso di ulteriore mancata instaurazione dell’ATP (e ciò anche perché il primo rinvio, per sanare l’improcedibilità, è previsto dal legislatore, ma non potrebbe altrimenti stabilirsi quando debba chiudersi in rito il processo: se alla seconda, alla terza o alla quarta

mancata instaurazione dell'ATP). Riguardo alla scelta del consulente rileva innanzitutto che deve nominarsi un collegio (non più un singolo, perché si ricordi che prima si è sempre avuto il compito di nominare unicamente uno specialista ovvero un medico legale, ma ora invece si ha l'obbligo di nominarli entrambi)^[47]: secondo l'art. 15 Legge Gelli-Bianco dunque nei procedimenti civili e penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d'ufficio da nominare nell'ambito del procedimento di cui all'art. 8, comma 1 (conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c.), siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi (si deve però mettere in condizione il giudice di sapere di queste comprovazioni); l'incarico è conferito al collegio e, nella determinazione del compenso globale, non si applica l'aumento del 40 per cento (invece nei casi ordinari, quando si fa riferimento ad un collegio, regolarmente questo aumento spetta) per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'art. 53 T.U. n. 115/2002 (si badi che si hanno difficoltà a trovare medici che accettino l'incarico, anche perché è difficile che si mettano "contro" la struttura o la assicurazione).

Il Fondo di garanzia

All'art. 14 è previsto il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria. Si stabilisce che la gestione del Fondo è affidata alla Consap (Concessionaria servizi assicurativi pubblici) e deve essere alimentato da un contributo annuale, versato al bilancio dello Stato, da parte delle compagnie autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per i danni causati da responsabilità sanitaria.

Il comma 7 dello stesso articolo prevede che tale Fondo opera in tre casi, facendo comunque salvo il diritto di regresso nei confronti del responsabile del sinistro: i) quando il danno risulti di importo superiore rispetto ai massimali di polizza stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dell'esercente la professione sanitaria; ii) quando la struttura o l'esercente risultino assicurati presso una compagnia di assicurazione che si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; iii) quando la struttura o l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per

recesso dell'assicurazione o per sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo di questa. Novità particolare deve essere riconosciuta al punto i) in quanto una analoga previsione, importantissima ai fini dell'effettività della piena tutela risarcitoria, non è prevista neanche per il Fondo delle vittime della strada: il Fondo in commento interviene quindi anche in presenza di copertura assicurativa[48]. Circa l'entità del risarcimento, il terzo comma sancisce una limitazione in quanto si prevede che il Fondo "concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie", risultando altresì chiaro che toccherà allo Stato farsi carico della parte eccedente.

Al comma 9 troviamo la specificazione che l'operatività del Fondo è riservata ai sinistri denunciati in seguito alla entrata in vigore della Legge. È quindi utile concludere che continua ad operare il Fondo di cui all'art. 3, comma 2, lettera a), L. 189/2012 – sempre gestito dalla Consap – ma solamente per gli esercenti la professione sanitaria che ne abbiano fatto richiesta espressamente e che svolgano la propria attività in qualità di liberi professionisti, pertanto fuori dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata; specificando che, con DDL approvato alla Camera il 25 ottobre 2017, "all'articolo 3 del Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, i commi 2 e 4 sono abrogati" e che, sempre all'articolo 14, dopo il comma 7 è inserito il comma 7 bis il quale prevede che "Il Fondo di garanzia di cui al comma 1 assolve anche alla funzione di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti le professioni sanitarie che svolgono la propria attività in regime libero-professionale, ai sensi dell'articolo 10, comma 6".

Un apposito regolamento del Ministro della Salute, come previsto dal comma 2, dovrà disciplinare in dettaglio anche la misura e le modalità di versamento del contributo e le forme di intervento del fondo.

[1] Art. 11, comma 1, disp. prel. c.c.: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

[2] Si veda l'art. 2, comma 4, c.p. secondo cui "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile".

[3] Fonte Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari e dati aggiornati al 2015.

[4] Basti leggere la Relazione del 7 Novembre 2011 del Consiglio regionale della Calabria dove è espresso “Il Difensore civico fu istituito con la Legge Regionale 16 gennaio 1985, n. 4 portante il titolo “Istituzione del difensore civico presso la Regione Calabria”. Tuttavia la nostra Regione, pur avendo previsto tale figura istituzionale, non ha mai provveduto alla relativa nomina”.

[5] Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 7 ottobre 2013, n. 22822.

[6] M. L. Missiaggia, La responsabilità sanitaria, guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24), LaTribuna, p. 14.

[7] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 29 ottobre 2015, n. 4468.

[8] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 22 novembre 2013, n. 46753.

[9] Piras, Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p., in www.penalecontemporaneo.it, 1 marzo 2017; Poli, Il ddl Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?, ibidem, 20 febbraio 2017.

[10] Camaiani, Legge Gelli-Bianco: i nuovi confini della colpa per imperizia, in <http://www.salvisjuribus.it>.

[11] Art. 1225 c.c.: “Se l’inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”.

[12] R. De Matteis, La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, 1995, Torino.

[13] sul concetto di “imperizia perita” cfr. Todeschini, Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla “Balduzzi”, in *Quotidiano giuridico*, Ipsoa, 1 marzo 2017.

[14] Vedi art. 43 c.p.

[15] Stefania Tirella, La riforma Gelli è legge. Ecco come cambia la responsabilità medica, in *Cammino diritto*, 28 febbraio 2017.

[16] Caletti-Mattheudakis, Una prima lettura della legge Gelli-Banco nella prospettiva del diritto penale, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017.

[17] Cass. Pen. Sez. IV, sentenza del 19 ottobre 2017, n. 50078.

[18] Valeria Zeppilli, in *Responsabilità medica: la Cassazione chiarisce la portata dell'art. 590-sexies c.p.*, www.studiocataldi.it.

[19] si veda che già dagli anni '70 la Cassazione considerava appunto che “la responsabilità di un ente ospedaliero... è di natura contrattuale, poiché l'ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente un contratto d'opera intellettuale” (Cass. Sez. III, n. 6141 del 21 dicembre 1978).

[20] Tra le tante si veda Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Danno e resp.*, 2006, 953 ss., con le puntuali annotazioni di R. Breda, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*.

[21] Cass., SS.UU., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 689 ss., con nota di L. Favilli, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite*. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788-792, con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi assetti della responsabilità medica*.

[22] Cass. Civ., sentenze nn. 13066/04; 571/05; 2042/05; 1698/06; 23918/06; 13953/07.

[23] Cass. Civ., Sez. III, n. 18610 del 22 settembre 2015.

[24] Sulla impossibilità di qualificare comunque come contratto ogni fattispecie invocando la responsabilità ex articolo 1218 c.c., pur considerando che è altresì vero che lo schema normativo di cui all'art. 2043 c.c. rappresenta un “vestito” estremamente corto per il professionista sanitario cfr. L. Viola, *La nuova responsabilità sanitaria* (L. 8.3.2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *G.U.* 17.3.2017, n. 64), *Centro Studi Diritto Avanzato Edizioni, Milano, 2017*).

[25] Mengoni, Il diritto vivente come categoria ermeneutica, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; Id., voce “Diritto vivente”, in *Dig., disc. priv., sez. civ., VI*, Torino, 1990, p. 445 e ss. e già Zagrebelski, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 1148.

[26] Cass. n. 577/2008; Cass. n. 581/2008. Per un’articolata ricostruzione v. Santise, *La responsabilità medica tra contatto sociale e responsabilità del “passante” e del “nessuno”. L’incidenza della legge n. 189/2012*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2015, p. 115 e ss.

[27] Cass. Civ., sentenza del 17 aprile 2014, n. 8940; R. Breda, *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012, 79; Trib. Brindisi 18 luglio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Perugia 3 marzo 2014, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Monza 23 febbraio 2016, in *Sistema Leggi d’Italia*.

[28] C. Guerriero, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in www.iurisprudenzia.it, 1, nota 2; G. Buffone, *L’equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla legge 189/0212*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, San Marino, 2012, 22 ss.

[29] Cass. Sez. III, n. 15993 del 21 luglio 2011.

[30] Cass. Civ., Sez. III, n. 975 del 16 gennaio 2009.

[31] Cass. Civ., Sez. III, n. 20904 del 12 settembre 2013.

[32] F. Busoni, *L’onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 97 ss. e 133 ss.

[33] R. De Matteis, op. cit., 2008, 620 ss. In senso parzialmente difforme E. Serani, *Le cure inutili e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1693 ss.

[34] M. Gazzara, op. cit., 1011.

[35] A. Nicolussi, op. cit., 871 ss.

[36] Cass. Civ., Sez. III, n. 12516 del 17 giugno 2016.

[37] M. L. Missiaggia, La responsabilità sanitaria, Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24), *LaTribuna*.

[38] Cfr. ex multis, Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2013, 7273.

[39] Ove è previsto che “Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica”.

[40] D. Seminara, Danno non patrimoniale: primo SI' alle nuove tabelle. Il ddl approda in Senato, www.studioseminara.it.

[41] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 16 gennaio 2013, n. 16237.

[42] In effetti potrebbe benissimo osservarsi come il termine di dieci giorni sia eccessivamente breve, soprattutto se rapportato alla finalità della stessa comunicazione. Vedi C. Chiappinelli, A. Iadecola, in Guida alle nuove norme sulle responsabilità sanitarie, Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24, G. Carpani, G. Fares (a cura di), p. 217 e ss.

[43] Si veda anche l'art. 102 c.p.c.: “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito”.

[44] U. Corea, I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura, <http://www.judicium.it>

[45] Sulla legittimità costituzionale di tali condizioni di procedibilità, qualora si ritenne l'esistenza di un contrasto con l'art. 24 cost., si vedano Corte cost. sentenze nn. 214/1974; 568/1989; 276/2000; 29/2001 e, per ulteriori riferimenti B. Capponi, A. Storto, Commento agli artt. 24, 25 e 111 cost., in Codice di procedura civile commentato, diretto da C. Consolo, Ipsoa, Milano, 2013, p. 13 e ss.

[46] A. Arseni, ATP a fini conciliativi ex art.696 Bis c.p.c.: ammissibilità ed efficacia probatoria (Trib. Napoli 5.12.16 ed altre), www.personaedanno.it.

[47] Secondo Olivieri, Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria, www.judicium.it, 20 giugno 2017, la previsione non sembra inderogabile, non essendo stabilita alcuna nullità, e potendo il giudice, quantomeno nei casi meno complessi, nominare un solo perito.

[48] M. L. Missiaggia, in *La responsabilità sanitaria, guida operativa alla riforma Gelli* (L. 8 marzo 2017, n. 24), *LaTribuna*, p. 50.

2. Introduzione allo studio dell'errore

Errore ed elemento soggettivo del reato

L'errore può essere di fatto o di diritto, ed è disciplinato dall'articolo 47 e ss.

L'istituto – disciplinato non solo dall'articolo 47 ma anche da altre norme più distanti, come l'articolo 82 - è trattato in genere fra le cosiddette cause soggettive di esclusione del reato. Questo perché, a differenza delle cause oggettive, che escludono in radice il reato, quelle soggettive escludono il dolo, ossia escludono l'elemento soggettivo. E' evidente infatti che chi spara contro un cespuglio credendo che ci sia un cinghiale, colpendo un uomo (e versando quindi in errore), non risponde di omicidio doloso perché non aveva intenzione di commettere il delitto. In tal senso infatti taluno ha detto che le norme relative all'errore sarebbero superflue, in quanto le regole fissate da queste norme potrebbero essere ricavate ugualmente applicando regolarmente alla fattispecie di reato i principi generali in materia di elemento soggettivo. Altri, forse più correttamente hanno detto che le norme in questione non sono affatto inutili, ma concorrono a precisare il concetto di dolo previsto dall'articolo 43 e che, anzi, la vera definizione del dolo non è offerta dall'articolo 43 ma dalle norme sull'errore.

Del resto tali norme risolvono alcuni problemi che altrimenti rimarrebbero insoluti. Talvolta infatti l'errore dell'agente esclude il dolo, ma il fatto può essere imputato a titolo di colpa, nel qual caso è necessario precisare – come fa l'articolo 47 – che può residuare una responsabilità colposa dell'agente; in altri casi, nonostante l'errore, potrebbe esserci ancora gli estremi di un reato diverso, e pertanto sarà necessario precisare che il soggetto può essere punito per quel diverso reato.

Vari tipi di errore. Le classificazioni della dottrina

La dottrina, come sempre amante delle classificazioni e delle complicazioni, effettua suddivisioni diverse dell'errore. Troviamo così:

- l'errore motivato; è quello che interviene nella fase ideativa del reato (cioè quello relativo ai motivi che inducono a delinquere);
- l'errore di inabilità; è quello che interviene nella fase di esecuzione del reato, dando luogo alla cosiddetta aberratio;
- l'errore proprio; si ha quando il soggetto crede di compiere un'azione lecita che invece costituisce un reato;
- l'errore improprio; si ha quando il soggetto crede di violare la legge penale ma in realtà la sua azione è lecita;
- l'errore di fatto ed errore di diritto;
- errore sul fatto ed errore sul precetto. Si tratta della distinzione più diffusa e anche la più corretta. A questo punto però è necessario dividere il primo in errore sul fatto dovuto ad errore di fatto ed errore sul fatto dovuto ad errore su legge extrapenale; il secondo in errore sul precetto dovuto ad errore su legge penale e errore sul precetto dovuto ad errore su legge extrapenale.

La sistematica del codice

Quanto a noi, effettueremo l'operazione più semplice, e cioè distingueremo i vari tipi di errore così come li ha classificati il codice e partiremo da questa sistematica.

Avremo così:

- l'errore di diritto (articolo 5);
- l'errore di fatto (articolo 47 comma 1 e 2);
- l'errore su legge extrapenale (articolo 47, comma 3); la dottrina e la giurisprudenza sono incerte se tale errore vada classificato nell'ambito dell'errore di fatto, come sembrerebbe palese dalla collocazione dell'articolo 47, oppure nell'ambito dell'errore di diritto;
- l'errore sulle scriminanti;
- il reato putativo;
- il reato aberrante;
- il delitto impossibile.

Errore ed ignoranza

Infine, prima di iniziare ad esaminare le singole norme, dobbiamo precisare che la legge parla solo di errore (salvo all'articolo 5, dove si discorre di "ignoranza della legge penale"). All'errore, intesa come errata conoscenza della realtà esterna è parificata sempre – anche se non espressamente menzionata - l'ignoranza (che è la mancata conoscenza della realtà), termine utilizzato dal codice come sinonimo. Il dubbio, invece, non è rilevante; se il soggetto agisce dubitando degli elementi del fatto, il reato verrà punito a titolo di dolo eventuale.

L'errore di fatto L'errore di fatto. Nozione

L'articolo 47 dice che "L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo. L'errore sul fatto che costituisce il reato non esclude la punibilità per un reato diverso".

L'articolo 47, ad una lettura superficiale, potrebbe indurre in equivoco e far pensare che qualsiasi errore di fatto escluda la punibilità; ovviamente invece non è così, perché è palese che se Tizio ruba la macchina di Caio pensando che sia di Sempronio verrà ugualmente punito per il reato di furto. Occorre allora precisare quale errore di fatto escluda la punibilità, e a quali condizioni.

Non qualunque errore di fatto è causa di non punibilità, ma solo quell'errore che esclude il dolo. Lo dice chiaramente la norma, quando usa l'espressione "l'errore sul fatto che costituisce il reato". Deve trattarsi, allora, di un errore che investe il fatto di reato, ovvero sia di un errore sull'elemento essenziale del reato. Un errore invece su un elemento accidentale, o secondario del reato, non sarà rilevante. Per essere più chiari dobbiamo fare alcuni esempi. Se la legge dice che un certo reato deve essere composto da condotta X più evento Y, il che è l'ipotesi normale, il soggetto che versa in errore non sarà punibile solo se tale errore ricade su uno di questi elementi. Ad esempio il reato di omicidio si compone di due elementi: la condotta (cagionare la morte di un uomo) e l'evento (la morte). L'errore di cui tratta l'articolo 47 quindi è rilevante solo se cade su uno di essi.

Se la legge tipizza un solo elemento, l'errore deve ricadere su questo solo. Ad esempio nel reato di possesso di chiavi e grimaldelli la legge tipizza un solo elemento: la condotta.

Se la legge (caso molto raro in verità) tipizza il reato fissando condotta X, evento Y, e nesso causale Z, l'errore sarà rilevante se ricade su uno di questi tre elementi. Ad esempio nella truffa il reato è descritto prendendo in considerazione anche la condotta (gli artifici o raggiri).

Normalmente, poi, non rileva l'errore sull'identità del soggetto passivo, trattandosi di un elemento non essenziale del reato. Quindi sarà scriminato il soggetto che spara ad un uomo credendolo un cinghiale (trattandosi di errore su elemento essenziale, l'uomo appunto) mentre non sarà scriminato il soggetto che per errore colpisce un altro uomo (in tal caso si ricade nella fattispecie dell'articolo 82).

L'errore di fatto colposo

L'errore di fatto, se esclude il dolo, può però lasciare come residua una responsabilità colposa dello stesso agente.

Ciò accade a due condizioni:

- che l'errore sia stato determinato da colpa (la dottrina chiama questa ipotesi errore colposo, o errore inescusabile); ad esempio se il cacciatore uccide un uomo anziché un cinghiale, il reato sarà punito a titolo di omicidio colposo, perché in effetti il soggetto poteva evitare l'evento usando maggiore prudenza e attenzione;
- che il fatto sia previsto come colposo dalla legge. E' quindi possibile che l'errore possa portare ad un'incriminazione colposa nel reato di omicidio, ma non nel caso di furto.

In conclusione l'errore può essere colposo (detto anche inescusabile) o non colposo (detto scusabile):

- 1) l'errore scusabile scrimina il soggetto, ed esclude il dolo;
- 2) l'errore inescusabile, non scrimina e il soggetto è punibile a titolo di colpa.

Punibilità per un reato diverso

L'errore di fatto può escludere il dolo relativamente ad un determinato reato, lasciando comunque esistere il dolo relativo ad un reato diverso. In base all'articolo 47 comma 2 "L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso". L'esempio tipico è quello del soggetto che offende

un agente in borghese non sapendo che si tratta di un pubblico ufficiale; pur escludendo la responsabilità per oltraggio (v. oggi articolo 341-bis c.p.) residua una responsabilità per ingiuria.

L'errore di diritto, ovvero l'ignoranza della legge penale

Premessa

L'articolo 5 del codice penale dice che Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale. La ratio della norma è evidente. Il legislatore vuole evitare che ciascun cittadino possa sottrarsi alla pena adducendo come scusa il fatto di ignorare che l'azione commessa fosse un reato. In tal senso alcuni autori hanno sottolineato che tale norma si ricollega al precedente articolo 3 sull'obbligatorietà della legge penale, perché una norma penale che obbligasse solo chi la conoscesse sarebbe una contraddizione in termini, dal momento che diventerebbe non obbligatoria. Inoltre se la legge penale dovesse obbligare solo i cittadini che la conoscono perderebbe molte delle funzioni che le sono proprie, soprattutto la funzione propositiva, cioè quella di orientare la condotta dei cittadini e la funzione generalpreventiva di deterrente del crimine. In tal senso quindi la ratio della norma risiede sia nel cosiddetto principio della certezza del diritto, sia in ragioni di tipo politico. Ridicole appaiono invece quelle spiegazioni che si riallacciano ad una presunzione assoluta di conoscenza della legge penale da parte dei cittadini. Si tratta di spiegazioni che potevano andare bene qualche secolo fa, quando il numero effettivo dei reati previsti come tali dalla legge era veramente minimo, e la maggior parte delle fattispecie era intuitiva, nel senso che, trattandosi perlopiù dei cosiddetti reati di diritto naturale, non occorre essere giuristi per capire cosa era lecito e cosa no. Certamente però la spiegazione non regge più in un'epoca come quella odierna, dove le leggi penali non sono conoscibili con certezza neanche dai giuristi più colti e preparati, a causa non solo del loro numero, ma anche del linguaggio con cui vengono formulate, troppo spesso incomprensibile.

Le critiche della dottrina

Tuttavia è evidente che la regola dell'articolo 5, nella sua assolutezza, portava a conseguenze palesemente ingiuste. Si possono fare diversi esempi al riguardo; il cittadino straniero che, entrato da poco in Italia, è convinto che un determinato fatto che egli ha commesso sia lecito, essendo tale nel suo paese; il cittadino che commette un'infrazione di scarsa entità all'indomani della pubblicazione della legge nella gazzetta ufficiale; il cittadino che viene erroneamente informato della liceità del fatto

dalle autorità competenti (in una nota fattispecie si trattava di un cittadino che aveva denunciato il possesso di una terza pistola ed era stato erroneamente rassicurato dall'autorità competente che non occorre la licenza di collezione rilasciata dal questore); il cittadino che a causa di un contrasto giurisprudenziale in materia opta per la soluzione a lui favorevole. In tutte queste ipotesi, e in altre che possono comunque immaginarsi, si vide che la norma era in palese contrasto con alcuni dei principi fondamentali del nostro ordinamento, in particolare il principio di colpevolezza. Si trattava di una norma di chiara ispirazione autoritaria, perché in pratica sanciva il predominio incondizionato della legge e degli interessi pubblici rappresentati da essa, rispetto al diritto di libertà del cittadino e rispetto all'esigenza di modellare l'illecito in relazione al fatto concreto e allo stato soggettivo dell'agente. In tal senso essa non si poneva in contrasto unicamente con il principio di colpevolezza, ma anche con il principio di extrema ratio e col principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. In particolare, appena il principio di colpevolezza assunse una valenza costituzionale, entrando in netto contrasto con la rigida regola dell'articolo 5, l'atteggiamento degli operatori del diritto iniziò a cambiare e ci si avvide che per mezzo dell'articolo 5 si finiva spesso per punire soggetti cui non poteva muoversi nessun rimprovero.

Questo problema diventava tanto più drammatico in un'epoca come la nostra in cui crescono a dismisura i cosiddetti reati di mera creazione legislativa, per i quali è impossibile andare alla ricerca di un elemento come quello della "consapevolezza del disvalore del fatto". Per questo motivo a livello giurisprudenziale già prima del 1988, i giudici spesso riconoscevano efficacia scusante a determinate situazioni; ad esempio nel caso in cui il soggetto fosse stato male informato dagli organi competenti. Oppure nell'ipotesi in cui il fatto fosse avvenuto varie volte e la pubblica autorità non fosse mai intervenuta. Mentre in dottrina da più parti si auspicava una soluzione legislativa, come si è avuta in altri ordinamenti (ad esempio in Germania l'errore sulla legge penale è previsto come una circostanza attenuante).

La situazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988

La soluzione che molti auspicavano non venne dal legislatore, ma purtroppo, come spesso avviene, dalla Corte Costituzionale. Preso atto degli orientamenti più moderni della dottrina, la Corte è intervenuta sul tema con una sentenza oramai storica che, come è stato detto, fu oggetto di "un'attesa quasi messianica"; la Corte ha stabilito l'incostituzionalità dell'articolo 5 nella parte in cui non prevede la scusabilità dell'errore sulla legge penale, quando l'ignoranza sia inevitabile.

In pratica l'articolo 5 è stato riscritto così: Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile. Grazie alla particolare forza che rivestono le sentenze additive della Corte Costituzionale, è stato quindi modificato totalmente il significato dell'articolo 5. La Corte ha giustificato la sua decisione basandosi soprattutto sulla violazione del principio di colpevolezza, cui abbiamo già accennato. Ha inoltre fatto riferimento all'articolo 3, nel senso che si violerebbe il principio di uguaglianza trattando in modo uguale soggetti che versano in condizioni del tutto differenti.

Si è inoltre ancorata all'articolo 27, nel momento in cui stabilisce che la pena deve tendere a rieducare il condannato; non si vede infatti in cosa dovrebbe consistere l'opera di rieducazione per un soggetto che abbia violato la legge in assoluta buona fede, ignorandola totalmente.

La nozione di ignoranza inevitabile. L'errore scusabile

A questo punto occorre stabilire in cosa consiste quell'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale che scusa il cittadino. In realtà ad essere rigorosi il concetto di inevitabilità non è del tutto preciso e di per se non significa nulla; infatti in teoria potrebbe tranquillamente affermarsi che l'ignoranza è sempre evitabile da parte del cittadino attraverso una lettura dei testi normativi effettuata prima di compiere un determinato fatto. E' preferibile allora leggere il termine "inevitabile" come sinonimo di scusabile; occorre cioè andare a verificare caso per caso se il soggetto sia o meno in colpa (altri direbbero rimproverabile, o scusabile) per aver ignorato la legge.

La scusabilità però non va valutata con parametro soggettivo (altrimenti chiunque potrebbe addurre come scusante la propria ignoranza) ma oggettivo, nel senso che ci si deve riferire a parametri medi; occorre quindi che l'ignoranza sia tale che chiunque, nella medesima condizione, sarebbe stato nell'impossibilità di conoscere la norma. Il parametro oggettivo però va in un certo senso parzialmente soggettivizzato, nel senso che si dovrà tenere conto di alcune condizioni e qualifiche del soggetto che compie l'azione; così, ad esempio, un avvocato o un magistrato non potrebbero invocare la scusabilità della norma con la stessa facilità di un cittadino comune. In linea di massima la scusabilità dell'errore si avrà soprattutto nei reati di mera creazione legislativa. Nelle contravvenzioni il criterio è parzialmente diverso e rileva la buona fede del soggetto.

Quali esempi di errore scusabile possono farsi i seguenti:

- la precedente assoluzione del soggetto per lo stesso fatto;
- il contrasto giurisprudenziale;
- l'oscurità del testo legislativo;
- l'induzione in errore da parte dell'autorità competente;
- l'impossibilità di conoscere il precetto penale per lo straniero o il soggetto in condizioni di scarsa socializzazione.

Tuttavia, ad onta delle affermazioni di principio della Corte Costituzionale, la sentenza non ha avuto quell'effetto dirompente che all'inizio i giuristi speravano. I giudici infatti rigettano quasi sempre le tesi difensive degli avvocati che si basano sull'inevitabilità dell'ignoranza; basti pensare che la Corte di Cassazione è giunta ad affermare che il soggetto non è scusato neanche in quei casi in cui è stato indotto in errore da svariate sentenze dei giudici di merito e da un avviso di natura interna della PA. E il più delle volte vengono condannati soggetti che effettuano in assoluta buona fede una lieve modifica della costruzione (costruzione di un camino, o di un divisorio tra due stanze) rispetto al progetto originario, ignorando che il fatto costituisce un reato. **In conclusione, per usare le parole dell'Antolisei, forse non è scorretto dire che “tra chi vorrebbe trovare nella sentenza additiva della Corte Costituzionale un veicolo di larga impunità, una specie di cavallo di Troia della delinquenza e chi vorrebbe costringere la sentenza stessa in un angusto letto di Procuste” ha prevalso quest'ultima interpretazione.** C'è però da ricordare che ai giudici non è precluso, quand'anche decidano di non utilizzare l'articolo 5, di diminuire la pena inflitta al reo ricorrendo all'istituto delle attenuanti generiche.

L'errore su legge extrapenale

Generalità

L'altra ipotesi di errore che la legge considera come errore di fatto è quello sulla legge extrapenale, previsto dall'articolo 47 al comma 3: “L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato”. In realtà l'errore su una legge extrapenale (ad esempio, nel reato di furto, l'errore sul concetto civilistico di altruità della cosa) non sarebbe un errore di fatto, ma un errore di diritto (si tratta pur sempre di un errore su una norma). Solo che il codice lo disciplina nello stesso articolo dell'errore di fatto perché, pur trattandosi di errore su una norma giuridica, esso ha causato un errore

sul fatto che costituisce il reato. Ne consegue che la legge tratta questo errore come se fosse di fatto anche dal punto di vista della disciplina. Infatti se Tizio, interpretando erroneamente il contratto che gli concede in uso l'auto aziendale, la vende, non commette (o non dovrebbe commettere) il reato di appropriazione indebita, proprio per la mancanza del dolo di questo tipo di reato; l'errore di Tizio, cioè, si è tradotto in un errore sul fatto che costituisce il reato. Ancora: se Tizio, credendo che il preliminare trasferisca la proprietà, si impossessa della cosa, non commette il reato di furto; ancora una volta infatti manca il dolo e quindi l'errore è un errore sul fatto di reato.

Significato della norma

Per capire l'istituto, a questo punto, occorre avere bene presente quello che la norma dice, per poi vedere come essa è stata applicata dalla giurisprudenza dominante, dato che tra il contenuto della norma e la sua concreta applicazione esiste un divario non indifferente. L'interpretazione dell'articolo 47, infatti, ha dato vita ad un dibattito molto tormentato, che vede giurisprudenza e dottrina schierate su fronti totalmente opposti.

La giurisprudenza tende a restringere il più possibile il campo di applicazione della norma; la dottrina tende ad allargarlo al massimo.

Per capire il perché iniziamo dalla lettera dell'articolo 47.

In teoria la norma è chiara: qualunque errore su legge extrapenale esclude il dolo e quindi la punibilità. La norma extrapenale è qualunque norma giuridica, di qualsiasi rango (norma primaria, regolamento, ecc.), appartenente ad un ramo diverso dell'ordinamento (diritto amministrativo, civile, tributario). In tal senso infatti la norma è interpretata da una parte della dottrina.

Possono farsi i seguenti esempi:

- furto della cosa trasferita col preliminare, creduta erroneamente propria;
- vendita dell'auto aziendale creduta erroneamente di proprietà;
- costruzione abusiva realizzata a seguito di autorizzazione "verbale" da parte del sindaco;
- esercizio abusivo di professione (articolo 348) credendo erroneamente che il proprio titolo abilita ad una determinata attività.

A questo punto però, l'articolo 47 pare introdurre una contraddizione nel sistema. Il fatto è che l'errore sulla legge extrapenale – come è palese anche dagli esempi fatti – si traduce in ultima analisi in un errore sulla fattispecie di reato, cioè su ciò che costituisce reato o meno. Il che val come dire che tale errore è pur sempre un errore su legge penale. A questo punto nasce la contraddizione:

- l'articolo 5 dice che l'errore su legge penale non scusa;
- l'articolo 47 dice che l'errore su legge penale scusa (nei soli casi in cui tale errore dipende dalla legge extrapenale richiamata dalla norma penale).

Di qui tutto il dibattito attorno all'errore su legge extrapenale. Dal momento che tale tipo di errore finisce in pratica per essere uno strano ibrido, a metà tra l'errore di fatto e l'errore di diritto, il dilemma che ruota attorno a questo istituto è il seguente: quale disciplina applicare? Come trattare questo tipo di errore? Come un errore di fatto (che scusa sempre ai sensi dell'articolo 47) o come un errore di diritto (che non scusa mai ai sensi dell'articolo 5)?

La giurisprudenza. La teoria della incorporazione

Una interpretazione troppo larga della norma – come quella secondo cui l'ignoranza su legge extrapenale scusa in ogni caso, come sembra dire l'articolo 47 – è parsa eccessiva alla giurisprudenza, cosicché i giudici ne hanno ristretto il campo di applicazione, per evitare che con la scusa dell'ignoranza della legge extrapenale si eludesse il precetto dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale. Di conseguenza con una impostazione che ha ricevuto critiche da parte di tutta la dottrina, la Cassazione – effettuando un'operazione che è una vera e propria riscrittura dell'articolo 47 – ha elaborato la regola secondo cui non ogni errore su legge extrapenale esclude la punibilità, ma solo quell'errore che verta sulle cosiddette norme extrapenali non integratrici della fattispecie. Sono norme integratrici quelle che, sebbene non siano norme penali in senso stretto, hanno la funzione di integrare il precetto penale, completandolo, sì che possono considerarsi parte integrante del precetto; è ovvio allora che l'errore su tale aspetto della vicenda, in ultima analisi, si risolve in un errore sulla norma penale stessa. Per tale motivo la teoria è stata ribattezzata da taluno “teoria dell'incorporazione”. Questa lettura dell'articolo 47 – sostengono alcuni – è l'unica compatibile con l'articolo 5, ed è l'unica che impedisca di introdurre nel sistema una contraddizione insanabile, che non troverebbe altrimenti spiegazione. La contraddizione starebbe nel fatto, come abbiamo detto, che avremmo nel sistema un articolo 5 secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa, e un

articolo 47 secondo cui l'ignoranza della legge penale scusa se questa è dovuta ad un errore sulla norma extrapenale integratrice del precetto, senza che si possa dare una spiegazione di questa diversità di trattamento. Il problema è che risulta praticamente impossibile trovare una norma extrapenale che in qualche modo non integri il precetto penale, se si fa eccezione per i classici esempi dell'altruità della cosa nel reato di furto e per l'illegittimità della condotta nell'omissione di atti di ufficio. Di conseguenza con questa lettura restrittiva dell'articolo 47 comma 3 i giudici negano l'applicazione della tematica dell'errore in molti casi che invece dovrebbero essere ricompresi al suo interno.

Ecco alcuni esempi applicativi secondo la giurisprudenza:

- le norme che regolano il matrimonio farebbero parte integrante delle norme penali sulla bigamia;
- le norme in materia di concessioni governative fanno parte integrante di quelle che regolano il porto abusivo di armi;
- le norme che regolano la tenuta dei libri contabili si incorporano in quelle attinenti al reato di bancarotta;
- le norme amministrative che regolano il buon andamento della PA sono parte integrante della norma che regola il reato di abuso di ufficio;
- le norme che regolano l'esercizio di una professione sono parte integrante delle norme penali che sanzionano l'esercizio abusivo di una professione; ad esempio in tal modo si è espressa la Cassazione in un caso che riguardava la professione di dentista esercitata da un odontotecnico il quale, mal interpretando le norme regolatrici l'esercizio della sua attività, interveniva anche nella bocca dei pazienti.

Posizione della dottrina

Premessa

Questo orientamento giurisprudenziale ha ricevuto critiche praticamente da parte di tutta la dottrina, a causa del sostanziale effetto abrogante che esso ha avuto sull'articolo 47 comma 3. Padovani non ha esitato a tacciare tale criterio di "grottesca vacuità", mentre secondo Mantovani la distinzione è priva di qualsiasi base logica o giuridica, perché ogni norma extrapenale richiamata fa sempre parte integrante del precetto penale. Nella casistica che noi abbiamo considerato infatti, non c'è un solo elemento concettuale che sia idoneo a distinguere in quali casi la norma extrapenale integri il precetto penale e in quali no. Nessuno saprebbe

spiegare, cioè, perché il concetto di “altruità” della cosa sia estraneo al precetto penale e il concetto di “regolare tenuta dei libri contabili” non lo sia. Di conseguenza molti autori sono andati alla ricerca di altri criteri guida per risolvere il problema.

La tesi di Gallo. L’errore sulla fattispecie e l’errore sugli elementi normativi della fattispecie

Secondo Gallo, l’errore su legge extrapenale può tradursi in un errore sull’intera fattispecie (e in tal caso abbiamo un errore di fatto) e in un errore sugli elementi normativi di essa; solo l’errore sugli elementi normativi non scriminerebbe, perché si traduce in un errore sulla legge penale stessa, e ciò si avrebbe in due soli casi:

- errore sulla qualifica soggettiva dell’agente;
- errore sulle cosiddette norme penali in bianco.

Secondo Caraccioli questa impostazione è ingiustamente restrittiva, perché si finisce per negare rilievo a situazioni di buona fede causate pur sempre da errore su legge extrapenale, senza che esistano ragioni sistematiche per distinguere tra queste ipotesi e tutte le altre (l’autore fa l’esempio di un soggetto che crede in buona fede di essere dipendente di un ente privato, il quale viene poi dalla giurisprudenza classificato come pubblico; un caso del genere accadde veramente a proposito della RAI, ove alcuni conduttori televisivi erano accusati di aver commesso reati che discendevano direttamente dall’essere o meno qualificati “incaricati di pubblico servizio”). Non solo. Ma è difficile capire la linea di demarcazione tra errore sulla fattispecie ed errore su un elemento normativo; come abbiamo detto a suo tempo quando abbiamo parlato delle norme penali in bianco, infatti, qualunque norma penale lascia in bianco alcuni elementi che dovranno poi essere precisati da leggi giuridiche, leggi morali, o regole di comune esperienza; e il punto è che ci sono tanti casi in cui l’elemento in bianco ha contorni che non è facile dire se siano giuridici oppure no (si pensi al concetto di atti osceni).

Tesi di Antolisei

Antolisei – con una tesi che è una variante dell’indirizzo giurisprudenziale - propone di distinguere la norma extrapenale che dà maggiore concretezza alla figura tipica di un reato, precisandola (in questo caso l’errore non scrimina); e quella che non inerisce alla sua ratio, e che quindi ha determinato la creazione della fattispecie considerata (in tal caso l’errore scrimina). Tale criterio è da respingere se non altro perché non potrebbe essere più generico e fumoso (non a caso non è citato un solo esempio; né, enunciato il criterio, si precisa alcunché per far capire al lettore quali

sono queste norme extrapenali che possono dare maggiore concretezza alla fattispecie e quali no).

Tesi secondo cui l'errore su legge extrapenale esclude il dolo

Una delle tesi preferibili, ancorché negata dalla giurisprudenza, è quella di ammettere che ogni errore su legge extrapenale deve sottostare alla disciplina dell'articolo 47. Nella casistica che noi abbiamo considerato infatti, non c'è un solo elemento concettuale che sia idoneo a distinguere in quali casi la norma extrapenale integri il precetto penale e in quali no. Nessuno saprebbe spiegare, cioè, perché il concetto di "altruità" della cosa sia estraneo al precetto penale e il concetto di "regolare tenuta dei libri contabili" non lo sia. Questa tesi introduce una vera e propria deroga all'articolo 5 del codice penale; essendo innegabile infatti che una norma extrapenale possa integrare la fattispecie penale specificandola, e che l'errore su di essa si traduca in ultima analisi in un errore sulla legge penale, si introduce una vera e propria deroga al sistema.

A questo punto occorre spiegare il motivo per cui il legislatore avrebbe trattato l'errore su legge extrapenale che si traduce in un vero e proprio errore sulla legge penale in modo differente dall'errore che cade direttamente sulla legge penale. In realtà è questo il punto debole della tesi in esame, ed è qui che si appuntano le critiche della dottrina al riguardo; perché la spiegazione che viene offerta è che il legislatore avrebbe usato un atteggiamento di minore rigore verso chi erra nell'interpretazione di una norma extrapenale, partendo dal dato (esatto ed incontestabile in verità) che i cittadini non possono conoscere tutte le leggi dell'ordinamento. Il punto però è che non si riesce a capire per quale motivo lo stesso benevolo trattamento non sia riservato a chi erra nell'interpretazione di una norma penale di particolare complessità (si pensi a molte norme della legislazione speciale). Inoltre la tesi in esame non offre adeguati criteri per dirimere alcuni casi dubbi; ad esempio nel caso delle cosiddette norme penali in bianco non si saprebbe se la fonte esterna debba considerarsi soggetta alla disciplina dell'articolo 5 o dell'articolo 47.

Tesi secondo cui l'errore su legge extrapenale scusa in ogni caso (purché escluda il dolo) (Pagliaro, Caraccioli, Fiandaca-Musco)

La tesi preferibile ci sembra quella che abbiamo appena esposto, anche se con un parziale correttivo. Ogni errore su legge extrapenale deve sottostare alla disciplina dell'articolo 47. Ciò è un dato che difficilmente può contestarsi, stante la chiara

lettera dell'articolo 47. Tuttavia questa regola, semplice nella sua comprensibilità, deve poi fare i conti con un altro principio generale del diritto penale, altrettanto semplice. Occorre infatti coordinare l'articolo 47 con i principi generali in materia di dolo sì che possiamo dire che non tutti gli errori extrapenali scusano, ma solo l'errore su legge extrapenale che abbia escluso il dolo. Tale conclusione è in linea con la ratio dell'articolo 47, che esclude la punibilità proprio perché manca il dolo; e con i risultati interpretativi raggiunti dalla dottrina in materia di dolo e coscienza dell'illiceità. Ad esempio prendiamo il soggetto che esercita una professione mal interpretando le norme che ne regolano l'accesso; o chi costruisce abusivamente pensando di avere la licenza, mal interpretando il documento consegnatogli, ecc., costoro non hanno la volontà di commettere quel fatto, nella sua accezione antisociale. Stessa cosa dicasi per tutti gli altri esempi che avevamo fatto prima.

Colui invece che maltratta il figlio mal interpretando le norme in materia di diritti e doveri dei genitori verso i figli non sarà scriminato perché, pur convinto di agire nella legalità, poteva comunque percepire l'immoralità o l'antisocialità del fatto stesso. La bontà di questa tesi è confortata anche da un rilievo, trascurato dalla maggioranza degli scrittori e invece fondamentale per capire il problema: sotto il vigore del codice Zanardelli una norma simile a quella dell'articolo 47 comma 3 non esisteva, eppure la giurisprudenza non dubitava dell'efficacia scusante dell'errore su norma extrapenale; questo perché si applicavano i principi generali in materia di dolo.

La tesi che distingue tra errore sul fatto ed errore sul divieto

Non troppo distante dalla tesi precedente è quella della dottrina prevalente (Flora, Padovani, Mantovani), la quale distingue tra l'errore sulla legge extrapenale che si è risolto in un errore sul divieto penale (o sul precetto) e l'errore che si è risolto in un errore sul fatto. Questa tesi è solo apparentemente diversa dalla precedente, ma in realtà ne rappresenta una maggiore specificazione, o perlomeno si tratta di un modo diverso di presentare le stesse conclusioni.

Secondo questa tesi occorre distinguere l'errore sulla legge extrapenale in questo modo:

- 1) l'errore dell'agente ricade sul fatto quando la falsa rappresentazione del parametro normativo abbia determinato la rappresentazione di un fatto diverso da quello tipico.

2) L'errore ricade invece sul divieto quando abbia determinato la rappresentazione di un fatto corrispondente a quello tipico e solo diversamente qualificato (come lecito anziché come illecito) da parte dell'agente.

In cosa questa tesi, apparentemente diversa, converge con la precedente? Il punto è che l'errore sul precetto non scusa perché ricade sotto la disciplina dell'articolo 5; l'errore su legge extrapenale che ha dato luogo ad un errore sul fatto, invece, ricade sotto la disciplina dell'articolo 47 perché esclude il dolo, sì che la soluzione del problema all'errore sulla legge extrapenale va trovata "sulla base degli effetti psicologici ultimi, dell'oggetto finale di esso; a seconda cioè che si limiti soltanto ad un errore sul precetto oppure si traduca anche in un errore di fatto".

Il che, appunto, è quello che dice la dottrina precedente.

"L'articolo 47 non costituisce quindi nessuna deroga all'articolo 5. Bensì è espressione del principio generale sul dolo e della responsabilità personale: punire per dolo chi ha voluto un fatto diverso da quello vietato dalla legge penale, sarebbe ammettere una ipotesi di responsabilità oggettiva, fuori tra l'altro dai casi espressamente previsti dalla legge" (Mantovani, Diritto penale, 2001, pag. 388).

Conclusioni

A questo punto dovrebbe essere chiaro il motivo per cui l'argomento è così complicato. Il problema è che l'errore su legge extrapenale è uno strano ibrido, a metà tra l'errore di fatto e l'errore di diritto.

Dal punto di vista strettamente tecnico è un errore di diritto; il problema però è che si traduce spesso in un errore di fatto, nel senso che il soggetto che porta via la cosa altrui credendola propria per un errore sulla legge extrapenale, in fin dei conti, sta commettendo un errore sul fatto, e non un errore sulla norma penale. Tizio sa che il furto è punito, non vuole assolutamente rubare, e dunque non c'è dolo.

Talvolta però l'errore sulla norma extrapenale si traduce in un vero e proprio errore sul precetto penale, cioè in un errore di diritto; in questo caso entra in gioco l'articolo 5, Quindi l'errore sulla norma extrapenale, avendo questa duplice natura a seconda delle circostanze, vede contrapporsi due opposte esigenze: da un lato l'esigenza autoritaria di non vanificare la portata dell'articolo 5 e di non paralizzare la giustizia; dall'altro quella di rispettare il principio di colpevolezza e quindi di irrogare la pena solo quando

effettivamente il soggetto è in qualche modo rimproverabile (ciò che porterebbe a dare rilevanza all'errore su legge extrapenale).

Non a caso alcuni codici stranieri risolvono l'errore su legge extrapenale nell'errore di fatto (che scusa) e altri lo trattano alla stregua dell'errore di diritto (che non scusa mai). Il nostro codice invece ha cercato di contemperare le varie esigenze e ha stabilito in modo molto più preciso di altre legislazioni che l'errore su legge extrapenale scusa solo se è tradotto in un errore sul fatto; e lasciando intendere che se invece si è tradotto in un errore sulla legge penale si applica l'articolo 5.

Di qui tutto il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, con i giudici che vanificano la portata dell'articolo 47, e la dottrina che cerca di fare esattamente l'opposto.

“Nello sforzo di regolare l'intera materia, il codice del 1930 distinse, esplicitamente, l'errore sulla legge penale dall'errore sulla legge extrapenale, la cui disciplina, concordemente criticata per la sua illogica contaminatio tra error iuris ed error facti, costituisce invece un così alto affinamento concettuale, da essere proprio per la sua razionalità logica, superflua” (Mantovani, Diritto penale, 2001, pag. 384).

L'errore colposo

Il problema

Dal momento che l'errore sulla norma extrapenale è trattato come errore sul fatto, ci si domanda se ad esso si applichi anche la disciplina dell'errore colposo (e quindi se l'errore colposo su legge extrapenale possa dar luogo a responsabilità per colpa, nei casi in cui il reato sia previsto anche nella forma colposa).

La teoria negativa

Sembra da preferire la teoria negativa, perché il terzo comma non fa cenno ad una regola simile, e diversamente ragionando si finirebbe per applicare l'analogia in malam partem. Ne consegue che l'errore su legge extrapenale scrimina se quando è doloso che quando è colposo. Rimane da spiegare il motivo di questa differenza di disciplina dell'errore extrapenale rispetto all'errore di fatto in senso stretto. Secondo Caraccioli ciò dipende dal fatto che nel caso di errore di fatto si impone che il

soggetto faccia la massima attenzione, mentre nel caso di errore di diritto non si può imporre al soggetto di essere diligente ed attento nell'interpretazione delle norme.

La teoria positiva

La dottrina prevalente sostiene però la tesi positiva per due ragioni. In primo luogo perché non ci sarebbe motivo di differenziare le due ipotesi dell'errore di fatto da quello su legge extrapenale. In secondo luogo perché anche l'errore su legge extrapenale si risolve, in ultima analisi, in un errore sul fatto, e quindi ad esso si applica ovviamente il regime dell'errore di fatto.

Il problema dell'errore su legge extrapenale alla luce della sentenza 364/1988

Uno dei problemi più intrigati che ruotano attorno all'errore su legge extrapenale è quello riferito agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 364/1988.

E' noto che questa famosa sentenza ha stabilito ciò che poi è diventato un caposaldo del sistema penale in materia di errore e colpevolezza, e cioè che l'ignoranza della legge penale normalmente non scusa, ai sensi dell'articolo 5, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile.

Orbene ci si domanda se tale principio vada applicato anche all'errore su legge extrapenale. Tenendo presente le linee del dibattito in ordine alla effettiva portata dall'articolo 47 il problema potrà essere riportato su binari più tranquilli e meno tormentati. La risposta infatti dipende da come si interpreta l'articolo 47 e il concetto di norma extrapenale, ed è a quel dibattito che dobbiamo fare riferimento.

a) Il problema dell'applicabilità dei principi sanciti dalla Corte nasce solo se si ritiene – come fa la giurisprudenza – che la legge extrapenale faccia parte integrante del precetto penale. In tal caso, infatti, discende dalla natura delle cose che alla legge extrapenale, assumendo essa stessa natura di norma penale (e dunque non scusando quasi mai), si applicheranno i principi stabiliti dalla Corte e vevoli per l'articolo 5. In pratica, dal combinato disposto dell'articolo 47 comma 3, così come interpretato dalla giurisprudenza, e dell'articolo 5 del codice penale, così come interpretato dalla Corte Costituzionale, può enuclearsi questo principio: l'errore su legge extrapenale, integrandosi con il precetto penale non scusa mai, ai sensi dell'articolo 5; salvo che non si tratti di errore inevitabile.

b) La domanda sull'applicabilità o meno dei principi stabiliti in questa sentenza non ha senso se si accoglie la tesi secondo cui l'errore su legge extrapenale ha sempre un

efficacia scusante, se si tratta di un errore che ha escluso il dolo. In tal caso, cioè anche l'errore evitabile scusa il soggetto.

L'errore determinato da altrui inganno

“Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se il fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo”. Si tratta di una disposizione simile a quella dell'articolo 46. Se ad es. Tizio prende erroneamente un oggetto di Caio, perché Sempronio gli ha fatto credere che è di sua proprietà, del reato di furto risponderà Sempronio e non Tizio.

L'inganno, deve consistere nell'impiego di mezzi fraudolenti sostanzialmente assimilabili agli artifici e ai raggiri del delitto di truffa: esso può consistere in qualunque artificio o espediente atto a sorprendere l'altrui buona fede. Ciò che conta è che l'inganno provochi nel *deceptus* una falsa rappresentazione della realtà.

Secondo una parte della giurisprudenza, l'inganno rileverebbe solo quando presenti una particolare idoneità causale a provocare l'errore: il legame causale tra la condotta del *decipiens* e l'errore del *deceptus* verrebbe meno, se l'errore fosse evitabile con l'uso della normale diligenza. La tesi finisce però con l'introdurre una arbitraria limitazione della sfera di operatività dell'art. 48. Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, l'art. 48 configurerebbe un'ipotesi di *autoria mediata*: cioè il *decipiens* si servirebbe del *deceptus* come mero strumento esecutivo del reato, per cui il vero e unico autore del reato non sarebbe l'esecutore (immediato) del reato, bensì l'autore dell'inganno (autore mediato). La dottrina dell'*autoria mediata* non ha però una ragion d'essere nel nostro ordinamento: la dottrina italiana ritiene che le ipotesi tassativamente riconducibili alla predetta categoria, siano + correttamente inquadrabili nell'ambito del concorso di persone nel reato.

La responsabilità dell'autore mediato nell'illecito tributario

La disciplina dell'autore mediato è solo apparentemente analoga a quella penalistica, ma in realtà risulta idonea a fungere da fondamentale valvola di sfogo al criterio dell'imputazione della violazione all'autore materiale (c.d. Autore immediato). La norma apre prospettive applicative tali da ridimensionare gran parte dei timori suscitati dalla riforma fra i lavoratori dipendenti, responsabilizzati quali possibili autori materiali delle violazioni tributarie (v. Artt. 2, 2 co., 9 ed 11).

Secondo l'art. 10 (salva la configurabilità di un ipotetico concorso di persone ex art. 9) "chi, con violenza o minaccia o inducendo altri in errore incolpevole ovvero avvalendosi di persona incapace..., determina la commissione di una violazione ne risponde in luogo del suo autore materiale". L'ampia portata della norma risulta evidente ove si consideri che nel diritto penale la violenza deve essere fisica e comunque tale da essere irresistibile (art. 46), e che l'errore deve attenersi al fatto e deve essere determinato dall'altrui inganno (art. 48). Viceversa nel sistema del d. Lg. N. 472/1997 per l'autore materiale (autore immediato) hanno rilevanza esimente la violenza o minaccia (non altrimenti qualificate), nonché il semplice errore incolpevole, anche di diritto, o l'incapacità.

L'opportunità di una norma come l'art. 10 (che peraltro non si rinviene nella l. N. 689/1981) risulta ancor più evidente ove si consideri che secondo la giurisprudenza prevalente "in tema di sanzioni amministrative l'esclusione della responsabilità per il caso in cui l'autore del fatto esegua un ordine, ai sensi dell'art. 4, l. N. 689/1981, postula che si tratti di ordine legittimo, e quindi, non è invocabile in presenza di un ordine illegittimo, la cui legittimità sia sindacabile dal destinatario, come quando sia impartito nell'ambito di un rapporto di lavoro"

La corresponsabilizzazione fra autore materiale della violazione e soggetto d'imposta nel cui interesse il trasgressore abbia agito è certamente una delle problematiche più controverse in materia di sanzioni amministrative tributarie, come dimostra la travagliata esperienza dell'art. 12 della legge n. 4/1929, e dell'art. 98, 5 co., d.lg. P.r. N. 602/1973. La disciplina della corresponsabilizzazione è ora contenuta nell'art. 11, norma abbondantemente criticata e criticabile sotto molteplici punti di vista, a più riprese rimaneggiata. È opportuno ricordare che il rapporto fra autore della violazione e soggetto che dalla violazione (almeno potenzialmente) trae vantaggio, costituisce il nodo cruciale di tutte le tipologie di illecito (aquiliano, contabile, amministrativo, penale ecc.) Ed è particolarmente rilevante nell'ambito del diritto punitivo, in quanto pone la necessità di conciliare il principio della personalità con l'esigenza di soddisfare l'interesse patrimoniale del soggetto offeso dall'illecito, il che risulta agevole utilizzando il modulo della coobbligazione solidale. Deve essere quindi chiaro che la problematica della corresponsabilizzazione non è affatto peculiare del diritto tributario: oltre agli artt. 9, 10 e 12 della legge n. 4/1929, ed all'art. 98, 5 co., d.lg. P.r. N. 602/1973, si pensi infatti all'art. 2049 c.c., all'art. 2395 c.c., alla doppia responsabilità diretta della P.A. e dell'agente ex art. 28 cost., agli artt. 196 e 197 c.p., e soprattutto all'art. 6 l. N. 689/1981, nonché, da ultimo, al d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, sulla c.d. Responsabilità parapenale delle società.

Risulta evidente che il nucleo dell'art. 11 si rinviene nel primo comma: nel caso in cui l'autore materiale della violazione abbia agito nell'interesse di un determinato soggetto, quest'ultimo è obbligato al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata nei confronti dell'agente. Viene così attuata una corresponsabilizzazione fra autore dell'illecito e soggetto -contribuente sul cui patrimonio l'illecito riverbera i propri effetti; verosimilmente è questi che fruisce degli effetti antiggiuridicamente vantaggiosi della violazione.

Il modello su cui è costruita la norma è tratto inequivocabilmente dall'art. 12, L. N. 4/1929, e dall'art. 6, l. N. 689/1981. Tuttavia emergono rilevanti restrizioni all'operatività della corresponsabilizzazione:

- deve trattarsi di illeciti sostanziali, e non meramente formali, nel senso che la violazione deve incidere sulla determinazione o sul pagamento del tributo;
- il vincolo fra agente e corresponsabile deve essere particolarmente qualificato, rilevando soltanto: il rapporto di lavoro dipendente; la rappresentanza legale o negoziale; la rappresentanza o l'amministrazione, anche di fatto, di enti o società. Al di fuori di tali fattispecie (si pensi al mandato senza rappresentanza, ai contratti d'opera, ai rapporti professionali, ai rapporti di associazione in partecipazione ecc.) Non dovrà trovare applicazione la corresponsabilizzazione (solidarietà), bensì il più gravoso concorso ex art. 9;
- la violazione deve essere commessa nell'adempimento dell'ufficio o del mandato, ovvero nell'esercizio di funzioni o incombenze (altrimenti opera l'ordinario concorso). È stato chiaramente utilizzato il modulo della solidarietà sanzionatoria: in linea con l'esperienza maturata per le norme di maggiore attinenza è stata modellata una responsabilità principale dell'autore dell'illecito, ed una coobbligazione solidale dipendente del soggetto nel cui interesse l'agente aveva operato. In sintonia con la rubrica della norma il coobbligato in solido potrebbe essere qualificato come "responsabile per la sanzione", stanti le analogie con la fattispecie del responsabile d'imposta, mentre l'autore materiale potrebbe qualificarsi come "trasgressore".

3. Giurisprudenza su art. 47 c.p.

Massime relative all'art. 47 Codice penale

Cass. n. 949/2015

Ai fini dell'applicazione dell'art. 47 c.p., non è sufficiente che l'imputato affermi di non avere avuto la consapevolezza su un elemento costitutivo del reato che

caratterizza il fatto tipico, ricadendo su chi invoca l'errore l'onere di provare - o almeno di allegare elementi specifici che consentano una verifica dell'assunto - di aver agito presupponendo una realtà diversa da quella effettiva. (Fattispecie in tema di ignoranza dell'età della persona offesa del reato di prostituzione minorile commesso in epoca antecedente all'introduzione dell'art. 602 quater, c.p.).

Cass. n. 37837/2014

In tema di applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 47 c.p., il dubbio su una circostanza di fatto che costituisce elemento essenziale della fattispecie criminosa non è di per sé sufficiente ad escludere il dolo in quanto, mentre l'errore determina il convincimento circa l'esistenza di una situazione che non corrisponde alla realtà, chi agisce nel dubbio è invece consapevole di potersi esporre a violare la legge, cosicché il compimento dell'azione comporta l'accettazione del rischio nella causazione dell'evento, concretizzando così una forma di responsabilità a titolo di dolo eventuale. (Fattispecie nella quale la Corte ha giudicato corretta la condanna di soggetto imputato di prostituzione minorile per condotte anteriori all'introduzione dell'art. 602-quater c.p. e perpetrate nonostante il dubbio circa la minore età della persona offesa).

Cass. n. 6405/2012

In tema di circolazione stradale, la segnaletica di località sia di inizio che di fine centro abitato, in virtù del combinato disposto di cui agli art. 131 commi 4 e 6 D.P.R. n. 495 del 1992, incide direttamente sulla disciplina della guida in riferimento al limite di velocità, di guisa che l'errore sulla interpretazione di detta segnaletica, tipizzata per forme e colori, si risolve in un irrilevante errore di diritto, sub specie di errore su norma extrapenale che integra la norma penale - nella specie la previsione di cui all'art. 589 c.p. - ai sensi dell'art. 47, comma terzo, c.p. (Fattispecie relativa alla responsabilità dell'imputato, in ordine al reato di cui all'art. 589 c.p., escludendo che un cartello che non risponde alle caratteristiche tipizzate dalla legge e recante la dicitura 'arrivederci a ...' valga ad ingenerare nell'automobilista il legittimo convincimento di essere fuoriuscito dal perimetro urbano, integrando l'errore scusabile).

Cass. n. 11497/2011

L'elemento soggettivo del reato contravvenzionale non è escluso dall'errore sull'estensione di un'autorizzazione rilasciata per lo svolgimento di un'attività di

gestione di rifiuti, perché si tratta di errore sul precetto che non integra lo stato di "buona fede".

Cass. n. 15388/2005

La causa di giustificazione di cui all'art. 47 c.p. è esclusa dalla sussistenza nell'agente del dubbio in merito al fatto posto che, mentre l'errore determina il convincimento circa l'esistenza di una situazione che non corrisponde alla realtà, il dubbio determina per contro uno stato di incertezza, una possibilità di differente valutazione la quale, permanendo, impedisce il formarsi dell'erronea certezza richiesta dalla norma. (Nella fattispecie la Corte ha ritenuto che l'imputato — nel ricevere la droga fosse nella condizione di non poter escludere che lo stupefacente fosse droga pesante, e dunque di dubitare delle assicurazione del venditore che si trattasse di droga leggera).

Cass. n. 22813/2004

L'errore sulla qualifica demaniale di un'area o terreno non esclude l'elemento psicologico del reato di occupazione abusiva di suolo demaniale marittimo, in quanto ai sensi dell'art. 47 c.p., la punibilità è esclusa solo in riferimento all'errore su «legge diversa da quella penale» intendendosi per legge diversa solo quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non implicitamente richiamata in una norma penale, mentre, in relazione alla indicata fattispecie, tale legge risulta incorporata in via esplicita nella disposizione penale.

Cass. n. 14819/2004

L'errore scusabile ai fini dell'elemento intenzionale del reato, oltre che ad incidere sul fatto costituente reato, deve discendere dall'erronea interpretazione di una legge extrapenale e cioè deve cadere su una norma destinata esclusivamente a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, nè richiamati, esplicitamente o implicitamente, dalla norma penale, in quanto tale legge, inserendosi nel precetto ad integrazione della fattispecie criminosa, concorre a formare l'obiettività giuridica del reato, con la conseguenza che l'errore che ricade su di essa non può avere efficacia scusante al pari dell'errore sulla legge penale vera e propria. (Nella fattispecie è stato escluso il profilo dell'errore con riferimento al reato di furto, perché non contiene alcun riferimento, diretto o indiretto, a norme extrapenali).

Cass. n. 1668/2004

L'errore su legge extrapenale scusa solo quando essa regola rapporti e situazioni di fatto che non intaccano la protezione accordata dal diritto agli stessi beni e interessi perseguiti dalla norma penale. (Nella specie, in applicazione di tale principio, con riguardo al reato di renitenza alla leva, previsto dall'art. 135, comma primo, lett. a), del D.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237, la Corte ha escluso che costituisse errore scusabile su legge extrapenale quello consistente nell'aver l'imputato erroneamente ritenuto di non essere obbligato a presentarsi alla visita di leva per la sussistenza di una causa di dispensa dal servizio militare, suscettibile di operare, però, solo dopo l'adempimento del suddetto obbligo e previo accertamento dei relativi presupposti).

Cass. n. 24605/2003

L'errore sul fatto che, ai sensi dell'art. 47 c.p., esime dalla punibilità è quello che cade su un elemento materiale del reato e che consiste in una difettosa percezione o in una difettosa ricognizione della percezione che alteri il presupposto del processo volitivo, indirizzandolo verso una condotta viziata alla base; mentre, se la realtà è stata esattamente percepita nel suo concreto essere, non v'è errore sul fatto, bensì errore sulla interpretazione tecnica della realtà percepita e sulle norme che la disciplinano, ininfluenti ai fini dell'applicazione della citata disposizione. (Nella specie, si è esclusa la configurabilità dell'errore di fatto nella condotta del custode di un'autovettura sottoposta a sequestro amministrativo che l'aveva demolita nel convincimento della cessazione del vincolo sul bene, in considerazione del tempo trascorso dal sequestro, nonché per la perdita del suo valore commerciale a causa dell'inerzia prolungata della p.a.).

Cass. n. 17205/2002

L'errore su legge diversa da quella penale (art. 47, terzo comma, c.p.) non rileva nel caso di norme da ritenersi incorporate nel precetto penale, fra le quali, tuttavia, non vanno annoverate quelle che — come nel caso delle norme privatistiche che disciplinano il trasferimento della proprietà — siano destinate in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte, pur in accoglimento del ricorso del P.G. avverso sentenza di assoluzione, ha ritenuto che erroneamente il giudice di merito avesse escluso la possibile rilevanza dell'errore di diritto — per poi, tuttavia, applicare ugualmente, di fatto, la scusante, come una motivazione definita “incoerente ed errata” — in un caso in cui all'imputato erano stati addebitati i reati di cui agli artt. 632 e 639 c.p. per

avere egli apposto dei cordoli di cemento su di un'area da lui erroneamente ritenuta di sua proprietà).

Cass. n. 7402/2000

Il datore di lavoro deve ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza. Pertanto, non è sufficiente che una macchina sia munita degli accorgimenti previsti dalla legge in un certo momento storico se il processo tecnologico cresce in modo tale da suggerire ulteriori e più sofisticati presidi per rendere la stessa sempre più sicura. L'art. 2087 c.c., infatti, nell'affermare che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, stimola obbligatoriamente il datore di lavoro ad aprirsi alle nuove acquisizioni tecnologiche. La circostanza che in occasione di visite ispettive non siano stati mossi rilievi in ordine alla sicurezza della macchina non può essere invocata per escludere la responsabilità del datore di lavoro, atteso che la punibilità dei reati colposi non è esclusa da un qualsiasi errore sul fatto che costituisce reato ma (per i reati colposi) solo dall'errore non determinato da colpa, ai sensi dell'art. 47 c.p. (Fattispecie relativa a lesioni personali riportate da un operaio ad una mano con una macchina denominata calandra carta per la lavorazione della seta, sfornita di un'idonea barra di sicurezza).

Cass. n. 5447/1995

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nella forma dell'omessa prestazione dei mezzi di sussistenza, non si può invocare l'errore di fatto, né l'ignoranza della legge penale sotto il profilo della sua inevitabilità, poiché l'obbligo sanzionato deriva da inderogabili principi di solidarietà, ben radicati nella coscienza della collettività, prima ancora che nell'ordinamento. (Fattispecie nella quale il difetto del dolo era stato sostenuto dall'imputato adducendo che l'udienza presidenziale di separazione tra i coniugi era stata rinviata, senza che alcun provvedimento fosse stato adottato riguardo al mantenimento).

Cass. n. 16264/1990

L'ignoranza e l'errore di fatto ex artt. 47 e 48 c.p. non scusano quando riguardano semplici modalità dell'evento voluto e giuridicamente considerato. (Nella fattispecie l'incendio si era sviluppato in anticipo per un errore di fatto consistito nella falsa rappresentazione dello spegnimento della fiamma del bruciatore della caldaia, su cui era stata versata la benzina per provocare dall'esterno il fuoco con apposito congegno elettronico).

Cass. n. 11156/1989

Legge diversa da quella penale è solo quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, né richiamati, né incorporati — implicitamente o esplicitamente — in una norma penale. Ne deriva che le disposizioni legislative che disciplinano i doveri del custode di cose sequestrate non hanno natura di norma extrapenale poiché l'art. 328 c.p. con l'avverbio «indebitamente» recepisce ogni violazione delle regole riguardanti l'attività dei singoli pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. (Nella specie trattavasi di custode di cosa sequestrata, rifiutatosi di consegnare la res a persona — diversa dall'imputato — in favore della quale era stata ordinata la restituzione. Ha osservato la corte che l'art. 48 delle disposizioni di attuazione del c.p.p., nel prevedere il preventivo pagamento delle spese di custodia e nel disciplinare come espressa eccezione il caso della restituzione a persona diversa dal prevenuto, integra il precetto penale: non può quindi essere invocato l'errore su legge extrapenale).

Cass. n. 8355/1989

La punibilità dei reati colposi non è esclusa da un qualsiasi errore sul fatto che costituisce reato, ma, ai sensi dell'art. 47 c.p., solo dall'errore non determinato da colpa. Ne consegue che la circostanza che in occasione di visite ispettive non siano stati mossi rilievi in ordine alla sicurezza di una macchina, o alla regolarità di impianti, non può essere invocata per escludere la responsabilità del datore di lavoro; ciò perché la normativa antinfortunistica pone direttamente a carico dell'imprenditore l'obbligo di attuare le misure previste e di accertarsi della loro esistenza, sicché il destinatario di tale obbligo non può eluderlo trincerandosi dietro,

sempre possibili, carenze o superficialità di osservazione verificatesi nel corso di ispezioni, oppure dietro pareri sommariamente o informativamente espressi.

Cass. n. 9442/1986

L'errore su legge diversa da quella penale, idoneo ad escludere la punibilità, è solo quello che riguarda una norma destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, non richiamata né esplicitamente né implicitamente nella norma penale. Pertanto non è scusabile l'errore che incide su precetti e termini di altre branche del diritto, introdotti nella norma penale ad integrazione, proprio perché determinano il contenuto del comando penale, quale quello attinente alla disciplina per il rilascio o per il rinnovo della licenza di porto d'armi, per il quale non è sufficiente pagare la relativa tassa di concessione e, quindi, ritenere rinnovata la licenza stessa, già scaduta.

Cass. n. 564/1983

L'errore giustificabile su legge extra- penale, si concretizza in una difettosa ricostruzione o rappresentazione della realtà sì che il dato volitivo del processo psichico risulti inficiato da quello intellettuale: quindi l'eventuale errata interpretazione tecnica della realtà esattamente percepita non vale a discriminare la penale responsabilità.

Cass. n. 9069/1982

L'errore su legge diversa da quella penale, come tale escludente il dolo, è quello che cade su norma destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e che non siano stati richiamati o inseriti in una norma penale e non anche l'errore che cade su norme di altre branche del diritto introdotte nella norma penale ad integrazione della fattispecie criminosa. (Nella specie è stato escluso il dolo dell'aggiudicatario di un fondo venduto all'asta che, prima del decreto di trasferimento del bene ma dopo il pagamento del prezzo d'asta, aveva trebbiato e venduto il grano ed era stato accusato di furto).

Cass. n. 755/1982 L'errore determinato da colpa non può qualificarsi errore di fatto e la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto

colposo. (Fattispecie in tema di grave infortunio in fabbrica verificatosi per la deflagrazione di polvere di alluminio allo stato di sospensione atmosferica, fenomeno raro, ma ovviabile, se si fosse ricorso alla necessaria consulenza tecnico- culturale e alla conseguente predisposizione di idonee condizioni ambientali).

In particolare :

Cassazione Penale, Sez. VI, 3 settembre 2012 (ud. 15 giugno 2012), n. 33590

Presidente Agrò, Relatore Di Salvo, P.G. Galasso

Con la pronuncia numero 33590 la sesta sezione penale è tornata a pronunciarsi – aderendo al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità – sull’ambito di applicabilità della disciplina dell’errore su legge diversa da quella penale di cui all’art. 47 comma 3 c.p. ai sensi del quale «l’errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato». Come è noto, tale disposizione ha sempre posto all’interprete il problema di distinguere tra l’errore su legge extrapenale e l’errore sul precetto penale: il problema, in altri termini, di individuare i parametri in base ai quali identificare l’errore su legge extrapenale che si risolve in un errore sul fatto che costituisce reato (al quale si riconoscerà efficacia scusante in base a quanto previsto dall’art. 47 c. 3) e quello che si risolve in un errore sul precetto (al quale si riconoscerà una efficacia scusante limitata in base a quanto previsto dall’art. 5 c.p. nella interpretazione che ne ha fornito la Corte Costituzionale nel 1988).

Con la pronuncia in esame – riguardante l’obbligo di comunicazione alla polizia tributaria delle variazioni patrimoniali da parte del condannato per reati di criminalità organizzata di cui all’art. 30 della legge 13-9-1982 n. 646 – la Cassazione ha nuovamente aderito al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità (cd. tesi dell’incorporazione) basato sulla distinzione tra «norme extrapenali integratrici del precetto penale» e «norme extrapenali non integratrici del precetto penale».

Si legge, infatti, nella motivazione come la giurisprudenza abbia tradizionalmente distinto tra norme extrapenali integratrici del precetto (che, essendo in esso incorporate, sono da considerarsi legge penale, per cui l’errore su di esse di regola non scusa, ai sensi dell’art. 5 c.p.) e norme extrapenali non integratrici del precetto (ossia disposizioni destinate in origine a regolare

rapporti giuridici di carattere non penale, non richiamate, neppure implicitamente, dalla norma penale) arrivando ad affermare che l'errore che cade su di esse esclude il dolo, generando un errore sul fatto, a norma dell'art. 47 c.p., comma 3 (ex plurimis, Cass., Sez 5 20-2-2001, Martini, Cass. pen. 2002, 3872; Cass, Sez. 6, 18-11-98, Benanti, Cass. pen. 2000, 2636).

Applicando questo criterio al caso di specie – hanno osservato i giudici – anche a voler qualificare l'art. 30 della legge 13-9-1982 n. 646 come una norma extrapenale, appare difficile sostenere che essa non integri il precetto di cui all'art. 31 che non solo la richiama espressamente ma si configura come una norma esclusivamente sanzionatoria della violazione del precetto di cui all'art. 30; ne consegue che la fattispecie incriminatrice risulta dal combinato disposto delle due norme: l'art. 30, norma precettiva, e l'art. 31, norma sanzionatoria. In conclusione, applicando il criterio della «funzione integratrice del precetto», deve concludersi che l'ignoranza dell'art. 30 della legge 13-9-1982 n. 646 non rileverà come ipotesi di errore su legge extrapenale, bensì come ipotesi di errore su legge penale con conseguente applicabilità della disciplina di cui all'art. 5 c.p. alla luce della interpretazione fornita dalla nota pronuncia Corte Cost. 364/1988.

Il reato impossibile e quello putativo (art. 49 c.p.) il principio di inoffensività

Nota a sentenza: C. Cassone - Il reato impossibile per inidoneità dell'azione: dalla dottrina tradizionale alla concezione realistica del reato.

Sommario: 1. Il fatto - 2. L'art. 49 c.p.: cenni introduttivi - (Segue) Il reato impossibile per inidoneità dell'azione: dalla dottrina tradizionale alla concezione realistica del reato - (Segue) Le posizioni della giurisprudenza - 3. Brevi osservazioni sul principio di offensività e sulla sua portata costituzionale - 4. Conclusioni.

1. IL FATTO

Nella sentenza in commento il Tribunale Militare di Torino ha deciso di prosciogliere anticipatamente l'imputato dal reato di ricettazione di cui all'art. 237 c.p.m.p.. L'imputato era stato rinvio a giudizio per il reato di ricettazione poiché, al fine di procurare a sé un profitto, aveva ricevuto da un commilitone una brioche, precedentemente sottratta all'Amministrazione Militare. Il Tribunale ha ritenuto che l'assoluzione fosse giustificata dall'inidoneità della condotta dell'imputato a ledere il bene giuridico tutelato dall'art. 237 c.p.m.p. L'acquisizione di una brioche, infatti, visto l'irrisorio valore economico, non poteva considerarsi evento concreto

riconducibile alla fattispecie astratta di cui all'art. 237 c.p.m.p., poiché non realizzava un'effettiva lesione del bene giuridico protetto dalla norma suddetta. La decisione in esame si è ancorata ad un orientamento interpretativo teso a valorizzare il disposto di cui all'art. 49, co. 2, c.p.: un fatto, perché possa considerarsi penalmente rilevante, deve essere, oltre che conforme alla fattispecie astratta di reato, anche offensivo del bene giuridico che il legislatore ha inteso tutelare conferendo sanzione penale al comportamento oggetto di considerazione normativa.

2. L'ART. 49 C.P.: CENNI INTRODUTTIVI

L'art. 49 c.p. disciplina sia il reato putativo che quello impossibile. Vista la regolamentazione di questi due istituti nell'ambito del medesimo contesto normativo, alcuni Autori, in passato, hanno ritenuto che il reato putativo costituisse un ampio genus all'interno del quale fosse ricompresa la species del reato impossibile. L'elemento caratterizzante che riconduceva i due istituti ad un rapporto di genus ad speciem veniva ravvisato nell'erronea supposizione di delinquere da parte del soggetto attivo del reato. (1) Tale costruzione, tuttavia, ha subito le eccezioni della posteriore dottrina maggioritaria che ha ritenuto evidente la diversità strutturale tra reato putativo e reato impossibile già dalle diverse conseguenze assegnate dal legislatore ai due istituti. Nel caso di reato putativo, ossia di un comportamento lecito o penalmente indifferente posto in essere da un soggetto nella convinzione erronea che esso integri gli estremi di un illecito penale, non è stata prevista alcuna conseguenza penale. Invece, nell'ipotesi di impossibile verificazione dell'evento, dannoso o pericoloso, per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto, è stata data al giudice la possibilità di sottoporre ad una misura di sicurezza l'imputato proscioltto, qualora la sua pericolosità sociale possa tradursi nella probabilità di una futura recidiva. (2)

La figura del reato impossibile è comparsa per la prima volta nell'ordinamento italiano nel codice penale del 1930. Per un lungo periodo, fino a tempi recenti, dottrina e giurisprudenza non hanno dato a tale istituto un'impostazione autonoma, avendolo analizzato sempre in connessione con il delitto tentato. Il reato impossibile era configurato quale disposizione complementare ed integrativa dell'istituto del tentativo: l'art. 49, co. 2, c.p. era considerato norma anticipatoria, in negativo, della disciplina contenuta nel successivo art. 56 c.p. (3). Risale all'incirca tra la fine degli anni '50 e la prima metà degli anni '60 l'orientamento di pensiero che ha iniziato a dare autonomia al secondo comma dell'art. 49 c.p. ed a valorizzare la sua peculiare funzione, che non si esauriva nell'escludere la punibilità a titolo di tentativo, ma che

si concretizzava nella positivizzazione giuridica della concezione realistica dell'illecito penale. (4)

La natura del reato impossibile per inidoneità dell'azione è stata oggetto di vivaci ed articolati dibattiti da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana. In particolare le controversie si sono incentrate sulla necessità di definire i rapporti intercorrenti tra questo istituto e quello del delitto tentato disciplinato dall'art. 56 c.p.. Al riguardo si sono succedute diverse posizioni nella letteratura giuridica, anche se, in realtà, due sono state le principali voci contrapposte attorno alle quali tuttora continuano ad incentrarsi le discussioni maggiormente rilevanti sul tema.

La dottrina tradizionale aveva costruito la figura del reato impossibile per inidoneità dell'azione quale "doppione" dell'istituto del tentativo: il legislatore, attraverso l'art. 49, co. 2, c.p. avrebbe scelto di anticipare, in forma negativa, quanto poi avrebbe affermato, positivamente, nell'art. 56 c.p. (5). Tale posizione è stata supportata da quanti riconducevano il reato impossibile ad un'ipotesi di tentativo rimasto senza successo, nonostante l'espressa volontà legislativa di considerarlo figura a sé. (6)

Secondo tale impostazione i parametri cui fare riferimento per accertare l'inidoneità dell'azione ex art. 49, co. 2, c.p., dovevano essere mutuati dal giudizio sugli atti idonei in tema di delitto tentato: ex ante (al tempo dell'azione), in concreto (in relazione al peculiare contesto in cui si inserivano gli atti), ed a base parziale (con riferimento alle circostanze conoscibili dall'uomo medio ed a quelle maggiori, eventualmente conosciute dal soggetto) (7). Alla luce di tale accertamento l'azione era ritenuta inidonea quando poteva desumersi «l'assenza di significativa (congrua, rilevante) possibilità di consumazione (8)». In epoca successiva, tuttavia, tale elaborazione è stata rivisitata in senso critico dalla dottrina che cercava di superare la lettura riduttiva cui l'art. 49, co. 2, c.p. era stato sottoposto ed i tentativi di valorizzare l'autonomia del reato impossibile sono sfociati nella concezione realistica del reato (9), che ha attribuito all'art. 49, co. 2., c.p. una propria e particolare ragion d'essere, svincolato, in sede interpretativa, dall'art. 56 c.p., a cui i retaggi del passato lo avevano relegato.

I pionieri di questa interpretazione hanno prospettato uno stretto legame tra la necessaria lesività del fatto e la figura del reato impossibile, nonostante le voci dissidenti di quanti, ancorati alle posizioni tradizionalistiche, continuavano ad individuare un unico concetto di idoneità a supporto dell'indagine interpretativa sia

dell'art. 49 c.p. che dell'art. 56 c.p. (10). Il risultato di questa elaborazione è stato quello di considerare l'art. 49, co. 2, c.p. una norma chiave del nostro ordinamento penalistico, espressione e riconoscimento, a livello positivo, della concezione realistica del reato in un sistema fondato sul principio di necessaria offensività dell'illecito penale: un fatto, perché potesse assurgere a reato, doveva essere, oltre che conforme alla fattispecie astratta delineata dal legislatore, anche offensivo del bene giuridico tutelato dalla norma. (11).

Affermata l'autonomia del reato impossibile, si è manifestata la necessità di elaborare, al fine di accertare l'inidoneità dell'azione, criteri di giudizio propri e distinti rispetto a quelli indispensabili per verificare l'idoneità degli atti ex art. 56 c.p.. Nell'ambito del delitto tentato l'idoneità veniva individuata come la potenziale attitudine degli atti a mettere in pericolo l'interesse oggetto di tutela della norma incriminatrice. L'interprete, in questo caso, procedeva ad accertare l'idoneità attraverso un giudizio prognostico-ipotetico, ex ante, rapportato al momento in cui l'agente aveva compiuto la sua attività volta a realizzare un delitto, che poi non si era verificato. Tale giudizio non era eseguito ex post, in conformità a come effettivamente si erano sviluppati i fatti, poiché, in questo caso, mai gli atti sarebbero stati idonei, visto che mai sarebbe stato concretamente raggiunto il risultato voluto (12). Secondo i fautori della concezione realistica dell'illecito penale, invece, l'inidoneità dell'azione nel reato impossibile doveva verificarsi sulla base della condotta realizzata e della violazione degli interessi protetti. L'azione, ai sensi dell'art. 49, co. 2, c.p., era ritenuta inidonea in esito ad un accertamento che si fondava su un giudizio ex post (visto che l'offensività si traduceva in un fatto compiuto conforme al tipo legale) e teneva in considerazione la realtà obiettiva: si formulava il giudizio in base a come effettivamente si erano sviluppate le circostanze concrete (13). Tale orientamento, quindi, non ha applicato all'accertamento sull'inidoneità ex art. 49, co. 2, c.p. il giudizio di prognosi postuma sull'idoneità degli atti ex art. 56 c.p. La valutazione era compiuta, per l'inidoneità dell'azione nel reato impossibile, a posteriori: l'interprete si trovava di fronte ad un fatto già esaurito e l'indagine era limitata all'accertamento storico sulla capacità della condotta dell'agente a ledere o a porre in pericolo l'interesse normativamente tutelato (14).

I sostenitori della concezione realistica del reato, vista la necessità di demarcare il campo operativo proprio dell'art. 49, co. 2, c.p. rispetto a quello dell'art. 56 c.p. hanno condotto l'interprete a valutare, preliminarmente e prioritariamente, la conformità o meno del fatto concretamente realizzato con il tipo di illecito descritto dal legislatore e, soltanto nel caso di esito positivo, ad affrontare la problematica

dell'offesa al bene tutelato e, di conseguenza, dell'eventuale esistenza di un reato impossibile (15). L'indagine, a questo punto, doveva essere dall'interprete incentrata sull'effettiva lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. L'esito negativo di questo esame comportava la configurazione del reato impossibile, cui poteva anche seguire l'applicazione di una misura di sicurezza ex art. 49, co. 4, c.p. Qualora, invece, il fatto, sempre conforme al tipo descrittivo, fosse stato offensivo, la forma di reato realizzata era quella della consumazione, senza riferimento alcuno alle ipotesi di delitto tentato o di reato impossibile. Questa dottrina ha, inoltre, esaminato le risultanze interpretative nelle ipotesi di fattispecie concrete non corrispondenti ad alcuna delle norme incriminatrici di parte speciale: gli atti compiuti potevano essere puniti a titolo di delitto tentato o potevano essere ricondotti alla figura del reato impossibile. In particolare, qualora la mancata conformità al tipo descrittivo fosse derivata dall'inesistenza in rerum natura dell'oggetto materiale dell'azione (accertata in concreto, ex post), il comportamento dell'agente non poteva ricondursi alla fattispecie tipica del delitto consumato, né di quello tentato, in quanto il fatto, nel suo svolgimento storico, era diverso e, quindi, non conforme sia alla norma incriminatrice di parte speciale, sia alla fattispecie risultante dall'integrazione dell'art. 56 c.p. con le singole disposizioni di delitto consumato. Nel caso in cui la condotta concreta non corrispondesse pienamente al modello legale del reato consumato per l'incompiutezza dell'azione o la non verifica dell'evento naturalistico, la valutazione sull'idoneità e sulla direzione non equivoca degli atti veniva svolta sulla base di un giudizio ex ante, e, a seconda del risultato dell'indagine, positivo o negativo che esso fosse, il fatto configurava, rispettivamente, un'ipotesi di tentativo punibile, ai sensi dell'art. 56 c.p., o di reato impossibile. Svariate sono state le argomentazioni a sostegno della concezione realistica del reato (16). incentrate sulle possibili differenze tra l'art. 49, co. 2, c.p. e l'art. 56 c.p..

In primo luogo, vista la sistematicità del metodo codicistico, appariva strana l'anticipazione (art. 49, co. 2, c.p.) del legislatore, in termini negativi, di quanto successivamente affermato in forma positiva (art. 56 c.p.).

Secondariamente l'analisi letterale delle norme in questione portava a differenziare l'art. 49, co. 2, c.p. dall'art. 56 c.p. Nel primo caso, infatti, il legislatore aveva espressamente indicato l'inidoneità dell'azione; nel secondo, invece, aveva fatto riferimento agli atti idonei. Tale rilievo conduceva la dottrina ad attribuire alle norme suddette due distinte e disomogenee realtà. Diverso, quindi, appariva l'oggetto del giudizio di idoneità contemplato dall'art. 49, co. 2, c.p. (l'azione) e

dall'art. 56 c.p. (gli atti) (17). In terzo luogo l'analisi dell'art. 49, co. 2, c.p. metteva in evidenza come, nella disciplina del reato impossibile, oltre all'ipotesi dell'inidoneità dell'azione, fosse contemplata, alternativamente, quella dell'inesistenza dell'oggetto, non considerata, invece, dall'art. 56 c.p..

Inoltre, nell'art. 56 c.p. l'evento non poteva intendersi che in senso naturalistico, come modificazione del mondo esterno rilevante per il diritto; nell'art. 49, co. 2, c.p., invece, l'evento assumeva rilievo in senso giuridico, come effettiva lesione o esposizione a pericolo dell'interesse tutelato (18). Infine la costruzione del reato impossibile in termini di tentativo inidoneo avrebbe portato l'interprete ad un esito paradossale. L'art. 56 c.p. si riferiva ai soli delitti; nell'ambito operativo dell'art. 49 c.p., invece, erano comprese anche le contravvenzioni, vista la rubrica scelta dal legislatore ed il suo generico riferimento al reato. Ciò avrebbe portato, quindi, ad un'estrema conseguenza: gli atti, diretti inequivocabilmente a commettere una contravvenzione, se idonei sarebbero rimasti privi di conseguenze punitive, vista l'applicazione dell'art. 56 c.p. ai soli delitti; se inidonei, invece, (ed il fatto era sicuramente meno grave!), potevano comportare, ex art. 49, co. 4, c.p., la comminazione di una misura di sicurezza (19). Altrettanto serrata è stata critica mossa contro la tesi che costruiva il reato impossibile come fatto storico, conforme al modello legale, ma inoffensivo (20).

Innanzitutto non si reputava "strana" l'anticipazione da parte del legislatore, in termini negativi, di quanto successivamente esposto in forma positiva, alla luce dei dibattiti che, in passato soprattutto, avevano avuto ad oggetto il fondamento, oggettivo o soggettivo, dell'istituto del tentativo, e degli studi sui difficili rapporti tra il tentativo inidoneo ed il reato putativo (21). Il riferimento all'azione nell'art. 49, co. 2, c.p. anziché agli atti, come nell'art. 56 c.p., avrebbe voluto semplicemente indicare che la condotta del soggetto attivo poteva essere anche esaurita. Per una necessità di coordinamento, il disposto del quarto comma dell'art. 49 c.p. veniva interpretato alla luce dell'art. 56 c.p.: la misura di sicurezza doveva essere applicata ai soli casi di delitto. Considerato il reato impossibile quale tentativo inidoneo, l'esclusione delle contravvenzioni dall'ambito applicativo dell'art. 56 c.p. comportava una consequenziale applicazione dell'art. 49, co. 2, c.p. ai soli delitti. In aggiunta, se si considerava «la misura di sicurezza (...) assurda per una contravvenzione tentata con atti inidonei, non lo sarebbe molto meno, comunque, per una contravvenzione impossibile» (22).

Infine la concezione realistica, secondo la tradizionale dottrina, contrastava con il principio di legalità. Un fatto conforme al tipo descrittivo, ma inoffensivo, avrebbe

costituito, soprattutto in relazione ai reati di offesa, una contraddizione in termini, vista l'individuazione dell'offesa all'interno della struttura della fattispecie: l'offensività rientrava già nella tipicità, non potendo essere ipotizzati fatti tipici non offensivi(23).

La linea critica alla concezione realistica del reato rilevava la difficoltà separare l'ambito della tipicità da quello dell'offesa distinguendo i fatti conformi offensivi e quelli conformi non offensivi. L'esigenza che un fatto, perché potesse assumere rilievo penale, oltre ad essere tipico, dovesse essere anche offensivo, avrebbe comportato gravi conseguenze sul terreno del principio di legalità, su cui è tuttora incentrato l'intero nostro sistema penale. Il pericolo prospettato era quello di un ricorso a criteri extranormativi, dovendo l'offesa, non rintracciabile nella fattispecie legale, essere reperita attraverso valutazioni extralegislative. In questo modo il potere ricognitivo del giudice avrebbe potuto sconfinare al di là della legge, con inevitabili rischi di soggettivismi giurisprudenziali, se non, addirittura, di più pericolose valutazioni arbitrarie nelle decisioni (24). La preoccupazione era quella che «il principio di legalità e la certezza del diritto non sarebbero più ancorati alla legge, ma ai valori sostanziali immanenti nella società, e in continua evoluzione» in quanto «il giudice, sulla scorta di criteri di giudizio inevitabilmente soggettivi e non verificabili» si sarebbe reso «interprete dei valori sociali, che avverte nella sua coscienza» (25). Contro questi timori si replicava che, comunque, il principio di offensività nelle mani del giudice non doveva munire di offesa fattispecie che in realtà ne sono prive per configurazione espressa del legislatore (26).

In esito alle obiezioni sopra esposte si è sviluppato un ulteriore orientamento interpretativo che, pur concorde sul fatto che l'art. 49, co. 2., c.p. fosse espressione di un principio generale, riteneva che tale basilare fondamento non potesse essere quello della offensività del reato, bensì quello della idoneità della condotta a realizzare l'evento naturalistico: l'art. 49, co. 2, c.p. avrebbe espresso, per i reati in cui l'evento non si era verificato, una sorta di causalità, in parallelo a quella propria degli artt. 40 e 41 c.p. sul rapporto tra condotta ed evento nei casi, invece, in cui l'evento si era verificato (27).

La concezione realistica, non considerando punibili comportamenti, pur conformi, ma inoffensivi, ha fornito un valido appiglio dogmatico per la risoluzione di alcuni casi pratici (28). Si è esclusa, così, la punibilità nelle ipotesi di falso grossolano, innocuo od inutile (29); di accuse calunniose paradossali od incredibili; di spaccio di

sostanze prive di effetto drogante per insufficienza di principio attivo in esse contenuto, pur se comprese nelle tabelle allegate al d.P.R. n. 309 del 1990; di furto su cose di insignificante valore; di truffa commessa con artifici e raggiri talmente palesi da essere avvertiti anche dalla persona più ingenua; di inammissibilità del mezzo di prova suppletorio; di detenzione di un solo giocattolo pirico o di un quantitativo minimo di esplosivo.

Deve essere segnalato, infine, un ulteriore e recente orientamento dottrinario (30) che ha rivalutato un'impostazione diffusasi all'epoca della redazione del codice penale del 1930 (31). Trattasi della concezione realistica del tentativo punibile che tentava di spiegare unitariamente il concetto di idoneità (32). Alla base di tale linea di pensiero è stata collocata la stretta connessione esistente tra il tentativo ed il reato impossibile e la considerazione che l'art. 49, co. 2, c.p. costituisse una disposizione integrativa dell'art. 56 c.p. Si riconduceva il disposto del secondo comma dell'art. 49 c.p. ad una forma di tentativo assolutamente inidoneo in concreto a mettere in pericolo il bene protetto. La demarcazione tra i casi di tentativo inidoneo punibile ex art. 56 c.p. e di tentativo inidoneo privo di rilevanza penale ex art. 49, co. 2, c.p., era individuata attraverso il criterio della prognosi postuma, oltre che nell'ottica del soggetto attivo, anche in quella della vittima come titolare bene giuridico posto in pericolo. Si prendevano in considerazione non solo le circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al tempo dell'azione, ma anche quelle presenti nella situazione concreta, conosciute anche successivamente, a prescindere, quindi, dal momento in cui fossero apprese (33). Non diversamente dall'ipotesi di inesistenza dell'oggetto si effettuava un giudizio di prognosi postuma di tutte le circostanze concrete al tempo dell'azione, indipendentemente dal momento - anche successivo - di una loro consapevolizzazione o di un loro accertamento (34). In questo modo si sono estese le considerazioni concernenti l'inesistenza dell'oggetto all'inidoneità dell'azione per giungere alla figura del reato impossibile, ex art. 49, co. 2, c.p., quale espressione della concezione realistica del tentativo punibile. Venivano riportati al reato impossibile per inidoneità della condotta i casi in cui, sulla base di un «giudizio di prognosi obiettiva postuma a base totale, non si sia venuta a creare una situazione di concreto pericolo per il bene giuridico tutelato, vale a dire se sia mancata una situazione oggettiva che con probabilità o rilevante possibilità potesse tramutarsi in danno» (35).

Note

(1) V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, I, Torino, 1981, 616 e II, Torino, 1981, 491 e 501; contra F. Conci, Il reato putativo e il reato impossibile, Messina, 1940, 56 ss. e 73 ss. O. Vannini (Il valore del pericolo nel tentativo: tentativo impossibile, in «Suppl. Riv. pen., XXVIII, 1919, 213 ss.) ha proposto una triplice distinzione strutturale: il reato putativo strictu sensu, la non identità del fatto, il tentativo impossibile». Manzini, invece, (op. cit., I, 616, nota n. 14) ha ricondotto tutte le ipotesi indicate dal Vannini all'unica figura del reato putativo, che ricomprende «tutti i casi in cui il reato, o il tentativo di reato, sussiste soltanto nell'immaginazione dell'agente o dell'omittente» dal momento che, come ha affermato l'insigne criminalista, «il precisare non consiste nel distinguere e nel suddistinguere, bensì nel fissare con esattezza e chiarezza i concetti fondamentali». Altri Autori, oltre a Manzini (op. cit., I, 616), hanno aderito alla corrente dottrinale che considerava il reato impossibile una species di reato putativo, in particolare di reato putativo per errore di fatto sulla idoneità dell'azione o sulla esistenza dell'oggetto. Si ricordano E. Massari, R.A. Frosali e G. Bettiol.

(2) L'erronea supposizione che caratterizza il reato putativo può riguardare tanto il divieto (reato putativo per errore di diritto penale), quanto il fatto (reato putativo per errore di fatto o di diritto extrapenale). Per le trattazioni manualistiche si vedano: F. Antolisei, Manuale di diritto penale, Pt. gen., Milano, 1991, 417 ss. e 443; G. Bettiol e L. Pettoello Mantovani Diritto penale, Padova, 1986, 564; T. Padovani, Diritto penale, Pt. gen., Milano, 1999, 294; A. Pagliaro, Principi di diritto penale, Pt. gen. Milano, 1996, 419; M. Romano, Commentario sistematico del codice penale, I, art. 49, Milano, 1987, 431 ss.; F. Mantovani, Diritto penale, Padova, 1992, 381; G. Fiandaca e E. Musco, Diritto penale, Pt. gen., terza edizione, Bologna, 1995, 341. Per le trattazioni particolari si veda: V. Serianni, in Enc. giur. Trecc., voce Reato impossibile e reato putativo, XXVI, Roma, 1991, 1).

(3) Per una premessa introduttiva sulle radici del reato impossibile si vedano M. Zanotti, Il reato impossibile, in Codice penale, Pt. gen., coordinato da F. Bricola, II, Torino, 1984, 554 ss.; V. Serianni, op. cit., 2.

(4) Si veda G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen., voce Reato impossibile, XI, Torino, 1996, 260 ss. per un breve excursus storico sul reato impossibile nella dottrina giuridica italiana.

(5) Si veda M. Romano, op. cit., 434. Circa i rapporti tra reato impossibile per inidoneità dell'azione e delitto tentato, l'Autore ha sostenuto che, nonostante la mutata denominazione, con l'art. 49, co. 2, c.p. si intendesse fare riferimento al tentativo inidoneo. Romano non ha aderito, quindi, a quella dottrina più recente ed innovativa che considerava l'art. 49, co. 2, c.p. quale norma chiave dell'ordinamento, espressione concreta della concezione realistica del reato.

(6) F. Antolisei, op. cit., 440: «allorché l'evento non si verifica per l'inidoneità dell'azione o per mancanza di oggetto dello stesso, si può ben dire che l'agente ha tentato di commettere un delitto senza riuscirvi».

(7) E. Dolcini e G. Marinucci, Codice Penale commentato, Pt. gen., art. 49, Milano, 1999, 389.

(8) M. Romano, op. cit., 437 - 438. Per notizie e nozioni ampie e precise sul concetto di idoneità si veda V. Manzini, op. cit., II, 490 ss.

(9) Deve, tuttavia, segnalarsi che, nonostante da circa solo un quarantennio sia stata affermata l'autonomia dell'art. 49, co. 2, c.p., già nei lavori preparatori al codice penale del 1930, poteva rinvenirsi una traccia interpretativa della volontà del legislatore di assegnare all'art. 49 c.p. la portata di principio generale; la funzione del reato impossibile era considerata non in senso tradizionale e ristretto, come limite alla punibilità a titolo di tentativo, bensì in modo autonomo, visto che si faceva assurgere l'idoneità a requisito «essenziale di ogni attività illecita, perché possa essere qualificata delittuosa, per la disposizione generale espressa dall'art. 53 capoverso», poi divenuto, in sede definitiva, art. 49, co. 2, c.p. (Alfredo Rocco, Relazione al progetto definitivo di un nuovo Codice Penale, Atti Preparatori, V, Roma, 1929, 100). Malgrado tale riscontro nei lavori preparatori, per circa trent'anni la presenza dell'art. 49, co. 2, c.p. non ha stimolato l'elaborazione dei principi successivamente fatti propri dai sostenitori della concezione realistica del reato. Si veda G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen... op. cit., 260 ss.

Per lo sviluppo della concezione realistica all'interno dei progetti di riforma del codice penale si veda G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen... op. cit., 277 ss.

(10) M. Siniscalco, op. cit., 131; G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen... op. cit., 261.

(11) Questa tesi è stata avanzata da: C. Fiore, Il reato impossibile, Napoli, 1959, 27 ss.; M. Gallo, in Enc. dir., voce Dolo (Dir.Pen.) XIII, Milano, 1964, 786 ss.; M. Siniscalco, La struttura del delitto tentato, Milano, 1959, 129 ss., in particolare 131

ss. Tale elaborazione è stata sviluppata compiutamente da: G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; Id. in *Noviss. Dig. it.*, voce *Reato impossibile*, XIV, Torino, 1967, 974 ss.; Id. in *Dig. disc. pen.... op. cit.*, 260 ss. Hanno aderito a tale orientamento: F. Bricola, in *Noviss. Dig. it.*, voce *Teoria generale del reato*, XIX, Torino, 1974, 80; F. Mantovani, *Diritto penale... op. cit.*, 208 ss.; Id. *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, IV, 449; G. L'Innocente, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 1085 ss. *Contra*, invece: P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 420 ss.; A. Pagliaro, *op. cit.*, 421; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 3; V. Serianni, *op. cit.*, 8 ss. Tali Autori hanno aderito alla dottrina tradizionale che giustificava il reato impossibile in termini di tentativo inidoneo.

(12) G. Neppi Modona, in *Noviss. Dig. it... op. cit.*, 988.

(13) E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato... op. cit.*, 389 ss.; M. Romano, *op. cit.*, 434 ss.

(14) G. Neppi Modona, in *Dig. disc. pen... op. cit.*, 263 ss.

(15) M. Romano, *op. cit.*, 434; V. Serianni, *op. cit.*, 8 ss.

(16) Si vedano, per le argomentazioni a sostegno della concezione realistica del reato: M. Gallo, *Il dolo - Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati, 1951-1952*, 787; G. Neppi Modona, in *Noviss. Dig. it... op. cit.*, 980 ss; E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato... op. cit.*, 390. Si vedano anche M. Romano, *op. cit.*, 434 ss; V. Serianni, *op. cit.*, 3 ss.

(17) Mentre il termine azione induce a pensare ad una nozione ampia, ad una compiuta realizzazione della fattispecie di parte speciale, gli atti, invece, esprimono un qualcosa di più ristretto dell'azione. Per di più ed a fortiori, si è ritenuto che il legislatore, in sede di compilazione, non avesse potuto non soppesare il diverso significato delle due espressioni, contrapposte l'una all'altra, all'interno del medesimo comma 1 dello stesso art. 56 c.p., punendo a titolo di tentativo chi compia atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, se l'azione non si fosse compiuta o l'evento non si fosse verificato. Si veda G. Neppi Modona, in *Dig. disc. pen... op. cit.*, 263.

(18) Si vedano G. Neppi Modona, in *Dig. disc. pen... op. cit.*, 262 e V. Serianni, *op. cit.*, 4 per il diverso significato dell'evento nell'art. 49, co. 2, c.p. e nell'art. 56 c.p.

(19) Inteso il reato impossibile come fatto conforme al tipo, ma inoffensivo, veniva a scemare anche la disarmonia: gli atti inidonei, volti all'esecuzione di un delitto richiedevano un certo rigore poiché il soggetto «si avvicina maggiormente alla realizzazione dell'illecito» (G. Neppi Modona, *Il reato impossibile...* op. cit., 210). Si vedano anche C. Castellani, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*, in nota a Cass. pen. sez. I, 15 maggio 1989 (dep. 14 giugno 1989) imp. Lungaro, in Cass. pen., 1991, 575; M. Romano, op. cit., 434 ss; V. Serianni, op. cit., 3 ss.

(20) Deve in ogni caso ricordarsi che il problema di non sanzionare le fattispecie concrete inoffensive, già prima del riconoscimento positivo del principio che subordinava la costruzione dell'illecito all'effettiva lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato, era oggetto di studio da parte della dottrina e della giurisprudenza, che ritenevano di giustificare l'esclusione della punibilità dei comportamenti conformi al modello legale, ma palesemente privi di significato lesivo, appigliandosi ad artificiose costruzioni, incentrate sull'elemento soggettivo del reato, ma che non coglievano il profilo oggettivo della questione dell'effettiva lesività del fatto. Si veda al riguardo G. Neppi Modona, in *Dig. disc. pen...* op. cit., 261 e 264. Per le obiezioni alla concezione realistica del reato si vedano: M. Romano, op. cit., 435 ss.; F. Stella, op. cit., 26 ss; V. Serianni, op. cit., 8 ss.; E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato...* op. cit., 390.

(21) E' nota, infatti, l'impostazione oggettivistica propria dei compilatori del codice Rocco. Il fondamento della punibilità non doveva ricadere nella volontà colpevole del soggetto, bensì nella ritenuta pericolosità ed idoneità della condotta a giungere al reato consumato. Occorreva, quindi, prevedere espressamente, accanto al reato putativo, il tentativo inidoneo se «a parziale "recupero" anche delle istanze dell'indirizzo soggettivo, si voleva rendere applicabile almeno una misura di sicurezza» (M. Romano, op. cit., 435). La misura di sicurezza, quindi, rappresentava una sorta di "dono" da parte del legislatore alle varianti della concezione oggettivistica.

Si vedano al riguardo: W. Valsecchi, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, Torino, 1912, 62 ss.; F. Antolisei, op. cit., 417 ss; F. Mantovani, *Diritto penale...* op. cit., 381. www.Diritto2000.it, con nota di M. E. Veneroni.

(22) M. Romano, op. cit., 435.

(23) Si vedano, in particolare, F. Stella, op. cit., 20 ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale...* op. cit., 420; G. Fiandaca e E. Musco, op. cit., 431 ss.; C. Castellani,

op. cit., 576.; M. Romano, op. cit., 435 ss. Si vedano anche: G. Marinucci, Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1983, 1190; M. Romano, op. cit., 436; E. Dolcini e G. Marinucci, Codice Penale commentato... op. cit., 390. Quanti hanno affermato, invece, la possibilità di uno scarto tra tipicità e lesività, alla luce della portata generale dell'art. 49 c.p., hanno sostenuto la presenza di tale divergenza, in astratto, in relazione a tutte le fattispecie penali, anche se, in concreto, il fenomeno si caratterizzava diversamente, a seconda della formulazione della fattispecie descrittiva delle singole ipotesi criminose. Si vedano: G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen... op. cit., 264 ss.; F. Bricola, in Noviss. Dig. it... op. cit., 81; E. Gallo, I delitti di attentato nella teoria generale del reato, Milano, 1967, 104-105; V. Serianni, op. cit., 11 ss.

(24) Si vedano: G. Neppi Modona, in Dig. disc. pen... op. cit., 264; V. Serianni, op. cit., 10 ss.; F. Mantovani, Diritto penale... op. cit., 209, che, tuttavia, ha confermato la lettura che tende a dare maggior valore e piena autonomia all'art. 49, co. 2, c.p., quale espressione del principio di offensività.

(25) P. Nuvolone, I limiti della norma penale, premessa, Padova, 1972, 18 ss.

(26) Si veda F. Mantovani, Diritto penale...op. cit., 210 (in particolare nota n. 9), che ha condotto l'interprete ad una esegesi teleologica della norma, che tenesse conto dello scopo perseguito dal legislatore con la sua emanazione. In tale modo si considerava «inidonea l'azione che non realizza quella situazione di fatto che il legislatore ha inteso evitare». Nello stesso senso G. Neppi Modona (in Dig. disc. pen... op. cit., 267 - 268) ha affermato che «il principio di offensività non implica una concezione sostanziale o materiale del reato basata su criteri di valutazione metagiuridici desunti da circostanze esterne alla realizzazione del reato: l'interesse tutelato, nei cui confronti viene accertata la mancanza di lesione, è quello desunto dalla norma incriminatrice, eventualmente individuato anche alla stregua di altre disposizioni dell'ordinamento, coeve o successive, costituzionali o ordinarie». Si veda anche C. Fiore, Il principio di offensività, in Indice pen., 1994, 275-276.

(27) E. Morselli, in Dig. disc. pen. voce Tentativo, XIV, Torino, 1999, 192; E. Dolcini e G. Marinucci, Codice Penale commentato... op. cit., 390.

(28) Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia alla parte della presente trattazione dedicata all'analisi della giurisprudenza che ha aderito alla concezione realistica dell'illecito penale. Si vedano, per l'indicazione dei casi esemplificativi più

significativi, E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato... op. cit.*, 390 ss.; G. Neppi Modona, in *Dig. disc. pen... o. cit.*, 273 ss.; M. Romano, *op. cit.*, 436 ss., che però ha criticato la giurisprudenza che si appellava all'art. 49, co. 2, c.p. per affermare la non punibilità dei casi pratici indicati.

(29) E' questo il settore ove il principio di necessaria offensività ha trovato maggiori applicazioni. In queste ipotesi la falsità è stata considerata manifestamente riconoscibile da chiunque e, di conseguenza, non avrebbe potuto trarre in inganno nessuno, cosicché il comportamento attuato, benché conforme, risultava essere concretamente inoffensivo dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice.

(30) G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1223 ss.

(31) G. Delitala, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 285.

(32) Si vedano, per alcune notizie su tale orientamento: C. Castellani, *op. cit.*, 576; E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato... op. cit.*, 391 ss.

(33) G. Fiandaca e E. Musco, *op. cit.*, 432, che hanno aderito a questo orientamento.

(34) C. Castellani, *op. cit.*, 576.

(35) E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice Penale commentato... op. cit.*, 391 - 392. *Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare*

4. REATO ABERRANTE: DEROGA AI NORMALI CRITERI DELL'IMPUTAZIONE DOLOSA?

Perimetrazione dell'ambito applicativo del "reato aberrante" nella duplice ipotesi di aberratio ictus e delicti; indagine sulla tenuta costituzionale dell' art. 82 co.1 con riferimento al principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost..

Alfonso Cilvani (redattore Alessio Giaquinto)

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123 Pubblicato, Giovedì 19 Gennaio 2017

L'ipotesi delittuosa che la dottrina ha individuato con la locuzione "reato aberrante", si inserisce nella più ampia tematica relativa alla divergenza tra il voluto ed il realizzato, atteso che l'agente si rappresenta e vuole un fatto criminoso diverso da quello concretamente posto in essere.

Tale divergenza rinviene la sua scaturigine in un errore, nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o altra causa, nel quale il soggetto agente incorre, per effetto del quale viene ad esser cagionata un'offesa ad una persona diversa da quella originariamente designata ovvero commesso un reato diverso da quello voluto.

La disciplina codicistica si rinviene agli artt. 82 e 83 c.p. e, dunque, nel capo relativo al "concorso di reati": tale collocazione costituisce evidente indice di differenziazione dalle ipotesi di errore rilevanti ai sensi degli artt. 47-49 c.p.. In queste ultime norme, infatti, la divergenza tra voluto e realizzato dipende da un errore che incide sul processo formativo della volontà (cd. errore-motivo) mentre nell'aberratio consegue ad un errore che interviene nella fase di esecuzione del reato (cd. errore-inabilità).

Ciò premesso, il legislatore ha tipizzato due fattispecie di reato aberrante: è difatti possibile distinguere tra aberratio ictus ed aberratio delicti, a seconda dell'elemento della fattispecie su cui ricade l'errore nonché delle conseguenze offensive che da esso discendono.

La prima figura, disciplinata dall'art. 82 c.p, ricorre allorché la deviazione del processo causale, indotta dall'errore-inabilità, determina non un mutamento sostanziale dell'evento avuto di mira dall'agente, ma esclusivamente del soggetto passivo del reato, originandosi, dunque, una discordanza tra la vittima designata e quella effettivamente attinta. È ciò che accade nell'ipotesi in cui Tizio, volendo uccidere Caio, a causa di un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, colpisce mortalmente Sempronio.

A caratterizzare l'aberratio delicti, normativamente previsto all'art. 83 c.p., è, invece, la totale diversità tra l'evento avuto di mira e quello effettivamente prodottosi, non realizzandosi alcuna divergenza sul piano dei soggetti lesi dalla condotta posta in essere. Ad esempio Tizio voleva danneggiare un'auto ed invece, a causa di errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, ferisce un passante.

Il criterio discrezionale tra le due ipotesi di aberratio deve ravvisarsi, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, in quello che fa leva sul bene-interesse giuridicamente tutelato dalla norma incriminatrice: segnatamente, allorché vi è diversità tra il bene giuridico che l'agente voleva aggredire e quello effettivamente

colpito a causa dell'errore inabilità, si applicherà l'art. 83 c.p.; viceversa, quando risulti esservi omogeneità tra i beni giuridici coinvolti, ricorrerà un'ipotesi di aberratio ictus di cui all'art. 82 c.p..

Entrambe le figure positivizzate dal codice possono presentarsi in forma monolesiva, qualora sia cagionata offesa solo alla persona diversa (82 co.1) o sia prodotto solo l'evento diverso (83 co.1), o plurilesiva, quando l'agente realizzi l'offesa tanto alla vittima designata quanto alla vittima attinta per errore (82 co.2), oppure realizza tanto l'evento voluto quanto quello diverso (83 co.2).

A tale distinzione corrisponderà, peraltro, un diverso trattamento sanzionatorio. Per esplicito dettato normativo, nell'ipotesi di aberratio ictus monolesiva il colpevole risponderà "come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere"(art. 82 co.1 c.p.). Sul criterio di attribuzione della relativa responsabilità penale si tornerà diffusamente in prosieguo.

Il secondo comma dell'art. 82 c.p. regola invece la cd. aberratio ictus plurilesiva. Nel silenzio del legislatore (il quale si è limitato a prescrivere la pena stabilita per il reato più grave, aumentata sino alla metà), diverse sono le tesi registratesi nel dibattito dottrinale sulla struttura di tale fattispecie: figura unitaria di reato; ipotesi di concorso formale; istituto sui generis. La giurisprudenza maggioritaria tende a riconoscervi un istituto analogo al concorso formale di reati: in particolare, si ritiene sussista un concorso formale tra un reato doloso (nei confronti della persona designata) ed uno colposo (nei confronti di quella diversa).

Meno problematica è l'individuazione del trattamento sanzionatorio nelle ipotesi di aberratio delicti monolesiva e plurilesiva: nel primo caso il colpevole risponderà a titolo di colpa dell'evento non voluto, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo (comma 1); nel secondo caso, si applicheranno le regole sul concorso di reati (comma 2).

Occorre rilevare, peraltro, che oltre le fattispecie definite in sede normativa, la dottrina riconosce autonoma dignità concettuale alla cd. aberratio causae ricorrente quando l'error in executiviis incide sul processo causale, che si svolge in modo diverso da come l'agente aveva previsto, pur ugualmente realizzandosi l'evento voluto. È chiaro che siffatta ipotesi assume rilevanza pratica non già con riferimento ai reati a forma libera, essendo il disvalore penale incentrato esclusivamente sulla realizzazione dell'evento prescindendosi da un'indagine circa le modalità attuative, quanto piuttosto in relazione ai reati a forma vincolata, in cui il legislatore seleziona e tipizza le modalità di aggressione del bene protetto. Infatti, in questi ultimi, il realizzarsi dell'evento lesivo con modalità diverse da quelle espressamente considerate dalla norma incriminatrice può determinare l'irrilevanza penale della condotta ovvero la configurazione di un diverso tipo di reato.

Tanto qui premesso in ordine al reato aberrante, occorre incentrare l'attenzione su uno dei principali problemi interpretativi che l'art. 82 co.1 c.p. ha posto: sul piano soggettivo il fatto non voluto è imputabile a titolo di dolo?

Il problema nasce poiché la legge non specifica *expressis verbis* a quale titolo l'agente debba rispondere dell'offesa cagionata e non voluta, limitandosi ad affermare che "il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere", lasciando presumere che l'applicazione della pena si giustifichi sulla base della condotta dolosa originaria, da cui è scaturito l'effetto aberrante.

Il dibattito dottrinale sorto intorno al quesito se l'art. 82 co.1 c.p. introduca o meno una deroga ai normali principi dell'imputazione dolosa, può essere ricomposto distinguendo tra coloro i quali riconoscono alla norma una funzione dichiarativa e quanti le attribuiscono una funzione costitutiva.

Anticipando i termini del discorso, si tratta di verificare se nel fuoco del dolo, inteso quale rappresentazione e volizione del fatto di reato, debba o meno ricondursi anche l'identità del soggetto passivo: in caso di risposta positiva, allora, l'addebito della responsabilità ex art. 82 co.1 c.p. avviene in deroga ai criteri generali di imputazione dolosa (funzione costitutiva), in quanto l'agente voleva attingere un soggetto e ne colpisce altro; diversamente, non vi sarebbe alcuna eccezione (funzione dichiarativa) in quanto all'agente verrebbe addebitata la responsabilità per quel fatto di reato che si rappresentava e voleva, anche se nei confronti di soggetto diverso.

Nello specifico, per il primo orientamento, l'affermazione di una funzione meramente dichiarativa fa perno sul principio di indifferenza della identità del soggetto passivo del reato: è irrilevante il fatto che un errore nell'esecuzione del reato abbia cagionato offesa a persona diversa da quella che l'agente intendeva effettivamente attingere. L'offesa in concreto realizzata è, quindi, normativamente equivalente a quella voluta dal soggetto: affinché vi sia il dolo è sufficiente, secondo tale tesi, che l'agente si rappresenti gli elementi del fatto rilevanti ai sensi della fattispecie incriminatrice considerata.

In definitiva, tale dottrina è dell'avviso che, se da un lato per aversi imputazione a titolo di dolo ai sensi dell'art. 43 c.p. è indispensabile che il fuoco del dolo investa tutti i requisiti del fatto accolti dal modello normativo, dall'altro deve escludersi che, tra siffatti elementi, possa rientrare l'identità personale della vittima. Più precisamente, si argomenta che alla norma penale non interessa chi sia il titolare del

bene tutelato di cui si è verificata la lesione, se non quante volte sia la stessa norma incriminatrice a soffermarsi su specifici aspetti della persona offesa dal reato, quali possono essere le qualifiche della persona designata.

È agevole osservare come i sostenitori di tale tesi ripropongano le argomentazioni addotte a sostegno della figura del *dolus generalis*, ossia del dolo inteso come previsione e volizione “generica” di un evento. Si tratta di figura spesso utilizzata quale strumento di risoluzione di pregnanti questioni applicative come quelle poste nell’ipotesi di *cd. dolo colpito a mezza via dall’errore*. È il caso di un soggetto che, nell’erronea convinzione di aver già cagionato la morte della vittima (in realtà soltanto svenuta), ne realizza la sepoltura al fine di occultarne il cadavere e conseguire l’impunità. In tali circostanze, la vittima decede a seguito dell’azione secondaria (la sepoltura) e non anche per effetto dell’azione primaria. Il problema è stabilire, similmente a quanto si è posto per l’*aberratio ictus monolesiva*, a che titolo soggettivo debba essere attribuito all’agente l’omicidio realizzato con una condotta (la sepoltura) tenuta nell’erronea convinzione di avere già cagionato in precedenza la morte della vittima.

Orientamento dottrinale e giurisprudenziale (oggi minoritario), aveva ricostruito l’intera vicenda criminosa in termini di omicidio doloso, sulla base della ricostruzione dell’elemento soggettivo in termini, appunto, di *dolus generalis*: “l’agente voleva la morte, l’agente ha causato la morte”. Tale istituto comporta, attraverso una *fictio iuris*, una trasposizione dell’elemento soggettivo del reato: il dolo iniziale della condotta passa ed investe anche l’ulteriore condotta tenuta dall’agente, senza che sia assolutamente tenuto in conto che l’ulteriore attività del reo non è sorretta dall’elemento psicologico del dolo, in quanto determinata dall’erroneo convincimento di aver già causato l’evento.

A tale *fictio iuris* si assisterebbe anche nell’*aberratio ictus*: l’art. 82 c.p. attribuisce la responsabilità a titolo di dolo per il fatto non voluto mediante una traslazione normativa del dolo, che viene trasposto dal fatto originariamente rappresentato e voluto al fatto ulteriore, non voluto né rappresentato. È evidente come il rimprovero penale finisce per fondarsi sull’essersi il soggetto posto consapevolmente in una situazione di illiceità, potenzialmente aperta a sviluppi diversi e ulteriori che, realizzatisi, gli verranno attribuiti su base meramente oggettiva.

Quest’ultimo aspetto viene valorizzato da quell’orientamento oggi predominante che riconosce all’art. 82 co.1. c.p. funzione costitutiva, quindi derogatoria rispetto al normale criterio di imputazione dolosa.

Come sopra già accennato, la tesi sostenuta origina da una premessa di partenza diametralmente opposta: l'identità del soggetto passivo rientra tra quegli elementi sui quali le componenti del dolo, rappresentazione e volontà, devono riflettersi. Si afferma che il fatto è doloso (ed imputabile all'agente in quanto tale) quando risulti rappresentato e voluto il fatto storico, cioè l'accadimento realizzatosi hic et nunc e corrispondente ad una fattispecie normativa astratta; il reo deve rappresentarsi e volere esattamente quel fatto, in relazione a quel soggetto passivo, e non uno normativamente equivalente.

Per tale motivo, si afferma, l'art. 82 c.p. introduce una deroga ai criteri di imputazione della responsabilità dolosa, in quanto punisce l'agente mediante una fictio iuris, trasferendo cioè l'elemento intenzionale su un evento che non rientra nel fuoco del dolo. È chiaro allora come la suddetta norma introduca un'ipotesi mascherata di responsabilità oggettiva, in evidente contrasto con il principio di colpevolezza come interpretato dalle sentenze 364 e 1085/88 della Corte Costituzionale, imponendosi, dunque, la necessità di una lettura costituzionalmente orientata di tale norma. Posto che la Consulta in dette sentenze ha affermato il principio secondo il quale ogni elemento che incide sul disvalore della fattispecie penale debba essere addebitato all'agente almeno a titolo di colpa, sul piano dell'aberratio ictus monolesiva occorrerà accertare che l'errore-inabilità sia stato dovuto a colpa in senso tecnico (violazione regole cautelari) o, quantomeno, a colpa in termini di prevedibilità in concreto, da parte dell'agente, dell'evento cagionato a persona diversa.

Ciò sempre che sia accertato che la lesione al soggetto diverso non sia stata voluta dall'agente né intenzionalmente, né direttamente, né a titolo di dolo eventuale, poiché in caso contrario ci si porrebbe al di fuori dalla portata applicativa dell'art. 82 c.p., configurandosi un'ipotesi di reato doloso.

5. Il delitto tentato (e il reato impossibile)

di Federico Amateis

***Sommario. 1. Il tentativo in generale. 2. La punibilità del tentativo. 3. L'inizio dell'attività punibile. 4. Idoneità e direzione degli atti. 5. L'elemento soggettivo: il dolo del tentativo. 6. Le previsioni sanzionatorie. 7. La desistenza volontaria e il recesso attivo. 8. I rapporti con il reato impossibile.

1. Il tentativo in generale.

La fattispecie del delitto tentato è descritta all'art. 56, 1° comma, c.p., in forza del quale «chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica». Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, il delitto tentato presenta una condotta che non può considerarsi tipica, in quanto gli atti, pur non equivoci ed idonei, non hanno integrato la condotta (nei reati di mera condotta) o prodotto l'evento (nei reati d'evento), per cui non si ha la consumazione del delitto. Sebbene non consumato, il delitto (tentato) necessita tuttavia una sanzione, che sarà ragionevolmente più lieve di quella prevista per il delitto consumato.

Anzitutto si deve trattare di delitto tentato, e non di contravvenzione: in tal caso la dizione letterale del Codice appare inequivoca nell'ammettere la sanzione penale, a titolo di tentativo, soltanto per i delitti, e non già per le contravvenzioni: ciò si desume non solo dalla rubrica dell'art. 56 c.p. – «delitto tentato» – ma anche dal 1° comma del medesimo articolo, che fa riferimento ad «atti [...] diretti [...] a commettere un delitto», e dal 2° comma, il quale, fissando la pena per il delitto tentato, prevede le misure sanzionatorie proprie dei delitti (ergastolo, reclusione, pena pecuniaria prevista per il delitto). Circa le ragioni di natura politico – criminale in merito alla non punibilità del tentativo di contravvenzione, si ritiene generalmente inopportuno punire dei fatti che nella gran parte dei casi manifestano un disvalore minore dei delitti: l'argomentazione probabilmente più convincente evidenzia che molte contravvenzioni rappresentano già forme di tutela anticipata (essendo costruite secondo lo schema del pericolo presunto): non sarebbe pertanto opportuna un'anticipazione ulteriore della tutela con la punibilità del tentativo.

Oltre alle contravvenzioni, la dottrina penalistica ritiene che vi siano altre figure criminose alle quali non si possa applicare la norma sul delitto tentato: tra le principali, è essenziale ricordare i delitti di pericolo, non potendosi configurare un pericolo (consistente nel tentativo) di un reato di pericolo, il che porterebbe conseguenze nefaste in termini di certezza del diritto e di ragionevolezza del sistema penale[1]; vi è stato tuttavia chi ha sostenuto il contrario[2], ritenendo che l'art. 56 c.p., per come è formulato, non potrebbe condurre ad un simile esito interpretativo.

Anche in relazione ai delitti di attentato, per i quali si ravvisa una struttura della fattispecie analoga al tentativo, si nega tendenzialmente la possibilità di coniugare i due modelli normativi, per cui un tentativo di attentato, essendo tentativo di un tentativo, costituirebbe una contraddizione in termini, divenendo un non – tentativo[3]. Anche in tal caso vi è stato chi[4] ha sostenuto che una pretesa incongruenza logica non sussiste fra tentativo e attentato: cionondimeno diverrebbe inopportuno incriminare una situazione simile in forza del principio di cui all'art. 25, 2° comma Cost., «in tema di contenuto positivo della legalità [...]; la fattispecie manca di sufficiente determinatezza, è incostituzionale perché contrasta con questo principio»[5].

2. La punibilità del tentativo.

Circa i presupposti della punibilità del tentativo, a seconda che si segua la c.d. teoria oggettiva, oppure la c.d. teoria soggettiva, il fondamento sarà diverso.

Secondo la prima ricostruzione, è la situazione di pericolo nei confronti del bene tutelato dalla norma incriminatrice a giustificare la sanzione penale, nonostante il delitto non sia stato consumato, e la lesione non sia stata messa in atto: ciò che si è determinato, e ciò che va punito, è soltanto una situazione di pericolo.

La seconda ricostruzione ritiene che sia la volontà colpevole a comportare la punibilità, intendendosi reprimere quegli atteggiamenti che, pur non essendo lesivi del bene giuridico tutelato dalla norma, creano una situazione di potenziale pregiudizio per lo stesso, sia pur a livello di volontà. Se si segue la prima impostazione, è evidente che se la condotta non diviene concretamente pericolosa per il bene tutelato, essa non potrà essere punita; viceversa, seguendo l'impostazione che dà rilievo al profilo soggettivo, la semplice condotta volontaria diretta a nuocere diviene reprimibile, e, nelle teorie più radicali, descrittive di un diritto penale della volontà (detto anche dell'atteggiamento interiore) addirittura sarà punita allo stesso modo del reato consumato (essendo la volontà colpevole il fondamento della punibilità), negandosi, in tal modo, ogni differenza fra reato consumato e reato tentato. Il nostro ordinamento abbraccia una soluzione c.d. mista, o intermedia, punendo il tentativo, «ma in misura inferiore al reato perfetto in quanto vi è stata la volontà della lesione ma non la lesione del bene protetto»[6].

3. L'inizio dell'attività punibile.

Una delle problematiche più dibattute in dottrina consiste nella valutazione dell'inizio dell'attività punibile: certamente il fatto punibile a titolo di tentativo non può essere il fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice, altrimenti si avrebbe il delitto consumato, ma deve invece consistere in un fatto che, per le ragioni più diverse, non raggiunge la perfezione. Si è anche osservato che la disciplina del tentativo, in quanto forma di tutela anticipata (rispetto alla lesione effettiva del bene giuridico), costituisce una sorta di banco di prova della democraticità di un sistema penale: in altri termini, un regime autoritario preferisce anticipare notevolmente l'inizio della condotta punibile, mentre un sistema democratico tende a richiedere che la condotta, seppur non tipica, si avvicini notevolmente alla lesione del bene tutelato, affinché possa esser punita. Non è un caso che il Codice Zanardelli, all'art. 61 richiedesse l'inizio d'esecuzione della condotta tipica, ai fini configurazione del tentativo, mentre il Codice Rocco, espressione di un regime autoritario, si limiti a richiedere «atti idonei, diretti in modo non equivoco», formulazione certamente più generica, e anche suscettibile di interpretazioni decisamente elastiche.

Tradizionalmente si è elaborata la distinzione fra atti preparatori e atti d'esecuzione: solo i secondi sarebbero punibili, i primi invece non potrebbero essere repressi in quanto non ancora adeguatamente espressivi di un'oggettiva capacità d'offesa. E' chiaro che una tale distinzione, posta in questi termini, potrebbe apparire semplicistica: non è sempre così agevole una distinzione tra le due categorie d'atti, cionondimeno gli atti preparatori non sempre si possono considerare inoffensivi, potendo manifestare, in potenza, una qualche capacità offensiva. Ci si può domandare la ragione per cui una parte, a dire il vero piuttosto consistente, della dottrina penalistica italiana pone ancora oggi l'attenzione sul principio d'esecuzione, quando in realtà il diritto positivo, all'art. 56 c.p., non menziona tale principio, che era proprio del Codice Zanardelli, e prima ancora del Codice Napoleonico, il quale richiedeva il «commencement d'execution»; un'autorevole dottrina[7] ha fornito una rilettura del tentativo basandosi sull'art. 115 c.p., il quale sancisce la non punibilità del mero accordo a commettere un delitto. In tal senso – si è notato – accordi sarebbero senz'altro gli atti preparatori, di pianificazione, non punibili innanzitutto in forza dell'art. 115 c.p., mentre l'inizio d'esecuzione della condotta tipica diventerebbe meritevole di sanzione. Ciononostante – si è osservato[8] – un'impostazione metodologicamente corretta non può prescindere dal diritto positivo, quindi dall'art. 56 c.p., che pone i requisiti dell'idoneità degli atti e della non equivocità degli stessi.

4. Idoneità e direzione degli atti.

I requisiti di diritto positivo fissati dall'art. 56 c.p. ai fini della configurabilità del tentativo sono due: l'idoneità degli atti, e la direzione non equivoca degli stessi. Parte della dottrina^[9] ha evidenziato la necessità di valutare innanzitutto la non equivocità, rispetto all'idoneità degli atti, per le implicazioni che l'analisi della prima può comportare sulla seconda. Si è osservato che non equivoco equivale a non dubbio, certo, sicuro: ma rispetto a che cosa? Non si tratta di accertare a quale risultato siano rivolti gli atti, ma solamente se in modo non equivoco siano riferibili al delitto di cui si ipotizza il tentativo. La non equivocità – è stato inoltre osservato – è riferita agli “atti”: avendo il legislatore utilizzato un'espressione al plurale, il giudizio di non equivocità andrà riferito non già all'ultimo degli atti posti in essere, bensì agli «atti facenti parte dell'azione, naturalisticamente intesa, agli atti legati da contestualità e da connessione teleologica»^[10].

Per venire al requisito della idoneità, nel linguaggio comune, essa può essere agevolmente definita come la «capacità di portare ad un determinato risultato»^[11], risultato che, in termini giuridici, coincide con il delitto consumato. Tuttavia, mentre il reato consumato è sottoposto ad un giudizio ex post, ovvero a fatto oramai compiuto, per cui il fine dell'indagine è verificare quale sia stato l'effetto del comportamento umano, nel delitto tentato, mancando il risultato sperato (azione nei reati di mera condotta, evento nei reati ad evento naturalistico), l'indagine seguirà un percorso differente.

L'idoneità di cui all'art. 56 c.p., in particolare, deve essere valutata tramite una c.d. prognosi postuma, ovvero sia attraverso un giudizio ex ante, avente ad oggetto le circostanze conosciute e conoscibili dall'agente al momento della commissione del fatto, prescindendo totalmente dalle circostanze impreviste o comunque non volute dall'agente, che hanno impedito la consumazione del delitto.

Dell'idoneità degli atti la dottrina penalistica fornisce una lettura in senso chiaramente oggettivo, per cui idonei saranno gli atti che manifestino un potenziale offensivo, che non si è concretizzato per ragioni indipendenti dalla volontà del colpevole: soprattutto, idonei sono quegli atti che, pur non arrivando ad integrare la consumazione del delitto, sfociano comunque in una situazione di pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma. Importante è considerare che la valutazione di

idoneità va effettuata in relazione al caso concreto, «dovendo gli atti essere considerati nel contesto della situazione cui ineriscono»[12]: infatti la capacità potenzialmente lesiva degli atti non si può valutare in astratto, essendo imprescindibile la considerazione delle circostanze concrete nelle quali l'agente opera.

Si deve peraltro considerare che il Codice Penale utilizza l'espressione «atti idonei», e non «mezzi idonei» (fatta propria dal Codice Zanardelli): ciò significa che l'inidoneità del mezzo di esecuzione del delitto (ad esempio l'arma da fuoco nel tentativo di omicidio) non configurerà mai, in nessun caso, un delitto tentato, al contrario, se ne sussistono i presupposti, si potrà applicare l'art. 49, 2° comma c.p., norma che delinea il c.d. reato impossibile. L'esempio classico che viene riportato è quello dell'utilizzo della pistola giocattolo, o della sostanza non velenosa utilizzare per provocare il decesso di una persona: in questi casi non si può ipotizzare un tentativo inidoneo, molto più semplicemente avremo un reato impossibile per inidoneità dell'azione (che comprende anche i mezzi di esecuzione della stessa).

5. L'elemento soggettivo: il dolo del tentativo.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, è indubbio che il tentativo richieda il dolo: la condotta consistente nel "tentare" viene ritenuta dalla dottrina penalistica pressoché unanime incompatibile con la colpa.

Si richiede in ogni caso la presenza di dolo, e quindi di una consapevolezza e volontà di causare l'evento (inteso in senso ampio di evento giuridico, quale lesione del bene tutelato dalla norma), che, nella situazione concreta, non si realizza.

Il riferimento di diritto positivo che conduce a questa soluzione obbligata è rinvenibile nell'art. 42, 2° comma c.p., in base al semplice seguente ragionamento: prevedendo la norma sopra citata che «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge», e potendosi ipotizzare il tentativo soltanto per i delitti (si è spiegato in precedenza il perché), si deve ritenere senz'altro che il tentativo richieda il dolo, non facendosi menzione alcuna, all'art. 56 c.p., dell'elemento soggettivo colpa.

Si è dibattuto inoltre circa l'intensità del dolo compatibile con il tentativo: nella pressoché totalità dei Manuali di diritto penale[13] è ravvisabile l'affermazione «il dolo del tentativo è il dolo della consumazione».

Si è tuttavia osservato che a tale formula può essere ricondotto il significato che nel tentativo vi deve essere dolo come nel reato consumato, oppure, in modo più specifico, richiedendosi le stesse caratteristiche (in termini di intensità) del dolo del tentativo rispetto a quello della consumazione: tali interpretazioni, discostanti fra di loro, portano inevitabilmente a risultati diversi.

La dottrina oggi prevalente[14] non concepisce il delitto tentato commesso con dolo eventuale (cioè senza la volontà diretta dell'evento, seppur con l'accettazione del suo verificarsi); al contrario, si afferma che il dolo del tentativo debba necessariamente consistere nell'intenzione di commettere il delitto perfetto, in quanto «chi, mirando ad altro risultato [...] accetta il rischio che abbia a verificarsi anche un delitto [...], non si rappresenta e non vuole gli atti come diretti alla commissione di questo delitto»[15]. Si deve osservare che la giurisprudenza[16] è oggi allineata alla tesi prevalente in dottrina, che esclude la rilevanza del dolo eventuale, ritenuto non idoneo a configurare un delitto tentato: la stessa giurisprudenza[17], sino agli inizi degli anni '90, propendeva tuttavia per la tesi divenuta oggi minoritaria.

Esistono peraltro voci in dottrina[18] che continuano ad ammettere il tentativo commesso con dolo eventuale: in particolare, si è sostenuto che «non vediamo sorgere ostacoli [...] dal disposto dell'art. 56 c.p. che parla di «atti diretti in modo non equivoco». Questi atti sono diretti in modo univoco se l'agente li ha orientati nel senso di accettare l'evento (dolo eventuale). Il fatto che il delitto si fermi a livello di tentativo non modifica la specie di dolo e non incide sulla volontà finalizzata a realizzare un delitto che se fosse portato a consumazione sarebbe punibile solo a tutto di dolo eventuale»[19].

6. Le previsioni sanzionatorie.

Si è già detto, al paragrafo 2., in quali presupposti possa essere ravvisata la punibilità del delitto tentato. Restano da esporre le conseguenze sanzionatorie della commissione di un delitto tentato, le quali sono definite all'art. 56, 2° comma c.p.: «Il colpevole del delitto tentato è punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi». Il legislatore ha chiaramente fatto propria

l'idea secondo la quale il tentativo merita una sanzione, la quale deve necessariamente essere ridotta rispetto alla pena prevista per il delitto consumato: il diritto positivo testimonia così la volontà di non aderire a quelle tesi che parificano il tentativo alla consumazione sotto il profilo sanzionatorio. Da questo elemento, per tornare alla problematica del fondamento di punibilità del tentativo, si evince che il nostro Codice Penale ha voluto evitare gli eccessi di una concezione soggettivistica del tentativo, la quale, considerandolo punibile in forza della volontà delittuosa dell'agente, non può che farne derivare la conseguenza di un'eguale sanzione, indipendentemente dalla consumazione o meno del delitto.

7. La desistenza volontaria e il recesso attivo.

Prevede l'art. 56, 2° e 3° comma c.p., che «se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora essi costituiscano per se un reato diverso. Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà».

Il legislatore ha pertanto previsto due ipotesi, denominate «desistenza volontaria» e «recesso attivo», rispetto alle quali si è stabilito un autonomo trattamento sanzionatorio rispetto al delitto tentato.

Nella prima delle due ipotesi citate, l'agente, volontariamente, desiste dall'azione, nella seconda l'azione è già stata compiuta, ma ciò che viene dall'agente impedito, è la causazione dell'evento: da tali premesse, si può evincere subito che il recesso attivo sarà configurabile soltanto per i reati d'evento, nei quali la consumazione consiste non nel compimento della condotta, bensì nella produzione d'evento naturalistico conseguente alla tenuta di una determinata condotta.

La dottrina assolutamente prevalente^[20], in merito al requisito della volontarietà della desistenza, ritiene che essa non si può ravvisare nella "spontaneità" della condotta di desistenza, poiché quando il legislatore vuole intendere un simile requisito, lo fa espressamente (ad. es. art. 62, n°6 c.p.): non è necessario pertanto il pentimento dell'agente, è sufficiente che questo abbia volontariamente deciso di non continuare la condotta (attiva) che stava tenendo, oppure, nei reati omissivi, che egli tenga la condotta che era in precedenza stata omessa. Tale orientamento dottrinale evidenzia tuttavia come «la volontarietà presuppone la possibilità di scelta fra due condotte, e che questa possibilità non esiste anche qualora la condotta diversa presenti svantaggi o rischi tali da non potersi attendere da nessuna persona ragionevole»^[21].

In altri termini, volontarietà significa libertà di determinazione del proprio agire, che certamente non sussiste quando una delle scelte possibili diviene quasi obbligata (ad esempio nel ladro che desiste temendo l'arrivo della polizia). Sotto il profilo sanzionatorio si è voluto rendere l'agente esente da pena, perlomeno per quella riconducibile all'azione da cui si è volontariamente desistiti: se l'agente ha commesso altri reati, sarà comunque punibile per essi (ad. es. la desistenza volontaria dal furto con scasso non esime il reo dalla pena prevista per il danneggiamento).

Al contrario della desistenza volontaria, il recesso attivo comporta un'attivazione dell'agente al fine di impedire la verifica dell'evento. In questo caso, come si è evidenziato[22], il processo causale che dalla condotta tipica conduce all'evento si è già messo in moto, ma viene interrotto da un'azione del soggetto agente. Anche in questo caso la condotta deve essere volontaria, e valgono le stesse considerazioni operate in merito alla desistenza volontaria, per cui solo se l'agire del reo si può definire libero e non condizionato da fattori esterni, la volontarietà richiesta dalla norma si potrà considerare configurata. Sotto il profilo sanzionatorio si può riscontrare una particolarità, o comunque un'incongruenza, che viene talvolta criticata in dottrina: la previsione di una sanzione penale, sia pur ridotta rispetto al delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà. Il recesso attivo opera inoltre come circostanza attenuante nell'ipotesi in cui l'evento si verifichi, e quindi il delitto si possa considerare a tutti gli effetti consumato: in tal caso opera l'art. 62, n°6 c.p., in forza del quale il reato è attenuato se l'agente si è «adoperato spontaneamente e efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato». In tale ipotesi, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, si può notare come il legislatore abbia voluto richiedere non già la semplice volontarietà della condotta, bensì la spontaneità della stessa: tuttavia il legislatore non richiede il pentimento del reo, per cui il confine fra volontarietà e spontaneità non appare del tutto nitido e definito, in quando – si è già avuto modo di evidenziarlo – la volontarietà presume una libertà di determinazione, senza fattori condizionanti, che naturalmente sono propri anche della condotta caratterizzata da “spontaneità”.

8. I rapporti con il reato impossibile.

Un aspetto oggetto di particolari attenzioni in dottrina è rappresentato dal rapporto che intercorre fra l'art. 49, 2° comma c.p., che definisce il c.d. reato impossibile, e l'art. 56 c.p., norma sul delitto tentato.

La questione è di notevole complessità, come risulta dalle differenti posizioni assunte in dottrina e in giurisprudenza: ciò che più rende “delicata” la valutazione del problema, sono le implicazioni derivanti, a livello di teoria generale, dalla valutazione della materia. Non è questa la sede per analizzare dettagliatamente i profili dei rapporti fra le due norme, che richiederebbe, per la sua complessità, e le posizioni contrastanti degli Autori[23] che si sono occupati del problema, una trattazione dedicata esclusivamente al problema.

La dottrina tradizionale, in linea con la giurisprudenza prevalente (di legittimità), considera il reato impossibile quale risolto – in negativo – del tentativo inidoneo, cioè dell’azione non idonea a raggiungere il risultato lesivo descritto dalla norma: l’art. 49, 2° comma c.p. diverrebbe così disposizione superflua nell’ordinamento penale, non facendo altro che ribadire un principio già sancito all’art. 56 c.p. I fautori della c.d. concezione realistica ritengono invece che l’art. 49, 2° comma c.p. abbia una portata autonoma rispetto all’art. 56 c.p., assurgendo la prima delle due norme a principio generale dell’ordinamento. Per dovere di completezza, anche fra coloro i quali si dichiarano critici nei confronti della concezione realistica, e che quindi non sono disposti a basare il principio di necessaria lesività dell’illecito sull’art.49, 2° comma c.p., anche fra di essi, vi è chi rifiuta la tradizionale impostazione dei rapporti fra le due norme, ritenendo che comunque il reato impossibile non possa essere il risolto, in negativo, del tentativo inidoneo.

Le ragioni di tale affermazione – si è evidenziato – sono molteplici: il reato impossibile è configurabile sia per i delitti che per le contravvenzioni, mentre il delitto tentato solo per i delitti; inoltre l’art. 49, 2° comma c.p. utilizza l’espressione «inidoneità dell’azione», mentre l’art. 56 c.p. usa il termine «atti»; il reato impossibile si può anche configurare per inesistenza dell’oggetto, non già nel tentativo inidoneo. Si afferma che l’«evento» di cui all’art. 56 c.p. riguarda esclusivamente l’evento naturalistico, mentre l’art. 49, 2° comma c.p. utilizza il termine in questione in una diversa accezione, quella di evento giuridico (offesa, cioè lesione o messa in pericolo del bene giuridico). Inoltre mentre nel reato impossibile il giudizio di inidoneità dell’azione dovrebbe essere effettuato ex post, nel caso della valutazione dell’idoneità degli atti del tentativo, come già evidenziato in precedenza, la valutazione si compie ex ante. Come se ciò non fosse sufficiente, sotto il profilo sanzionatorio il reato impossibile non comporta la comminazione di una pena, ma può essere oggetto di una misura di sicurezza, in forza dell’espressa previsione ex art. 49, 4° comma c.p.; il tentativo inidoneo invece, oltre a non ammettere pena, non

ammette nemmeno misure di sicurezza (quest'ultimo aspetto viene ritenuto da parte consistente della dottrina[24] come iniquo e certamente illogico, essendo il tentativo inidoneo un fatto che, pur non concretamente offensivo, è pur sempre qualcosa in più del reato impossibile, rispetto al quale esiste una totale ed oggettiva impossibilità dell'evento dannoso o pericoloso).

BIBLIOGRAFIA.

Antolisei – Conti, Manuale di diritto penale, parte generale, 16° ed., Milano, 2003

F. Mantovani, Diritto penale, parte generale, 3° ed., Padova, 1992

Petrocelli, Il delitto tentato, Padova, 1955

Riz, Lineamenti di diritto penale, parte generale, 4° ed., Padova, 2002

Siniscalco, voce "Tentativo", in "Enciclopedia giuridica Treccani"

6. Riflessioni e giurisprudenza in tema di tentativo (e di reato impossibile e aberrante)

Tentativo – reato impossibile

Sotto un profilo sistematico sia il reato impossibile che il tentativo sono previsti da norme inserite nel capo I dedicato agli elementi strutturali del reato tentato e consumato. Entrambe le fattispecie corrispondono ad un diverso atteggiarsi dell'elemento oggettivo l'uno (art. 49) , dell'elemento soggettivo in uno a quello oggettivo l'altro (art. 56) Proprio per questa ragione l'esatta individuazione in concreto delle varie ipotesi di reato tentato passa dalla corretta analisi degli elementi costitutivi del reato, quello soggettivo, quello oggettivo, il nesso di causalità .

IPOTESI DISCIPLINATE DALL'ART. 56

L'art. 56 disciplina l'ipotesi del tentativo (I e II comma), quella della desistenza ed infine quella del c.d. recesso attivo dell'agente Sostanzialmente a fare la differenza tra le tre ipotesi sarà la condotta dell'agente :in nessuna delle tre ipotesi l'azione si compie , in nessuna l'evento si verifica .

Nelle ipotesi disciplinate dai primi commi l'evento non si verifica per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, nelle altre ipotesi sarà invece proprio l'agente a non volere l'evento (desistenza) o addirittura ad operarsi affinché lo stesso non si realizzi.

In ragione di detta diversità il legislatore ha previsto un diverso trattamento sanzionatorio che risponda e valorizzi la dimensione soggettiva e personale della responsabilità penale .

Trattamento premiale viene pertanto riservato all'ipotesi in cui l'agente si adopererà perché l'evento non si verifichi.

IL TENTATIVO: individuazione in concreto .

ATTI IDONEI DIRETTI IN MODO NON EQUIVOCO

La distinzione con gli atti preparatori

Il reato tentato è figura giuridica descritta all'art. 56 c.p., comma 1 il quale, testualmente, recita: "chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica"; quando l'azione non si compie si ha la figura del tentativo incompiuto, se viceversa l'azione si compie ma non si verifica l'evento, ricorre invece la figura c.d. del tentativo compiuto.

Sul piano oggettivo pertanto il reato tentato si realizza quando siano posti in essere atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto e quando tali atti sia idonei allo scopo.

Il giudice di legittimità ha chiarito che anche gli atti preparatori e non propriamente esecutivi possono rientrare nell'area della punibilità e questo quando, le circostanze concrete, facciano fondatamente ritenere che l'azione abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato, che l'agente si trovi ormai ad un punto di non ritorno nella realizzazione del delitto e che esso sarà commesso a meno che non risultino percepibili incognite le quali pongano in dubbio tale eventualità; a tal fine devono escludersi solo quegli eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del soggetto agente (Cass., Sez. 2, 21/09/2011, n. 36536). Sulla stessa scia ermeneutica si pone Cass., Sez. 2, 20/11/2012, n. 46776, secondo cui per la configurabilità del tentativo rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo.

Tirando le somme dell'insegnamento più recente della Suprema Corte può pertanto ritenersi: il carattere inequivoco degli atti diretti a commettere un delitto esprimono una qualità oggettiva della condotta, nel senso che, l'azione in sè, per quello che è e per il modo in cui viene compiuta, deve rivelare l'intenzione delittuosa dell'agente. In tal senso, peraltro, si esprime la stessa Relazione sul Progetto definitivo del codice (n. 70). La unività oggettiva comporta inoltre che l'azione abbia avuto uno

sviluppo tale che, oltre ad evidenziare, come già detto, l'intenzione ed il fine al quale è diretta, escluda l'apprezzabile probabilità che l'agente non la porti a termine.

In applicazione di detti principi, la Corte ha assolto dall'accusa di tentato omicidio gli imputati che, unitamente con altri giudicati separatamente, dopo aver assunto la decisione di uccidere un esponente di organizzazione criminale contrapposta, avevano predisposto le armi e le basi operative ed avevano costantemente monitorato i movimenti della vittima per poi desistere dal proposito criminoso quando uno dei complici era stato arrestato per altro reato. Fissando con la pronuncia della Sez. 1, Sentenza n. 6120 del 11/12/2013 il principio secondo cui "La configurabilità del tentativo è esclusa quando l'azione delittuosa non ha raggiunto uno sviluppo dal quale dedurre la improbabilità che l'agente porti a compimento il progetto criminoso ed è interrotta per una scelta del medesimo".

Al contrario evidenziando la rilevanza della valutazione ex ante e l'individuazione di una causa esterna interruttiva dell'azione criminosa con la pronuncia della Sez. 5, Sentenza n. 36422 del 17/05/2011 è stato evidenziato come "Ai fini della punibilità del tentativo rileva l'idoneità causale degli atti compiuti al conseguimento dell'obiettivo delittuoso nonché l'univocità della loro destinazione, da apprezzarsi con valutazione "ex ante" in rapporto alle circostanze di fatto ed alle modalità della condotta, al di là del tradizionale e generico "discrimen" tra atti preparatori ed atti esecutivi". Nel caso posto in concreto al suo esame la Corte ha ritenuto configurabile il tentato omicidio, in ragione non solo della partecipazione dell'imputato a riunioni preparatorie e alla disponibilità di armi ma anche e soprattutto per il passaggio, unitamente ai suoi complici, alla fase attuativa del piano criminoso, mediante l'effettuazione di veri e propri appostamenti, finalizzati al compimento dell'omicidio, poi non realizzato per la rilevata presenza in zona di pattuglie dei carabinieri.

Il tentato omicidio, dal momento che l'omicidio è reato d'evento per eccellenza, rappresenta paradigma perfetto per inquadrare le varie sfaccettature delle questioni pratiche che possano presentarsi.

Senz'altro il primo distinguo da operare è quello tra il reato di tentato omicidio e quello di lesioni.

In tema di delitti contro la persona, per distinguere il reato di lesione personale da quello di tentato omicidio, occorre avere riguardo sia al diverso atteggiamento psicologico dell'agente sia alla differente potenzialità dell'azione lesiva, desumibili dalla sede corporea attinta, dall'idoneità dell'arma impiegata nonché dalle modalità dell'atto lesivo. Vv. per tutte Sez. 1, Sentenza n. 51056 del 27/11/2013 avente ad oggetto una fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il tentato omicidio per essere stata la vittima colpita da cinque coltellate di cui una all'addome.

Peraltro proprio perché la valutazione dei vari elementi deve essere unitaria non può guardarsi al solo dato dell'obiettiva entità della lesione. In considerazione di detto

criterio interpretativo con la pronuncia della Sez. 1, Sentenza n. 52043 del 10/06/2014 è stato ritenuto che “In tema di tentato omicidio, la scarsa entità (o anche l'inesistenza) delle lesioni provocate alla persona offesa non sono circostanze idonee ad escludere di per sé l'intenzione omicida, in quanto possono essere rapportabili anche a fattori indipendenti dalla volontà dell'agente, come un imprevisto movimento della vittima, un errato calcolo della distanza o una mira non precisa”.

Come andrà fatta la valutazione di idoneità degli atti ?

In tema di delitto tentato, il giudizio di idoneità degli atti consiste in una prognosi compiuta "ex post" con riferimento alla situazione che si presentava all'imputato al momento dell'azione, in base alle condizioni meramente prevedibili nel caso particolare, che non può essere condizionata dagli effetti realmente raggiunti. (ex plurimis Sez. 1, Sentenza n. 32851 del 10/06/2013 - Fattispecie in cui è stato ravvisato il tentato omicidio in ragione della profondità della penetrazione inferta dalla lama del coltello all'addome della vittima, tale da determinare eviscerazione con fuoriuscita alimentare

Proprio la contiguità delle due ipotesi – lesioni volontarie e tentato omicidio pone ulteriori problemi legati alle fasi di giudizio e alla riqualificazione dei fatti Di particolare interesse la pronuncia della Sez. 6, Sentenza n. 7195 del 08/02/2013 in ipotesi di riqualificazione in grado di appello di un fatto qualificato in primo grado come lesioni .

Così il Supremo Collegio :”Il giudice di appello può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto nel rispetto del principio del giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche senza disporre una rinnovazione totale o parziale dell'istruttoria dibattimentale, sempre che sia sufficientemente prevedibile la ridefinizione dell'accusa inizialmente formulata, che il condannato sia in condizione di far valere le proprie ragioni in merito alla nuova definizione giuridica del fatto e che questa non comporti una modifica "in peius" del trattamento sanzionatorio e del computo della prescrizione”.

In applicazione di questo principio, la Corte ha ritenuto rispettato l'art. 6 della CEDU in relazione ad una sentenza di appello che, in riforma di quella di primo grado di condanna per lesioni personali, aveva riqualificato il fatto come tentato omicidio.

E l'elemento soggettivo ? E' a tutti nota l'incompatibilità tra il dolo eventuale ed il tentativo , rappresentando ovviamente una contraddizione in termini rispetto all'unica direzione della volizione che deve cercarsi nell'agente al fine della configurabilità del reato tentato.

Al contrario il tentativo è compatibile con le altre forme di dolo diretto senza che sia necessario il dolo intenzionale. Il dolo diretto, anche nella sua forma di dolo alternativo, che ricorre quando il soggetto agente prevede e vuole indifferentemente due eventi alternativi tra loro come conseguenza della sua condotta, è compatibile con il tentativo. Ex plurimis Sez. 1, Sentenza n. 9663 del 03/10/2013 che, in applicazione del sopraenunciato principio, ha ritenuto corretta la decisione impugnata che aveva affermato la sussistenza del reato di tentato omicidio in relazione ad una aggressione condotta attingendo con ripetuti colpi di coltello una zona vitale del corpo della vittima, la cui morte sarebbe sopravvenuta se non fosse intervenuto immediato soccorso delle persone vicine.

Più di recente ancora la Sez. 5, Sentenza n. 23618 del 11/04/2016 ha ribadito il principio secondo cui “Nel delitto di tentato omicidio, ai fini della sussistenza del reato è sufficiente il dolo diretto rappresentato dalla cosciente volontà di porre in essere una condotta idonea a provocare, con certezza o alto grado di probabilità in base alle regole di comune esperienza, la morte della persona verso cui la condotta stessa si dirige, non occorrendo, invece, la specifica finalità di uccidere, e quindi il dolo intenzionale inteso quale perseguimento dell'evento come scopo finale dell'azione. “

Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente il tentativo, avendo ravvisato - per la modalità concreta con cui fu vibrato il colpo di coltello, per la precisione e freddezza dell'imputato e per la zona del corpo attinta - gli elementi oggettivi che permettevano di desumere il dolo diretto, senza ritenere necessario il dolo intenzionale.

In considerazione della compatibilità con tutte le forme di dolo diretto andranno risolti i problemi relativi alla responsabilità dei singoli partecipi al reato secondo le regole ordinarie anche nel caso di tentativo

La responsabilità del compartecipe per il fatto più grave rispetto a quello concordato, materialmente commesso da un altro concorrente, integra il concorso ordinario ex art. 110 cod. pen., se il compartecipe ha previsto e accettato il rischio di commissione del delitto diverso e più grave, mentre configura il concorso anomalo ex art. 116 cod. pen., nel caso in cui l'agente, pur non avendo in concreto previsto il fatto più grave, avrebbe potuto rappresentarselo come sviluppo logicamente prevedibile dell'azione convenuta facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, della dovuta diligenza. Sul punto vv. Sez. 1, Sentenza n. 4330 del 15/11/2011 che ha ritenuto integrato il concorso ordinario nel tentato omicidio di un agente di una pattuglia della polizia, intervenuta per sventare un furto trasformato in rapina impropria alla luce della reazione violenta di tutti i partecipi contro gli agenti operanti, in quanto, pur essendo il fatto stato commesso da uno dei compartecipi facendo uso della pistola sottratta durante la colluttazione, l'episodio

più grave doveva comunque considerarsi innestato in una condivisa violenta reazione all'intervento della polizia.

Nesso di causalità

Si è detto sopra di come il distinguo in concreto della fattispecie corretta di imputazione vada effettuato avuto riguardo alle categorie generali in particolare a quelle che disciplinano il nesso di causalità (art. 41 C.P.) .

Faccio qui riferimento alla c,d teoria del "dolo colpito a mezza via dall'errore".

Di sicuro interesse sul punto, dal momento che ha riepilogato le varie posizioni assunte dalla giurisprudenza, è senz'altro la pronuncia della Sez. 1, Sentenza n. 15774 del 17/11/2015

Nel caso concreto la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione del fatto come omicidio volontario, escludendo una condizione di errore in capo all'imputato, che, dopo aver colpito con calci e pugni una donna facendole perdere conoscenza, la aveva spogliata e rinchiusa nel bagagliaio dell'auto, per cui lo stretto contatto in questa fase con il corpo della vittima gli aveva consentito di percepirne la vitalità, prima di ucciderla dando fuoco all'auto. Nell'affrontare e risolvere il rapporto tra tentato omicidio e omicidio colposo ha fissato il principio di diritto secondo cui "Quando la condotta dell'agente sia consapevolmente diretta ad uccidere, ma l'evento si verifica non per effetto di quella condotta, ma di altra, successiva, posta in essere dallo stesso agente nella erronea convinzione che la vittima sia già deceduta, l'omicidio non può essere imputato a titolo di dolo, se non sotto il profilo del delitto tentato, mentre l'ulteriore frammento della condotta può essere ascritto solo a titolo di colpa".

Sotto un profilo storico la tematica è già stata affrontata con la sentenza del 2 maggio 1988, sez. I, imp. Auriemma e e con la sentenza 16976 del 18.3.2003, sempre sez. I; nella prima delle citate pronunce la suprema corte ha affermato che se taluno, convinto di aver cagionato la morte di una persona con una precedente condotta dolosa, ne occulti il cadavere e la morte si verifichi come conseguenza dell'azione di occultamento, egli risponderà di tentato omicidio e di omicidio colposo in concorso reale tra di loro, mentre nella seconda, nella quale è stata elaborata la c.d. teoria del "dolo colpito a mezza via dall'errore", la corte di legittimità è pervenuta alle medesime conclusioni sul presupposto, in fatto, di un evento presuntivamente verificatosi e successivamente realizzatosi su tale erroneo presupposto per ulteriori comportamenti ad esso collegati.

Con la sentenza n. 12466 del 2007, ha invece la corte suprema affermato il principio secondo cui, se l'agente è incerto sulla produzione dell'evento letale e le manovre di occultamento sono idonee a cagionare la morte, non ancora sopravvenuta, il decesso successivo va imputato a titolo di dolo alternativo di omicidio; deve pertanto

ritenersi che la giurisprudenza di legittimità abbia aderito al principio secondo cui, quando la condotta dell'agente sia consapevolmente diretta ad uccidere, ma l'evento non si verifichi per tale condotta ma per altra, successiva, consumata dallo stesso agente nella convinzione che l'evento mortale sia invece già verificato, l'errore in itinere del dolo comporta che l'omicidio non può essere imputato a tale titolo ma di colpa e la condotta precedente, quella per la quale l'agente ebbe ad erroneamente ritenere di aver raggiunto lo scopo voluto della morte della vittima, a titolo di tentato omicidio in concorso reale con l'ipotesi colposa; la premessa per evidenziare che, in ipotesi siffatte, ai fini di una corretta qualificazione dei fatti di causa, è fondamentale ed imprescindibile valutare l'elemento psicologico del reato,

In detti casi i giudici di legittimità, hanno distinto la fase della condotta finalizzata ad uccidere con l'evento non prodottosi e quella della condotta finalizzata alla soppressione del corpo creduto erroneamente senza vita, viceversa risultata poi causa diretta della morte. In tali casi concorrerebbero il reato di tentato omicidio e quello di omicidio colposo.

Nel caso oggetto della sopracitata pronuncia, se è accertato che l'imputato colpì la vittima non già con un pugnale ma a mani nude e con un corpo contundente, se l'imputato stesso si rese conto di non aver ucciso la donna ma di averla semplicemente costretta all'impotenza facendole perdere i sensi a cagione delle gravissime lesioni comunque provocatole, se ancora l'imputato appiccò il fuoco mentre la vittima era ancora in vita, non può dubitarsi della legittimità della decisione presa in relazione alla contestazione mossa con l'azione penale, quella di omicidio volontario sostenuto dal dolo diretto.

Cosa accade se ad essere colpita è una persona diversa da quella originariamente presa di mira?

Certamente rientriamo nell'ipotesi di reato aberrante, ma in quale delle ipotesi previste dalla legge, quella di cui all'art. 82 c.p. o quella di cui all'art. 83 c.p.? Ricordiamoci che nell'ipotesi di tentativo dobbiamo fare i conti con l'univoca direzione degli atti che si assumono idonei a cagionare l'evento e con il dolo omicidiario.

Questa la risposta offerta da ultimo dalla Sez. 6 con la Sentenza n. 45065 del 02/07/2014: "Integra un'ipotesi di "aberratio ictus", disciplinata dall'art. 82 cod. pen., e non di "aberratio delicti", prevista dall'art. 83 cod. pen., la condotta consistita nel compimento di atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte di una persona, quando tale condotta, per errore, è indirizzata nei confronti di una vittima diversa da quella che si intendeva attingere, cagionandosene il ferimento, poichè l'errore non determina la realizzazione di un evento di natura diversa da quello che l'agente si proponeva, ma, cadendo sull'oggetto materiale del reato, dà luogo ad un'azione che, pur non offendendo il bene-interesse specificamente preso di

mira, lede lo stesso bene-interesse di altra persona, e che, sotto il profilo soggettivo, è sorretta da una volontà la cui direzione non muta.

Nel caso oggetto d'esame è stato ritenuto che l'aver esplosivo raffiche di colpi di kalashnikov e di pistola calibro 9 all'indirizzo dell'abitazione erroneamente ritenuta essere della vittima designata e l'aver in effetti colpito altro soggetto in più parti del corpo, con un'azione che - per la micidialità del mezzo utilizzato e le modalità dell'azione - ne ha sicuramente messo a repentaglio la vita, rende non revocabile in dubbio che gli agenti volessero effettivamente attentare alla vita della vittima e che abbiano posto in essere una condotta nella quale è rinvenibile una perfetta omogeneità tra il bene giuridico che si voleva ledere e quello effettivamente leso, divergendo l'agire pianificato da quello effettivamente realizzato soltanto per la diversa titolarità del bene che si intendeva offendere. Il che, secondo i principi espressi in più occasione dalla

Suprema Corte, integra un'ipotesi di aberratio ictus, e non quella di aberratio delicti, laddove - secondo la giurisprudenza della Corte - la norma di cui all'art. 83 cod. pen. disciplina il caso della realizzazione di un evento di natura diversa da quello cui l'agente si proponeva ("aberratio delicti"), mentre l'art. 82 cod. pen. prevede l'errore che cade sull'oggetto materiale (persona o cosa) del reato ("aberratio ictus") sol che invece di offendere il bene interesse cui l'offesa era diretta lede lo stesso bene interesse di altra persona (Cass. Sez. 1, n. 7736 del 13/01/1988, Romano, Rv. 178778). Nulla quaestio quanto alla integrazione del dolo: l'art. 82 cod. pen., che disciplina l' "aberratio ictus", prevede l'errore che cade sull'oggetto materiale (persona o cosa) del reato, nel senso che il reato, invece di offendere il bene-interesse cui l'offesa era diretta, lede lo stesso bene-interesse di altra persona; in rapporto alla persona offesa per errore sussiste ugualmente il dolo, perché, se questo era l'originario elemento soggettivo, l'offesa di una persona invece di un'altra (oppure l'offesa per errore anche di un'altra persona) non vale a mutare la direzione della volontà (Cass. Sez. 1, n. 15990 del 06/04/2006, Muca Rv. 234132).

Ipotesi più volte portata all'esame della Suprema Corte riguarda la corretta configurabilità del reato da contestare nell'ipotesi in cui un soggetto vittima di gravi lesioni deceda poi in ospedale per omesse o insufficienti cure di sanitari .

Secondo lo schema generale prima proposto la configurazione corretta va risolta secondo l'applicazione delle categorie generali nel caso di specie quella del nesso di causalità . Precisamente è stato affrontato il tema dell'interruzione del nesso di causalità in considerazione del fatto che le cause di cui all'art. 41, comma 2, cod. pen. sono solo quelle del tutto indipendenti dal fatto del reo, avulse dalla sua condotta ed operanti con assoluta autonomia, in modo da sfuggire al di lui controllo e alla di lui prevedibilità, senza dire che le stesse possono essere integrate solo dal fatto commissivo e non da quello omissivo . L'errore per omissione infatti non può mai prescindere dall'evento che ha fatto sorgere l'obbligo delle prestazioni sanitarie.

L'omissione, da sola, non può mai essere sufficiente a determinare l'evento proprio perché presuppone una situazione di necessità terapeutica che dura finché durano gli effetti dannosi dell'evento che ha dato origine alla catena causale.

In ultimo la Sez. 1, con la Sentenza n. 36724 del 18/06/2015 ha ritenuto che in tema di omicidio doloso, le eventuali omissioni dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il nesso di causalità tra la condotta lesiva posta in essere dall'agente e l'evento morte. (Fattispecie nella quale la vittima, ferita alla gola da arma da taglio e ricoverata in un nosocomio, vi decedeva a causa del rapido degenerare delle condizioni di salute, che non consentivano alcun tipo di intervento).

Annullando una sentenza della Corte d'Appello di Catania è stato escluso che potessero configurarsi contemporaneamente una responsabilità a titolo di tentato omicidio per le gravi lesioni ed una a titolo di omicidio colposo n capo ai sanitari, in ragione dei superiori principi in tema di interruzione del nesso di causalità Sez. 5, Sentenza n. 29075 del 23/05/2012

Furto

Tra i reati di evento quello di furto è quello che, senz'altro, presenta più frequentemente i problemi di corretta applicazione dell'istituto del tentativo rispetto al reato consumato, e la stessa difficoltà di individuare l'univocità ed idoneità degli atti. Ai fini della punibilità del tentativo, rileva l'idoneità causale degli atti compiuti per il conseguimento dell'obiettivo delittuoso nonché la univocità della loro destinazione, da apprezzarsi con valutazione "ex ante" in rapporto alle circostanze di fatto ed alle modalità della condotta, al di là del tradizionale e generico "discrimen" tra atti preparatori e atti esecutivi.

Applicando l'enunciato principio di diritto la Sez. 5, con la Sentenza n. 7341 del 21/01/2015 (Rigetta, App. Catania, 18/06/2014) ha ritenuto correttamente motivata la sentenza di condanna dell'imputato per tentato furto pluriaggravato, avendo lo stesso forzato la botola di una cisterna interrata contenente carburante ed essendo stato trovato all'arrivo della P.G. in possesso di arnesi da scasso.

Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza l'univocità degli atti, che costituisce una caratteristica oggettivamente qualificante della condotta nel delitto tentato, richiede che gli atti, in sé considerati, e quindi nella loro struttura ontologica, nonché per il contesto nel quale si inseriscono, rivelino, secondo le norme di esperienza e secondo l'id quod plerumque accidit, il fine perseguito dall'agente, costituendo, cioè, la univocità degli atti non un parametro probatorio, bensì un criterio oggettivo della condotta; ne deriva che gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, come inizio di esecuzione, alla

descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata (Sezione V, sentenza n. 43255 del 24/09/2009, Rv. 245721; Sezione I, sentenza n. 9411 del 7/01/2010, Rv. 246620 Sez. 5, Sentenza n. 4033 del 24/11/2015)

In tema di tentativo, per affermare l'univocità degli atti, ancorché la prova del dolo sia stata desunta aliunde, è necessario effettuare una seconda verifica per accertare se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura e la loro essenza, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e secondo l'id quod plerumque accidit, il fine perseguito dall'agente. Sulla scorta della valorizzazione dell'oggettività degli atti la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità per tentato furto dell'imputato - introdottosi nel giardino di un convento a sua detta per trascorrervi la notte - limitandosi a valutare circostanze quali la fuga e la condizione di pregiudicato dell'agente, ritenuti inadeguati a fornire sostegno motivazionale alla condanna.

Solo per completezza va ricordato come il furto si ritiene consumato quando l'autore dello stesso consegua la disponibilità della refurtiva . In ultimo Sez. 5, Sentenza n. 26749 del 11/04/2016 a proposito di come vada intesa detta disponibilità ha ritenuto che "Integra il reato di furto con destrezza nella forma consumata la condotta di colui che, subito dopo essersi impossessato di una borsa, approfittando della disattenzione della persona offesa, venga inseguito e bloccato dalla polizia giudiziaria che lo aveva osservato a distanza, in quanto il criterio distintivo tra consumazione e tentativo risiede nella circostanza che l'imputato consegua, anche se per breve tempo, la piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva" .

Nel caso di specie è stato ritenuto che l'osservazione a distanza da parte degli agenti non aveva rilevanza ai fini della configurabilità del reato nella forma tentata, in quanto tale "studio" non solo non era avvenuto ad opera della persona offesa - che di nulla si era accorta, allontanandosi dal posto - ma, neppure, gli aveva impedito di far sua la borsa della vittima, prima di essere arrestato.

Allo stesso modo (Sez. 4, Sentenza n. 7062 del 09/01/2014) è stato ritenuto irrilevante il controllo a distanza sì da integrare il reato di furto consumato e non tentato nel caso di condotta di colui che si impossessi, superando la barriera delle casse, di merce prelevata dai banchi sottraendola al pagamento, a nulla rilevando che il fatto sia avvenuto sotto il costante controllo del personale del supermercato incaricato della sorveglianza.

Rapina e rapina impropria

A conferma di come per tutti i reati di evento si seguano i criteri prima tracciati la sopraesaminata distinzione tra atti preparatori ed esecutivi a tenuta presente nell'altro caso assai frequente di configurabilità del reato tentato ossia quello della

rapina sia nella forma propria che , con particolari aspetti caratterizzanti di detta figura, quella della rapina impropria .

In una fattispecie relativa alla presenza in ora notturna, all'ingresso del parcheggio di un supermercato, di tre persone, una delle quali - alla vista degli agenti - aveva gettato in terra un berretto modificato in passamontagna mediante due fori per gli occhi, mentre gli altri due avevano guanti in lattice e un coltello a serramanico la S. C.- valorizzando altresì la presenza in zona dell'auto degli indagati anche il giorno precedente, rilevata dal sistema satellitare installato a bordo - ha ritenuto sussistente il concorso nel tentativo di rapina, applicando il principio secondo il quale “Per la configurabilità del tentativo rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo”(Sez. 2, Sentenza n. 40912 del 24/09/2015)

Nel caso di rapina impropria (“chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione “) , in considerazione della complessità propria di detto delitto che , come noto presuppone un precedente impossessamento della refurtiva da parte dell'agente, sono stati elaborati criteri propri di detta fattispecie per distinguere l'ipotesi tentata da quella consumata (Sez. U, Sentenza n. 34952 del 19/04/2012). Il delitto di rapina impropria è consumato quando l'avente diritto ha perduto il proprio controllo sulla cosa, e non è più in grado di recuperare la stessa autonomamente e l'agente, immediatamente dopo la sottrazione, adopera la violenza o la minaccia per assicurare a sé o ad altri il possesso del bene sottratto o per procurare, a sé o ad altri l'impunità; è, invece, tentato quando l'avente diritto mantiene costantemente il controllo sulla "res" in modo da essere in grado di riprenderla autonomamente con sé e l'agente, immediatamente dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco a realizzare la sottrazione, adopera violenza o minaccia per procurare a sé o ad altri l'impunità.

È pertanto configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei alla sottrazione della cosa altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità.

Così ricostruiti i rapporti tra l'avvenuta consumazione dell'impossessamento ed il successivo esercizio di violenza la Corte ha qualificato in termini di rapina impropria tentata e non consumata, la condotta dell'imputato che, dopo aver prelevato merce dagli scaffali di un supermercato e rimosso le placche antitaccheggio, era stato sorpreso dal personale di vigilanza prima di varcare la barriera delle casse, ed aveva consegnato allo stesso i beni appresi, per poi darsi alla fuga ed usare violenza nei

confronti degli inseguitori una volta raggiunto, al fine di non essere identificato (Sez. 2, Sentenza n. 46412 del 16/10/2014)

Determinazione pena – calcolo circostanze

E' dato ormai pacifico il riconoscimento della fattispecie tentata come fattispecie autonoma .A ciò conseguono notevoli effetti legati alla determinazione della pena e a tutti gli effetti alla stessa legata , dal calcolo del termine di prescrizione alla determinazione degli aumenti o riduzioni imputabili alle circostanze del reato, al calcolo dei termini di durata delle misure cautelari .

CIRCOSTANZE

In materia di circostanze ovviamente in ragione della particolare struttura del reato tentato si dovrà preliminarmente verificarne la compatibilità di ciascuna con lo stesso.

E' così stato ritenuto che la circostanza aggravante di aver agito con crudeltà verso le persone (art. 61, n. 4, cod. pen.) è compatibile con il tentativo di omicidio, qualora le modalità della condotta del reo siano rivelatrici dell'intenzione di arrecare patimenti eccedenti il normale meccanismo causale impiegabile nella concreta vicenda per provocare la morte della vittima e di dare soddisfazione ai propri istinti crudeli e immorali. (Sez. 1, Sentenza n. 18136 del 07/03/2014)

Il criterio che può essere seguito per la determinazione della pena è considerato "libero" sempre che si rispetti il limite edittale del sistema delle riduzioni disciplinato dall'art. 56 c.p. .

La determinazione della pena nel caso di delitto tentato può essere indifferentemente effettuata con il cosiddetto metodo diretto o sintetico, cioè senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il calcolo bifasico, mediante scissione dei due momenti indicati, ferma la necessità del contenimento della riduzione della pena edittale prevista per il reato consumato da uno a due terzi e l'obbligo di motivazione per dare conto della scelta operata. (ex plurimis Sez. 5, Sentenza n. 3526 del 15/10/2013). Il criterio di determinazione della pena avrà importanza centrale ai fini della determinazione della durata della custodia cautelare nei termini di fase e ai fini del calcolo dei termini per la prescrizione .

In materia di termini custodiali, di particolare interesse, non foss'altro perché riguarda un'ipotesi decisa dal Tribuanle della libertà territoriale(22/06/2010) è la vicenda oggetto della pronuncia della Sez. 2, Sentenza n. 7995 del 16/11/2010 , risolta in applicazione del principio per cui la determinazione della pena, ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare per un'imputazione di tentativo di delitto aggravato da circostanze ad effetto speciale o per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa, deve essere operata

individuando la pena massima del delitto circostanziato consumato per poi applicare, su di essa, la riduzione minima per la forma tentata.

Questa la vicenda:

Con ordinanza in data 22 giugno 2010 il Tribunale di Catania confermava l'ordinanza emessa in data 28 aprile 2010 dal Tribunale di Siracusa con la quale veniva rigettata l'istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini di custodia cautelare presentata dall'imputato Cassia Daniele, sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere per il reato di tentata estorsione aggravata ai sensi del D.L. n. 152 del 1991, art. 7, conv. dalla L. n. 203 del 1991, reato per il quale era stato emesso decreto di giudizio immediato in data 15 aprile 2009. Il Tribunale riteneva che il termine di fase - corrispondente ad un anno e sei mesi dall'emissione del provvedimento che disponeva il giudizio, trattandosi di delitto di estorsione tentata per il quale è prevista la pena detentiva massima superiore a sei anni di reclusione (e non superiore a venti anni), aggravato ai sensi dell'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a (art. 303 c.p.p., comma 1, lett. B, n. 2 e n. 3 bis) - non fosse ancora decorso.

Va premesso che in tema di misure cautelari valgono, anche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, i criteri dettati dall'art. 278 c.p.p. per la determinazione della pena e, pertanto, nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'art. 303 stesso codice deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'art. 56 c.p. (Cass. sez. 1, 14 luglio 1998 n. 4298, Caputo; sez. 4, 21 giugno 1996 n. 1611, Raza Mohamed). Nell'ordinanza impugnata si fa rilevare che la pena detentiva massima per il reato di estorsione è di dieci anni di reclusione e che (pur prescindendo dal calcolo dell'aggravante del D.L. n. 152 del 1991, art. 7), dovendosi operare nel caso in esame la riduzione minima di un terzo per il tentativo, la pena edittale massima prevista per l'ipotesi tentata è di sei anni e otto mesi. Il termine di fase pertanto è stato correttamente individuato in un anno (trattandosi di delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni e comunque superiore a sei anni: art. 303 c.p.p., comma 1, lett. B, n. 2), termine aumentato ex art. 303 c.p.p., comma 1, lett. n. 3 bis di sei mesi per essere quello contestato al Cassia un delitto compreso tra quelli previsti dall'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a).

Già nello stesso senso si era espressa la Sez. 1, con la Sentenza n. 4298 del 14/07/1998 fissando il principio per cui "In tema di misure cautelari valgono, anche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, i criteri dettati dall'art. 278 cod. proc. pen. Per la determinazione della pena. Nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il

computo dei termini indicati dall'art. 303 stesso codice deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'art. 56 cod. pen.”

Nel caso di specie la fattispecie concreta oggetto di esame era quella del tentativo di omicidio aggravato(reato consumato punito con la pena dell'ergastolo) . Ribadendosi come in tema di misure cautelari valgono, anche ai fini della individuazione dei termini massimi di durata, i criteri dettati dall'art. 278 c.p.p. per la determinazione della pena e nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'art.303 c.p.p. deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'art. 56 c.p. Data la pena dell'ergastolo prevista per l'omicidio aggravato dai motivi abietti dall'art. 577 c. 1 n. 4 , la pena massima prevista per il tentato omicidio parimenti aggravato, in riferimento al quale la misura cautelare è stata applicata al Caputo, è di 24 anni, in relazione a quanto previsto dagli artt. 56 c. 2 e 23 c.p.. Il termine massimo di custodia cautelare previsto per il giudizio di primo grado nella situazione esaminata dal Tribunale era quindi di un anno e sei mesi, come indicato dall'art. 303 c. 1 lett. b) n. 3 c.p.p.. E nel caso in cui in sede di appello una fattispecie qualificata come consumata in primo grado vada diversamente qualificata come tentata?

Qui i principi generali di cui tenere conto sono :

- autonomia ontologica della fattispecie tentata rispetto a quella consumata ;
- divieto di reformatio in peius .

In caso di riforma in appello della sentenza di primo grado, qualora sia ritenuto integrato il delitto tentato e non consumato, il giudice dell'impugnazione non è tenuto ad operare la diminuzione sulla pena stabilita dal primo giudice per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, dovendo, invece, determinare la pena "ex novo" nell'ambito della diversa e minore forbice edittale prevista per il reato tentato, ferma la necessità di applicare comunque una riduzione rispetto alla pena originaria. Sez. 6, Sentenza n. 27942 del 31/05/2016

Desistenza – art. 56 III co c.p.

Abbiamo visto come il tentativo disciplinato dai primi 2 commi dell'art. 56 si perfeziona con la non conclusione dell'azione o la non verificazione dell'evento per cause indipendenti dalla volontà dell'agente .

Le previsioni dei commi successivi dell'art. 56, la desistenza ed il recesso attivo , rappresentano una valorizzazione della volontà dell'agente alla quale l'ordinamento riconnette l'aspetto premiale che si traduce, nel caso della desistenza, nel punire solo

le condotte costituenti già di per sé un reato diverso, nel caso del recesso attivo in un'ulteriore riduzione della pena prevista per il reato tentato. La definizione dell'una e dell'altra delle figure viene in genere individuata dalla giurisprudenza per esclusione, ossia individuando le differenze tra l'uno e l'altro degli istituti, tra queste e l'ipotesi del tentativo.

La desistenza è un'esimente che esclude "ab extrinseco" ed "ex post" l'antigiuridicità del fatto, sicché la sua applicabilità presuppone che l'azione sia penalmente rilevante e sia quindi pervenuta alla fase del tentativo punibile.

V'è da dire che sotto un profilo pratico è assai più difficile individuare delle ipotesi di desistenza che comportano, ovviamente, la prevista esclusione dell'individuazione, come causa dell'interruzione dell'azione, di un elemento esterno alla volontà dell'agente.

In considerazione della natura di esimente di un reato tentato, va rapportata alla natura dei reati e alla compatibilità in astratto ed in concreto con le singole fattispecie di reato. In materia associativa ad esempio coincidendo la configurabilità della desistenza con quella del tentativo di associazione gli spazi di applicazione saranno strettissimi.

In relazione alle condotte di partecipazione a reato associativo, il tentativo è configurabile soltanto prima che siano realizzate le condizioni per il mantenimento della situazione antigiuridica che caratterizza l'organico inserimento nel sodalizio, avvenuto il quale le condotte di volontario allontanamento dal consesso criminale non possono essere inquadrate come desistenza ex art. 56, comma terzo, cod. pen. Ma soltanto quali espressioni di ravvedimento post-delittuoso e sintomi di cessazione della permanenza.

Nella specie, relativa a violazione dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, la Corte ha escluso la desistenza volontaria nei confronti di un soggetto che, dopo aver ricoperto per alcuni mesi il ruolo di gestore di una "piazza di spaccio" per conto di un gruppo criminale campano, si era allontanato dal territorio di insediamento del sodalizio per intraprendere attività lavorativa lecita in altra regione dov'era stato tratto in arresto (Sez. 6, Sentenza n. 13085 del 03/10/2013).

In tema di istigazione alla corruzione (art. 322 cod. pen.), non è configurabile la desistenza volontaria (art. 56 comma terzo cod. pen.), trattandosi di reato di mera condotta, che si consuma con la semplice offerta o promessa dell'utilità da parte del privato istigatore, purché seria e concreta, finalizzata al compimento ad opera del pubblico ufficiale di un atto contrario ai doveri di ufficio. (Sez. 6, Sentenza n. 2714 del 30/11/1995)

Il tema del distinguo tra le diverse forme di reato tentato si è più volte proposto in materia di reati sessuali. Così, di recente è stato ritenuto che integra il reato di

violenza sessuale tentata, e non un'ipotesi di desistenza volontaria, il mancato soddisfacimento delle richieste a sfondo sessuale del reo, conseguente al rifiuto opposto dalla vittima della violenza o della minaccia, in quanto l'impossibilità di portare a consumazione il reato per l'opposizione della parte offesa costituisce un fatto indipendente dalla volontà dell'agente così escludendo la configurabilità dell'art. 56, comma terzo, cod. pen., nella condotta del soggetto che, dopo aver percosso, tentato di immobilizzare e spogliare la propria convivente, l'aveva poi costretta ad uscire dall'abitazione per le minacce di costei di urlare ed attirare l'attenzione dei vicini (Sez. 3, Sentenza n. 51420 del 18/09/2014)

Il distinguo d'altronde consegue al principio unanimamente accettato in giurisprudenza per cui integra il reato di tentata violenza sessuale la condotta di colui che, all'esplicito rifiuto di consumare un rapporto sessuale, reitera più volte la richiesta ponendo in essere violenze o minacce che, sebbene non comportino una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, siano comunque chiaramente finalizzate a vincerne la resistenza.

Allo stesso modo di strettissima applicazione l'ipotesi della desistenza nel caso di tentata estorsione realizzata con plurimi contatti con la vittima

Ai fini della sussistenza degli estremi della desistenza volontaria di cui all'art. 56, comma terzo, cod. pen., nella specie con riguardo al reato di tentata estorsione, non è sufficiente, quando l'azione intimidatoria non si realizza in modo continuativo ma attraverso il succedersi di contatti verbali distanziati nel tempo, la pura e semplice condotta di inattività dell'agente nei periodi intermedi, richiedendosi che essa si sia protratta per un tempo sufficiente a dimostrare che vi sia stato un vero e proprio abbandono del progetto estorsivo. Sez. 5, Sentenza n. 32742 del 03/06/2010

La desistenza volontaria dall'azione prevista dall'art. 56, comma terzo, cod. pen., infatti presuppone la costanza della possibilità di consumazione del delitto. Ne consegue che, qualora tale possibilità non vi sia più, o per la non realizzabilità fisico-materiale della consumazione stessa oppure, sul piano soggettivo, anche soltanto per una non realizzabilità erroneamente ritenuta dal soggetto agente, ricorre, sussistendone i requisiti, l'ipotesi del delitto tentato. Non dimentichiamo infatti la precisazione dei confini tra volontarietà e spontaneità Ai sensi dell'art. 56, comma terzo, cod. pen., per aversi desistenza volontaria dall'azione delittuosa occorre che la determinazione del soggetto agente sia stata libera e non coartata e, cioè, che la prevalenza dei motivi di desistenza su quelli di persistenza nella condotta criminosa si sia verificata al di fuori delle cause che abbiano impedito il proseguimento dell'azione o l'abbiano reso assolutamente vano. Si può quindi concludere che in tema di desistenza dal delitto, benché la volontarietà non possa essere intesa come spontaneità, la decisione di interrompere l'azione criminosa non deve risultare necessitata.

L'integrazione della desistenza volontaria, ex art. 56, comma terzo, cod. pen. Richiede pertanto che il soggetto attivo arresti, per volontaria iniziativa, la propria condotta delittuosa prima del completamento dell'azione esecutiva, impedendo l'evento. In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto sussistere pertanto il tentativo di furto - e non l'ipotesi della desistenza volontaria - nel caso in cui la condotta si sia arrestata per cause indipendenti dalla determinazione dell'agente.

Segnatamente ha ritenuto integrato il delitto di cui agli art. 56 e 624 cod. pen. Nella condotta dell'imputato che, salito su un furgone parcheggiato sulla pubblica via, aveva rovistato all'interno di esso ed era, quindi, ridisceso senza asportare alcunché, per non avere trovato beni d'interesse (Sez. 5, Sentenza n. 36919 del 11/07/2008) Coerentemente la ricorrenza dell'esimente è stata esclusa, a fronte dell'allegata interruzione delle pressioni estorsive già esercitate sulla vittima, avuto riguardo alla cognizione degli agenti di essere stati denunciati ed alla scoperta, da parte di uno tra essi, della presenza di una microspia a bordo della sua autovettura

Se in applicazione di detti principi in un'ipotesi di tentata estorsione, la Corte ha escluso la configurabilità della desistenza volontaria nella condotta dell'imputato, che si rivolgeva ai Carabinieri consentendo il ritrovamento del veicolo, oggetto del reato, solo dopo aver raggiunto la consapevolezza di non riuscire ad ottenere il pagamento della somma richiesta alla persona offesa, dell'esistenza di indagini già in corso, nel cui ambito temeva di essere già stato identificato e prossimo ad un possibile arresto (Sez. 2, Sentenza n. 7036 del 29/01/2014), in altra ipotesi, precisando che la volontarietà della desistenza non deve essere intesa come spontaneità, per cui la desistenza non è esclusa dalla valutazione degli svantaggi che deriverebbero dal proseguimento dell'azione criminosa, sempre che la decisione di interromperla non risulti necessitata venendo in considerazione la ridotta capacità criminosa dell'agente la Corte ha ritenuto configurabile la desistenza volontaria nella condotta di due rapinatori di una banca che, una volta appresa la circostanza che la chiave della cassaforte era detenuta dal solo direttore il quale non era presente nei locali, si erano allontanati interrompendo l'azione criminosa Sez. 5, Sentenza n. 1955 del 07/12/1999). Non configura recesso attivo dal reato di tentato omicidio la condotta di chi, dopo aver procurato gravi ferite ad una persona, si limita a segnalare a terzi che l'agredito versa in critiche condizioni di salute, se tale comportamento è riconducibile all'intento opportunistico di distogliere da sé i sospetti sulla responsabilità dell'evento e non al fine di evitare la morte della vittima Sez. 7, Ordinanza n. 22817 del 16/01/2014 .

In tema di reati di danno a forma libera (nella specie, omicidio), la desistenza può aver luogo solo nella fase del tentativo incompiuto e non è configurabile una volta che siano posti in essere gli atti da cui origina il meccanismo causale capace di produrre l'evento, rispetto ai quali può, al più, operare la diminuzione per il cosiddetto recesso attivo, qualora il soggetto tenga una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento.

Nel reato di danno a forma libera (nella specie, omicidio) infatti il tentativo si perfeziona con l'attivazione del meccanismo causale capace di produrre – salvo l'intervento di fattori esterni - l'evento (cosiddetto tentativo compiuto); sicché, una volta posta in essere tale condotta, non è più configurabile la desistenza volontaria a norma dell'art. 56, comma terzo, cod. pen. - che non esime l'agente da pena, ma prende in considerazione solo gli atti già compiuti, se ed in quanto costituiscano diverso reato

- mentre non sono esclusi i più limitati effetti della diminuzione di pena prevista dal comma successivo della citata norma qualora sia tenuta una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento.

Integra pertanto il reato di tentato omicidio la condotta dell'agente che abbia indirizzato anche un solo colpo di arma da fuoco con l'intento di uccidere un avversario, non riuscendovi per imperizia balistica.

La S.C. ha precisato che, trattandosi di tentativo compiuto, non sarebbe configurabile la desistenza, anche se l'agente, dopo quell'unico colpo si sia dileguato senza scaricare il caricatore ancora pieno di colpi da esplodere Sez. 1, Sentenza n. 30336 del 14/06/2013).

Elemento che aiuterà nella valutazione differenziale sarà la permanenza della possibilità di consumazione del delitto. In tal senso Cass. Sez. 2, Sentenza n. 44148 del 07/07/2014 secondo cui “L'idoneità degli atti, richiesta per la configurabilità del reato tentato, deve essere valutata con giudizio "ex ante", tenendo conto delle circostanze in cui opera l'agente e delle modalità dell'azione, mentre la desistenza volontaria presuppone la costanza della possibilità di consumazione del delitto, per cui, qualora tale possibilità non vi sia più, ricorre, sussistendone i presupposti, l'ipotesi del tentativo.” (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il tentativo di estorsione essendo irrilevante la mancanza di ulteriori attività intimidatorie o minacciose successive alla presentazione della denuncia).

È configurabile il tentativo e non la desistenza volontaria nel caso in cui la condotta delittuosa si sia arrestata prima del verificarsi dell'evento non per volontaria iniziativa dell'agente ma per fattori esterni che impediscano comunque la prosecuzione dell'azione o la rendano vana. (In applicazione di detto principio la Corte ha ritenuto configurabile il tentativo di rapina in un caso in cui l'imputato, dopo essere entrato in un esercizio commerciale con il volto travisato e con un grosso coltello da cucina in mano, intimando ai gestori di consegnargli quanto incassato, si era allontanato avendo verificato che nel registratore di cassa non vi era denaro- (Sez. 2, Sentenza n. 51514 del 05/12/2013)

Così come sussistono gli estremi del tentativo di furto e non quelli della desistenza volontaria, nella ipotesi in cui la rinuncia a portare a termine il furto di un'autovettura sia dipeso da causa indipendente dalla determinazione dell'agente.

(Nella specie, la resistenza dei sistemi di chiusura di un'autovettura oggetto dell'azione criminosa Sez. 5, Sentenza n. 13293 del 28/01/2013).

In tema di truffa, è stato ritenuto integrata ipotesi di recesso attivo, e non desistenza, l'adoperarsi fattivamente dell'autore degli artifici e raggiri affinché il destinatario degli stessi non cada in errore. Nella fattispecie, relativa al reato commesso da un dipendente ai danni dell'ente pubblico attraverso la falsa attestazione dell'orario lavorativo sul foglio presenze, la Corte ha ritenuto che la successiva correzione inoltrata dal soggetto all'ente medesimo circa la durata effettiva dell'attività prestata integrasse recesso attivo e non desistenza, posto che l'azione doveva considerarsi ormai posta in essere Sez. 2, Sentenza n. 2772 del 22/12/2009).

IL CASO CONCRETO

Con sentenza 25.6.07 il Tribunale di Sciacca assolveva per insussistenza del fatto Gulli Filippo dall'imputazione di tentata truffa (oltre che di falso ideologico). L'accusa nasceva dall'aver il prevenuto falsamente attestato sul foglio presenze giornaliero di essere stato in servizio per un orario più lungo di quello effettivamente osservato. Ravvisava a riguardo il primo giudice un'ipotesi di desistenza volontaria perché il successivo giorno il pervenuto aveva fatto recapitare all'ufficio preposto al conteggio delle ore lavorative una rettifica con cui indicava l'esatto ammontare delle ore lavorate, così evitando l'induzione in errore del funzionario dell'ente deputato ad erogargli lo stipendio.

Con sentenza 24.1.08 la Corte d'Appello di Palermo, in accoglimento del gravame del PG, ritenuta — invece — un'ipotesi di recesso attivo ex art. 56 co. 4 c.p., condannava l'imputato per tentata truffa. Nel casi specie non può revocarsi in dubbio che l'artificio (mendace indicazione delle ore lavorative) era già perfettamente compiuto ed era (sempre secondo la doverosa prognosi postuma) astrattamente tale da mettere in moto il procedimento causale (e contabile) che sarebbe sfociato nell'erogazione della retribuzione: prova ne sia che per impedire l'evento è stato necessario il ricorso ad un'azione uguale e contraria, vale a dire alla rettifica successiva. Non può nutrirsi dubbio alcuno nemmeno in ordine all'univocità dell'atto contestato all'imputato, atteso che l'indicazione, sul foglio presenze giornaliero, delle ore di servizio effettuate è finalizzato, in primis, proprio a consentire lo sviluppo dei conteggi inerenti a quella porzione retributiva commisurata ex art. 2099 co. 1° c.c. al tempo di lavoro. Dunque, a fronte di univocità ed idoneità dell'artificio sopra descritto, deve confermarsi che la condotta posta in essere prima della rettifica di per sé integrava già un tentativo punibile, presupposto — questo - di ogni discorso di potenziale applicazione del co. 3 o del co. 4 dell'art. 56 c.p. Orbene, per antica e costante giurisprudenza della Corte Suprema la desistenza volontaria si differenzia dal recesso attivo in quanto la prima interviene quando s'interrompe l'attività esecutiva, mentre il secondo è ravvisabile quando l'attività esecutiva è

compiutamente esaurita e manca solo che si realizzi l'evento (cfr., ad es., Cass. Sez. II n. 8031 del 24.6.92, dep. 16.7.92, rv. 191291, Porcari; Cass. Sez. Vn. 4123 del 10.2.83, dep. 2.5.83, rv. 158863, Fizzarotti; Cass. Sez. I n. 6141 del 10.12.79, dep. 15.5.80, rv. 145301, Ferlisi). Per attività esecutiva compiutamente esaurita deve intendersi quella tipica del reato contestato. Nel caso di reati commissivi posto che la truffa costituisce reato d'evento, che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la "deminutio patrimonii" del soggetto passivo (cfr. Cass. S.U. n. 1 del 16.12.98, dep. 19.1.99, rv. 212079, Cellammare), l'agente deve interrompere la sequenza di atti all'esito dei quali si ha per esaurita la condotta tipica, nel senso che deve arrestarsi prima di porre in essere quegli atti ulteriori senza i quali l'evento non potrebbe verificarsi. Se, invece, prima del verificarsi dell'evento il soggetto agente interviene con nuovi atti di segno eziologicamente contrario a quelli (in precedenza posti in essere) esecutivi del reato, sarà ravvisabile un recesso attivo. In altre parole, nei reati commissivi (come quello per cui oggi è processo) la desistenza ha sempre carattere omissivo (degli ulteriori necessari atti esecutivi): diversamente, se — cioè — vengono posti in essere ulteriori atti, o questi avranno conforme direzione causale rispetto alla condotta tipica già esauritasi (ed allora saranno causalmente ininfluenti), oppure saranno di segno eziologicamente contrario a quelli già posti in essere e allora si verserà nell'ipotesi del recesso attivo (o ravvedimento operoso, secondo altra nota — seppur meno propria - terminologia), sempre che la condotta tipica si sia già esaurita. Mentre nei reati omissivi impropri la condotta commissiva integra desistenza, in quelli commissivi costituisce — invece - recesso attivo (sempre, s'intende, in ipotesi di condotta tipica già esaurita).

La condotta tipica nel reato p. e p. ex art. 640 c.p. consiste in artifici e raggiri idonei all'altrui induzione in errore, mentre il conseguente atto di disposizione patrimoniale produttivo di danno per il deceptus e di ingiusto profitto per il deceptor integra l'evento del delitto in discorso. A sua volta, l'avvenuta induzione in errore è evento (inteso in senso naturalistico) intermedio, che si colloca tra gli artifici e/o raggiri e l'atto di disposizione patrimoniale da parte del deceptus; per l'esattezza, costituisce la deliberazione volitiva (viziata dall'altrui frode) che è alla base dell'atto dispositivo. Dunque, l'adoperarsi fattivamente — così come ha fatto l'odierno ricorrente — affinché il destinatario dell'artificio non cadesse in errore è azione che si colloca all'esterno di una condotta tipica già realizzata in tutti i necessari segmenti: quindi, non integra desistenza, ma recesso attivo.

In tema di compatibilità dell'istituto con la natura dei reati per cui si procede va ricordato come lo stesso sia incompatibile con il reato di calunnia. La calunnia è reato formale ed istantaneo che si consuma nel momento in cui viene presentata la denuncia all'Autorità giudiziaria ovvero ad autorità che a quella abbia obbligo di riferire. La ritrattazione, pertanto, non impedendo il perfezionamento del reato, è inidonea a farlo degradare all'ipotesi di delitto tentato e, parallelamente a configurare recesso attivo. Solo per completezza vanno qui ricordati anche gli

elementi che differenziano l'ipotesi del recesso attivo dalla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cod. pen. (attivo ravvedimento): la diminuzione del cosiddetto recesso attivo nel delitto tentato postula che l'agente si riattivi, interrompendo il processo di causazione dell'evento, così da impedirne il verificarsi, mentre la circostanza attenuante del ravvedimento attivo presuppone che l'evento si sia già realizzato e che l'agente si adoperi spontaneamente ed efficacemente per attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato. (ex plurimis Sez. 1, Sentenza n. 40936 del 08/10/2009)

E nel caso di concorso di persone nel reato ? il singolo correo potrà beneficiare della desistenza e a che condizioni ?

In tema di tentativo il concorrente nel reato plurisoggettivo, per beneficiare della desistenza volontaria, non può limitarsi ad interrompere la propria azione criminosa, occorrendo, invece, un "quid pluris" consistente nell'annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva e nella eliminazione delle conseguenze dell'azione che fino a quel momento si sono prodotte. Sez. 1, Sentenza n. 9284 del 10/01/2014
In punto di estensione degli effetti della desistenza di uno solo degli agenti sulla posizione dei correi in ultimo la Sez. 2, Sentenza n. 48128 del 13/11/2013

Ha ritenuto che "In tema di concorso di persone nel reato, la desistenza di uno dei concorrenti deve instaurare, perché si riverberi favorevolmente sulla posizione degli altri compartecipi, un processo causale che arresti l'azione di questi ultimi e impedisca comunque l'evento; se, invece, essa elimini soltanto gli effetti della condotta individuale, non comporta benefici per gli altri compartecipi, le cui condotte pregresse, conservando intatta la loro valenza causale, hanno prodotto conseguenze ormai irreversibili, funzionali alla consumazione del reato o alla configurazione del tentativo punibile."

E se l'esecutore materiale incarico di un omicidio recede dal proposito , di cosa risponderà il mandante di un omicidio ?

In siffatta ipotesi il Supremo Collegio ha ritenuto che si configura nei confronti del mandante di un omicidio l'ipotesi prevista dall'art. 115 cod. pen. nel caso in cui l'esecutore materiale desista dall'azione senza porre in essere alcuna attività penalmente rilevante. (Sez. 1, Sentenza n. 35778 del 05/07/2013)

Il tema si avvicina a quello del reato impossibile . Intanto sotto un profilo sanzionatorio se l'art. 115 , come noto esclude la punibilità del mero accordo e dell'istigazione non accolta ma prevede la possibilità di applicare una misura di sicurezza . E' cioè la previsione speculare sotto il profilo sanzionatorio dell'ipotesi del reato impossibile

In cosa si differenzia il reato impossibile dal reato tentato ? quali i criteri di discriminazione ?

In tema di tentativo, l'idoneità degli atti non va valutata con riferimento ad un criterio probabilistico di realizzazione dell'intento delittuoso, bensì in relazione alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone, configurandosi invece un reato impossibile per inidoneità degli atti, ai sensi dell'art. 49 cod. pen., in presenza di un'inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato che sia assoluta e indipendente da cause estranee ed estrinseche, di modo che l'azione, valutata "ex ante" e in relazione alla sua realizzazione secondo quanto originariamente voluto dall'agente, risulti del tutto priva della capacità di attuare il proposito criminoso.

Ai fini della configurabilità del reato impossibile, l'inidoneità dell'azione deve essere assoluta per inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato così da non consentire neppure in via eccezionale l'attuazione del proposito criminoso. In applicazione del principio, la Suprema Corte ha ritenuto che correttamente la sentenza impugnata avesse ritenuto sussistente il tentativo di furto con riferimento un'autovettura dotata di accensione elettronica mediante centralina, osservando che, pur in mancanza della chiave originale, era comunque possibile attivare i circuiti elettrici mediante l'utilizzo di idonee apparecchiature e che, comunque, il veicolo poteva essere spostato a motore spento in un luogo irrintracciabile per la persona offesa). Sez. 5, Sentenza n. 9254 del 15/10/2014 .

Come deve essere inteso il concetto di inesistenza dell'oggetto rilevante ai fini dell'art. 49 c.p.?

La giurisprudenza ha chiarito che l'inesistenza dell'oggetto del reato dà luogo a reato impossibile solo qualora l'oggetto sia inesistente "in rerum natura" o si tratti di inesistenza originaria ed assoluta, non anche quando l'oggetto sia mancante in via temporanea o per cause accidentali.

Di conseguenza è stato ritenuto sussistente il tentativo di importazione di sostanze stupefacenti, nonostante il mancato reperimento di queste ultime, in virtù sia degli accordi presi per la fornitura di un grande quantitativo di droga, sia dell'invio, da parte degli acquirenti, di una "garanzia umana" richiesta dai fornitori, sia della predisposizione delle operazioni di sdoganamento Sez. 3, Sentenza n. 26505 del 20/05/2015).

Per la ricorrenza tra i casi pratici va ricordato, in tema di falso nummario, la grossolanità della contraffazione, che dà luogo al reato impossibile, che si apprezza solo quando il falso sia "ictu oculi" riconoscibile da qualsiasi persona di comune discernimento ed avvedutezza e non si debba far riferimento nè alle particolari cognizioni ed alla competenza specifica di soggetti qualificati, nè alla straordinaria diligenza di cui alcune persone possono esser dotate.

E' configurabile un reato impossibile quando un'impresa delittuosa , ad esempio un'estorsione , fallisce a causa dell'intervento della polizia previamente avvertita? (tesi spesso sostenuta dalla difesa)

La giurisprudenza in modo assolutamente unanime ritiene che ricorre in questo caso un'ipotesi di punibilità del fatto a titolo di tentativo, stante l'idoneità astratta dell'azione posta in essere valutata con un giudizio ex ante, dal momento che il servizio di polizia opportunamente predisposto per sorprendere in flagranza di reato l'estortore non è destinato ad incidere sulla efficienza causale della sua azione delittuosa. Sostenere che la presenza della polizia costituirebbe un ostacolo insormontabile, originario e preesistente all'azione delittuosa programmata, tale da vanificarne l'idoneità, significa non rendersi conto che l'intervento della polizia rende molto improbabile ma non impossibile la consumazione del reato.

In tema di concussione, non è configurabile l'ipotesi del reato impossibile, di cui all'art. 49 cod. pen., bensì quella del tentativo punibile, in relazione alle richieste e pressioni illecite del pubblico ufficiale intervenute successivamente alla presentazione di denuncia all'Autorità giudiziaria da parte del soggetto passivo. (vv Sez. 6, Sentenza n. 25677 del 16/03/2016)

Attenzione a parte merita un campo di applicazione in concreto più rilevante dell'ipotesi di cui all'art. 49 c.p. , ossia l'ipotesi di coltivazione di sostanze stupefacenti nonché il rapporto tra l'art. 49 c.p. e l'art. 131 bis c.p. .

Come è noto la Corte a Sezioni Unite, ha affermato che la coltivazione di piante destinate alla produzione di stupefacente è una condotta sempre punibile in quanto esclusa, dal D.P.R. n. 309 del 1990, artt. 75 e 73, dall'ambito della detenzione finalizzata all'uso personale.

La più recente giurisprudenza ha esaminato la fattispecie in oggetto ponendosi più volte il problema dell'analisi in concreto dell'offensività della condotta .Ha così ritenuto che la offensività in concreto manchi quando il prodotto finale non abbia alcuna capacità drogante (ipotesi che, in realtà, potrebbe essere anche risolta con riferimento alla non realizzazione della fattispecie tipica che è quella di una pianta con un adeguato contenuto di principio drogante): Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile. (Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta, non massimata). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996). (Sez. U, n. 28605 del 24/04/2008 - dep. 10/07/2008, Di Salvia, Rv. 239921). Tesi ribadita da Sez. 4, n. 43184 del 20/09/2013 - dep. 22/10/2013, Carioti e altro, Rv. 258095 "Pertanto, e conclusivamente, la condotta è inoffensiva soltanto se essa è priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura assai limitata, minima, l'effetto psicotropo evocato dal già richiamato D.P.R., art. 14.

Ed ancora, altra giurisprudenza ha considerato il carattere di offensività in concreto con maggiore attenzione alla ragione per la quale è affermato la sanzionabilità "comunque" della coltivazione, individuando il non infrequente caso in cui, pur realizzata la condotta tipica, che comprende anche la produzione di una pur minima sostanza con efficacia psicotropa, il carattere ridotto della coltivazione non consenta di ritenere raggiunta la soglia di offesa in concreto del bene tutelato. La coltivazione domestica di una piantina di canapa indiana contenente principio attivo pari a mg. 16, posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, costituisce condotta inoffensiva "ex" art. 49 c.p., che non integra il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990. (Sez. 4, n. 25674 del 17/02/2011 - dep. 28/06/2011, P.G. in proc. Marino, Rv. 250721) (in motivazione •

“Ciò detto e venendo al caso di specie, è da ritenere che il giudice di merito abbia fatto buon governo dei principi illustrati, laddove ha riconosciuto a fronte delle oggettive circostanze del fatto e della modestia dell'attività posta in essere (coltivazione domestica di una piantina posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, contenete un principio attivo di mg. 16), una condotta del tutto inoffensiva dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice).

Va quindi considerato che, in un caso di produzione assolutamente minima, si pone un problema di "offensività" in concreto della condotta, interpretazione già adottata dalla Suprema Corte con la sentenza Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014 - dep. 30/07/2014, Pg in proc. Piredda, Rv. 260170 [La punibilità per la coltivazione non autorizzata di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti va esclusa allorché il giudice ne accerti l'inoffensività "in concreto", nel senso che la condotta deve essere così trascurabile da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità della droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto penalmente irrilevante la coltivazione di due piantine di marijuana contenenti un principio attivo inferiore al quantitativo massimo detenibile)] Perciò l'azione tipica della coltivazione si individua senza alcun riguardo all'accertamento della destinazione della sostanza bastando che sia realizzato il pericolo presunto quale sopra specificato. Ma, proprio nella individuazione del compimento della azione tipica nel singolo caso, va applicata la regola di necessaria sussistenza della "offensività in concreto": ovvero, pur realizzata l'azione tipica, dovrà escludersi la punibilità di quelle condotte che siano in concreto inoffensive. Va quindi ribadito che ricorre la assenza di offensività per quelle condotte che dimostrino tale levità da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza. Ovvero, a fronte della realizzazione della condotta tipica, che è la coltivazione di una pianta conforme al "tipo botanico" e che abbia, se matura, raggiunto la soglia di capacità drogante minima, il giudice potrà e dovrà valutare se la condotta stessa sia del tutto inidonea alla realizzazione della offensività in concreto. L'ambito di tale riconoscibile inoffensività è, ragionevolmente, quello del conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione

tale da escludere la possibile diffusione della sostanza producibile e/o l'ampliamento della coltivazione. Risulta quindi corretto affermare che l'aver coltivato due piantine, quantitativo che esauriva la loro disponibilità senza alcuna prospettiva di utile distribuzione in favore di terzi consumatori, non è in concreto una condotta offensiva per le ragioni anzidette. (vv. sul punto Sez. 6, Sentenza n. 5254 del 10/11/2015)

A tale ricostruzione consegue anche la diversa ricostruzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131 bis C.P. L'art. 131 bis cod. pen. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato. Rileverà ancora l'eventuale configurabilità dell'ipotesi ex art. 49 c.p. nel caso in cui la stessa riguardi il reato presupposto in tutti quei reati che ne richiedono uno come presupposto

In tema di riciclaggio, integra gli estremi del reato putativo, non punibile ai sensi dell'art. 49, comma primo, cod. pen., la condotta di chi abbia agito ritenendo o accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente.

Così n tema di riciclaggio, integra gli estremi del reato putativo, non punibile ai sensi dell'art. 49, comma primo, cod. pen., la condotta di chi abbia agito ritenendo o accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente. Non è configurabile l'ipotesi del reato impossibile in relazione alla fattispecie di false dichiarazione a pubblico ufficiale sulla propria identità o sulle proprie qualità personali, in quanto la lesione del bene della fede pubblica si realizza per il solo fatto di aver dichiarato il falso e indipendentemente dalla circostanza che il pubblico ufficiale sia consapevole o meno della falsità delle dichiarazioni medesime.

7. L'agente provocatore

L'agente provocatore da sempre è figura controversa all'interno dell'ordinamento giuridico e del codice penale. Agli albori della stesura del Codice Rocco tale figura veniva inquadrata come istigazione qualificata volta a ricomprendere tutte quelle situazioni in cui: un soggetto induce altri a commettere reati avvalendosi di forme di coazione morale e psichica; tale definizione è stata superata poco dopo in quanto si è ritenuto che non fosse completa mancando dell'elemento materiale in relazione alle attività di coazione.

L'agente non sarebbe solo colui che induce altri a commettere un fatto, ma potrebbe essere egli stesso parte dell'organizzazione criminale partecipando attivamente alle attività da quest'ultima poste in essere, in tal modo però si ricorrerebbe alla classificazione di infiltrato. Per infiltrato si deve intendere un agente di polizia o collaboratore delle forze dell'ordine che infiltrandosi nell'organizzazione criminale rende credibile la sua copertura volta a fini d'indagine. La differenza sostanziale con l'agente provocatore risiede nel fatto che il primo, non stimola condotte criminose o alla commissione di reati, ma la sua sembra essere una condotta di osservazione e contenimento, in questo modo, il suo agire sarà compatibile con le norme di diritto interno ed internazionale^[1].

Tornando all' agente provocatore, la dottrina era ed è tutt'ora non unanime: parte di questa riconduce la condotta dell'agente agli estremi dell'art. 110 c.p. quindi come concorso nel reato; altra parte invece, ritiene che l'atteggiamento del provocatore non sia volta al compimento o alla compartecipazione al reato stesso ma unicamente ad volto ad accertare il reato ai fini di giustizia. Tale materia è stata oggetto di modifica prima nel 2006 e poi nel 2010, prevedendo che ai fini della punibilità dell'agente dovrà verificarsi il grado di incidenza della sua condotta posto che l'istigazione è punibile ove l'agente abbia commesso ex se il reato.

Come ogni reato che si rispetti si ricerca l'elemento oggettivo nonché quello soggettivo; in riferimento al primo, la dottrina e la giurisprudenza dominante prevedono si potrebbe avere provocazione vera e propria e al contrario un intervento solo sopravvenuto, facendo sì che la condotta dell'agente in realtà non incida su quella del reo; a queste ipotesi si aggiunge quella in cui la fattispecie non riguardi i reati in contratto come la truffa, ma al comportamento dell'agente stesso che influisce sul comportamento di una delle parti. In questa ipotesi, la dottrina minoritaria, ritiene che la condotta sia irrilevante come tentativo a norma dell'art. 56 c.p.; quella invece prevalente ritiene che trova attuazione piena il suddetto articolo mediante un ricorso al giudizio controfattuale basato sul meccanismo della prognosi postuma a base parziale.

Nei reati a concorso necessario, qualora la qualifica del soggetto agente non incida sugli atti posti in essere, si configurerà l'ipotesi di reato impossibile e come tale non punibile a norma dell'art. 49 c.p.; qualora invece dovesse aversi ipotesi di reato contratto, come la vendita di armi o la cessione di stupefacenti, in quel caso sarebbe difficile negare la colpevolezza dell'agente provocatore che però, potrebbe essere passibile di circostanze attenuanti o comunque non sarebbe punibile in assenza dell'elemento soggettivo del delitto consumato in quanto questo, si pone come obiettivo il mancato realizzarsi di attività di tipo criminoso.

Parte della dottrina sembra propendere per la sua punibilità in conformità del disposto dell'art. 110 c.p. esistendo in capo all'agente provocatore il dolo, l'intenzione di porre in essere quella determinata condotta criminosa, quindi egli

sarebbe un vero e proprio concorrente nel reato. Se si partisse dal presupposto, avallato dalla Corte di Cassazione, secondo cui la condotta dell'agente in conformità a quanto disposto dall'art. 51 c.p. dovrebbe essere solo di controllo, osservazione, contenimento della condotta criminosa del provocato, si finirà per considerare come illecita qualsiasi tipo di condotta che integri l'estremo di provocazione o istigazione del provocato e poi reo in funzione della commissione di un delitto. La condotta dell'agente provocatore secondo la Corte Europea, dovrebbe consistere in una mera istigazione non determinante ai fini del reato.

Per ciò che concerne invece il provocato, si può affermare che la Corte Europea sostiene che qualora il reato non sarebbe stato compiuto senza provocazione da parte dell'agente, allora si configura l'art. 49 c.p. e quindi la fattispecie di reato impossibile con impossibilità appunto di punire il reo per la condotta assunta; se invece il reato fosse stato eseguito e voluto dal provocato, a prescindere dalla provocazione subita, allora questo risponderà secondo quanto previsto dal codice penale in relazione al fatto. Un caso consueto quanto recente è quello evidenziato da una sentenza del 2011^[2] avente ad oggetto un agente di polizia il quale cela la propria qualifica di ufficiale ed entra in contatto con un traffico criminale. L'obiettivo è quello di raccogliere prove utili e di far cogliere in flagranza i suoi interlocutori; egli per realizzare ciò svolge attività che, per la sua componente di "adesione fattiva" al comportamento criminoso, va ben oltre una ordinaria "indagine" su fatti commessi o in corso di realizzazione. Questo caso, è proprio l'emblema della fattispecie in cui l'agente, lungi dall'operare da semplice "infiltrato", dà un contributo da considerarsi a tutti gli effetti concorsuale (art. 110 c.p.). Nella fattispecie su riportata però la punibilità dell'agente, anche se riconosciuta dalla giurisprudenza ritenente che non si possa applicare una scriminante putativa^[3], non è presa in considerazione, essendo imputati unicamente i soggetti provocati. Il poliziotto agisce in questo caso al di fuori delle procedure stabilite dall'art. 97 d.p.r. 390/90 per le operazioni "sotto copertura"; egli ha intenzione di svolgere attività interlocutorie con la banda criminale, ma una volta fissato l'incontro questi gli offrivano alcune partiture di droga che già detenevano, permettendo all'agente di far intervenire i colleghi al fine di arrestare i detenuti in flagranza di reato.

La Corte ha negato in questo caso qualsiasi tipo di provocazione da parte dell'agente sostenendo che il contributo offerto dall'agente, non aveva determinato in alcun modo la commissione di una fattispecie criminosa che senza il suo intervento non sarebbe stata realizzata e sostenendo la punibilità, per detenzione di sostanza stupefacenti, degli unici soggetti con cui l'agente era entrato in contatto.

Di recente, uno dei membri del partito Cinquestelle, si è dichiarato propenso ad inserire una figura nuova, attinente alla già esistente figura dell'agente provocatore, quale quella di agente corruttore il quale dovrebbe provare

corrompere il parlamentare e qualora quest'ultimo cedesse si avrebbero i presupposti per poterlo indagare ed eventualmente arrestare per corruzione.:

8. All'articolo 9, comma 1, della legge 16 marzo 2006, n. 146, la lettera a) è sostituita dalla seguente:

(1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili)

« a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali ».

Rimane di dubbia qualificazione la punibilità o meno dell'agente provocatore; è dubbio appunto se esso possa rispondere in concorso di reato con il reo a norma dell'art. 110 c.p. o possa godere delle scriminanti o della non punibilità, per risolvere o almeno tentare di risolvere la problematica nel 2010 sono state tipizzate le ipotesi di intervento dell'agente provocatore come operatore sotto copertura in relazione ad alcuni tipi di reati.

[1] CEDU, 21 febbraio 2008, Pyrgiotakis c. Grecia; id, Banikovas c. Russia, 4 novembre 2010

[2] Cassazione penale, Sez. III, del 07 aprile 2011

Avv. Valeria D'alessio

8. Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU

Dalla rivista Diritto penale contemporaneo

Cass., Sez.III, 7.4.2011 (dep. 3.5.2011), n. 751, Pres. Squassoni, Rel. Ramacci, ric. Ediale e a.

La sentenza qui allegata affronta, tra le altre, la tematica dell' "agente provocatore". Il caso è quello consueto: un agente di polizia, celando la propria qualifica, riesce ad entrare in contatto con un traffico criminale, ed al fine di raccogliere prove e/o far cogliere in flagranza i suoi ignari interlocutori compie un'attività che, per la sua componente di "adesione fattiva" al comportamento criminoso, va ben al di là di una ordinaria "indagine" su fatti commessi o in corso di realizzazione. In simili evenienze, qualora risulti che il soggetto, lungi dall'operare da semplice "infiltrato", abbia posto in essere un contributo da considerarsi a tutti gli effetti concorsuale - circostanza che si verifica in modo particolarmente evidente in caso di provocazione "in senso stretto", cioè quando il provocato venga in vario modo indotto a commettere un reato che altrimenti non avrebbe realizzato - si pongono fondamentalmente due questioni.

In primo luogo, v'è da interrogarsi circa la possibile punibilità dello stesso provocatore, o comunque del soggetto che abbia posto in essere un contributo concorsuale rilevante, al di fuori dei limiti stabiliti da espresse clausole di non punibilità in tema di operazioni "sotto copertura". La corresponsabilità è normalmente riconosciuta dalla giurisprudenza: v. ad es. Cass., Sez.IV, 24.1.2008, Casaula, Ced 239640; Cass., Sez.I, 14.1.2008, D'Amico e altri, Ced 239704. Si esclude, ad es., la configurabilità di una scriminante putativa (v. ad es. Cass., Sez.IV, 17.12.2008, Grguric, Ced 243439). Della questione non si occupa la sentenza in oggetto, intervenuta in un procedimento che vedeva come imputati soltanto i "provocati".

In secondo luogo, emerge il problema della responsabilità della persona "sollecitata" a delinquere dall'agente di polizia. Detta responsabilità è normalmente riconosciuta dal punto di vista sostanziale; si esclude, in particolare, la natura "impossibile" del

reato realizzato (tra le altre Cass., 27.10.1995, Manna e a., Ced 204794; Cass., Sez.VI, 17.6.1993, Chianale, Ced 195049; Cass., Sez.IV, 14.3.2008, Varutti, Ced, 2008/239526). Si discute, tuttavia, della utilizzabilità delle prove raccolte a suo carico mediante una illecita attività di induzione a delinquere compiuta dagli stessi inquirenti (fermo restando che, ove il provocatore assuma la qualità di imputato in procedimento connesso o collegato, saranno applicabili gli artt.210 e 192 c.p.p.: Cass., Sez.II, 28.5.2008, Cuzzucoli, Ced 241441)

A quest'ultimo proposito, assume particolare rilievo la costante giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (Corte EDU, 9.6.1998, Teixeira de Castro c. Portogallo; Corte EDU, 21.2.2008, Pyrgiotakis c. Grecia; Corte EDU 1.7.2008, Malininas c. Lituania), rammentata nelle motivazioni della sentenza in oggetto, stando alla quale deve ritenersi violata la clausola del "processo equo" (art.6 CEDU) nel caso in cui un soggetto venga condannato per un reato provocato "in senso stretto" dalle stesse forze di polizia. Tale orientamento, dal punto di vista dell'ordinamento interno, assume senz'altro un rilievo processuale, avallando appunto la censura di inutilizzabilità ai sensi dell'art.191 c.p.p. degli atti raccolti mediante provocazione (v. ad es. Cass., Sez.III, 3.6.2008, Ced 240269); ferma restando, tuttavia, la liceità dell'eventuale sequestro del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato (Cass., Sez.IV, 14.3.2008, Varutti, Ced 239525)

A parer di taluno, nondimeno, la giurisprudenza europea avrebbe altresì implicazioni di carattere sostanziale, perché, al di là della «veste processuale dell'argomentazione», la regola iuris formulata dalla Corte EDU sembra in fin dei conti disegnare una vera e propria "causa di non punibilità" a favore del provocato, che il giudice italiano dovrebbe automaticamente applicare ogni qual volta accerti la portata "causale" del contributo dell'infiltrato, ad es. al fine di ritenere quest'ultimo penalmente responsabile [così almeno A.di Martino, Concorso di persone nel reato, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.De Francesco, Torino, 2011, 239]. L'ipotesi non sembra, per adesso, trovare supporto in giurisprudenza.

Nel caso di specie, più in particolare, il poliziotto – agendo al di fuori delle procedure stabilite dall'art. 97 d.p.r. 390/90 per le operazioni "sotto copertura"– attraverso l'attività di un'informatrice entrava in contatto con una banda di trafficanti, organizzando un primo incontro che, nel suo progetto, doveva essere soltanto interlocutorio. In realtà, i soggetti contattati gli offrivano sin da subito alcune partite di droga di cui già disponevano; l'agente, pur colto di sorpresa, si qualificava e faceva intervenire i colleghi, che attuavano l'arresto in flagranza.

La Corte ha buon gioco a negare qualsiasi provocazione, e dunque a confermare la condanna pronunciata dai giudici di merito sulla base del materiale probatorio raccolto nell'operazione. Il contributo del poliziotto non aveva "determinato" la commissione di una fattispecie criminosa che, altrimenti, non sarebbe stato realizzata. Il reato contestato è, infatti, quello di illecita detenzione di stupefacenti per la vendita; ed è indubbio che i soggetti già detenessero le sostanze e le avessero, per così dire, precedentemente "offerte al pubblico", a prescindere dalla richiesta di contatto avanzata dall'agente in borghese, la quale dunque costituiva solo l'occasione affinché "venisse alla luce" un'attività criminosa già in atto.

Nonostante l'attenzione rivolta alla giurisprudenza sovranazionale, la sentenza in esame – conformemente ai suoi precedenti – trascura come dalle non sempre perspicue motivazioni delle citate decisioni della Corte EDU potrebbe evincersi (il condizionale è d'obbligo) un ulteriore presupposto di legittimità per operazioni lato sensu di infiltrazione poliziesca, e cioè il loro necessario svolgersi sotto l'egida dell'attività giudiziaria. Per altro verso, v'è da chiedersi se le ormai numerose, espresse clausole di legittimità dell'attività di infiltrazione – quale appunto quella contenuta nel cit. art.97 – per il loro contenuto procedurale non debbano considerarsi, prima ancora che cause di giustificazione dell'attività dell'infiltrato, vere e proprie norme di disciplina di uno specifico potere dell'autorità. Se così fosse, i comportamenti che costituiscano attuazione di quella pubblica prerogativa dovrebbero ritenersi "illegittimi" per il fatto stesso di essere stati compiuti senza rispettare quella disciplina (a prescindere, cioè, dalla loro connotazione "istigatoria"), con tutto quello che potrebbe conseguirne se non altro sul piano processuale. Su entrambe queste questioni, evidentemente rilevanti rispetto alla vicenda concreta trattata in sentenza (come si è detto, l'operazione veniva compiuta al di fuori delle procedure di cui all'art.97 cit., comportanti anche un coinvolgimento dell'autorità giudiziaria), sia consentito rinviare a A. Vallini, Il caso "Teixeira de Castro" davanti alla Corte europea per i diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca, in Leg.pen., 1999, 200 ss. 147

9. L'APPLICAZIONE DELLE SCRIMINANTI

E DELLE GARANZIE FUNZIONALI AI REATI DI TERRORISMO

di Nicolò Giordana

Abstract. *Nel quadro internazionale il crescente fenomeno del terrorismo ha spinto il Legislatore a generare e rafforzare un comparto normativo di garanzie destinate a quegli specifici soggetti che sono chiamati a tutelare la sicurezza collettiva. Il framework delle*

scriminanti di parte generale è quindi stato arricchito dalla speciale causa di giustificazione che opera nei confronti dei reati posti in essere per il contrasto al terrorismo.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’attività d’intelligence e le esigenze di tutela del diritto. – 3. Introduzione della speciale causa di giustificazione. – 4. L’art. 17 e le condotte scriminate. – 5. Le eccezioni alla causa di giustificazione. – 6. La procedura di attivazione della scriminante speciale. – 7. L’eccezione della scriminante avanti l’Autorità giudiziaria. – 8. Il novum del D.L. n. 7/2015 e la funzione di contrasto al terrorismo.

1. Introduzione.

Il Legislatore italiano, in un contesto di mancanza di una formulazione ben chiara ed espressa di quali garanzie di operatività potessero essere affidate ai Servizi di intelligence italiani, ha sopperito a tale deficit mediante l’approvazione della Legge 3 agosto 2007, n. 124 regolante i Servizi di informazione per la sicurezza e la disciplina del segreto di Stato. Proprio nel senno di questa normativa all’art. 17 si sono volute prevedere delle scriminanti, delle speciali esenzioni dalla punibilità chiamate garanzie funzionali grazie alle quali gli operatori possono agire nei propri impieghi volti a preservare quel bene giuridico della sicurezza dello Stato che più volte la stessa Corte Costituzionale ha inteso come sempre prevalente sugli altri in quanto condizione a fondamento della tutela dei singoli beni individuali¹.

A seguito dei molteplici attentati terroristici di matrice fondamentalista-islamica che hanno colpito l’occidente e l’Europa, il Parlamento si è poi trovato in una situazione di contingenza tale per cui le previste garanzie – della L. 124/2007 – sono state valutate poco impregnanti e poco significative per quella che deve essere un’azione d’intervento massiccio degli strumenti d’intelligence per reperire le informazioni necessarie ai fini della security. Con il Decreto Legge 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito il L. 17 aprile 2015, n. 43) denominato Pacchetto antiterrorismo il Legislatore ha risposto a questa esigenza ampliando e riformando il sistema delle garanzie funzionali. Il diritto penale sostanziale ha quindi visto l’accesso nel proprio framework di nuove esimenti che, seppur per determinate categorie di soggetti²,

¹ 1 Cfr. *Inter multas*, Corte Costituzionale sent. n. 86/1977 e sent. n. 77/1987.

² Le garanzie funzionali sono infatti invocabili unicamente a favore degli agenti dei Servizi di informazione e, a far luogo dal Decreto Legge 30 ottobre 2015, n. 175 rubricato *Proroga delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia*, al personale dei comparti della Difesa che intervengono a supporto dell’intelligence. Per un’analisi funditus sul tema cfr. N. GIORDANA, *Scriminanti e garanzie funzionali. Tra legislazione d’intelligence e diritto penale militare*, Bergamo, 2016, 94-104.

dal 2015 sono state modificate e adattate alle migliori esigenze. Il nuovo comparto interviene così, nel rispetto del principio di legalità e di bilanciamento, all'interno del panorama giuridico penale italiano.

2. L'attività d'intelligence e le esigenze di tutela del diritto.

Che l'attività d'intelligence non sia ordinaria è agli occhi di tutti ma spesso sfugge la ragione per la quale lo Stato accordi una compressione dei diritti del singolo a favore di quelli spettanti ai propri agenti che svolgono detta attività. Per spiegare la ratio di questa scelta giuridica possiamo partire dalla frase di macchiavellica memoria – in realtà mai pronunciata dallo statista – secondo cui il fine giustificherebbe i mezzi che chiarisce proprio il concetto che sta alla base delle garanzie funzionali, un condizionato *laissez faire* nel fine (condizionato dal principio di legalità) per un risultato indisponibile, la sicurezza della *Societas*.

In tale rapporto l'intelligence non rappresenta il fine bensì il mezzo per raggiungere l'obiettivo – che può avere carattere pubblicitico o privatistico – del supremo interesse della sicurezza nazionale, appunto. Sulla base di questo ragionamento una parte della dottrina definisce l'intelligence come uno «strumento di soggetti statali cui la legge affida determinate missioni od anche strumento di soggetti privati che intendono raggiungere specifici scopi per l'affermazione sul libero mercato»³. In altri termini potremmo definire l'intelligence come uno strumento straordinario dello Stato utilizzato per garantire la sicurezza collettiva e, proprio per tale primaria funzione, destinatario di un range di garanzie più ampio rispetto a quelle del *quisque de populo*.

La finalità dei Servizi è quindi l'interesse nazionale inteso come interesse a mantenere la propria identità democratica, alla conservazione sociale ed allo sviluppo economico. **Dobbiamo però distinguere tra le funzioni affidate agli Organi di polizia e quelle attribuite ai Servizi: mentre i primi tutelano l'ordine e la sicurezza in termini preventivi e repressivi garantendo alla Giustizia i soggetti che hanno commesso reati, i secondi tutelano la sicurezza interna ed esterna del Paese da minacce esterne.** Ambedue queste entità sono poste al servizio della Nazione ma perseguono obiettivi sono diversi.

Il limen tra le due è quello individuabile attraverso lo scritto Diritto d'informazione dello Stato del giurista e storico Arturo Carlo Jemolo che affermava che i Servizi sono chiamati ad occuparsi della raccolta di ogni informazione utile alla sicurezza

³ Cfr. C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, I servizi di informazione e il segreto di Stato, Milano, 2008, 227-228.

nazionale, compito ben più ampio rispetto alla mera funzione preventiva e repressiva⁴.

L'intelligence rappresenta quindi quel complesso di operatori il cui compito è svolgere ogni genere di attività che permetta al Governo di assumere delle decisioni quanto più efficaci nell'interesse dello Stato. È quindi la finalità dell'azione dei Servizi che rappresenta il discrimine tra la competenza di questi e quella attribuita alle Forze di polizia. Questa stessa finalità è anche il principio di giustificazione per, come direbbe Aldo Mazzini Sandulli, il travalico della "frontiera della legge comune". Tale overboarding è da riferirsi a quella particolare situazione, connotata del carattere di eccezionalità, che richiede l'intervento e l'impiego di particolari mezzi – che possono rivelarsi anche illegali – per il fine ultimo e superiore della sicurezza nazionale. Ogni operatore d'intelligence dovrà quindi essere ben a conoscenza di come la particolare condizione di "illegalità tollerata" dell'azione da questi posta in essere sia vincolata esclusivamente e tassativamente al fine di cui sopra.

Tutto ciò ci porta a comprendere le particolari peculiarità dei Servizi con riferimento ai mezzi ed alle modalità impiegate per la loro attività, mezzi "non convenzionali" in quanto unicamente a loro attribuiti e non propri di altre amministrazioni statali, e "diversi" perché non strettamente incardinati nel concetto di legalità assoluta cui invece è sottoposto ogni altro comparto dello Stato. La legittimità dei fini prevale dunque sulla legalità dei mezzi e costituisce la maggiore peculiarità dell'intelligence, e questo ha corroborato da sempre la volontà che il nostro Paese ha sempre manifestato nel tener ben separati e distinti i Servizi d'intelligence dagli altri apparati di polizia.

3. L'introduzione della speciale causa di giustificazione.

Il problema della sicurezza interna ha iniziato a rendersi sempre più dibattuto dall'11 settembre 2001 e, in ragione dell'esigenza di tutela dei consociati, lo Stato ha sentito la necessità di porre nelle condizioni operative maggiormente ideali i Servizi d'intelligence affinché possano adempiere al meglio ai compiti loro affidati, ovvero sia godere di un apparato esteso di garanzie funzionali che assicuri l'efficienza di detti apparati.

La ragion d'essere della normativa che ha riformato nel 2007 i Servizi di informazione risiede proprio nella volontà di una maggior garanzia degli agenti, maggior garanzia che si esplica nella previsione di speciali scriminanti. La L. 124/2007 ha quindi affrontato l'annoso tema delle garanzie funzionali nell'ottica

⁴ Cfr. A.C. JEMOLO, *Diritto d'informazione dello Stato* (a proposito di una recente polemica), in *Per Aspera Ad Veritatem*, 1, Roma, 1995, www.gnosis.aisi.gov.it.

sostanzial-penalistica assegnando una particolare esimente in ragione della quale gli operatori delle Agenzie non sono punibili qualora pongano in essere condotte previste dalla legge come reato se ed in quanto autorizzate ex lege perché indispensabili ai fini della sicurezza nazionale.

Il Legislatore ha quindi risolto in radice il de quo circa la tipicità o meno delle condotte tenute dai Servizi affermando che il fatto in genere penalmente tipico, valutato in un'ottica finalistica in favore dell'Ordinamento giuridico, diventa consentito ⁵.

L'operatore, meramente per fini d'ufficio, potrà quindi compiere reati fermo restando la tipicità della loro condotta non solo formale ma anche sostanziale: la scriminante agisce sull'elemento della tipicità sostanziale in quanto è quest'ultima che consente la verifica del giudizio sull'antigiuridicità, basti pensare al fatto che l'art. 17 della L. 124/2007 richiama de facto l'art. 51 c.p. in materia di adempimento del dovere.

L'art. 17 rappresenta una scriminante speciale dove il richiamo all'art. 51 c.p. rafforza il potere d'azione dei Servizi di informazione: come diremo tra poco, infatti, l'Esecutivo deve sottostare ad una valutazione circa l'indispensabilità dell'azione al fine di garantire una copertura con la scriminante delle garanzie funzionali. L'adempimento del dovere troverà espansione nel solo caso in cui ex post si venga a ritenere che l'autorizzazione data dal Governo fosse illegittima e per ciò stesso inefficace (con relativa inefficacia della garanzia funzionale): in questo caso l'atto posto in essere dagli operatori dell'intelligence sarà comunque scriminato non già dall'art. 17 della L. 124/2007 ma dall'art. 51 c.p. in ragione dell'aver ottemperato ad un ordine che era legittimo al momento in cui è stato impartito.

Precedentemente alla riforma dei Servizi ci furono comunque dei cori che sostennero la necessità di dotare l'intelligence di scriminanti tipiche, esempio ne è l'intervento di Vincenzo Caianiello, presidente della Corte Costituzionale, che riferì come agli appartenenti ai Servizi di sicurezza dovesse «essere consentito di trasgredire a norme e precetti, sempre esclusi quelli che escludano e violino i diritti della persona fra i quali primi fra tutti l'integrità fisica; soltanto se comportamenti del genere risultino strettamente finalizzati agli interessi costituzionalmente garantiti attraverso il segreto» ⁶.

⁵ 5 La particolare scriminante opera quindi oggettivamente rendendo un fatto, che diversamente sarebbe reato, lecito in quanto è la legge stessa, in quel momento ed in quelle condizioni, ad imporlo o consentirlo. Sul punto cfr. R. GAROFOLI, Compendio di Diritto penale, Parte generale, Roma, 2016, 291.

⁶ 6 V. CAIANIELLO, Segreto e democrazia, in *Per Aspera Ad Veritatem*, 4, Roma, 1996, 16.

Come ha affermato in termini più che condivisibili Mosca, la ratio di questa tutela maggiorata è da considerare in ossequio ad una «visione funzionalistica del diritto penale nel senso dell'efficienza»⁷ dove gli obiettivi superiori dell'interesse dello Stato sono da anteporsi a qualsiasi altro elemento, una superiorità insita nelle attività dei Servizi d'intelligence vista la funzione di preservazione della sicurezza nazionale, un interesse preminente anche – come ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 86 del 1977 – sulle finalità di Giustizia.

Le basi entro le quali si è mossa la L. 124/2007 erano già state poste dieci anni prima, nel 1997, quando la Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio e presieduta dal generale Roberto Jucci (da qui Commissione Jucci) affermò che il bene sovrano che garantisce la coesistenza degli altri è la sicurezza dello Stato. Ciò consentì a Giovanni Conso, emerito presidente della Consulta, di affermare come si necessitasse, per la tutela di detto bene, di un Organo in grado di agire con una specifica attività informativa da proteggersi col segreto e potenziare prevedendo particolari scriminanti per i suoi membri⁸ ritenuto non efficace l'impianto classico del sistema penale che, all'art. 51 c.p.

La Commissione concluse così affermando che fosse opportuno «predisporre un sistema di regole che segnino con ragionevole precisione i limiti delle condotte tenendo conto della difficoltà di tipizzare le condotte prevedibili ma anche dell'importanza degli interessi in gioco e del rischio intrinseco della creazione di zone d'ombra all'interno delle quali possano allignare prassi di dubbia legittimità»⁹

Dalla venuta in esecuzione della L. 124/2007 si sono quindi aperti nuovi fronti di problematicità interpretativa laddove gli interpreti devono districarsi tra la compresenza dell'art. 17 della nuova normativa e delle scriminanti classiche, specie quella in materia di adempimento del dovere.

La speciale esimente è stata arricchita di requisiti, condizioni e limiti superiori rispetto a quelli previsti per le cause ordinarie e ciò proprio in ragione del fatto che essa va' a scriminare azioni destinate a comprimere maggiormente i diritti rispetto

⁷ C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, I servizi di informazione e il segreto di Stato, cit., 235.

⁸ Cfr. G. CONSO, Sicurezza fra informazione, segreto e garanzia, in *Per Aspera Ad Veritatem*, 3, Roma, 1997, 2.

⁹ Relazione finale Commissione Jucci, Senato della Repubblica, Roma, 1997, 34-35.

alle azioni tutelate dalle esimenti ordinarie. In particolar modo queste condizioni d'efficacia sono:

- a) la proporzionalità dell'atto posto in essere rispetto all'obiettivo della missione, senza il quale lo stesso non sarebbe raggiungibile;
- b) l'autorizzazione politica all'azione;
- c) il balancing process tra gli interessi pubblici e privati in gioco ed il relativo minor danno possibile;
- d) i binari, rappresentati dai limiti oggettivi e soggettivi, entro cui l'azione deve essere condotta.

Con riferimento al rapporto tra l'art. 51 c.p. e l'art. 17 L. 124/2007 rileva dire come sicuramente il secondo è, come abbiamo già affermato, scriminante a carattere speciale. Occorre però definire se il nesso tra le due norme sia di genere a specie, dove la norma speciale prevale sulla generale.

Risolvere tale problema ha una forte incidenza in ordine agli effetti delle scriminanti. Sicuramente il rapporto può essere visto in ottica di completamento della generale alla speciale, destinata ad un nucleo maggiormente ridotto. Si pensi, per esempio, all'art. 23, comma 2, della citata Legge che attribuisce la qualifica di ufficiale o agente di pubblica sicurezza agli operatori dei Servizi anche per lo svolgimento di attività di tutela delle infrastrutture e del personale del DIS o dei Servizi di informazione per la sicurezza: questi atti non trovano copertura già nell'art. 17 in quanto non ravvisabili quali specifiche finalità istituzionali bensì nell'art. 51 c.p.

Un vuoto normativo possiamo però ravvederlo nel fatto che la L. 124/2007 non ha compreso nella sua trattazione le attività riconducibili alla security in quanto, per scelta del Legislatore, il focus è stato spostato sul solo reperimento ed analisi delle

informazioni. Dobbiamo però ritenere che nei confronti di qualsiasi operatore dei Servizi e per qualsiasi attività da essi svolta, troverà sempre applicazione la normativa italiana generale: si applicherà se non già la speciale esimente quanto meno qualsiasi scriminante che l'Ordinamento ha già previsto a livello del diritto penale generale.

4. L'art. 17 e le condotte scriminate.

La L. 124/2007 ha definito una serie di precetti che oltre delimitare l'ambito applicativo delle guarentigie determinano in modo chiaro e rigorosa la procedura necessaria ai fini dell'efficacia dell'effetto scriminante. Le condotte devono quindi essere coperte da presupposti e limiti oggettivi e soggettivi che vanno valutati dal comparto politico essendo compito dell'Esecutivo quello di autorizzare o meno

un'azione che deve essere in grado di raggiungere l'obiettivo con minor danno agli interessi pubblici e privati.

La garanzia funzionale dell'art. 17, come già ampiamente affermato, trova applicazione nei confronti degli operatori dei Servizi di informazione per la sicurezza, scrimina le condotte reato tramite l'autorizzazione politica – autorizzazione che deve essere legittima e rilasciata di volta in volta – ed esplica i suoi effetti unicamente al momento in cui le condotte autorizzate sono ritenute indispensabili per le finalità istituzionali d'intelligence e vengono ossequiati tutti i limiti stabiliti ex lege.

Nella pratica tale scriminante trova applicazione per gli agenti dell'Agenzia Informazioni e Sicurezza Esterna e dell'Agenzia Informazioni e Sicurezza Interna delimitando la portata della medesima ed escludendola per altro personale alle dipendenze del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza nonostante possa esso essere idoneo a ricoprire le funzioni di agente o ufficiale di pubblica sicurezza con funzioni di polizia di prevenzione.

La norma prevede però anche un'estensione nei confronti di soggetti non facenti parte dei Servizi ma che collaborano nello svolgimento delle attività e sono debitamente autorizzati in un'ottica di indispensabilità del loro coinvolgimento nell'operazione in un'ottica di rispetto del principio di uguaglianza sancito all'art. 2 Cost. Un'equiparazione tra agenti e non che rinvia, almeno implicitamente, a quanto già previsto per le attività di polizia giudiziaria dall'art. 9 della citata L. 6 marzo 2006, n. 146. L'ulteriore fondamento giuridico è ravvisabile nel diritto penale sostanziale che, per tramite dell'art. 119, comma 2, c.p., prevede che le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato, dunque chi collabora – ai sensi e per gli effetti dell'art. 110 c.p. in senso al concorso materiale e morale – alla tutela del bene giuridico della sicurezza collettiva deve essere coperto dalle medesime garanzie previste per i soggetti di cui all'art. 17, comma 1.

La norma parla poi di “particolari condizioni di fatto” ed “eccezionali necessità”. Con riguardo a ciò deve dirsi che l'accertamento meritevole alla sussistenza di dette condizioni vincola l'autorizzazione ed anche la missione stessa essendo le garanzie funzionali massimamente utili per lo svolgimento di certe situazioni operative, specie in materia di counterterrorism.

I rilevanti margini di opinabilità sul giudizio di meritevolezza e quindi dell'autorizzazione politica impongono una riflessione al caso in cui ex post si ritenga che l'attività autorizzata non era di fatto né indispensabile né proporzionale agli interessi in gioco. Ciò potrebbe compromettere l'efficacia dell'esimente in capo agli operanti se non fosse, come abbiamo già avuto modo di riferire, che l'ordine che assoggetta i medesimi al superiore scrimina grazie all'art. 51 c.p. stante la legittimità dell'autorizzazione che dovrà essere stata data nel rispetto dei limiti e delle

procedure stabilite e dall'Autorità preposta: il Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero l'Autorità delegata ove istituita ¹⁰.

Con riferimento al requisito dell'indispensabilità ai fini istituzionali, dobbiamo dire che non è sempre ravvisabile in maniera 'sì granitica da giustificare la deroga ai canoni di legalità delle condotte cui generalmente sono tenuti i consociati. Di esso non esiste una puntuale definizione giuridica ma possiamo affermare che nel contesto della norma tale requisito debba essere valutato non solo in relazione alle finalità di sicurezza nazionale ma anche agli obiettivi che non potrebbero essere diversamente perseguiti.

Rimane comunque una forte alea di opinabilità ed incertezza in senso alla sussistenza di criteri oggettivi.

L'Esecutivo è responsabile sotto tutti i profili politici che suppongono l'autorizzazione stessa e, per questa ragione, qualora questi vengano a mancare o si superino i limiti ex lege stabiliti, la medesima Autorità dovrà provvedere a modificare o revocare il provvedimento autorizzativo a porre in essere condotte astrattamente reato che illecite non sono grazie alla presenza della speciale scriminante. In caso di conflitto di attribuzione a valutare sarà la Corte Costituzionale.

5. Le eccezioni alla causa di giustificazione.

Il *punctum dolens* dell'intera disciplina sono i limiti soggettivi ed oggettivi che legano, e dai quali dipende, l'efficacia della scriminante. Il Legislatore non ha voluto individuare le condotte autorizzabili per evitare di proporre un elenco tassativo e non aperto che, di fatto, avrebbe potuto compromettere le operazioni dell'intelligence non consentendo azioni che si trovavano al di fuori dell'alveo descrittivo. Su tale linea si era attestata già la Commissione Jucci tenuto conto della difficoltà di prevedere e tipizzare le condotte autorizzabili che anzi si sarebbero dovute individuare a seguito del processo di bilanciamento tra il primario fine istituzionale dei Servizi di informazione e l'interesse contratto.

¹⁰ 10 In materia di adempimento del dovere con riferimento ai militari – e dunque concetto ragionevolmente estendibile anche agli operatori dei Servizi d'intelligence – le Corti militari ed il Giudice di legittimità hanno più volte avuto modo di esprimersi specie con riferimento alla strage delle Fosse Ardeatine affermando che perché l'art. 51 c.p. scrimini la condotta delittuosa occorre che l'ordine non fosse manifestamente illecito laddove per manifestamente debba intendersi «il comportamento [che] risulta indiscutibilmente criminoso nell'opinione comune radicata nel tipo medio di persona». Cass. Sent. n. 12595/1998.

Si è quindi optato per la via alternativa, ossia «individuare i beni giuridici oggetto di tutela assoluta che non possono, in alcun modo essere aggrediti anche da chi agisce in nome di un interesse pubblico superiore o sotto copertura. Nella circostanza, il Comitato indica [...] un possibile elenco non esaustivo [di] delitti diretti a mettere in pericolo o ledere la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, la salute o l'incolumità pubblica»¹¹.

Il capoverso dell'art. 17 prevede che la causa di giustificazione non sia efficace nel caso in cui la condotta posta in essere dai Servizi – connotata dall'elemento del dolo intenzionale e diretto ¹² – mette in pericolo la libertà personale e morale, la personalità individuale, la salute, l'integrità fisica o la vita di una o più persone.

In primo luogo, nell'elencazione delle condotte non autorizzabili, la norma indica quelle collegate ai delitti del Titolo XII, libro II, del Codice penale: tutti i reati che pongono in pericolo o ledono la vita e l'incolumità individuale, nonché quelli che ledono l'onore e la libertà individuale – personalità individuale, libertà personale, libertà morale, inviolabilità del domicilio e dei segreti. L'esimente non sarà efficace con riguardo alle condotte che integrano reati quali omicidio, percosse, lesioni personali o omissione di soccorso in quanto delitti che pregiudicano interessi massimamente tutelati a livello costituzionale offendendo vita ed integrità fisica.

Con riferimento alla libertà individuale le condotte non autorizzabili sono quelle che violano le norme in materia di riduzione o mantenimento in schiavitù; l'induzione, il favoreggiamento o lo sfruttamento della prostituzione minorile; l'induzione, il favoreggiamento o lo sfruttamento della pornografia minorile; la detenzione di materiale pornografico; la tratta di esseri umani; e l'acquisto e la vendita di schiavi.

In violazione della libertà personale non saranno scriminati i sequestri di persona; gli arresti illegali; qualsiasi indebita limitazione della libertà personale; abusi d'autorità contro arrestati o detenuti; perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie; violenze sessuali e corruzioni di minori.

Circa i delitti contro la libertà morale il riferimento corre ai crimini di violenza privata; violenze o minacce per costringere soggetti alla commissione di reati; minacce in genere ma anche procurare uno stato di incapacità mediante violenza. Stessa inefficienza di esclusione d'illiceità per estorsioni e rapine.

¹¹ 11 C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, I servizi di informazione e il segreto di Stato, cit., 249.

¹² 12 Cfr. P. PISA, Le garanzie funzionali per gli appartenenti ai servizi segreti, in Diritto penale e processo, Milano, 2007, 1432.

Non troveranno poi scriminazione i reati contro l'incolumità pubblica come la strage, l'incendio, i disastri ferroviario ed aviatorio, l'attentato alla sicurezza dei trasporti, alla sicurezza degli impianti dell'energia elettrica e del gas, e la fabbricazione e detenzione di esplosivi. Il delitto di cui all'art. 424 c.p., pur essendo ricompreso nei delitti contro l'incolumità pubblica, è da ritenersi autorizzabile in quanto l'obiettivo dell'operazione non sarebbe l'incolumità pubblica ma il bene danneggiato.

Anche la salute, in base al principio costituzionale di cui all'art. 32 Cost., non è aggredibile e per tanto non ha effetto la causa di giustificazione per azioni volte all'epidemia, all'avvelenamento di acque e sostanze alimentari, all'adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari, al compimento di delitti colposi contro la salute pubblica e, in base all'introduzione del titolo VI-bis, contro l'ambiente essendo questo determinante per garantire il principio ex art. 32 Cost.

L'elencazione che abbiamo riportato in questo capitolo non esaurisce però i reati che non possono essere coperti dalla speciale causa di giustificazione e dunque sarà possibile trovarsi in presenza di ulteriori condotte che violano i principi enunciati dall'art. 17 della L. 124/2007. Lo stesso codice penale non esaurisce i possibili delitti de quo che possono rinvenirsi anche in leggi speciali, esempio ne sono le convenzioni internazionali ratificate dall'Italia come lo Statuto della Corte Penale Internazionale che vieta il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra.

Vi sono poi ulteriori ipotesi che l'Ordinamento ha voluto escludere da ogni profilo autorizzativo in quanto particolarmente offensive e gravose per il sistema democratico. Sono i crimini di attentato contro gli Organi costituzionali e contro le assemblee regionali di cui all'art. 289 c.p. Ci sono poi i crimini di attentato contro i diritti politici del cittadino ed i delitti contro l'amministrazione della Giustizia – simulazione di reato, calunnia, false informazioni al Pubblico Ministero, falsa testimonianza, frode processuale, false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'Autorità giudiziaria, intralcio alla Giustizia, rivelazione di segreti inerenti procedimenti penali, procurata evasione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

La scriminante rimarrebbe applicabile per il favoreggiamento personale e reale essendo tali condotte indispensabili per i doveri d'ufficio dei Servizi ¹⁴¹³. Esse infatti prevedono il supporto ad un soggetto per eludere investigazioni o ricerche dell'Autorità giudiziaria, ovvero aiutare un soggetto ad assicurarsi il prodotto, il profitto o il prezzo di un reato. Perchè siano efficacemente scriminabili queste azioni

¹³ 14 Sul punto cfr. C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, I servizi di informazione e il segreto di Stato, cit., 253.

non devono essere condotte mediante false dichiarazioni all’Autorità giudiziaria, occultamento di prove di delitti, né depistando alcunché, in altri termini non possono sviare le indagini.

Definiscono ulteriormente i confini applicativi la soppressione, falsificazione e sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza ovvero altro interesse politico interno o internazionale dello Stato, nonché lo sfruttamento della prostituzione. Con riferimento all’art. 255 c.p. è da osservarsi che all’art. 42, comma 9, L. 124/2007 è stata introdotta una figura di reato atta a punire chiunque distrugge in maniera illegittima documenti dei Servizi di informazione e del DIS privi di ogni vincolo per decorso dei termini. Tale delitto presenta una cornice sanzionatoria di minor afflittività rispetto al citato art. 255 c.p., ipotesi che quindi non viene ricompresa in quelle scriminabili.

La norma stabilisce poi limiti di carattere fisico-geografico rendendo non scriminabili le condotte illecite tenute all’interno di sedi di partiti politici che godono di una rappresentanza in Parlamento o in Organo regionale, e di sedi di organizzazioni sindacali non essendo intento del Legislatore coinvolgere tali Enti in questioni d’intelligence ed essendo comunque possibile reperire le informazioni in eventuale possesso dei membri di siffatti Enti in altri luoghi ed in altri termini.

Lo stesso art. 17 della L. 124/2007 vieta poi le condotte nei confronti di giornalisti professionisti iscritti all’albo. Qui l’esclusione è diretta a salvaguardare l’esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero previsto dall’art. 21 Cost. Il dato letterario ci pone nella tendenza di voler autorizzare condotte-reato nelle sedi di giornali purché non indirizzate in modo diretto alle persone dei giornalisti professionisti regolarmente iscritti all’Albo. Ovviamente esse non debbono essere comprese in quelle oggettivamente escluse dal dettato normativo. La parola “regolarmente” non sembra poi messa a caso da Legislatore: dobbiamo quindi intendere che coloro i quali non risultino in regola, per esempio per morosità, non sono tutelati dall’impianto della L. 124/2007 potendo benissimo divenire oggetto delle condotte illecite che troveranno copertura da parte della garanzia funzionale. Non sembrano d’altro lato vietate le attività d’intelligence che si avvalgono del giornalista come strumento, anche inconsapevole, per perseguire gli scopi informativi.

Come autorevole dottrina ha affermato¹⁵ un dato significativo è il fatto che nel novero dei luoghi off limits non figurano quelli avente carattere religioso. Questo è senza dubbio causato dalla forte copertura che il sacro ha da ormai troppo tempo dato ad organizzazioni terroristiche – specie di matrice fondamentalista islamica – che possono agire indisturbate dietro lo “scudo” della religione.

¹⁴ 15 Cfr. A. CISTERNA, Agenti segreti, le garanzie previste dalla legge, cit., 20.

Possiamo concludere affermando che l'esclusione della scriminante trova riferimento, secondo un'interpretazione letterale del comma 2 dell'art. 17, nei confronti dei soli delitti: le contravvenzioni, anche laddove l'oggetto giuridico sia ricompreso all'interno dell'elenco delle condotte non coperte dalla speciale causa di giustificazione, potranno essere scriminabili: si pensi a quelle concernenti l'incolumità pubblica. Non solo, debbono altresì ritenersi esclusi dall'efficacia della scriminante i reati colposi in quanto non autorizzabili in radice: il concetto di colpa osterebbe infatti con la "previsione" di commissione futura del reato¹⁵.

6. La procedura di attivazione della scriminante speciale.

L'art. 18 della L. 124/2008 esamina la procedura che deve essere seguita per autorizzare le operazioni d'intelligence prevedendo che il Presidente del Consiglio dei Ministri – o l'Autorità delegata ove prevista – è il soggetto preposto all'attivazione dell'iter. Il primo comma determina i presupposti ed i limiti entro i quali cui l'intero procedimento deve sottostare. I principi di formalità previsti sono tutti funzionali al palesamento della volontà dell'Esecutivo di agire in una determinata maniera della quale si assume la responsabilità politica.

La prima prescrizione è rappresentata dalla forma scritta che l'intero processo autorizzatorio deve avere, volta a garantire un apparato probatorio dell'intero iter. I documenti afferenti dovranno essere conservati in uno schedario segreto conservato presso il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza unitamente alle richieste presentate dai Direttori dei Servizi. Insieme a tutto questo troveranno posto anche le rendicontazioni di carattere fiscale verificate da parte dell'Ufficio Ispettivo del DIS.

L'autorizzazione, come tutti gli atti di carattere amministrativo, dovrà essere motivata allo scopo di voler escludere alee di arbitrarietà del potere e tale motivazione dovrà essere fondata su richieste circostanziate ovvero indicare ogni preciso elemento di fatto e di diritto. In altri termini dovrà essere evidenziata ogni necessità utile a definire il quadro completo della minaccia alla sicurezza nazionale e nel caso in cui l'autorizzante non riscontri la necessaria precisione potrà richiedere un'integrazione al fine di raggiungere la quantità di elementi necessari alla decisione.

L'art. 18, ai commi 4, 5 e 6, prevede poi la possibilità di una procedura autorizzativa d'emergenza definita abbreviata. Essa può essere attivata in casi di assoluta urgenza tale per cui non vi è tempo di rinviare l'operazione senza recare un danno immediato alla sicurezza nazionale. In questi casi sarà l'Autorità delegata o il Direttore del

¹⁵ 16 Sul punto cfr. Cass. Sent. n. 20123/2011.

Servizio a dare il via comunicando entro le ventiquattro ore il fatto al Presidente del Consiglio informando il DIS.

Anche in questo caso debbono essere dettagliatamente indicate le necessità di cui all'ordinario processo autorizzativo unitamente alle motivazioni che hanno spinto all'intervento d'urgenza elencando ogni elemento specifico dell'operazione comprensivo delle condotte che si andrebbero a porre in essere e che dovrebbero trovare copertura dalla scriminante prevista all'art. 17 della L. 124/2007. La statuizione è che l'urgenza deve essere assoluta ossia tanto grave da ritenere inevitabile un intervento immediato per garantire la sicurezza.

Se il Presidente del Consiglio non riscontra irregolarità nel procedimento di cui all'art. 18, comma 4, ratifica la provvisoria autorizzazione ed entro dieci giorni dalla comunicazione ne adotta il provvedimento. Se di contro riscontra un superamento dei limiti previsti dall'art. 17 annulla il provvedimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 18, comma 6, dando notizia degli eventuali abusi all'Autorità giudiziaria dopo aver agito in via cautelare e disciplinare.

In quest'ultimo caso si porrebbe il problema della responsabilità penale in capo agli operatori dei Servizi. Come abbiamo già detto trova però spazio giuridico l'art. 51 c.p.: evidenziando documentalmente che la procedura era sì viziata ma era stata comunque comunicata come autorizzata agli operatori potrà dimostrarsi l'incolpevole convincimento circa la legittimità dell'ordine ricevuto. L'Autorità giudiziaria valuterà poi se la condotta del Direttore dell'Agenzia o dell'Autorità delegata pre-autorizzante sia affetta dagli estremi per il reato previsto all'art. 20 della stessa L. 124/2007, una preordinazione illegittima delle condizioni utili al rilascio del via libera all'operazione, ovvero di altri delitti o contravvenzioni previste sul piano generale dal codice penale o da altra legge speciale. L'autorizzazione si pone poi in stretta relazione con il segreto di Stato in quanto secondo quanto disposto dal comma 4 dell'art. 17 non possono essere scriminate, e quindi nemmeno autorizzate, le condotte per le quali non è opponibile detto segreto di Stato ex art. 39, comma 11, L. 124/2007. Il segreto di Stato, dunque, si pone quale ulteriore parametro limitativo per l'autorizzazione in primis e per l'efficacia della causa di giustificazione speciale in secundis. Nel contesto di specie assume altresì rilievo il reato di preordinazione illegittima dell'autorizzazione, sanzione alla condotta criminosa che di fatto si applica al soggetto attivo che rifiuta il rispetto delle regole rigidamente poste dal Legislatore per la conservazione dei diritti e degli interessi fondamentali. Si tenga conto di come questo sia un delitto molto grave evidenziando, quanto meno indirettamente, una condotta di infedeltà e abuso verso i doveri d'ufficio.

È l'art. 20 della L. 124/2007 a prevedere tale fattispecie criminosa in capo a tutto il personale dei Servizi ed ai soggetti estranei il cui impiego è autorizzato in

concorso¹⁷ con uno o più operatori dell'intelligence dal momento in cui essi preordinino, le condizioni fin al rilascio dell'autorizzazione delle condotte over line. La cornice edittale della pena è la reclusione da tre a dieci anni e si pone in correlazione alla gravità del fatto-reato.

L'elemento oggettivo è costituito dalla condotta singola o plurima che predisporre artificialmente le condizioni idonee determinate dall'art. 18 della L. 124/2007. Con "preordinare" si deve infatti intendere l'azione volta a predisporre in maniera del tutto fraudolenta le condizioni che altrimenti non sussisterebbero ed in assenza delle quali non ci sarebbe alcun provvedimento. L'eventuale autorizzazione diverrebbe illegittima, *contra legem*, con ciò che può derivarne per gli operatori eventualmente impegnati nell'operazione viziata. La preordinazione illegittima non è però configurabile meramente con la creazione ad hoc o la modifica di notizie e documenti ma ben potrà essere resa anche tramite l'occultamento di qualifiche dei soggetti o dei luoghi destinatari dell'offesa. Questo reato è a dolo generico: vi è rappresentazione e volizione di alterare il processo decisionale tramite la predisposizione di informazioni specifiche atte ad alterare la realtà dei fatti.

7. L'eccezione della scriminante avanti l'Autorità giudiziaria.

L'art. 19 della L. 124/2007 ha previsto la procedura mediante la quale possa essere adita la garanzia funzionale avanti l'Autorità giudiziaria: nel caso in cui siano iniziate indagini preliminari nei confronti di azioni legittimamente autorizzate ai sensi e per gli effetti del disposto normativo di cui agli artt. 17 e 18, il Direttore del Servizio operante, per il tramite del DIS, eccepisce al Pubblico Ministero titolare delle indagini l'autorizzazione delle condotte e la relativa efficacia della speciale scriminante. Circa i termini nulla viene detto ma è da intendersi, nell'ottica del sempre dovuto principio di economicità e speditezza del processo, che il Direttore deve eccepire la garanzia funzionale nel più breve termine possibile. Anche con riguardo alla forma il Legislatore ha taciuto e si ritiene pertanto sufficiente eccepirla l'esistenza senza necessità alcuna di allegare documenti affini al procedimento autorizzatorio ovvero il provvedimento stesso.

La Procura della Repubblica o il Tribunale, potranno chiedere ulteriore conferma di quanto inviato dal Direttore Generale del DIS al Presidente del Consiglio dei Ministri che, dalla ricezione della richiesta, deve comunicare entro dieci giorni la sussistenza dell'autorizzazione indicandone i presupposti e dando notizia di ciò al Copasir. Se la notizia non arriva nei dieci giorni correrà la presunzione di insussistenza dell'autorizzazione e l'Autorità procedente avvierà le vie ordinarie secondo quanto previsto dal codice di procedura penale. Un termine dunque, quello dei dieci giorni, perentorio.

¹⁶ 17 Il concorso cui occorre far riferimento è quello di cui all'art. 110 c.p.

La comunicazione dell'esistenza di un'autorizzazione politica dovrà essere motivata dai presupposti di cui all'art. 17: le condotte adottate dovranno inserirsi nel quadro di indispensabilità e proporzionalità cui già si è fatto ampio riferimento in precedenza 18¹⁷.

Nel caso in cui il Presidente del Consiglio confermi la sussistenza dell'autorizzazione e la relativa efficacia della particolare scriminante il giudice, su richiesta della Procura o d'ufficio, pronuncerà sentenza di non luogo a procedere – se avviene all'udienza preliminare (art. 429 c.p.p.) – ovvero di non doversi procedere – se avviene a dibattimento iniziato (art. 529 c.p.p.). Detto giudice dovrà poi trasmettere tutta la documentazione al Procuratore della Repubblica che dovrà conservarla segretamente.

Se nella valutazione dei dati inviati dal Presidente del Consiglio la magistratura inquirente ritiene che questi abbia ecceduto il potere conferito essa sarà tenuta a sollevare ai sensi dell'art. 37 della Legge 11 marzo 1953, n. 87, il conflitto di poteri dello Stato, della cui risoluzione è investita in via di competenza la Corte Costituzionale. Detto Giudice, al quale non è opponibile alcun segreto, ammette con ordinanza adottata in camera di consiglio il ricorso ed annulla l'atto viziato chiarendo il Potere al quale spetterebbero le attribuzioni contestate.

Se l'azione giudiziaria che colpisce l'operatore è una misura quale l'arresto o altra cautelare il soggetto agente – o di una delle due Agenzie di informazioni o terzo ad esse ma concorrente con i di loro operanti – eccipirà la sussistenza della particolare scriminante. Gli incaricati di polizia giudiziaria dovranno sospendere l'esecuzione della misura e trattenere l'individuo sino a che la causa di giustificazione sia confermata dal Direttore Generale del DIS e comunque non oltre le ventiquattr'ore. Tale normativa è da ritenersi estesa anche al fermo di indiziati, per il quale il Legislatore nulla dispone, potendo ben considerare detto fermo misura cautelare e perciò ricompreso nell'elencazione di cui all'art. 19, comma 9, della L. 124/2007.

Quand'anche non si voglia aderire alla presente tesi si evidenzia che in ogni caso l'art. 385 del codice di rito prescrive che: l'arresto o il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità.

¹⁷ 18 Contra cfr. P. PISA, *Le garanzie funzionali per gli appartenenti ai servizi segreti*, cit., 1431, per cui non è l'Autorità giudiziaria che deve valutare la sussistenza dei requisiti per l'autorizzazione. Sul punto cfr. C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 270

Differentemente da quanto previsto dall'art. 19, comma 9, l'art. 385 c.p.p. esclude del tutto la procedibilità con misura cautelare giacché il primo ha efficacia meramente sospensiva delle medesime. Detto ciò parrebbe che la norma speciale della Legge 124/2007 sia penalizzante rispetto alla generale ma in realtà così non è: non è infatti detto che il Pubblico Ministero – ovvero la polizia giudiziaria – ravvisino le condizioni di cui all'art. 51 c.p. quindi, in quel caso, sarebbe di notevole utilità l'eccezione di cui all'art. 19, comma 9.

8. Il novum del D.L. n. 7/2015 e la funzione di contrasto al terrorismo.

Il crescente problema del terrorismo ha spinto il Legislatore interno a novellare il sistema delle scriminanti sopra descritte e ad occuparsi del problema dell'identità di copertura avanti l'Autorità giudiziaria col Decreto Legge 18 febbraio 2015, n. 7 – convertito nella Legge 17 aprile 2015, n. 43. L'art. 8, rubricato Disposizioni in materia di garanzie funzionali e di tutela, anche processuale, del personale e delle strutture dei servizi di informazione per la sicurezza, al comma 1 modifica l'art. 497, comma 2-bis, c.p.p. prevedendo che i dipendenti dei Servizi e del Dipartimento di Informazioni per la Sicurezza in caso di deposizione in un processo penale su attività svolte under cover indichino le medesime generalità utilizzate nel contesto operativo.

La ratio risiede nella necessità di tutelare l'operatore d'intelligence e la missione stessa specie se ancora in essere. Tale garanzia risulta di automatica applicazione: non è quindi richiesto un controllo sulla bontà dei presupposti applicativi da parte dell'Autorità giudiziaria. A questo comma si devono collegare le lettere c) e d) del capoverso che hanno apportato ulteriori modifiche a garanzia delle tutele processuali necessarie agli operatori d'intelligence per preservare la segretezza ontologica che è posta alla base della loro identità e del loro operare.

Inizialmente l'art. 8 avrebbe dovuto modificare in modo diretto ed inequivoco la Legge sul Sistema di informazione e sulla disciplina del segreto di Stato. Era prevista l'integrazione dell'art. 24, della L. 124/2007 tramite l'aggiunta di un comma 1-bis che prevedeva come le identità di copertura di cui al comma 1 possono essere utilizzate negli atti dei procedimenti penali di cui all'articolo 19, dandone comunicazione con modalità riservate all'autorità giudiziaria precedente contestualmente all'opposizione della causa di giustificazione. Si è però preferito assegnare un termine non volendo modificare l'originario impianto normativo dei Servizi prevedendo che fino al 31 gennaio 2018, le identità di copertura, di cui all'art. 24, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 124, possono essere utilizzate negli atti dei procedimenti penali di cui all'articolo 19 della medesima legge, dandone comunicazione con modalità riservate all'autorità giudiziaria precedente contestualmente all'opposizione della causa di giustificazione.

Sull'an della modifica legislativa si è espresso il Consiglio Superiore della Magistratura 19¹⁸ che ha osservato come il primo comma della novella, integrando il comma 2-bis dell'art. 495 del codice di rito penale, acconsente a che gli operatori d'intelligence indichino le generalità d'uopo utilizzate in operazioni di copertura in deposizioni rese avanti l'Autorità giudiziaria per un procedimento penale attivato ed avente ad oggetto le attività svolte under cover. È da sottolinearsi, quindi, l'estensione delle analoghe garanzie già previste dall'Ordinamento per ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che hanno svolto attività sotto copertura per garantire da un lato la tutela dell'anonimato a soggetti che operano in attività informative e dall'altro evitare il ricorso all'istituto, discutibile, della testimonianza anonima. La garanzia trova un'estensione ulteriore rispetto a quanto previsto dall'art. 497, comma 2-bis, c.p.p. consentendo l'uso dell'identità di copertura in ogni ordine e grado del procedimento per ogni situazione per cui sia necessario mantenere segreta la reale identità al fine di preservare la sicurezza nazionale o l'incolumità dell'operante. L'Organo di vertice della magistratura evidenzia così i due pilastri ispiratori della novella legislativa: la sicurezza dello Stato e la tutela del personale preposto alla medesima.

Un sensibile novum ulteriore è contenuto al capoverso dell'art. 8, del D.L. 7/2015: così come è per la polizia giudiziaria, i Servizi potranno essere autorizzati a porre in essere condotte tipizzate dalla Legge come reato in relazione a specifici atti riconducibili ai fini terroristici, tutto sotto la causa di giustificazione di cui all'art. 17, della L. 124/2007.

Una scriminante destinata agli agenti d'intelligence ed ai collaboratori di questi che con loro agiscono unitamente.

Il comma 4 dell'art. 17 della L. 124/2007 è stato sostituito – fermo il limite temporale del 31 gennaio 2018 – con un nuovo disposto che oltre ai due delitti previsti (artt. 270-bis, comma 2, e 416-bis, comma 1, c.p.) amplia l'effetto delle garanzie funzionali a condotte delittuose tipiche di fenomeni terroristici quali la partecipazione ad associazioni sovversive (art. 270, comma 2, c.p.), l'assistenza agli associati (art. 270-terc.p.), l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (270-quater c.p.), l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270-quater1) 20¹⁹, l'addestramento ad attività con finalità di

¹⁸ 19 CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, delibera consiliare del giorno 18 marzo 2015, Roma, 2015, www.questionegiustizia.it.

¹⁹ 20 Così come introdotto dall'art. 1, D.L. 7/2015. 1625/2017 ad associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis, comma 2, c.p.).

terrorismo anche internazionale (art. 270- quinquies c.p.), l'istigazione a commettere taluno dei delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato (art. 302 c.p.), la partecipazione a banda armata (art. 306, comma 2, c.p.), e l'istigazione e apologia riguardante i delitti di terrorismo (art. 414, comma 4, c.p.).

Prima del Decreto Antiterrorismo il sistema normativo escludeva l'efficacia delle scriminanti speciali per tutte quelle condotte nei confronti delle quali non poteva essere opposto il segreto di Stato ai sensi e per gli effetti dell'art. 39, comma 11, della L. 124/2007 quindi, tra queste, quelle relative a fatti di terrorismo eccezion fatta per la partecipazione

Con l'art. 8 del D.L. 7/2015 si sono ampliati i poteri di intervento autorizzando, a norma dell'art. 18 della L. 124/2007, un numero maggiore di condotte. Specie a causa del crescente problema dei foreign fighters, ossia di combattenti reclutati nei Paesi occidentali per la causa jihadista, le attività dei Servizi possono richiedere la commissione di ulteriori condotte-reato oltre alla mera partecipazione in associazione. Sono, come già riferito, l'assistenza agli associati (art. 270-ter c.p.), l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (270-quater c.p.), l'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quinquies c.p.), l'istigazione a commettere taluno dei delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato (art. 302 c.p.) e l'istigazione e apologia riguardante i delitti di terrorismo (art. 414, comma 4, c.p.), alle quali fattispecie si aggiungono i nuovi delitti introdotti dal D.L. 7/2015 che puniscono gli stessi arruolati per finalità di terrorismo, l'ipotesi di auto-addestramento e l'organizzazione di trasferimenti per finalità terroristiche.

Il Legislatore non si cura di identificare positivamente le condotte penalmente rilevanti scriminate ma possiamo facilmente a quale di queste si riferisce mediante il combinato disposto di cui agli artt. 17 e 39, comma 11, della L. 124/2007.

In altri termini possiamo affermare che il vecchio comparto di operatività è stato esteso nella sua applicazione anche con riguardo ai reati di terrorismo nei confronti dei quali prima non trovava applicazione vigendo la norma generale sul segreto di Stato. La moderna specificazione e ricomprensione di questi attuali reati in quelli oggetto di tutela da parte delle garanzie funzionali ha segnato l'avvio di una politica di contrasto attiva, sempre nella legalità, nei confronti del dilagante fenomeno terroristico in un'ottica preventiva laddove si è voluto potenziare da un lato lo strumento di ricerca delle informazioni finalizzate alla sicurezza collettiva, dall'altro lato tutelare chi lavora per questo fine diretto. Una normativa che nel complesso si determina buona e che in modo chiaro raggiunge adeguatamente lo scopo.

10. CAUSE DI GIUSTIFICAZIONI (O SCRIMINANTI)

Sono quelle situazioni che non si limitano a escludere la pena, ma che eliminano proprio il reato. Vi rientrano la legittima difesa, lo stato di necessità, l'esercizio di un

diritto, il consenso dell'avente diritto, l'adempimento di un dovere, l'uso legittimo delle armi.

Il fatto è, quindi lecito ab origine.

Ciò comporta importanti conseguenze:

- eliminano l'antigiuridicità del fatto, nel senso che il fatto commesso non è un reato (è questa la più importante differenza rispetto alle altre due figure successive);
- è inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione;
- la non punibilità si estende a tutti coloro che hanno partecipato al fatto;
- hanno carattere oggettivo, nel senso che si applicano qualunque sia l'opinione dell'agente in proposito, per il solo fatto che esistono.

Le cause di esclusione della colpevolezza, dette anche scusanti

In queste ipotesi - a differenza delle cause di giustificazione - non viene meno l'antigiuridicità del fatto, che rimane pur sempre illecito; tuttavia nessun rimprovero può essere mosso all'autore del fatto, a cui l'ordinamento ritiene di non poter chiedere nulla di più, perché le circostanze erano tali da rendere inesigibile un comportamento diverso. In pratica, viene meno la colpevolezza ma non l'antigiuridicità.

In questa categoria rientra, ad esempio:

- l'aver commesso un reato per la coazione morale esercitata da altri;
- la reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (articolo 4 d. lgt. 288/1944), almeno secondo alcuni autori;
- lo stato di necessità;
- secondo alcuni, l'errore.

Il fatto è, quindi, illecito, ma l'autore di esso viene scusato.

Ne discendono le seguenti conseguenze:

a) avendo carattere soggettivo la non punibilità opera solo a favore del soggetto cui si riferisce, ma non si estende al coautore del fatto.

b) possono esserci ripercussioni civili.

Le cause di esenzione della pena, o cause di non punibilità

Consistono in circostanze che lasciano sussistere sia l'antigiuridicità che la colpevolezza; solo che il legislatore, per ragioni di tipo giuridico, o pratico, o per l'esigenza di salvaguardare particolari controinteressi coinvolti nella fattispecie, decide di non applicare la pena. E' il caso del furto commesso da un figlio ai danni del genitore (articolo 649); in tal caso il fatto continua a rimanere antigiuridico, né viene meno la colpevolezza; ma il legislatore non irroga la sanzione.

Il fatto, quindi, è illecito e l'autore non viene neanche "scusato". Ne consegue che:

a) la non punibilità non si estende ai coautori del fatto.

b) dal fatto possono derivare conseguenze civili.

In sintesi:

a) in presenza di una causa di giustificazione il fatto è lecito

b) in presenza di una causa di esclusione della pena il fatto è illecito ma il soggetto viene scusato

c) in presenza di una causa di esenzione della pena (o di non punibilità) il fatto è illecito e il soggetto non viene scusato, ma la pena non viene irrogata per ragioni di politica criminale.

Altre classificazioni proposte dalla dottrina

La tripartizione che abbiamo visto corrisponde a quella effettuata dalla dottrina prevalente. Tuttavia come tutte le classificazioni è arbitraria e soggettiva, nonché, sotto alcuni aspetti, erronea.

Dal punto di vista teorico è facile obiettare che fondare la distinzione tra cause di giustificazione e scusanti sul fatto che nelle prime sarebbe assente l'antigiuridicità, nelle seconde la colpevolezza, è un assurdo logico, posto che i due termini procedono parallelamente; è difficile infatti immaginare un comportamento dell'uomo non colpevole ma antigiuridico, o non colpevole, ma che comunque costituisca reato. In genere infatti l'una caratteristica si accompagna all'altra.

Quindi altri autori, come Pagliaro, fondano la distinzione tra cause di giustificazione e esimenti sul fatto che le prime elidono anche l'antigiuridicità extrapenale le seconde invece lasciano sussistere la possibilità che per lo stesso comportamento, anche se scusato penalmente, residui una responsabilità amministrativa, civile, o di altro tipo.

Dal punto di vista puramente terminologico è bene avvertire che ogni autore effettua in genere una classificazione del tutto personale. Così c'è chi sostiene che le scriminanti siano categoria diversa rispetto a quella della causa di giustificazione; c'è chi chiama esimenti le scriminanti, c'è chi adotta classificazioni ancora diverse (cause di esclusione del fatto di reato, cause di incompletezza del fatto di reato, elementi negativi della condotta illecita, e così via...).

La nomenclatura del codice. Il problema

La verità è che il codice non denomina mai la varie cause di esclusione della pena. Il vero problema, allora, non è quello di effettuare classificazioni e sottoclassificazioni, bensì quello di individuare la disciplina applicabile ad ogni singola ipotesi, ma per compiere questa operazione la cosa più semplice è partire dalla nomenclatura, niente affatto precisa, del codice penale.

Abbiamo così:

le “cause di esclusione della pena”, che altri preferiscono chiamare esimenti. In questa categoria sono ricomprese tutte le situazioni che ricadono sotto la disciplina dell'articolo 59 e 119. Le cause di esclusione della pena poi possono essere suddivise a loro volta in altri due gruppi, anch'essi richiamati dal codice:

- 1) Le cause soggettive di esclusione della pena, richiamate dall'articolo 119 comma 1.
- 2) Le cause oggettive di esclusione della pena, richiamate dall'articolo 119 comma 2.

le cause di giustificazione in senso stretto, richiamate dall'articolo 530 del cpp, ai sensi del quale se vi è la prova che il fatto è commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del primo comma.

Le cause di non punibilità. In tale categoria rientrano, stando al codice penale e al linguaggio usato, il caso fortuito, la forza maggiore (articoli 45 e 46), l'errore, il reato impossibile (articolo 49).

Il vero problema, pertanto, non è quello di classificare le varie ipotesi in modo più o meno preciso, ma quello di individuare quali fattispecie ricadano sotto la disciplina dell'articolo 59, quali sotto quella dell'articolo 119 e quali sotto quella dell'articolo 530 cpp. Da questo punto di vista ad esempio, è fondamentale capire se lo stato di necessità sia una causa di giustificazione (cioè una scriminante) oppure una scusante (o causa di esclusione della colpevolezza), perché solo nel primo caso ad essa si applicherà l'articolo 530. E' altresì fondamentale inquadrare correttamente la norma che prevede la reazione agli atti arbitrari del p.u. (articolo 4, d. lgt. 288/1944); se

infatti la si considera una scriminante o una scusante si applicherà l'articolo 59; se invece la si considera una causa di non punibilità allora tale articolo sarà inapplicabile.

Le cause di giustificazione

Le cause di giustificazione nella dogmatica del reato

Le cause di giustificazione, dette anche scriminanti, sono dunque quelle situazioni in presenza delle quali viene meno il contrasto tra il fatto (che astrattamente corrisponde alla fattispecie del reato) e l'ordinamento giuridico. E' evidente allora che impropriamente il legislatore le denomina "cause di esclusione della pena" perché in realtà viene meno tutto il reato, e non la sola pena.

Attorno alle cause di giustificazione esiste un dibattito, incentrato sulla loro collocazione all'interno della teoria del reato. Alcuni autori considerano infatti le scriminanti come elementi positivi del fatto; si tratterebbe cioè di elementi positivi, esterni ed ulteriori rispetto alla fattispecie di reato, in presenza dei quali viene esclusa l'illiceità del fatto.

Altri le considerano elementi negativi di esso, interni ad esso (elementi che devono mancare perché si configuri un reato). Prima di esaminare le due teorie sarà bene precisare che spesso si trova affermato che la prima teoria è sostenuta dai fautori della concezione tripartita del reato, mentre la seconda dai sostenitori della concezione bipartita. Ciò non è assolutamente vero, dato che Antolisei, che è un acceso sostenitore della concezione bipartita, accede invece alla teoria degli elementi positivi del fatto, mentre ci sono autori che aderiscono alla concezione tripartita (Padovani) che sposano la teoria degli elementi negativi del fatto.

Le cause di giustificazione come elementi positivi del fatto

Alcuni autori sostengono che le cause di giustificazione fanno venire meno l'antigiuridicità del fatto. Vale a dire che il fatto è tipico ma non è antigiuridico. E' questa la costruzione più lineare dal punto di vista teorico. L'uccisione di un uomo è un fatto illecito. La presenza di una causa di giustificazione introduce un elemento ulteriore alla situazione che rende il fatto lecito. Da questo punto di vista si comprende perfettamente il termine "cause di giustificazione". Si tratta infatti di situazioni che permettono di compiere un fatto che in linea di massima è proibito perché è un reato. Il fatto in sé, quindi, resta proibito, ma c'è una situazione (una causa) che lo "giustifica" in via eccezionale.

Le cause di giustificazione come elementi negativi

Altri autori sostengono che esse costituiscono elementi negativi del fatto, cioè circostanze la cui presenza fa venire meno la tipicità del fatto. In altre parole questa costruzione teorica considera le cause di giustificazione come veri e propri elementi che si collocano all'interno della struttura del reato, anziché all'esterno, come invece sostiene la concezione precedente. Vale a dire che il fatto commesso in presenza di una causa di giustificazione non è tipico, anche se apparentemente sembra rientrare nella fattispecie astratta prevista dal legislatore. Taluno ha detto che questa sarebbe una costruzione abbastanza barocca e artificiosa, per cui il reato, per essere tale, non deve essere composto da fatto + elemento soggettivo, ma da fatto + elemento soggettivo - scriminante. E' un po' come se il legislatore dicesse non che "chiunque cagiona la morte di un uomo è punito..." ma "è punito chiunque cagiona la morte non per legittima difesa, per stato di necessità, ecc...."

In realtà, analizzando a fondo la questione, si capisce che la costruzione non è affatto così artificiale ma è molto più lineare di quanto si possa pensare. Un primo tipo di ragionamento, abbastanza persuasivo, è quello di Padovani. L'autore parte dalla premessa che la legge punisce un determinato fatto perché, nel bilanciamento di contrapposti interessi insito in ogni fattispecie di reato, sceglie di tutelare quello della vittima; in certi casi però (e cioè in presenza di una causa di giustificazione) il legislatore preferisce tutelare l'altro soggetto.

Per capirci: nell'omicidio è punito colui che uccide, perché tra l'interesse dell'uccisore e quello della vittima prevale ovviamente quest'ultimo; in presenza di una causa di giustificazione, invece, l'ago della bilancia si sposta a favore dell'uccisore. Come si vede entrambi i fatti sono identici, e sono tipici; solo che nella seconda ipotesi c'è un elemento in più, e cioè la causa di giustificazione (che manca invece nella prima ipotesi). In tal senso ben può dirsi che le cause di giustificazione sono elementi negativi del fatto; in pratica i due fatti sono identici ma cambia solo la valutazione degli interessi compiuta dalla legge. D'altronde, a voler considerare le cause di giustificazione come elementi ulteriori rispetto ad una fattispecie già perfetta si giungerebbe ad una specie di assurdo. Infatti le cause di giustificazione, se fossero elementi ulteriori del fatto, estrinseci ad esso, dovrebbero essere considerate cause di non punibilità; cioè occorrerebbe immaginare un reato già perfetto, e quindi un fatto ab origine illecito, che per una causa ulteriore non viene punito. La verità è che il fatto che si verifica in presenza di una causa di giustificazione nasce ab initio lecito e quindi, in tal senso, la considerazione delle scriminanti come elementi negativi del fatto è giustificata. Le cause di giustificazione infatti non si limitano a impedire la punibilità (come per la verità dice il codice nei vari articoli) ma escludono del tutto il reato, facendo quindi parte del fatto.

La diversa concezione teorica (elementi positivi ed esterni del fatto, o elementi negativi di esso) non ha riflessi pratici ad eccezione di un risvolto processuale, oramai però non più attuale alla luce della riformulazione dell'articolo 530 cpp. Nel caso in cui la causa di giustificazione sia elemento negativo del fatto, il dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione doveva portare alla formula assolutoria, perché se nel processo non si raggiungeva la prova di tale circostanza, non si era raggiunta neanche la prova del fatto di reato. Nel caso invece in cui la causa di giustificazione fosse un elemento esterno al reato, la mancata prova della scriminante non incideva sulla prova del fatto di reato, che poteva dirsi raggiunta. Con il risultato che il giudice poteva pronunciare sentenza di condanna.

Tuttavia, come abbiamo detto, alla luce dell'attuale articolo 530 il problema ha perso di attualità perché il codice stabilisce espressamente che in caso di dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione il giudice deve assolvere l'imputato.

Applicabilità delle cause di giustificazione agli altri rami dell'ordinamento

Premessa

Queste figure sono in genere elaborate con riguardo al diritto penale. e in questa sede hanno trovato il maggiore ambito di applicazione. Ma in realtà, proprio perché sono desumibili da un esame dell'intero ordinamento giuridico, c'è da vedere se esse siano applicabili a qualunque branca del diritto, compreso il diritto amministrativo, civile e internazionale.

Questo problema deve essere trattato sotto due aspetti, che sono differenti, ma che tuttavia vengono spesso confusi:

- 1) Un primo problema concerne l'applicabilità delle cause di giustificazione ad altri rami dell'ordinamento
- 2) Un secondo problema è se, una volta esclusa la responsabilità penale per la presenza di una scriminante, possa residuare una responsabilità di tipo diverso.

Alcuni autori confondono i due problemi, equivocando. In realtà un conto è discutere se le cause di giustificazione in questione abbiano ambito generale o meno, nel qual caso la risposta sembra che debba essere positiva, come vedremo.

Altro conto è chiedersi se in concreto gli ambiti di responsabilità possano essere tenuti distinti, domanda alla quale dobbiamo rispondere positivamente perché, come

è noto, ogni ambito dell'ordinamento segue regole diverse e binari parzialmente differenti; così un soggetto può essere assolto penalmente ma essere civilmente responsabile del danno. Questo avviene, però, non perché al diritto amministrativo non si applichino le scriminanti del diritto penale, ma perché nel caso concreto la scriminante non è stata ritenuta applicabile.

Applicabilità delle cause di giustificazione agli altri rami dell'ordinamento

Quanto al primo problema la maggioranza degli autori sostiene senz'altro la tesi positiva. Le cause di giustificazione infatti rendono lecito il fatto, nel senso che tale fatto diventa lecito sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo; dal punto di vista oggettivo non c'è un contrasto con le regole dell'ordinamento; dal punto di vista soggettivo al suo autore non può muoversi alcun rimprovero. Ora, siccome i criteri per distinguere il lecito dall'illecito (elemento oggettivo, nesso di causalità; elemento soggettivo) sono identici sia nel diritto penale che negli altri rami del diritto, ne consegue che le regole fissate dalla legge ed elaborate dalla giurisprudenza per le cause di giustificazione penali valgono per tutto l'ordinamento giuridico. A noi sembra che questa sia l'opinione preferibile e, nei fatti, la giurisprudenza adatta i risultati raggiunti in questa materia dai penalisti ad illeciti di altra natura, come quello civile, mentre alcuni istituti sono addirittura richiamati dal codice (ad esempio l'articolo 2045 del codice civile in materia di responsabilità extracontrattuale richiama l'istituto della legittima difesa). Possibilità che nonostante la causa di giustificazione residui una responsabilità di tipo diverso

Quanto al secondo problema la risposta è dubbia. Alcuni autori sostengono la tesi negativa, affermando che se un comportamento è lecito per il diritto penale, deve escludersi anche qualsiasi altro tipo di illiceità, perché altrimenti verrebbe meno l'unitarietà dell'ordinamento. Una conferma di questa tesi verrebbe dalla formulazione dell'articolo 2045 del codice civile; la norma prescrive che se il fatto è commesso in stato di necessità il danneggiante deve corrispondere al danneggiato un indennizzo. Tale norma in sostanza, dicendo espressamente che in questo caso deve corrispondersi un indennizzo, implicitamente esclude l'illiceità del fatto, riconducendolo ai casi di responsabilità da atto lecito (è noto infatti che il risarcimento è dovuto come conseguenza degli atti illeciti, mentre gli indennizzi sono la conseguenza degli atti leciti).

Altri autori, invece, sostengono una tesi diversa. Non possono escludersi dei casi particolari, da valutare di volta in volta, in cui l'esclusione della pena lasci comunque sussistere un illecito di altra natura. Un impiegato - secondo l'esempio di Antolisei - potrà essere assolto dal reato di peculato per aver commesso il fatto in stato di bisogno, ma essere comunque responsabile di violazione dei doveri del suo ufficio.

Oppure si faccia l'esempio di un conducente che per evitare un camion sterzi bruscamente e investa un passante. Il fatto che in sede penale possa essere riconosciuto lo stato di necessità non esclude che in sede civile il soggetto possa

essere condannato a risarcire il danno; ai sensi dell'articolo 2054 infatti il conducente è responsabile se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, e in questa sede il danneggiato potrà dimostrare, ad esempio, che il conducente pur rispettando i limiti di velocità, doveva tenere una condotta ancora più prudente per le condizioni di traffico intenso.

Scriminanti generali e speciali

Quanto alle figure codicistiche, esse possono essere generali, o comuni, cioè valide per tutti i reati; oppure speciali, cioè previste solo per un solo tipo di reato, come nell'ipotesi di cui all'articolo 384, che esclude la punibilità di chi commette un delitto contro l'amministrazione della giustizia per evitare la condanna di un prossimo congiunto.

Fondamento sostanziale delle cause di giustificazione

Premessa

La dottrina ha cercato di individuare la ratio delle cause di giustificazione, il che è indispensabile per due ragioni;

- innanzitutto per ragioni interpretative, per individuare cioè l'esatto significato di ciascuna norma;
- in secondo luogo ai fini di un'applicazione analogica ai casi non espressamente previsti (qualora si acceda alla tesi – tutt'altro che pacifica – secondo cui le cause di giustificazione possono trovare applicazione analogica).

Le principali opinioni dottrinarie in materia di cause di giustificazione sono sostanzialmente riconducibili a due correnti di pensiero; quella monista, che ha cercato di individuare un fondamento unitario per tutte le cause di giustificazione previste dal codice, e quella pluralista, che cerca di individuare per ogni norma una ratio diversa.

Teorie moniste

Tra le teorie moniste, senz'altro ripudiata dalla dottrina prevalente è quella che si deve al Florian, secondo cui le cause di giustificazione inciderebbero sull'elemento soggettivo, escludendo il dolo, cioè lo scopo o il movente criminoso. L'obiezione più convincente a questa tesi muove dalla considerazione che le cause di giustificazione si applicano oggettivamente, cioè anche quando il soggetto agente avesse comunque l'intenzione di compiere quel determinato fatto. Ad esempio se Tizio vuole uccidere Caio e, per farlo, aspetta appositamente di essere aggredito, si applica ugualmente la scriminante della legittima difesa.

Altri autori hanno individuato tale ratio nel principio del mezzo adeguato per il raggiungimento di uno scopo approvato dall'ordinamento.

Altri ancora nella prevalenza del vantaggio sul danno.

Infine, alcuni l'hanno scorta nel bilanciamento tra beni in conflitto, ovvero, il che è uguale, nel giusto temperamento tra interesse e controinteresse. Antolisei, in particolare, sostiene che la ragione di esse sia nella mancanza di danno sociale, in quanto le situazioni previste sono giustificate per salvare un interesse che ha un valore sociale uguale o superiore a quello che si sacrifica.

Nei confronti dell'indirizzo monista si è mossa sostanzialmente l'obiezione per cui le cause di giustificazione sono molte e tutte diverse tra loro e cercare un fondamento unitario a tutte quante equivale comunque a darne una spiegazione parziale. Come dice il testo di Fiandaca-Musco un'operazione del genere finisce per essere un po' come quella storia della coperta troppo corta con cui si vorrebbe avvolgere tutto ma che alla fine lascia sempre uno spazio scoperto.

Teoria pluralista

L'opinione prevalente riconduce la ratio della cause di giustificazione a due principi di fondo: alcune scriminanti sono riconducibili al principio dell'interesse prevalente; altre a quello dell'interesse mancante.

Alcune scriminanti, cioè, sono previste dalla legge perché nel caso di specie il legislatore ha considerato prevalente l'interesse di colui che ha commesso il fatto sull'interesse del danneggiato. Ad esempio nella legittima difesa il legislatore preferisce prendere in considerazione l'interesse di chi, per difendersi, ha commesso il fatto, piuttosto che quello di chi ha subito l'azione.

Altre sono invece previste perché, nel caso di specie, manca l'interesse del legislatore a punire quella condotta. A questa ratio sono riconducibili solo il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità; così, se Tizio uccide Caio per la necessità di difendersi, lo stato non ha più interesse a punire Tizio, perché non ci sarebbe nessuna ragione di applicare la pena, né di tipo preventivo, né di tipo punitivo.

Ma anche in tal modo ci si dimentica che il fondamento di una norma può anche rinvenirsi in più principi diversi.

A noi pare invece più corretto individuare più ragioni di fondo, diverse da istituto a istituto. Oltre all'interesse prevalente e all'interesse mancante, ci pare che la ragione delle cause di giustificazione possa rinvenirsi anche in altri principi. Il Mantovani, ad esempio, ha individuato a fondamento di alcune scriminanti anche il principio di non contraddizione, cioè la necessità che lo stato non entri in contraddizione con se stesso vietando e al tempo stesso imponendo una determinata condotta (ratio che può rinvenirsi senz'altro nella fattispecie dell'adempimento del dovere e in altre ancora).

Disciplina

Operatività oggettiva delle scriminanti

Ai sensi dell'articolo 59: Le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti.

Le scriminanti, in genere, operano su un piano oggettivo, in quanto si applicano anche se l'agente non le conosce o le ritiene erroneamente inesistenti; a nulla rileverebbe, ad esempio, che Tizio, per difendersi, uccida il suo aggressore senza sapere che questi stava per estrarre una pistola e ucciderlo. Nè può essere punito il militare che spara al nemico senza sapere che la sua nazione è entrata in guerra. Ancora: Tizio, latitante, viene rintracciato dai complici delusi nella spartizione del bottino, i quali si camuffano da agenti di polizia per ucciderlo; se Tizio reagisce uccidendoli si applica lo stesso la legittima difesa, anche se l'intenzione di Tizio non era quella di reagire ad un'offesa ingiusta. Questo, almeno, vale in linea generale. Tuttavia ad alcuni autori questa soluzione ripugna. E' stato quindi affermato da taluni che l'interprete può senz'altro individuare dei casi in cui possa essere preso in considerazione lo stato soggettivo dell'agente; in particolare secondo la Spagnolo solo il consenso dell'avente diritto opererebbe sempre oggettivamente, mentre tutte le altre cause di giustificazione opererebbero in presenza di coefficienti di tipo soggettivo. Ad esempio, nella legittima difesa, se Tizio vuole uccidere Caio e spara, senza provocazione alcuna, ma ignorando che questi sta a sua volta per estrarre una pistola per ucciderlo, sarà imputato di omicidio. La giurisprudenza, dal canto suo – rimanendo alla legittima difesa - richiede in genere l'animus di difendersi, in ciò contraddicendo, perlomeno in parte, l'articolo 59.

Il punto è che le scriminanti hanno una rilevanza che potremmo definire mista. Non a caso – con riferimento agli articoli da 52 a 54 - si parla di cause di giustificazione a rilievo oggettivo, ma dotate di un certo “coefficiente psicologico”.

In altre parole: la situazione scriminante deve essere tale da apparire “oggettivamente esistente” a un osservatore, esterno, indipendentemente dall'atteggiamento interiore del soggetto. Ora, per tornare all'esempio fatto prima, il punto è che se Tizio uccide il suo aggressore senza sapere che questi sta per estrarre la pistola, la situazione non si presenta come una scriminante neanche dal punto di vista oggettivo. Il soggetto risponde quindi di omicidio non perché manca l'elemento soggettivo, ma perché la situazione, anche oggettivamente, vista dal di fuori, non appariva come di legittima difesa.

Per fare un altro esempio: se un folto gruppo di mafiosi armato fino ai denti circonda la villa di Tizio per ucciderlo, la situazione è oggettivamente di pericolo. Tuttavia se Tizio spara uccidendoli tutti, quando ancora nessuno di loro ha estratto le armi e appaiono ancora come degli innocui visitatori, Tizio risponderà di omicidio volontario dal momento che la situazione non si presenta ancora pericolosa dal

punto di vista di un osservatore esterno. In tal senso – cioè in una sorta di ottica intermedia - si spiegano le sentenze che chiedono l'animus di difendersi per l'applicabilità della legittima difesa.

Le scriminanti putative, o errore sull'esistenza di una scriminante

Il quarto comma dell'articolo 59 dice che: Se l'agente ritiene per errore che esistano delle circostanze di esclusione della pena queste sono valutate sempre a favore di lui.

Ad esempio se taluno spara ad un amico che per scherzo ha finto una rapina a mano armata nella sua gioielleria, si applica ugualmente la scriminante della legittima difesa.

Si parla, in tal caso di scriminante putativa, cioè scriminante per errore ritenuta esistente. L'errore, tuttavia, per costituire una valida scriminante, deve essere di fatto, oppure deve vertere sull'esistenza di una norma extrapenale integratrice della fattispecie. E' escluso, invece, che possa essere valido l'errore di diritto (cioè il credere che posso commettere l'azione in questione perché esiste una norma che me lo permette).

Errore colposo sull'esistenza di una scriminante

Infine, l'articolo 59 ultimo comma dice che se l'errore sulla presenza di una scriminante è dovuto a colpa dell'agente, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. Ad esempio Tizio, camminando di notte lungo una strada solitaria, viene avvicinato da un estraneo che gli vuole chiedere una informazione; essendo un tipo particolarmente autosuggestionabile crede di essere aggredito e lo uccide. In questo caso la scriminante della legittima difesa non esiste, perché Tizio erroneamente crede di essere aggredito; tuttavia sarebbe eccessivo incriminare costui per omicidio, perché manca il dolo, cioè la volontà di uccidere; quindi, dal momento che l'intenzione di Tizio era unicamente quella di difendersi; la fattispecie viene inquadrata nell'ambito dell'omicidio colposo. Taluno ritiene che in questo caso abbiamo un vero e proprio delitto doloso, punito però come un delitto colposo; altri ritengono che si abbia solo un delitto colposo a tutti gli effetti.

Eccesso colposo

Nozione

A norma dell'articolo 55 "Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53, 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

La figura ricorre quando taluno, in presenza di una causa di giustificazione, eccede i limiti imposti dalla legge. Ad esempio Tizio, aggredito di notte da una persona che lo vuole solo picchiare, lo uccide barbaramente. Si badi che l'eccesso in questione deve essere colposo; se Tizio, infatti, pur sapendo che Caio voleva solo spaventarlo, lo uccide deliberatamente, allora il reato è quello di omicidio doloso.

Casi di eccesso colposo

Più precisamente, ci sono due casi in cui ricorre l'eccesso colposo:

- 1) quando taluno valuta erroneamente una certa situazione e provoca volontariamente l'evento: Tizio viene aggredito da Caio che vuole prenderlo a pugni; il primo, credendo che Caio voglia ucciderlo, lo uccide a sua volta.
- 2) quando la situazione è valutata esattamente, ma per errore l'evento è più grave di quello voluto; ad esempio Tizio, per difendersi dall'aggressione, picchia Caio producendone, senza volerlo, la morte.

Natura giuridica del reato

Secondo alcuni autori nonostante la norma parli di "eccesso colposo" si tratterebbe di un vero e proprio reato doloso, perché l'evento ulteriore è stato in realtà previsto e voluto.

Altri autori, vi ravvisano un reato colposo in senso stretto perché l'azione è commessa a causa di un errore di valutazione che poteva essere evitato prestando maggiore attenzione; lo stato soggettivo, cioè, è quello tipico della colpa. In altre parole se il dolo è costituito dai due elementi della rappresentazione e della volizione, il primo momento risulta certamente viziato.

La dottrina prevalente inquadra invece la natura giuridica del reato in esame nei casi di colpa impropria, cioè quella particolare forma di colpa caratterizzata dalla volontarietà dell'evento.

La verità è, come notano giustamente alcuni autori, che questa figura è uno strano ibrido, a metà tra il dolo e la colpa; tutto dipende infatti dalla concezione che si ha del delitto colposo in generale; se si ritiene che l'essenza della colpa sia nell'errore di previsione dell'agente allora l'eccesso colposo rientra a pieno titolo nell'area dei reati colposi in senso stretto; se invece si ritiene che l'essenza della colpa sia nella non volontarietà dell'evento, allora indubbiamente la figura dell'articolo 55 deve rientrare tra i casi di delitto doloso o, più correttamente, in quelli di colpa impropria.

Il dibattito è tutt'altro che sterile ed ha delle importanti conseguenze pratiche. Infatti se il reato in esame lo si considera colposo si applicherà l'articolo 61 n. 3 (l'aggravante di aver agito, nei reati colposi, nonostante la previsione dell'evento).

Un'altra conseguenza si ha in tema di concorso di persone perché ove si acceda alla tesi del reato colposo non potrà aversi concorso di persone a titolo doloso; ad esempio nell'ipotesi in cui Caio passi la pistola a Tizio, il quale uccide Sempronio eccedendo colposamente i limiti della legittima difesa, accedendo alla tesi del reato colposo Caio non potrà essere imputato di concorso in omicidio.

Ambito di applicazione

La norma fa riferimento solo agli articoli da 51 a 54 ma la dottrina la ritiene applicabile anche al consenso dell'avente diritto e alle scriminanti speciali previste in altre parti del codice.

Cause di giustificazione non codificate

Il dibattito

Si discute se le cause di giustificazione siano solo quelle tipiche, cioè quelle previste espressamente dal codice, oppure possano essere anche atipiche, nel senso che ne possano esistere altre che, pur non previste, sono comunque desumibili da un esame dell'intero ordinamento o ricavabili per via analogica.

In linea di massima il problema della scriminanti tacite, o non codificate, è risolto positivamente negli ordinamenti a legalità sostanziale, ma negativamente in quelli a legalità formale, come il nostro.

Tuttavia è pur vero, come ha notato qualche autore, che il nostro codice penale è nato nel 1930 e deve quindi coordinarsi con i più recenti mutamenti sociali e con la Costituzione (che, non dimentichiamolo, è successiva all'uscita del codice, il che impone di armonizzare le norme precedenti ad essa con il nuovo assetto costituzionale). Sta di fatto che l'istituto delle scriminanti tacite è molto delicato e deve essere utilizzato con cautela, per evitare che attraverso di esso si giustificino condotte legalmente e moralmente riprovevoli.

La tesi positiva

Parte della dottrina sostiene l'ammissibilità delle cosiddette scriminanti tacite, sul presupposto che il divieto di analogia opera solo per l'analogia in malam partem e non per quella a favore del reo. Del resto le norme che prevedono le scriminanti non sarebbero affatto eccezionali, perché se è vero, come sostiene parte della dottrina, che il fondamento di esse risiede anche nel principio di non contraddizione, e che le norme che autorizzano o permettono determinate attività vietate sono ricavabili da qualsiasi ramo dell'ordinamento, allora si tratta di norme che sono espressione di principi generali dell'ordinamento. Taluno ha notato, infatti, che anche le cosiddette scriminanti codificate sono in realtà norme pressoché inutili, perché anche in assenza di esse il soggetto non sarebbe stato ugualmente punibile. Ad esempio nessuno si sognerebbe mai di punire un soggetto che ha agito in stato di legittima difesa, anche

in assenza dell'articolo 52, mancando l'elemento soggettivo della colpa, ed essendo diritto di ciascuno difendersi da un'offesa ingiusta.

Analogo ragionamento vale quindi per le scriminanti non codificate. Per fare un esempio, una volta che la legge autorizzi, e anzi incentivi, l'attività medica, sarebbe poi senz'altro contraddittorio punire il medico per le lesioni arrecate al paziente. In una prospettiva parzialmente diversa, c'è chi ha prospettato la tesi secondo cui le scriminanti non codificate ricavabili mediante il procedimento analogico sarebbero ammissibili solo per quelle ipotesi descritte dalla legge con un sufficiente grado di elasticità (legittima difesa, stato di necessità), mentre non sarebbero ammissibili lì dove il codice utilizza una tipizzazione più accentuata, lasciando minore margine di operatività all'interprete (esercizio di un diritto, adempimento di un dovere).

La tesi negativa

Alcuni autori, sostengono l'inammissibilità delle scriminanti non codificate.

Anzitutto si è detto che i principi di legalità e tipicità imporrebbero di escludere l'analogia in bonam partem.

La norma penale, come abbiamo già visto altrove non è suscettibile di applicazione analogica e deve considerarsi "penale" anche la norma che prevede una scriminante. Questo perché, come è stato efficacemente osservato, "i limiti del lecito sono i limiti dell'illecito", nel senso che anche la scriminante concorre a delimitare la fattispecie incriminatrice.

Le scriminanti, inoltre, sarebbero norme eccezionali, perché renderebbero (in via del tutto eccezionale, appunto) lecito ciò che normalmente sarebbe illecito. Ne consegue che si applicherebbe l'articolo 14 delle disposizioni preliminari, che vieta l'analogia per le norme di questo tipo. D'altronde il principio di legalità è una certezza di garanzia non solo per i cittadini ma anche per i delinquenti (tanto che il codice penale stesso è stato definito come la magna carta del reo), e questa certezza viene scossa anche quando vengono ad allargarsi i limiti del lecito; perché il reo potrebbe essere indotto erroneamente a credere che il giudice applicherà analogicamente una scriminante che invece non viene riconosciuta per il caso concreto.

Inoltre, si è detto (con un argomento di dubbia correttezza in verità) che, per ricorrere all'analogia, occorre che ci sia un minimo di elasticità nel dettato normativo. Tale elasticità, invece, nelle scriminanti non esiste, dato che le varie ipotesi sono formulate con molta precisione.

Infine c'è da dire che non ci sarebbe bisogno di una simile operazione per ricavare le cosiddette scriminanti non codificate, essendo all'uopo già sufficienti quelle previste. La giurisprudenza, non a caso, seguendo l'indirizzo più prudente, generalmente si attiene a questa tesi, facendo rientrare le ipotesi di scriminante non codificata in quelle già conosciute e tipizzate dalla legge.

Ad esempio per l'attività sportiva non c'è necessità di ricorrere all'analogia per non punire il pugile che ferisce l'avversario, essendo già sufficiente la figura dell'esercizio di un diritto (si tratta di attività considerata lecita e socialmente utile dallo stato) e del consenso dell'avente diritto.

Per l'attività medico-chirurgica si potrebbe fare ricorso al consenso dell'avente diritto e allo stato di necessità. Mentre per le informazioni commerciali alcuni autori, lungi dal considerare non punibili i soggetti cui la fattispecie si riferisce, addirittura dubitano della liceità di tale comportamento. Le cause di giustificazione non codificate dal codice e comunemente ammesse sono perlopiù tre: le cosiddette informazioni commerciali, l'attività medica, e le attività sportive.

Informazioni commerciali

Quando vengono fornite informazioni commerciali dietro richiesta, che sarebbero offensive per il loro contenuto, il fatto non è punibile: ciò avviene per esempio nel caso delle banche che forniscono informazioni sui propri clienti ad altre banche. Nel momento in cui la banca informa altri del fatto che Tizio non è solvibile in teoria dovrebbe scattare il reato di diffamazione. Secondo qualche autore il caso rientrerebbe nella fattispecie dell'esercizio del diritto, la cui fonte sarebbe costituita dagli usi sociali; secondo Antolisei, invece, nessuna norma autorizza o impone un tale comportamento.

Trattamento medico chirurgico

Anche il trattamento medico chirurgico assurge a causa di giustificazione in casi che altrimenti sarebbero reato (pensiamo al medico che sbaglia un'operazione e provoca dei danni al paziente).

L'opinione prevalente riconduce il trattamento medico all'ipotesi del consenso dell'avente diritto.

A questa tesi si è opposto che in determinati casi non può escludersi che il trattamento possa essere effettuato anche in mancanza di un espresso consenso (sia pure tacito o presunto): si pensi al caso del testimone di Geova che venga ricoverato d'urgenza al pronto soccorso e si immagini che gli venga effettuata una trasfusione senza il suo consenso perché al momento dell'operazione costui era senza conoscenza. In questo caso non c'è dubbio che il medico sarebbe scriminato, pur in assenza del consenso dell'avente diritto. Minoritaria è l'opinione di chi sostiene che nei casi in cui il paziente non abbia dato il consenso espressamente per impossibilità, la fattispecie rientri nell'adempimento di un dovere. Secondo l'opinione che va per la maggiore invece il fondamento di questa scriminante non è il consenso dell'avente diritto, ma l'esercizio di un diritto. Il fatto che il trattamento medico corrisponda ad un alto interesse sociale, quale è la cura degli infermi e il fatto che si tratti di un'attività promossa dalla Costituzione, nonché da varie leggi ordinarie, induce a

concludere che esercitare l'attività medica e curare gli ammalati sia un diritto preciso di ogni medico.

Attività sportiva

Analoga discussione si presenta per le attività sportive.

Quando l'attività sportiva, quale che essa sia, cagioni delle lesioni, non pare dubitabile che il soggetto venga scriminato per il consenso dell'avente diritto. In effetti chi esercita uno sport rischioso sa che va incontro a dei pericoli e quindi accetta preventivamente i danni che possono capitargli, purchè, ovviamente, il tutto si svolga secondo le regole dell'attività. Il problema sorge quando alla vittima vengano cagionate lesioni gravi o anche la morte. Qui infatti è arduo ravvisare la scriminante nel consenso, perché in realtà a una tale ricostruzione osta il disposto dell'articolo 5 del codice civile, ai sensi del quale non sono mai ammessi gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Secondo Antolisei la non punibilità si avrebbe (ovviamente quando siano state rispettate le regole del gioco) perché lo stato ha un interesse sociale a che si svolgano queste attività. Una teoria minoritaria individua la scriminante in oggetto nella consuetudine ma tale tesi non è condivisibile, stante l'inammissibilità della consuetudine come fonte di diritto nella materia penale.

La dottrina prevalente ravvisa il fondamento della non punibilità nel consenso dell'avente diritto, sostenendo che in realtà l'articolo 5 del codice civile non è un ostacolo, in quanto esso vieta gli atti di disposizione del proprio corpo ma ammette quelli che non siano contrari alla legge (ed è facile constatare che quasi tutte le manifestazioni sportive sono autorizzate dalla legge).

Altri autori individuano invece il fondamento della scriminante de qua nell'esercizio di un diritto, in quanto la maggior parte delle competizioni sportive sono autorizzate dalla legge, o, comunque, nel combinato disposto di entrambe le scriminanti (consenso dell'avente diritto e esercizio del diritto). Nessuna delle tesi però pare convincente. Si è osservato, infatti, che il consenso dell'avente diritto non può arrivare fino al punto da accettare la morte o le lesioni gravi: quando si verificano, infatti, tali fatti non sono mai accettati, né possono essere considerati "autorizzati dallo stato" e quindi devono sempre considerarsi eccezionali. Nè sarebbe possibile che lo stato accettasse uno sport in cui la morte sia un evento prevedibile; e con ciò rigettiamo la tesi di Antolisei, secondo cui il fondamento della figura deve rinvenirsi nell'utilità sociale di queste attività, che per questo vengono riconosciute dallo stato. La persona insomma, dà il suo consenso ad eventuali lesioni, ma la morte, o le lesioni gravi, non sono mai messe in conto, anche se, verificandosi, il soggetto che l'ha provocata è scriminato. A noi pare preferibile la tesi – ancorché minoritaria – secondo cui quando in un evento sportivo muore o viene lesionato

gravemente qualcuno non esiste alcuna causa di giustificazione; il soggetto non viene punito solo perché manca l'elemento soggettivo (cioè il dolo o la colpa). Se sono state rispettate le regole del gioco, cioè, all'agente non può muoversi alcun rimprovero, e quindi non ci sono gli estremi per ricondurre lo stato psicologico alla colpa o al dolo.

La cosiddetta inesigibilità

Tra le scriminanti non codificate rientrerebbe l'inesigibilità.

L'inesigibilità sarebbe l'impossibilità di pretendere, in presenza di circostanze concrete in cui l'agente si è venuto a trovare, un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto. Quindi, quando un soggetto commette un reato, e lo commette non per volontà di delinquere, bensì perché - date le circostanze - non poteva tenere un comportamento diverso, il fatto non sarebbe punibile. In altre parole il reo non è punibile perché da lui era inesigibile un comportamento diverso.

L'inesigibilità è stata discussa relativamente a casi come i seguenti:

- 1) un medico condotto, stanco per un dura giornata di lavoro, si rifiuta di andare a curare un malato di notte, perché dovrebbe fare a piedi 4 ore di strada sotto la neve mettendo a rischio la sua salute.
- 2) nei processi ad alcuni medici tedeschi che dovevano, per ordine di Hitler, fare le liste dei pazzi inguaribili affinché fossero eliminati; alcuni di essi fecero delle liste incomplete, per salvare almeno una parte dei pazzi; furono assolti mediante l'applicazione del principio di inesigibilità, perché si tenne conto del fatto che se essi si fossero rifiutati di obbedire parzialmente all'ordine, sarebbero stati sostituiti con altri medici che avrebbero invece fatto delle liste complete. In pratica, mettere nell'elenco alcuni nominativi (e quindi, in definitiva, condannarli a morte) era necessario per salvarne altri. Fu quindi considerato inesigibile da quei medici un comportamento diverso.
- 3) Un medico deve decidere chi salvare tra due pazienti, avendo a disposizione mezzi per operare su uno solo.
- 4) Il padre, testimone di Geova, non dà il consenso per compiere un'operazione che salverebbe il proprio figlio.
- 5) Un imprenditore, che opera in una zona ad altissima densità mafiosa, ove è impossibile operare senza venire a patti con le cosche, mette a disposizione di un noto camorrista la sua villa di campagna.
- 6) Un caso interessante tratto dall'esperienza statunitense, è quello di una ragazza siciliana che aveva ucciso i due zii. Lo zio era stato, anni prima, amante della ragazza; la ragazza sposò un altro ragazzo siciliano e la zia rivelò al marito di lei la

relazione passata; cosicché il ragazzo ripudiò la sposa e quest'ultima decise di vendicarsi uccidendo entrambi gli zii. La Corte statunitense decise che il comportamento della ragazza non fosse punibile, perché inesigibile un comportamento diverso, stante il contesto culturale in cui ella era cresciuta.

Per molti autori l'istituto dell'inesigibilità è inammissibile; applicata al nostro sistema penale, infatti, significherebbe lasciare il giudice eccessivamente libero di decidere nei casi concreti chi deve essere punito e chi no. Scrivono Fiandaca-Musco che quella dell'inesigibilità è una formula vuota che non riesce ad indicare i criteri che dovrebbero presiedere alla soluzione dei casi concreti. "Anche perché, se ci si limita ad asserire che un comportamento non è colpevole perché non era esigibile un comportamento diverso, rimane ancora senza risposta l'interrogativo più importante, che è quello di sapere perché non si sarebbe potuto agire diversamente".

Inoltre, si è detto che l'inesigibilità significherebbe, se applicata secondo i modelli operativi di alcune esperienze straniere, una capitolazione dello stato di fronte al delinquente.

In linea di massima invece alcuni casi di inesigibilità possono essere risolti agevolmente con gli istituti giuridici di cui dispone il codice Rocco; ad esempio alcuni casi possono essere ricondotti all'adempimento di un dovere, altri allo stato di necessità, altri ancora alla forza maggiore; ipotesi di inesigibilità sono poi espressamente previste in alcune fattispecie particolari (ad esempio all'articolo 384, che dichiara non punibile chi ha commesso il reato di favoreggiamento personale in favore di n prossimo congiunto).

Negli esempi fatti sopra, i primi tre casi possono ricondotti alla forza maggiore, mentre al quarto caso (testimoni di Geova) potrà essere applicata l'attenuante di aver agito per ottemperare a particolari valori morali. Nel quinto, invece, non potrà operare nessuna scriminante né attenuante. Quanto al caso numero 6, si tratta di una sentenza ormai troppo risalente per poter essere ancora attuale ai giorni nos