UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CICLO XXXI

Curriculum: Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno, comparato, europeo ed internazionale

LE CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITÀ: SPUNTI PER UNA LORO RILETTURA IN CHIAVE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Dottoranda:
Alice PARIALÒ

Relatore:
Chiar.ma Prof. ssa
Giuseppina PANEBIANCO

A.A. 2017/18

INTRODUZIONE

Rilievi introduttivi pag. 1 ss.

Segue: Cenni sull'origine ed evoluzione storica delle c.o.p.

CAPITOLO I

Le condizioni obiettive di punibilità e la fattispecie penale pag. 12 ss.

1. Le c.o.p tra principio di legalità e incertezze interpretative;
2. Gli orientamenti della dottrina: le condizioni obiettive di punibilità come elementi essenziali del reato;
2.1. *Segue:* gli elementi condizionali come *essentialia delicti*;
3. La tipicità nei reati condizionali: c.o.p., fatto e fattispecie;
4. Evento condizionale ed evento del reato;
4.1 *Segue*: il problema del nesso di causalità;
4.2. *Segue*: ulteriori riflessioni su c.o.p. e nesso di causalità;
4.3. Una provvisoria definizione delle condizioni obiettive di punibilità;

CAPITOLO II

Condizioni di punibilità ed elementi essenziali del reato pag. 60 ss.

1. Elementi essenziali e condizioni di punibilità: ragioni di una distinzione;
2. L'incerta natura delle condizioni obiettive di punibilità al vaglio della disciplina dell'errore;
3. I criteri diagnostici delle c.o.p.: il criterio letterale;
3.1. Il criterio strutturale;
3.1.1 (…) e i reati aggravati dell'evento;
3.2. Condizioni di punibilità, dolo specifico e pericolo;
4. La fattispecie condizionata ed il principio di offensività;
5. Alcune considerazioni provvisorie:

CAPITOLO III

Le condizioni di punibilità ed il principio di colpevolezza pag. 113 ss.

1. Il principio di colpevolezza e sua evoluzione concettuale;
2. L'estensione della categoria condizionale: condizioni intrinseche ed estrinseche;
2.1 Segue: Le condizioni intrinseche e le condizioni di esistenza del reato;
3. Rapporti tra illiceità, punibilità e antigiuridicità;
4. Spazio per l'esistenza delle condizioni intrinseche nella nuova concezione della colpevolezza;
5. Condizioni di punibilità: ratio, funzione ed effetti;
6. Condizioni di punibilità e di procedibilità a confronto;

CAPITOLO IV

Momenti di verifica delle condizioni obiettive di punibilità pag. 181 ss.

1. *Tempus commissi delicti*: la successione della legge nel tempo;
1.1 *Segue:* applicazione di amnistia ed indulto ai reati condizionati;
2 *Locus commissi delicti;*

3. La risarcibilità del danno nei reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità;
4. La configurabilità del tentativo nei reati condizionati;
5. Il diritto di proporre querela;
6.1 *Segue:* I reati condizionati ed il principio della doppia punibilità negli accordi Schengen;

CAPITOLO V

Le condizioni di punibilità tra diritto interno e diritto sovranazionale pag. 245 ss.

1. Condizioni di punibilità e soglie di punibilità a confronto: vecchi e nuovi dilemmi
1.1. *Segue:* lo stato dell'arte delle soglie di punibilità nelle pronunce della giurisprudenza
1.2. *Segue*: le soglie di punibilità e la disciplina dell'errore
2. La sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta
2.1. La sua ascrizione tra le condizioni obiettive di punibilità
3 La dichiarazione di fallimento nel dibattito giurisprudenziale: a) la sentenza Corvetta
3.1 *Segue: b)* la posizione della Corte di Cassazione nel caso Parmalat: più ombre che luci
4. Le condizioni obiettive di punibilità estrinseche come garanzia dell'unitarietà del sistema dei reati di bancarotta: il ravvedimento della giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 13910/17
5. I progetti di riforma del codice penale: quale sorte per le condizioni obiettive di punibilità
6. Considerazioni conclusive: la riscoperta delle condizioni obiettive di punibilità come crocevia tra esigenze di deflazione del sistema e razionalizzazione del ricorso alla tutela penale.

Rilievi introduttivi

Presenti già nell'originario impianto codicistico all'art. 44 c.p., le condizioni obiettive di punibilità si pongono come un istituto fortemente problematico nell'attuale assetto normativo per via della loro incerta natura e dei dubbi di compatibilità della relativa disciplina con i canoni del diritto penale[1]. Di fronte all'ambiguità del testo normativo e al silenzio del legislatore viene demandata all'interprete l'individuazione del concetto e della funzione dell'istituto condizionale, nonché l'elaborazione di criteri diagnostici volti a definirne i contorni. Il *nomen iuris* suggerirebbe la collocazione dell'elemento condizionale sul piano delle conseguenze dell'illecito, attesa la loro idoneità ad intervenire sul momento d'irrogazione della sanzione, quale filtro selettivo di quelle condotte che, già meritevoli di pena risultino anche bisognose di sanzione, in linea con le recenti tendenze deflattive del legislatore interno[2]. Tuttavia la scarna ed incerta

[1] Le condizioni obiettive di punibilità, sin dalla loro introduzione, hanno sollecitato vivaci dibattiti in ordine alla loro esatta qualificazione giuridica e alla collocazione all'interno della fattispecie con l'emersione di molteplici e variegati orientamenti dottrinali, nonché di una letteratura vastissima sul tema. Particolarmente controverso, come si vedrà in seguito, risulta il rapporto delle condizioni obiettive di punibilità con il paradigma della responsabilità colpevole, autentico caposaldo dell'attuale sistema penale: ci si interroga, precisamente, se l'istituto di cui all'art. 44 c.p. rappresenti un retaggio di responsabilità oggettiva, ormai incompatibile con l'attuale sistema penale. Sul punto cfr. A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686. Sulla necessità che le condizioni obiettive di punibilità vengano oggi lette alla luce dei valori consacrati nella Carta Costituzionale si veda, per tutti, A. ALESSANDRI, *Art. 27 comma 1 Cost.* in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna, 1991, p. 159 ss. Di contro, a sostegno della ricostruzione delle c.o.p come garanzia del principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale si vedano gli efficaci rilievi di G. NEPPI-MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, 1988, p. 2 ss.; M. ZANOTTI, *Le Condizioni obiettive di punibilità*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. X, 1996, p. 550.

[2] L'assenza di una precisazione normativa sulla funzione delle condizioni di punibilità e l'attuale tendenza legislativa ad introdurre nell'ordinamento forme deflattive, quali l'art. 131-*bis* c.p., incoraggerebbero a rileggere l'istituto di cui all'art.44 c.p. sotto una nuova luce in termini di filtro delle condotte bisognose di pena. Il rapporto tra meritevolezza di pena e bisogno di pena rappresenta il fulcro della riflessione penalistica circa l'opportunità di ricorrere alla sanzione penale e, pertanto, si pone come criterio guida per il legislatore e l'interprete. Per una trattazione dettagliata del tema v. M. PELISSERO, *Principi di politica criminale*, in AA. VV. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2013, p. 67 ss.; M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 76 ss.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in AA.VV., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G.A. De Francesco, Torino, 2002, pp. 101-113; M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno*

formulazione dell'art. 44 c.p. lascia spazio, ed anzi finisce per incoraggiare l'adozione di ricostruzioni alternative del fenomeno condizionale[3]. Il ricorso all'espressione "evento condizionale" e la previsione di uno specifico regime d'imputazione potrebbero suggerire una qualificazione delle condizioni di punibilità come di elementi significativi della fattispecie, in grado di conferire offensività agli illeciti[4]. Tuttavia, leggendo il citato art. 44 del codice penale si

di pena" e teoria del reato, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, pp. 789-805.

[3] La connessione tra condizioni obiettive di punibilità e meccanismo d'irrogazione della pena è stato oggetto della recente e densa riflessione di G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Milano, 2016, p. 11 ss. Particolarmente controverso si rivela il tema della collocazione delle condizioni di punibilità all'interno delle fattispecie penale ed il loro rapporto con il fatto di reato. A fronte della pressoché unanime posizione della giurisprudenza sull'estraneità delle c.o.p agli elementi costitutivi del reato, in dottrina vi è chi sostiene che il reato non sussiste in difetto dell'elemento condizionale. Per un approfondimento su quest'ultima posizione cfr., fra molti, F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 588 e M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *St. Iur*., Padova, 1997, p. 592. Significativi si rivelano, inoltre, i contributi di M. ROMANO, *Art. 44 - Condizioni obiettive di punibilità*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3ª ed., Milano, 2011, p. 335 ss., G. NEPPI MODONA, *op. cit*., pp. 1 ss. ; F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1194 ss. i quali, pur inquadrando le condizioni di punibilità all'interno della fattispecie penale, ne affermano l'autonomia rispetto al fatto tipico, non essendo queste idonee ad incidere sull'offesa tipizzata dal reato.

[4] L'art. 27 della Costituzione nel disporre che «la responsabilità penale è personale» non solo vieta che si risponda per fatto altrui, ma sancisce il divieto di responsabilità oggettiva e consacra il principio di colpevolezza. In ossequio al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., con l'ormai storica sentenza 24 marzo 1988, n. 364 la Corte Costituzionale ha affermato la necessità di rinvenire «la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica», pertanto a voler affermare che le condizioni di punibilità partecipino al nucleo di disvalore espresso nella norma dovrebbe apprestarsi un correttivo al regime d'imputazione oggettivo previsto dall'art. 44 c.p.. La stessa esigenza si avvertirebbe accogliendo la distinzione avanzata da qualche Autore tra condizioni di punibilità estrinseche ed intrinseche: quest'ultime partecipando all'offensività del reato, dovrebbero essere ricondotte all'agente quantomeno a titolo di colpa. Rinviando ad un momento successivo l'approfondimento della predette distinzione, occorre anticipare che non sorgerebbe alcun dubbio di compatibilità con il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale laddove si limitasse la funzione dell'istituto condizionale a semplice «filtro selettivo che non incide sulla dimensione offensiva del fatto», come affermato dalla Corte Cost. nella sentenza 16 maggio 1989, n. 247, in *Giur. Cost*.,1989, p. 834. Sul fondamento della distinzione, per la giurisprudenza, cfr., per tutte, Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 1504: nella citata sentenza la Corte di Cassazione sembra far propria e "legittimare" l'esistenza di condizioni estrinseche come «elementi estranei alla materia del divieto», e di condizioni intrinseche come attualizzarci dell'offesa. Critiche e riserve circa la classificazione vengono espresse in dottrina da G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 564. A favore del riconoscimento delle sole condizioni estrinseche P.P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 1139 ss.; per una riconduzione delle condizioni estrinseche alla dimensione processuale si veda, per tutti, F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, p. 1473 ss.

percepisce immediatamente la vistosa deviazione del regime che governa le condizioni di punibilità rispetto a quello degli *essentialia delicti*: gli eventi condizionali risultano addebitabili all'agente «anche se da lui non voluti», sfuggendo alla regola per cui tutti gli elementi significativi del reato debbano essere coperti quantomeno dalla colpa. Occorre quindi chiedersi se tale deroga ai canoni della responsabilità colpevole rappresenti un mero retaggio del passato, da modificare e correggere sulla scorta dei recenti approdi della colpevolezza, ovvero rappresenti la totale estraneità delle condizioni obiettive di punibilità rispetto al piano dell'offensività, con conseguente esonero dall'osservanza del principio dell'imputazione soggettiva. Del resto, guardando alle principali fattispecie condizionate non sfugge l'assenza, in buona parte di esse, di un nesso di derivazione eziologica tra la condotta dell'agente e l'evento condizionale, elemento essenziale di ogni norma incriminatrice, come avviene con la sentenza di fallimento dell'imprenditore nella fattispecie di bancarotta[5]. Vero è, però, che tale assunto rischia di provare troppo, soprattutto laddove si accolga la distinzione, di elaborazione dottrinale e condivisa dalla giurisprudenza, tra condizioni di punibilità *intrinseche* ed *estrinseche*, il cui elemento di differenziazione risiederebbe nel modo di rapportarsi all'offensività del fatto: le prime interverrebbero a qualificare ed attualizzare il disvalore del reato, mentre le seconde rappresenterebbero la traduzione di ragioni di opportunità politico-criminale cui il legislatore ha inteso

[5] Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, l'assenza di un vincolo eziologico e psicologico tra l'agente e l'evento condizionale connota buona parte delle fattispecie condizionate. A titolo esemplificativo può richiamarsi la controversa natura della dichiarazione di fallimento nelle disposizione di bancarotta. Senza anticipare le principali problematiche sorte a riguardo, occorre evidenziare che la principale argomentazione a sostegno della natura condizionale si ravvisa nella impossibilità di ricondurre eziologicamente e psicologicamente la sentenza di accertamento del fallimento all'imprenditore soggetto attivo: le sentenza integra un provvedimento emesso, per definizione da un'autorità terza ed imparziale. Sul tema v. diffusamente cap. VI, § 6.2

subordinare la punibilità del fatto[6]. E tuttavia, la sostanziale diversità, e quasi, incompatibilità, tra le due categorie corrobora la necessità di sciogliere i nodi interpretativi circa il senso ed i limiti di compatibilità della componente condizionale con i principi dell'attuale sistema di diritto penale.

A complicare l'opera di interpretazione del ruolo della componente condizionale interviene anche la bipartizione tra condizione intrinseca ed estrinseca, posto che la collocazione dell'istituto in esame sul piano delle conseguenze del reato risulterebbe difficilmente coniugabile con la configurazione delle condizioni obiettive intrinseche, che contribuiscono a tracciare l'area di rilevanza penale delle condotte. Diversamente, la valorizzazione del ruolo dell'elemento condizionale sul piano del disvalore dell'illecito incoraggerebbe l'esclusione dall'area dell'art. 44 c.p. delle condizioni estrinseche, assimilabili latamente alle condizioni di procedibilità, ed imporrebbe una riflessione delle fattispecie condizionate in rapporto all'offensività, oltreché alla colpevolezza[7]. Non può celarsi che,

[6] Per la distinzione tra condizioni di punibilità *intrinseche* ed *estrinseche* v., per la giurisprudenza, Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in Giur. Cost., 1988, p. 1504; in tale sentenza la Corte Costituzionale sembra far propria e legittimare la bipartizione tra condizioni *estrinseche* quali «elementi estranei alla materia del divieto», e condizioni *intrinseche* quali fattori di attualizzazione dell'offesa. Detta classificazione ripresa ed approfondita in dottrina da G. MARINI, in *Lineamenti* cit., p. 564; a favore del riconoscimento delle sole condizioni *estrinseche* si esprimono, P. P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, *Ind. pen*., 2004, p. 1139 ss. e M. G. MAGLIO- F. GIANNELLI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. pen.*, 2003, p. 184; per una riconduzione delle condizioni estrinseche alla dimensione processuale si vedano F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, p. 1473 ss. e F. BRICOLA, *voce Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nov. dig. it*., vol. XIV, Torino, 1967, p. 594). Sul tema si veda diffusamente il capitolo III.

[7] Come già accennato, le condizioni obiettive di punibilità vengono di solito in evidenza per la possibile frizione con il principio di colpevolezza a causa del riferimento, contenuto nell'art. 44 c.p., ad un regime oggettivo d'imputazione. Il canone della responsabilità colpevole non rappresenta, tuttavia, l'unico principio a venire in rilievo, dal momento che occorre verificare la compatibilità di una fattispecie condizionata con il principio di offensività. Affidare il disvalore di un illecito ad eventi futuri ed incerti, quali le condizioni di punibilità, spesso privi di una connessione, oggettiva e soggettiva, con l'agente potrebbe generare perplessità sull'effettiva idoneità lesiva della fattispecie. A titolo esemplificativo può richiamarsi la risalente questione circa la natura del pubblico scandalo nel reato d'incesto: prevalente risulta la tesi che qualifica il predetto elemento come condizione obiettiva di punibilità intrinseca, posizione ampiamente accolta in dottrina, che si giustifica per la necessità di conferire una connotazione di disvalore alle condotte incestuose connotate da una sostanziale neutralità. Tuttavia, innanzi ad una simile soluzione non può tacersi la

concentrare la carica di disvalore sugli elementi condizionali, per definizione futuri ed incerti e spesso privi di una effettiva connessione con l'agente, rischia di ridurre ad un mero simulacro il disvalore oggettivo d'azione della disposizione pregiudicandone la rispondenza al canone della necessaria lesività del bene giuridico.

Innanzi a tali aporie e considerato che l'esatta qualificazione normativa del fenomeno condizionale presenta notevoli ricadute sull'operatività di numerosi altri istituti quali i provvedimenti di clemenza e le misure di sicurezza, sull'individuazione del tempo e del luogo di commissione del reato, nonché sulla configurabilità del risarcimento del danno derivante dall'illecito, si rende indispensabile un'ampia indagine sull'istituto delle condizioni obiettive di punibilità. Un'analisi che prendendo avvio dai risalenti dilemmi sorti loro riguardo e già evidenziati, tenga in debita considerazione le potenzialità dell'art. 44 c.p., attese le nuove prospettive d'operatività delle stesse. L'attualità del dibattito sulle condizioni di punibilità emerge, sul piano del diritto interno, dalla previsione delle soglie di punibilità nei reati tributari e finanziari e, sul piano "esterno" della

---

perplessità derivante dalla scelta di far dipendere l'offensività di una condotta, altrimenti neutra, da un evento, quale il pubblico scandalo, indipendente dal dominio fisico e psichico dell'agente. Così ragionando si rischierebbe di compromettere l'esistenza effettiva di un disvalore oggettivo d'evento e disvalore oggettivo d'azione all'interno della fattispecie incestuosa. Sul tema dell'incesto, M. del TUFO, *Delitti contro la famiglia,* in *Diritto penale: Parte speciale. Tutela penale della persona* (a cura di D. Pulitanò), vol. I, 2014, p. 427 ss.; R. ZANNOTTI, *I reati contro la famiglia,* in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale (*a cura di A. Fiorella), 2013, p. 182 ss.; D. BRUNELLI, *Incesto,* in S. Preziosi, *Delitti contro la famiglia,* Napoli, 2011, p. 120 ss.; F. GIANNELLI - M.G. MAGLIO, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Riv. Pen.*, 2009, 12, p. 1351; A. CADOPPI – L. MONTICELLI, *Incesto*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir.), *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, Torino, 2009, p. 333 ss. Per un'approfondita analisi del principio di offensività, sul suo fondamento e sulla sua funzione, v. D. PULITANÓ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 183 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. dir. pen. cont.*, n. 4, 2013, p. 4 ss.; G DE VERO, *Corso di diritto penale*², Torino 2012, p. 118 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, IV, p. 477 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensvità*, in *Ind. pen*., 1994, p. 279 ss. e F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977.

cooperazione giudiziaria, dalla rilevanza della punibilità in concreto come presupposto di applicazione dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo[8].

Questa costante dialettica tra passato e presente rappresenta lo scenario in cui si tenterà un'approfondita analisi dell'istituto condizionale nel tentativo di delinearne la fisionomia, la collocazione all'interno della fattispecie e lo spazio di applicazione: a tale fine occorrerà condurre dapprima una regolamentazione dei confini rispetto agli elementi essenziali del fatto da un lato e alle condizioni di procedibilità dall'altro, per poi effettuare un vaglio di compatibilità con i principi di colpevolezza ed offensività. Un simile lavoro, tuttavia non può prescindere da un preliminare inquadramento storico-dogmatico del fenomeno condizionale, evidenziandone l'origine e l'evoluzione normativa.

***Segue*: cenni sull'origine ed evoluzione storica delle c.o.p.**

In riferimento alle condizioni obiettive di punibilità, illustre dottrina ebbe a dire che «su nessun argomento della nostra disciplina regna, altrettanta confusione»[9] anche per via della stringatezza e della imprecisione con cui l'art. 44 c.p. disciplina la materia. Malgrado le numerose difficoltà interpretative, l'istituto condizionale ha

[8] Previsto dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, il mandato d'arresto europeo è stato recepito in Italia dalla legge 22 aprile 2005, n. 69; F. SGUBBI, *Il mercato della legge penale. Nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011; M. R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo,* in *Enc. giur. dir.*, vol. II, 2008; E. APRILE, *Mandato di arresto europeo e presupposti per l'accoglimento della richiesta di consegna: alcuni chiarimenti ed ancora qualche dubbio* in *Cass. pen.*, 2007, p. 1166 ss.; R. BELFIORE, *Mandato di arresto europeo e segnalazioni nel SIS: quali atti possono essere richiesti all'autorità di emissione?* in *Cass. pen.*, 2006, p. 4118 ss.; E. SELVAGGI, *Le condizioni per l'esecuzione del mandato di arresto europeo* in *Cass. pen.*, 2006, p. 3149 ss.; P. GUALTIERI, *Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?* in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 115 ss.; S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 789; G. VASSALLI, *Ecco perché è incostituzionale il mandato di cattura europeo* in *Dir. giust.*, 4 giugno 2002, 1 ss.; G. A DE FRANCESCO, voce *Estradizione*, in *Appendice Noviss. Dig. it.*, 1982, p. 576. L'eventuale presenza di una condizione obiettiva di punibilità può incidere sull'applicazione del mandato di arresto europeo nella misura in cui l'art. 7 l. n. 69 del 2005 stabilisce, al comma 1, che si darà esecuzione al mandato «solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato anche dalla legge nazionale». Eccezione rilevante al principio si ravvisa nell'art. 8 l. n. 69/2005, che riguarda i casi di consegna obbligatoria.

[9] Così G. DELITALA, in *Teoria generale del fatto*, Padova, 1930, p. 119 ss.

sempre trovato collocazione nelle diverse esperienze codicistiche e, pertanto, per una maggiore comprensione si rivela particolarmente utile una preliminare indagine diacronica e dogmatica delle stesse[10]. Nella prima organica codificazione penale italiana, il Codice Zanardelli, il fenomeno condizionale non veniva disciplinato da un'apposita disposizione di parte generale, ma potevano rinvenirsi nell'assetto codicistico una molteplicità di fattispecie incriminatrici che subordinavano la punibilità del fatto al verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto. A titolo esemplificativo, l'art. 484 del summenzionato codice incriminava chiunque fosse dedito al gioco d'azzardo o prestasse all'uopo il proprio locale a condizione che ciò avvenisse in luogo pubblico o aperto al pubblico. Ed ancora, in tema d'incesto l'art. 337 subordinava la punibilità del fatto alla sussistenza dello scandalo, «vale a dire che la turpissima tresca non sia più un mistero celato nell'intimità della famiglia, ma abbia acquisito obbrobriosa notorietà»[11]. Sebbene tali disposizioni risalgono al 1889, quindi ad un'epoca ben lontana dalla consacrazione costituzionale dei canoni di offensività e colpevolezza, esse possono fornire importanti indizi circa la funzione svolta dalle condizioni obiettive di punibilità, almeno nelle intenzioni del legislatore del tempo.

L'assenza di una norma generale sull'istituto e la mancata previsione di un criterio d'imputazione delle condizioni di punibilità, anche di tipo oggettivo, in un'epoca connotata da una certa indifferenza rispetto al dogma della responsabilità colpevole, tendono ad allontanare le c.o.p. dal piano "interno" del fatto, limitando la loro

[10] Per uno studio approfondito sul tema si vedano: *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930*, in *Le leggi*, 1930, p.773; G. NEPPI MODONA, op. cit., p. 1 ss.; P. VIOLANTE, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? (Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma)*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 583 ss, V. MORMANDO, *L'evoluzione storico- dogmatico delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen* , 1996, p. 610 ss.

[11] Si guardino ancora gli artt. 153, 485, 486, 487, 246 e 338 del Codice Zanardelli.

operatività al solo piano della punibilità. In tal senso, può evidenziarsi che le eventuali oscillazioni interpretative attorno alle condizioni di punibilità non riguardavano la loro distinzione rispetto agli elementi essenziali dal momento che le stesse finivano per confondersi talvolta con gli apprezzamenti di fatto talaltra con le circostanze del reato, senza che a tale distinzione corrispondesse un mutamento del parametro d'imputazione[12].

Tanto la fattispecie che sanziona il gioco d'azzardo, quanto quella che incrimina l'incesto svolgevano una chiara funzione di prevenzione generale, intervenendo in tutti e soli i casi dotati di una spiccata capacità criminogena ed al tempo stesso rappresentava una rilevante agevolazione probatoria. La previsione delle condizioni di punibilità all'interno della struttura normativa difficilmente rispondeva alla necessità di approfondire il disvalore sotteso all'incriminazione, piuttosto essa forniva un valido argine alla propagazione di condotte criminose particolarmente diffusive, in linea con la funzione di polizia dei costumi rivestita allora dal diritto penale.

In sostanza, le condizioni obiettive di punibilità rappresentavano la traduzione normativa della esigenza di assicurare l'irrogazione delle pena in tutti quei casi in cui la condotta offensiva potesse endemicamente diffondersi[13]. Come si evince dalla lettura nella Relazione di commento al Codice Zanardelli, le condizioni di

[12] Per la distinzione tra condizione di punibilità, circostanza ed apprezzamento di fatto v. L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, vol. IV, p. 281. L'A. ad es., qualifica il pubblico scandalo, *ex* art. 337 c.p., come una condizione di punibilità e il luogo pubblico, di cui all'art. 484 c.p. Zanardelli come un apprezzamento di fatto.

[13] A riprova di ciò può essere utile riportare un passo della Relazione della Commissione della Camere sul Progetto del Codice Zanardelli, in cui si legge: «il Legislatore non può spingere la tutela dei cittadini al punto di garantirli da tutte le frodi [...]: ma quando ciò avviene nei luoghi pubblici o aperti al pubblico dove l'autorità esercita più spiccatamente la sua tutela essa non può restare indifferente e deve mercé le sanzioni penali prevenirli, proibirli e punirli»: L. MAJNO, *op. cit.*, p. 281.

punibilità fungevano da setaccio della punibilità, non di certo dell'offensività: solo il loro avveramento innescava la risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

Non diversamente, l'esigenza di subordinare la punibilità di taluni fatti all'avverarsi di condizioni oggettive è stata avvertita anche dal Legislatore del codice vigente, il quale non si è limitato ad introdurre specifiche fattispecie incriminatrici condizionate, decidendo di positivizzare l'istituto condizionale in una norma di parte generale, l'art. 44 c.p. Prima di analizzare detta disposizione, è opportuno precisare che l'attuale formulazione della disciplina condizionale risulta profondamente differente da quella prevista all'art. 47 del Progetto Preliminare del codice. Quest'ultima recitava «quando la legge richiede per l'esistenza del reato o per la sua punibilità il verificarsi di una condizione il colpevole risponde del reato ancorché l'evento da cui dipende il verificarsi della condizione non sia da lui voluto»[14]. Detta formulazione, come emerge dal tenore letterale, implicava l'assimilazione tra condizioni di esistenza e condizioni di punibilità del reato, due istituti profondamente differenti, prevedendo per entrambi un regime d'imputazione obiettivo. A causa della difficoltà di distinguere sul piano pratico i due tipi di condizione e l'eccessiva eterogeneità dei due fenomeni presi in considerazione dall'art. 47 del progetto preliminare al codice penale, in un primo tempo, si pensò alla loro espunzione dall'impianto del codice[15]. Ciò nonostante, il

[14] Una puntuale analisi sei Lavori preparatori è stata condotta da L. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, pag. 10 ss.; si notino in particolare i gravi contrasti (in merito all'opportunità di una definizione generale e sulla formulazione della stessa) che hanno preceduto l'entrata in vigore dell'attuale art. 44 c.p., norma osteggiata da gran parte della dottrina che ne volle l'abrogazione e infine fortemente sostenuta dal Guardasigilli, che ne dispose la reintroduzione.

[15] Già allora, si avvertivano le numerose aporie a cui l'art. 47 Progetto Preliminare conduceva con la sua formulazione vaga ed incerta. La distinzione tra condizioni di esistenza e condizioni di punibilità, in accordo alle posizioni espresse dalla dottrina del tempo, risultava particolarmente netta sul piano teorico. Le prime si rivelavano indispensabili all'esistenza del reato, in presenza delle quali «il reato non si perfeziona se non attraverso il verificarsi di esse»; nel caso delle condizioni di punibilità, invece, il reato si perfeziona anche prima del loro verificarsi per tutti gli effetti giuridici che attengono alla determinazione del momento consumativo». Insormontabile appariva la critica sollevata da altra parte della dottrina sul fondamento e sull'utilità della distinzione, attesa

Guardasigilli personalmente si schierò fermamente a favore del mantenimento della norma nel codice, evidenziando la necessità che si mantenessero le condizioni di punibilità, la cui verificazione attualizzasse la necessità della risposta sanzionatoria. L'art. 44 c.p. nasce dunque dall'evoluzione dell'art. 47 del progetto preliminare, mantenendone i profili di criticità pur con qualche differenza rispetto alla precedente versione. Disponendo che «quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto», l'attuale articolo 44 c.p. non presenta alcun riferimento alle condizioni di esistenza del reato, ponendo l'accento unicamente sulla punibilità. La scelta effettuata dal legislatore del tempo di limitare il riferimento alle sole condizioni di punibilità non ha consentito di risolvere del tutto le questioni interpretative sorte in merito alla disposizione in esame, che rimane sempre una norma particolarmente controversa. È stato affermato che l'attuale disposizione di cui all'art. 44 c.p. rappresenta la compiuta esplicazione dei principi di stretta legalità ed obbligatorietà dell'azione penale, ma la previsione dell'espressione "anche se non voluto" finisce per rievocare la formula utilizzata dal legislatore all'art. 42 c.p. per definire le forme di responsabilità oggettiva[16]. La progressiva revisione delle forme di responsabilità

l'impossibilità di distinguere di fatto il confine fra elementi essenziali e condizioni di punibilità. Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda E. MASSARI, in *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto, 1928, pag. 67 e *Lavori Preparatori* cit., p.147.

[16] A sostegno della ricostruzione delle c.o.p come garanzia del principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale si vedano gli efficaci rilievi di G. NEPPI-MODONA, *op. cit.*, p. 2 ss. e M. ZANOTTI, *op cit.*, p. 550. Al contrario si vedano le ricerche storiografiche condotte da F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989 p. 1485. L'Autore giunge a conclusioni opposte a quelle sopra menzionate, dimostrando lo scarto temporale tra l'emersione delle condizioni come istituto e la piena affermazione del principio di stretta legalità come risposta alla crisi del sistema penale. Da qui la necessità di trovare nuovo fondamento giustificativo alle condizioni. Si può fra l'altro notare come la necessità di prevedere specificamente gli eventi condizionali a cui subordinare la punibilità abbia spinto parte della dottrina a rimettere in discussione il concetto stesso di reato, come vedremo più avanti nella trattazione. Pertanto il vecchio brocardo *nullum crimen sine poena* dovrebbe adesso assumere la forma di *nullum crimen sine poena et condicione*, sottolineandosi da parte della dottrina i rischi di una scissione reato-punibilità e della tendenza a considerare quest'ultima come «variabile indipendente». Cfr. F.

oggettiva presenti nel codice, secondo i canoni della colpevolezza ed offensività, ha ridestato l'attenzione dell'interprete circa la natura delle condizioni obiettive di punibilità. Ed in fondo, il dibattito sulle condizioni di punibilità non si riduce ad una semplice riflessione sulla legittimità o meno dell'istituto perché residuo responsabilità oggettiva, ma si atteggia anzitutto ad un ripensamento sul senso e sull'utilità del fenomeno condizionale nell'attuale sistema penale.

Prendendo spunto dalle considerazioni condotte nel breve *excursus* storico-dogmatico occorre ora entrare nel vivo della trattazione dedicata alle condizioni obiettive di punibilità, tentando anzitutto di fornire una definizione, pur provvisoria, delle condizioni obiettive di punibilità, e di tratteggiarne il campo di operatività.

MANTOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Padova, 2015, p. 783 ss. Di contro, si è sostenuto che ad ammettere l'esistenza delle condizioni di punibilità intrinseche si ridurrebbe l'art. 44 c.p. ad un «trasformatore» delle condizioni in casi di responsabilità oggettiva, poiché «si risponderebbe del verificarsi delle stesse a prescindere dalla consapevolezza di tanto». In tal senso v. M. G. MAGLIO-F. GIANNELLI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., p. 184.

CAPITOLO I

LE CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITÀ E LA FATTISPECIE PENALE

SOMMARIO: 1. Le c.o.p tra principio di legalità e incertezze interpretative - 2. Gli orientamenti della dottrina: le condizioni obiettive di punibilità come elementi essenziali del reato - 3. La tipicità nei reati condizionali: c.o.p., fatto e fattispecie - 4. Evento condizionale ed evento del reato – 4.1 *Segue*: il problema del nesso di causalità - 4.2. *Segue*: ulteriori riflessioni su c.o.p. e nesso di causalità - 4.3. Una provvisoria definizione delle condizioni obiettive di punibilità.

1.1. Le c.o.p tra principio di legalità e incertezze interpretative

Come si è avuto modo di precisare nelle considerazioni introduttive, l'inserimento nell'attuale codice penale di una disposizione di parte generale che disciplinasse il fenomeno condizionale è stato oggetto, durante i lavori preparatori al Codice Rocco, di numerosi ed accesi confronti. Specchio di tali vicissitudine normative risulta essere l'attuale art. 44 c.p., che, connotato da una formulazione a dir poco «ambigua ed ellittica»[17], non si preoccupa di definire l'essenza e la finalità delle condizioni obiettive di punibilità ma si limita a precisarne il solo regime d'imputazione[18].

La poca chiarezza del disposto dell'art. 44 c.p. rischia così di frustrare quelle esigenze di legalità, nelle articolazioni della tassatività e divieto di analogia, particolarmente avvertite nell'attuale assetto di diritto penale ed in cui, secondo la ricostruzione più accreditata, si dovrebbe rinvenire la matrice delle stesse

[17] Così M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 2.

[18] In tal senso si leggano i contributi più recenti di M. ROMANO, *Art. 44 - Nozioni della condizione di punibilità e contenuto precettivo della norma*, in M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2011, p. 358; G. de VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, p. 655 ss. Il carattere obiettivo dell'imputazione favorisce l'insorgere dei dubbi d'illegittimità costituzionale delle condizioni, richiedendo spesso, seppur in modo indiretto, l'intervento della Corte costituzionale. Nella pronuncia in tema di *error aetatis* la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che le condizioni obiettive di punibilità estrinseche «restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi» e pertanto, data la loro estraneità alla materia del divieto, non soggiacciono alla regola della rimproverabilità: così Corte Cost., sent. 24.07.2007, n. 322, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3144 ss.

condizioni di punibilità[19]. Queste ultime, precisamente, rappresenterebbero corollari dell'obbligatorietà dell'azione penale e del principio di legalità e pertanto si avvertirebbe con maggiore forza la necessità di fornire una definizione in positivo dell'istituto in esame, delimitandone la portata[20]. A tal fine, nel pieno rispetto della legalità, punto di partenza obbligato della riflessione diventa la lettera dell'art. 44 c.p.; il dato formale, soprattutto se letto in chiave sistematica, rappresenta lo strumento certo e primo di cui l'interprete può disporre per tentare una ricostruzione complessiva delle condizioni obiettive di punibilità alla luce dei principi fondamentali del sistema penale e dei recenti interventi legislativi[21].

Concentrando l'attenzione sulla rubrica dell'art. 44 c.p., già a livello di precomprensione nel parlare di condizione appare spontaneo ed immediato il collegamento con il più noto istituto di diritto privato, disciplinato dall'art. 1353 c.c. e descritto normativamente come evento futuro ed incerto al quale i contraenti possono decidere di subordinare la produzione degli effetti del negozio giuridico[22]. Più precisamente, la condizione, sul terreno negoziale, rientra nel novero degli *accidentalia negotii*, vale a dire di quegli elementi rimessi alla volontà delle parti, che, contrapposti agli elementi essenziali, non sono idonei ad incidere sull'esistenza e validità del negozio potendone condizionare solo l'efficacia in senso sospensivo ovvero risolutivo[23]. Gli elementi accidentali rappresentano il veicolo tramite il

[19] Sul tema v. nota 2.

[20] Cfr. la definizione di c.o.p. "in negativo" fornita da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 22 ss.: secondo l'A. esse sarebbero «fatti impeditivi, in quanto, contrariamente alle cause di giustificazione, operano su situazione normativamente qualificata».

[21] Sull'origine delle condizioni obiettive di punibilità e le loro implicazioni con il principio di legalità, per tutti, v. D. PULITANÓ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 367.

[22] L'art. 1353 c.c. recita che, trattandosi di un elemento accidentale, esplicazione della libera volontà delle parti, essa risulta idonea ad incidere non sul momento della validità del contratto, bensì della sola produzione degli effetti. A favore dell'accostamento tra condizione nel diritto civile ed art. 44 c.p. v. G. BECCARIA, *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963, p. 108, U. GIULIANO-BALESTRINO, *op. cit.*, p. 84.

[23] Per un approfondimento sulle nozioni di teoria generale di efficacia e perfezione della fattispecie ovvero sui rapporti tra rilevanza giuridica e produzione delle conseguenze giuridiche si veda A.

quale le parti danno rilievo ad un assetto d'interesse "ultroneo" rispetto a quello fondamentale, prestabilito dai contraenti e integrante il nucleo essenziale della pattuizione, ma in grado di incidere su di esso. Un contratto ancorché perfetto nei suoi elementi essenziali nella fase di pendenza della condizione, laddove si tratti di condizione sospensiva, sarebbe qualificabile come valido ed esistente, ma incapace di produrre conseguenze giuridiche. In definitiva, la contrapposizione tra elementi essenziali ed elementi accidentali, riconducibili rispettivamente alle categorie della validità (*rectius*: rilevanza) e dell'efficacia, risponde ad una logica particolare, ravvisabile nel diverso livello d'interesse di cui sono portatori: i primi valgono a strutturare il contratto, rappresentandone l'ideale ossatura, i secondi, invece traducono motivi di opportunità e convenienza affinché la pattuizione sia il più possibile aderente agli interessi delle parti[24].

Tale premessa relativa alla disciplina della condizione nel diritto privato rappresenta tutt'altro che un mero esercizio dottrinale dal momento che, ritenendo fondata l'assimilazione tra la disposizione di cui all'art. 1353 c.c. ed art. 44 c.p., si apprezzerebbero notevoli ricadute sul versante penalistico.

Applicando al diritto penale la doppia coppia concettuale *elementi essenziali – elementi accidentali* e *piano della validità – piano dell'efficacia* si perverrebbe alla conclusione che le condizioni di cui all'art. 44 c.p. non inciderebbero sulla venuta ad esistenza del reato, intervenendo, al pari dell'art. 1353 c.c. solo in un momento

FALZEA, *La condizione e gli elementi del fatto giuridico*, Milano, 1941 p. 25 ss. L'Autore, partendo dalla distinzione tra rilevanza ed efficacia, affronta il tema dei rapporti tra elementi essenziali e condizione, pervenendo alla conclusione che: «il discrimine tra elementi essenziali ed elementi accidentali sia dato dal fatto che, pur concorrendo a determinare entrambi quella specifica conseguenza, alcuni sono indispensabili alla produzione di un dato effetto, altri rilevano perché specificano le modalità di una data conseguenza giuridica, in definitiva possiedono una diversa potenzialità causale». Si veda ancora quanto sostenuto a tal proposito da G. CONSO, in *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pp. 22 e 45.

[24] In questo senso v. A. DI MAJO, *Gli elementi accidentali del contratto: condizione, termine e modo*, in M. BESSONE (a cura di) *La disciplina generale del contratto: dalle Istituzioni di Diritto Privato*, Torino, 2013, p. 168 ss.

successivo, quello della produzione degli effetti identificabile con la fase della punibilità appunto, risultando del tutto ininfluenti rispetto al primo momento[25]. Le condizioni obiettive di punibilità non si atteggerebbero, pertanto, ad elementi essenziali necessari all'esistenza del reato ma piuttosto, al pari di elementi accidentali, condizionerebbero soltanto il magistero punitivo per motivi di opportunità: fra l'altro, a favore di tale soluzione potrebbe richiamarsi la scelta del legislatore del '30 di limitare il riferimento alle sole condizioni di punibilità e non di esistenza del reato. Tuttavia, fuggendo qualunque conclusione aprioristica, partendo dalla definizione contenuta nell'art. 1353 c.c. che qualifica la condizione come "evento futuro ed incerto", occorre verificare anzitutto se ed in quale misura detti requisiti debbano connotare anche l'elemento condizionale di diritto penale[26]. Il carattere dell'incertezza potrebbe definirsi connaturato all'istituto di cui all'art. 44 c.p. e ciò sulla scorta di un'argomentazione ben definita: se l'evento-condizione fosse certo, ne deriverebbe una sorta di automatismo tra quest'ultimo e la condotta criminosa, che renderebbe praticamente vano il meccanismo di funzionamento della condizione e finirebbe per frustrare la finalità pratica per cui essa è stata apposta[27].

---

[25] In questo senso F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 784, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 361 ss. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale,* Torino, 2016, p. 616 ss., e F. RAMACCI, *Le Condizioni*, cit., p. 193 ss. In senso opposto, F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 600; M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *St. Iur.*, p. 1997, 596 ss. e B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1960, p. 669 ss.

[26]Sul tema dell'assimilabilità della condizione civilistica al diritto penale, la dottrina è particolarmente discorde. Su un primo fronte si colloca chi rifiuta una simile soluzione sulla base dell'impossibilità nel diritto penale di individuare le condizioni proprie o anche le condizioni potestative, tipiche del diritto penale. In questo senso P. CURATOLA, *voce Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, Di altro avviso è la dottrina che pur riconoscendone talune differenze di disciplina, legate al diverso ambito giuridico in cui sono chiamate ad operare, "libertà negoziale" nel diritto privato ed indisponibilità della materia nel diritto penale, ritiene che quantomeno sotto il profilo della funzione, un'assimilazione possa rinvenirsi: cfr., fra tutti, M. ROMANO, *Art. 44, Commentario,* cit. p. 478 ss.

[27] Circa la portata dell'incertezza, essa non dev'essere intesa nel senso di improbabilità, ma piuttosto di possibilità logica di verificazione (o non verificazione) dell'evento, ugualmente ripartita tra i soggetti del rapporto giuridico, già definito nel suo assetto significativo. Con specifico riferimento

Maggiori perplessità sorgono invece sull'appartenenza del requisito della "futurità" alle c.o.p. e diversi orientamenti dottrinali sono sorti sul tema: la tesi per cui le condizioni di cui all'art. 44 c.p. debbano sempre consistere in avvenimenti futuri si fonda sulla duplice argomentazione del tenore letterale della disposizione in tema di c.o.p., nonché della disposizione in materia di decorrenza del termine di prescrizione *ex* art. 158 c.p.[28].

Di diverso avviso si mostrano quegli Autori che non escludono l'esistenza di condizioni come eventi concomitanti o persino preesistenti, argomentando sulla scorta del dato letterale di talune disposizioni condizionate, quali gli artt. 688, 707, 708 c.p. come esempi di condizione concomitante e la dichiarazione di fallimento nelle ipotesi di bancarotta come condizione preesistente[29]. Da notare come l'art. 44 c.p. non contenga alcun riferimento diretto alla collocazione cronologica della condizione, a differenza di altre diposizioni codicistiche, l'art. 41 c.p., che prende esplicitamente in considerazione anche le cause preesistenti e concomitanti al fine di affermarne l'irrilevanza interruttiva del nesso di causalità rispetto all'azione

alle c.o.p. si può rilevare che quest'incertezza risponde pienamente alle ragioni di opportunità politico-criminale che stanno a fondamento dell'istituto.

[28] Oltre all'art. 44 c.p., l'unico riferimento alle c.o.p. si rinviene nell'art. 158 c.p. in tema di prescrizione. Dall'analisi della citata disposizione parte della dottrina trae il principale argomento a favore della futurità delle condizioni obiettive di punibilità: laddove si ammettesse la possibilità di condizioni concomitanti ovvero preesistenti si dovrebbe concludere che il termine di prescrizione dei reati condizionati inizi a decorrere prima della consumazione del reato: cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 237 ss.

[29] La sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta, su cui avremo modo di soffermarci in seguito dettagliatamente, è stato il tema che ha impegnato più duramente dottrina e giurisprudenza in dibattiti dagli esiti molteplici e contraddittori. La dottrina maggioritaria ritiene trattarsi di condizione obiettiva di punibilità, per tutti G. MARINUCCI- E. DOLCINI, in *Manuale di diritto penale*, *Milano*, 2012 p. 376; *contra* G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 367 ss. Di tutt'altro avviso si è mostrata la giurisprudenza che in molteplici pronunce ha qualificato la sentenza in parola come elemento essenziale del reato: cfr., per tutti, Corte Cass. Sez. Unite, 24 gennaio 1958, n. 2, in *Giur. Pen*., 1958, p. 513: «la dichiarazione di fallimento, rispetto ai reati di bancarotta che siano anteriori alla sua pronuncia, costituisce una condizione di esistenza del reato, oltre a determinarne la punibilità. Pertanto si differenzia concettualmente dalla condizione obiettiva di punibilità, perché mentre queste presuppongono un reato già perfetto oggettivamente e soggettivamente, essa inerisce, invece, così intimamente alla struttura del reato da qualificare quei fatti, i quali, come fatti di bancarotta sarebbero penalmente irrilevanti fuori del fallimento».

principale. Se l'art. 44 c.p. non fornisce chiarimento a riguardo, una significativa risposta al quesito potrebbe essere fornita dall'art. 158 c.p., sola altra disposizione che si riferisce espressamente alle condizioni obiettive di punibilità[30]. L'art. 158 c.p., che disciplina la decorrenza del termine prescrizionale, recita al comma secondo «quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata». La lettura della disposizione indurrebbe ad escludere l'ammissibilità di una condizione antecedente al fatto, dal momento che ammettere una simile eventualità significherebbe collocare il *dies a quo* della prescrizione prima ancora del verificarsi del fatto di reato[31]. In altri termini, la pretesa punitiva dell'ordinamento sorgerebbe e potrebbe essere esercitata prima ancora della completa verificazione della condotta offensiva, soluzione questa che, però, rischia di collidere con i principi offensività e colpevolezza che fondano il diritto penale: l'agente risulterebbe destinatario della sanzione prima della compiuta realizzazione del disvalore d'evento e prima che se ne possa predicare un'effettiva rimproverabilità[32]. Inoltre analizzando con attenzione le fattispecie che si ritiene contengano condizioni anteriori o contestuali risulta possibile individuare tre distinte categorie: le condizioni che si rivelano solo apparentemente "contemporanee" traducendosi in eventi che, quantomeno dal punto di vista

[30] La "futurità" indica la collocazione temporale della condizione rispetto al fatto di reato.

[31] Sui diversi modi di interpretare l'art. 158, co. 2 c.p. in relazione alle condizioni obiettive di punibilità, si vedano T. PADOVANI, *op. cit*., p. 362 ss. e P. CURATOLA, *op. cit*., p 809.

[32] In diritto civile le condizioni vengono definite come eventi necessariamente futuri; nel diritto penale, invece, si è soliti ammettere la presenza di condizioni non soltanto future ma anche concomitanti con la sola esclusione di quelle antecedenti. L'esistenza di condizioni preesistenti risulterebbe difficilmente predicabile sulla scorta di un duplice ordine di argomenti: anzitutto, essa non parrebbe logicamente compatibile con la stessa definizione legislativa prevista dall'art. 44 c.p., secondo la quale l'istituto in esame incide sul momento della punibilità, una fase cronologicamente successiva rispetto a quella dell'offensività della condotta. Di contro, laddove si ammettesse la partecipazione delle condizioni di punibilità all'offensività diventerebbe complesso riuscire a distinguere detto istituto dai presupposti del reato ed in ogni caso, si richiederebbe per esse un livello di prevedibilità-conoscibilità inconciliabile con il regime obiettivo dettato dall'art. 44 c.p..

assiologico, si pongono in rapporto di posteriorità (*rectius*: futurità) rispetto alla condotta; le condizioni "antecedenti" riconducibili al *genus* dei presupposti del reato ed in ultimo le condizioni che mascherano elementi costitutivi della fattispecie[33].

Esempio del primo tipo può rinvenirsi nello stato di flagranza richiesto ai fini della punibilità delle condotte di partecipazione al gioco d'azzardo previsto dall'art. 718 c.p.; a sostegno della seconda assimilazione occorre richiamare la fattispecie di bancarotta post-fallimentare, in cui la dichiarazione di fallimento si atteggia a presupposto del reato[34]. L'ultima categoria potrebbe ravvisarsi nella fattispecie di insolvenza fraudolenta disciplinata dall'art. 641 c.p. che sanziona chiunque, celando il proprio stato d'insolvenza, contragga un'obbligazione col proposito di non adempierla; nel caso di specie la punibilità tuttavia risulta condizionata al fatto che l'obbligazione non venga effettivamente adempiuta. Non vi è dubbio che detto inadempimento risulti sincronico rispetto al compimento della condotta base, eppure lungamente dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura di tale elemento: se la formula impiegata rievoca l'istituto delle condizioni obiettive di

[33] A titolo esemplificativo di quanto appena detto possiamo richiamare la condizione di punibilità di immediata evidenza rappresentata dalla flagranza di reato. La flagranza integra un elemento normativo extra-giuridico e pertanto rimanda, per la sua esatta definizione, all'art. 382 c.p.p., secondo cui «è uno stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere un reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone, ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima»; ciò dimostra come l'elemento condizionale in parola interviene ad evento lesivo realizzatosi. Pertanto, con riguardo alla contravvenzione di cui all'art. 720 c.p. ‹‹partecipazione al giuoco d'azzardo», seppure la flagranza si "materializzi" contestualmente alla condotta di partecipazione al gioco, essa implica la già avvenuta lesione dell'integrità dei costumi, costituente appunto l'oggetto giuridico dalla fattispecie in esame.

[34] Per comune consenso la dichiarazione di fallimento funziona come presupposto della bancarotta post-fallimentare; precisamente, la sentenza rileva non come fatto storico, ma come fonte di effetti giuridici, in quanto priva il fallito della disponibilità dei suoi beni, gravandolo altresì di una serie di obblighi nei confronti degli organi preposti alla procedura: cfr., per tutti, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II, Bologna, 2003, 1148. Apertamente in contrasto con la scelta di creare un regime differenziato tra bancarotta pre-fallimentare e post-fallimentare, A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, 2009, p. 41.

punibilità la struttura assiologica della fattispecie suggerirebbe una ricostruzione alternativa in termini di elemento essenziale.

Ancora una volta, prima di tracciare la definitiva fisionomia delle condizioni obiettive occorre riflettere sulla differenza ontologica che le separa dagli elementi essenziali e sulla relativa funzione e collocazione. Risulterà necessario ragionare sui rapporti tra condizioni *intrinseche* ed *estrinseche*, dal momento che la coniugazione al futuro evidenzia il carattere esterno dell'avvenimento condizionale: occorre infatti che esso sia «estraneo al precetto giuridico, di natura tale da non potersi concepire, rispetto all'agente, un divieto di realizzarlo», in linea con il modello delle condizioni estrinseche[35]. Di contro, la proiezione al futuro non appartiene necessariamente a quegli elementi, quali le condizioni intrinseche, che partecipano alla delimitazione del disvalore della norma e che, pertanto, risultano contestuali rispetto al verificarsi degli *essentialia delicti*.

In definitiva, il tempo futuro delle condizioni di punibilità assume senso e significato solo se si è compresa l'effettiva natura e funzione delle c.o.p. all'interno dell'attuale sistema di diritto penale. Perché ciò avvenga si rivela indispensabile analizzare l'istituto delle condizioni di punibilità delimitandone anzitutto i confini rispetto agli elementi essenziali di fattispecie e rispetto a fenomeni apparentemente analoghi, quali le condizioni di procedibilità.

2. Gli orientamenti della dottrina: le condizioni obiettive di punibilità come elementi essenziali del reato

Approcciandosi al tema delle condizioni obiettive di punibilità occorre interrogarsi se effettivamente le stesse presuppongano un reato già perfetto, dal punto di vista

[35] Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, XV ed. aggiornata ed integrata da L. CONTI, Milano, 2018, p. 760. Sul punto si ritornerà più avanti affrontando il tema dei rapporti tra c.o.p. e principio di colpevolezza.

strutturale e valoriale, o se piuttosto la fase di pendenza interessi non soltanto la condizione, bensì la stessa struttura dell'illecito, sicché solo con l'avveramento della condizione l'illecito penale possa definirsi perfetto. Evidentemente una risposta adeguata al quesito necessita tanto di un chiarimento circa la collocazione delle c.o.p. all'interno delle fattispecie, quanto di una riflessione sul ruolo rivestito dalla punibilità nell'attuale struttura dell'illecito penale[36].

Concentrando dapprima l'attenzione sulla formulazione dell'art. 44 c.p., per cogliere la complessità del fenomeno condizionale e le perplessità sorte sulle scelte di formulazione compiute dal legislatore del '30, si rivela particolarmente utile una preventiva disamina degli orientamenti interpretativi emersi al loro riguardo, ribadendo come all'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra posizione consegua l'assegnazione di una natura diversa alle c.o.p. e, quindi, un ruolo diverso nel complesso sistema di diritto penale[37].

Come già anticipato, tralasciando la distinzione tra intrinseche ed estrinseche, le principali tesi che si fronteggiano riguardano il rapporto tra c.o.p. ed offensività: da un lato chi afferma l'idoneità delle condizioni ad influenzare il solo magistero punitivo, dall'altro chi evidenzia la necessità di una loro assimilazione agli elementi essenziali, quanto a funzione e regime di operatività.

---

[36] Se dalla denominazione formale del fenomeno condizionale emerge la sua incidenza sul piano dell'irrogazione dell sanzione, risulta altrettanto necessario comprendere la punibilità, categoria piuttosto ampia e complessa su ci lungamente si è dibattuto. Controversa risulta, infatti, l'appartenenza della dimensione punitiva alla struttura del reato, tanto da configurarla quale quarto elemento di fattispecie in aggiunta ai tradizionali elementi di teoria generale quali tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. Per un approfondimento sul tema ed un'esposizione delle diverse ricostruzioni della punibilità v. G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 2 ed i contributi più risalenti di M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 42 ss., nonché G. P. DEMURO, Ultima ratio*: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1668.

[37] Per una rassegna approfondita delle soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina e sulla diversa natura attribuita alle c.o.p, si veda P. CURATOLA, *op. cit*., p. 808. Interessante è anche l'analisi compiuta da V. MORMANDO, *op. cit*., p. 624, a proposito dell'eventuale natura processuale delle c.o.p., tesi che viene con fermezza respinta dall'Autore, stante il diverso funzionamento delle norme sostanziali da quelle processuali. Attualmente sta riemergendo la tendenza ad accostare c.o.p. e condizioni di procedibilità, in vista di una possibile riforma del sistema penale.

Passando in rassegna i diversi orientamenti sorti in dottrina e giurisprudenza, una prima tesi vede nelle condizioni di punibilità un'eccezione al principio del *nullum crimen sine poena* attesa la loro idoneità ad escludere l'«applicabilità della sanzione rispetto ad alcuni casi particolari, nei quali si è già verificata la violazione del precetto primario penale»[38] e molteplici risulterebbero le argomentazioni a sostegno di detta conclusione. Partendo dal dato letterale dell'art. 44 c.p., in accordo ai fautori della tesi appena esposta, andrebbe valorizzato il ricorso alla formula «punibilità del reato» e non già alla «punibilità del fatto» impiegata dal legislatore non a caso per descrivere il funzionamento delle condizioni di punibilità[39]. Interpretando in modo rigoroso detta disposizione e sottolineando lo scarto semantico esistente tra fatto e reato, si ricaverebbe che le condizioni di punibilità, presupponendo un reato tipico ed offensivo, non potrebbero integrare un elemento costitutivo giacché in tal caso il legislatore avrebbe fatto riferimento al semplice fatto e non già al reato. Allo stesso esito si giunge attraverso una diversa argomentazione che si fonda sulla previsione dell'art. 158 c.p., unica disposizione del codice penale oltre l'art. 44 c.p. a riferirsi alle condizioni di punibilità, cui si è già fatto cenno in precedenza.

L'art. 158 c.p. reca la disciplina in materia prescrizione avendo cura di precisare che, di regola, il decorso del termine prescrizionale coincide con il momento consumativo del reato[40]. Un diverso regime viene, invece, previsto per il reato

[38] Così F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, p. 56 ss.

[39] Cfr., fra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 760 il quale scrive «riteniamo, pertanto, che le c.o.p. corrispondano ad alcuni casi eccezionali nei quali il reato, pur essendo perfetto, non viene assoggettato a pena se non si verifica un dato avvenimento futuro ed incerto»; e ancora G. NEPPI-MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 184 ss.

[40] Per un'analisi approfondita dei rapporti tra art. 158 c.p. e art. 44 c.p. v. A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale* (a cura di C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro), 2007, Milano, p. 225 ss., M. ROMANO, *Commentario* cit., p. 90 ss. e M. GALLO, *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*, 2015, Torino, p. 229.

sottoposto a condizione obiettiva di punibilità, in relazione al quale il decorso della prescrizione coincide con l'avveramento della condizione.

Alla regola contenuta nel primo comma dell'art. 158 c.p., secondo cui il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione, si aggiunge la previsione del comma secondo a norma del quale «quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata». Occorre chiedersi quale sia la ragione sottesa alla scelta di far coincidere il decorso della prescrizione con il momento di avveramento della condizione. Cercando di interpretare "utilmente" la citata disposizione, al fine di trarre ulteriori specificazioni sullo statuto delle condizioni obiettive di punibilità, si sono distinte due ricostruzione. Da un lato chi ritiene che l'avveramento della condizione risulti imprescindibile per l'esistenza del reato; dall'altro chi, invece, spieghi tale spostamento come la logica conseguenza della struttura dei reati condizionati. Accogliendo la prima tesi, invero, si rischierebbe di privare il secondo comma dell'art. 158 c.p. di qualunque contenuto innovativo, riducendolo ad un inutile doppione del primo comma. Diversamente, sganciando la condizione di punibilità dalla perfezione o consumazione del reato, se ne valorizzerebbero i contenuti e le potenzialità, conferendo senso e significato alla distinzione fornita dall'art. 158 c.p. comma primo e secondo.

Da quanto detto, a voler qualificare la condizione come elemento costitutivo del reato, essenziale ai fini della venuta ad esistenza dell'illecito, si finirebbe per far coincidere l'avveramento della condizione con la consumazione del reato, rendendo il secondo comma dell'art. 158 c.p. norma "ridondante" rispetto al primo comma: troverebbe ancora una volta applicazione la regola per cui la consumazione

rappresenta il *dies a quo* della prescrizione. Di contro, la presenza di una disposizione che disciplini in modo particolare le fattispecie condizionate assume senso e significato laddove si consideri le peculiarità delle condizioni obiettive di punibilità come elementi estranei all'offesa: la scelta di scindere il momento della prescrizione da quello consumativo dell'illecito risulterebbe pienamente coerente con la natura delle condizioni di punibilità intese quali motivi di opportunità politico-criminale tali da posticipare l'esercizio del magistero punitivo rispetto al fisiologico tempo.

Alle considerazioni appena spiegate, va aggiunta un'ulteriore riflessione che emerge dalla lettura di buona parte delle disposizioni di parte speciale sottoposte a condizione di punibilità, quali gli artt. 688 c.p. e 720 c.p., che sanzionano, rispettivamente, lo stato di ubriachezza e l'esercizio di giuochi d'azzardo ed ancora le fattispecie di cui all'art. 564 c.p., incesto, ovvero di bancarotta *ex* art. 216 ss. l. fall. cui si è più volte fatto riferimento. Dall'analisi del tipo di condizionali presi in considerazione per condizionare il meccanismo sanzionatorio emerge una certa difficoltà nel rinvenire un nesso fisico o psichico rispetto all'agente[41]. Precisamente, in accordo ai principi di teoria generali e alle più recenti posizioni assunte dalla giurisprudenza sul tema, risulterebbe irragionevole ritenere significativi avvenimenti esterni all'agente e dallo stesso non controllabili in quanto dipendenti dall'operato di terzi (lo stato di flagranza, la pubblicità dello scandalo ovvero l'emissione di un provvedimento che dichiari il fallimento nelle fattispecie

[41] Il riferimento è alla formula usata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 marzo 1988, n. 364 nell'affermare che «essi non possono non essere coperti almeno dalla colpa dell'agente». E specificatamente, sono elementi significativi, stando alla dottrina maggioritaria e alla stessa Corte (sent. 30 novembre 1988, n. 1085) quelli che concorrono a determinare il disvalore penale del fatto. Ad avviso di chi scrive infatti, le c.o.p. non solo non possono qualificarsi come elementi essenziali, ma non costituiscono neppure elementi significativi.

appena menzionate)[42]. Ed inoltre, come fatto notare da illustre dottrina, «negando la sussistenza del reato prima dell'avverarsi della condizione si cade nell'assurdo di ammettere un reato quando al momento del fatto non esisteva un comando»[43].

2.1. *Segue:* gli elementi condizionali come *essentialia delicti*

A fronte degli argomenti a sostegno del binomio condizioni obiettive ed esercizio del magistero punitivo, si attesta su posizioni diametralmente opposte altra parte della dottrina la quale assegna alle c.o.p la natura di elemento essenziale giungendo in tal modo alla conclusione che prima dell'avverarsi della condizione non possa parlarsi di reato[44]. Occorre quindi precisare che in tale sede l'essenzialità non va ancora vista come relazione del singolo elemento rispetto al nucleo di offensività della fattispecie, ma va valutata dal punto di vista strutturale in termini di perfezione

[42] Con il presente paragrafo si persegue l'obiettivo di offrire una rassegna sulle variegate posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema delle condizioni obiettive di punibilità. Il tono volutamente neutro ed acritico rispetto alle argomentazioni proposte dai fautori delle diverse tesi diventa funzionale al prosieguo della trattazione in cui si avrà modo di approfondire il delicato tema dei rapporti tra elementi essenziali e condizioni di punibilità con l'individuazione di specifici criteri diagnostici che ne traccino la demarcazione e si arricchirà il discorso con la riflessione sulla distinzione tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche. Nel presente paragrafo si è assunta una precisa posizione circa la natura condizionale dello stato di flagranza o della pubblicità del pubblico scandalo: tale rigidità risulta funzionale allo scopo dell'esposizione delle dottrine. Più avanti nella trattazione, dette posizioni potrebbero risultare oggetto di revisione in applicazione degli indici discretivi di cui al capitolo II. Del resto, non sfugge come uno stesso evento, quale la pubblicità del luogo del giuoco d'azzardo o dello scandalo nell'incesto, possano trovare diverse qualificazioni. Per la trattazione del tema ed i riferimenti bibliografici si rimanda al capitolo II.

[43] Cfr. P. CURATOLA, *op. cit.*, p. 809. Ad escludere la significatività degli avvenimenti condizionali, nelle ipotesi summenzionate, sono anche rilievi di carattere sistematico. Se infatti ad integrare il disvalore della condotta nella contravvenzione, ormai "storica" di cui all'art. 688 c.p. fosse solo la flagranza in luogo pubblico, non si comprenderebbero l'ulteriore requisito del "manifesto stato di ubriachezza" e le numerose altre norme volte a reprimere le condotte gravitanti nell'area dell'alcoolismo. Allo stesso modo, nell'art. 718 c.p. si finirebbe, qualificando la flagranza come elemento significativo, per sanzionare un'attività "ludica" (il giuoco) in luoghi privati. Ed invece ammettendo che sia il giuoco d'azzardo ad integrare di per se il disvalore, si riesce a comprendere il perché di un'assimilazione tra «luoghi pubblici, aperti al pubblico o circoli privati».

[44]Cfr. G. DELITALA, *op. cit.*, p. 73; si vedano anche i contributi più recenti di F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 591 ss. e F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 147 ss., i quali fondano le loro argomentazioni prevalentemente sul concetto di reato e sull'impossibilità di scindere l'equazione reato-fatto punibile: il reato è tale in tanto in quanto consiste in un fatto punibile, pertanto le c.o.p. condizionando la punibilità, non possono che essere elementi del fatto di reato. *Contra* E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 47 ss., p. 51 ss.; F. RAMACCI, *Le condizioni*, cit., p. 83 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p. 128 ss.

del reato, vale a dire verificare se la pendenza dell'evento condizionale osti alla compiuta realizzazione del reato.

Guardando all'impianto argomentativo di detto orientamento, esso riprende *a contrario* il complesso delle ragioni sottese alla posizione dottrinale precedentemente illustrata ed in particolare all'assunto per cui l'art. 44 c.p. costituirebbe un'eccezione al principio del *nullum crimen sine poena*, ammettendo la possibilità logico-sistematica di un reato senza punibilità. A tal fine si evidenzia che, per definizione, il reato consiste in un fatto punibile e di contro non potrebbe definirsi come reato quel fatto cui non consegua una pena. In tal senso, il ricorso alla formula punibilità del reato in luogo di punibilità del fatto non autorizza alcuna separazione concettuale tra reato e punibilità in considerazione dell'ontologica interdipendenza tra i due termini. Anzi, si evidenzia che il legislatore non si sarebbe potuto mai esprimere in termini di punibilità del fatto giacché senza punibilità verrebbe a mancare una parte fondamentale dell'illecito e, pertanto, in pendenza della condizione di cui all'art. 44 c.p. risultando sospeso il magistero punitivo verrebbe compromessa la stessa configurazione dell'illecito penale.

In risposta alle osservazioni riguardanti l'art. 158 c.p. già illustrate circa i rapporti tra decorso del termine di prescrizione nei reati condizionati e consumazione del reato si obietta che esse contengono un grave vizio di fondo, consistente nel confondere il concetto di consumazione con quello di realizzazione del reato: il primo, prendendo in considerazione il reato dal punto di vista valoriale, andrebbe riferito al contenuto del precetto primario e non alla norma nel suo insieme. La dimensione sanzionatoria comprensiva dell'eventuale presenza della condizione obiettiva di punibilità rileverebbe ai fini della realizzazione del reato, momento successivo rispetto al raggiungimento dell'acme dell'offensività, la consumazione

appunto. Pertanto, recependo la distinzione tra *consumazione* e *realizzazione*, l'art. 158 c.p. dimostrerebbe che le condizioni obiettive di punibilità non necessarie per la consumazione dell'illecito, risulterebbero indispensabili ai fini dell'esistenza del reato, fase scelta dal legislatore come termine iniziale del decorso della prescrizione[45].

Lungi dal prendere una posizione definitiva sul tema, attesa la complessità dell'argomento e le molteplici sfaccettature che esso presenta, preziosi indizi circa l'estraneità o meno della condizione all'essenza del reato possono desumersi dall'analisi sistematica del fenomeno condizionale.

Partendo dall'analisi della formulazione dell'art. 44 c.p., la scelta dell'espressione "punibilità del reato" non risulta così tautologica come è stato sostenuto da parte della dottrina. Dal raffronto con altre disposizioni codicistiche in una prospettiva sistematica risulta che il legislatore laddove ha voluto, ha impiegato la formula "punibilità del fatto", lasciando con ciò intendere l'esistenza di una differenza rispetto alla formula ad essa alternativa espressa nell'art. 44 c.p.[46]. Fra tutti, basti citare l'art. 46 c.p. sul costringimento fisico in cui si dichiara non punibile «chi ha commesso il fatto per esservi da altri costretto[…]», ovvero l'art. 51 c.p. dove, in riferimento alla scriminante dell'esercizio di un diritto o adempimento di dovere, si specifica che essa implica «un fatto costituente reato». E ancora guardando all'art.

[45] Invero, gli Autori che aderiscono al suddetto orientamento riconducono i concetti di «consumazione e verificazione» alla distinzione artificiosa, tra antigiuridicità formale e sostanziale; sul tema si veda quanto affermato da R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. II, Milano, 1958, pp. 295 ss.: secondo l'A. «nello stato di pendenza resta scoperta quella antigiuridicità formale concernente il rapporto di antitesi tra la parte della norma che prevede la condizione e il suo avveramento non ancora verificatosi, e per conseguenza non si realizza pienamente neppure l'antigiuridicità sostanziale, rappresentata dal danno risentito dallo stato». Anche a voler ammettere l'esistenza di una simile distinzione, essa non sarebbe altro che una qualificazione in termini giuridici dei distinti piani d'interesse ravvisabili nel reato. In tal senso G. NEPPI-MODONA, *op. cit*., p. 3.

[46] Per una chiara delimitazione tra le nozioni di *fatto*, *fattispecie* e *reato* si veda il successivo paragrafo.

42 c.p., norma integratrice di fondamentale importanza nel sistema della responsabilità penale, si noti come essa enunci «nessuno può essere punito per un'azione o omissione preveduta dalla legge come reato». In queste tre fattispecie ogni espressione riveste un significato ben preciso: guardando all'art. 46 c.p. il riferimento al solo fatto si giustifica alla luce della dissociazione tra realizzazione della condotta materiale e volontà dell'illecito[47]. L'assenza di una reale volontà nel compimento dell'illecito in capo a chi compie la condotta materiale per via della coazione subita e, dunque, la mancanza della componente soggettiva fa sì che appaia più corretto impiegare il termine fatto in luogo di reato[48]. A riprova di quanto appena affermato può invocarsi il riferimento al reato contenuto nell'art. 51 c.p. e nelle ulteriori cause di giustificazione: queste ultime presuppongono nel loro operare un reato già perfetto, sia sotto il profilo oggettivo della condotta sia sotto quello soggettivo dell'elemento psicologico, elidendone però l'antigiuridicità[49]. Interessante si rivela, inoltre, la lettura dell'articolo 42 c.p., chiave di volta della struttura dell'imputazione penale, che sancisce l'insufficienza *ex se* della condotta materiale ai fini dell'integrazione di un reato se non compiuta dall'agente con "coscienza e volontà". La peculiare formulazione di detta norma sembra autorizzare la differenziazione tra il momento generico del fatto, inteso come "momento

[47] L'espressione impiegata costituisce un chiaro riferimento alla formula adottata dalla Corte di Cassazione, sez. 1, sent. 25 luglio 73, n. 888, nell'affermare che «la condizione di punibilità svolge nell'economia del reato il ruolo di rivelatrice del bene giuridico che si è voluto tutelare e la cui lesione o messa in pericolo fa scattare la punibilità della condotta tipica portando a compimento la previsione legislativa».

[48] Anticipando, pur rapidamente, l'analisi sul rapporto tra fatto e reato, tra di essi si rinviene una relazione di genere a specie: si definisce reato un fatto materiale che lede un bene giuridico preesistente con modalità connotate da un peculiare disvalore e nel quale si ravvisa un atteggiamento deteriore da parte dell'autore della condotta nei confronti del bene: in questi termini, G. de VERO, *Corso di diritto penale* cit., p. 396.

[49] Ad evidenziare come l'art. 51 c.p., e più in generale tutte le cause di giustificazione, presupponga un reato già completo possono richiamare i recenti orientamenti dottrinali che spiegano il meccanismo di funzionamento delle scriminanti riconducendolo non alla teoria del reato, piuttosto alla questione del conflitto tra norme: sul punto G. de VERO, *op. cit*., p. 521.

materiale" o della condotta tipica, quello specifico del reato, connotato dalla rilevanza del "momento soggettivo" ed infine quello sanzionatorio della punibilità come momento conclusivo. Applicando tale tripartizione all'art. 44 c.p. si avrebbe la diretta conseguenza che le c.o.p., collocandosi al momento ultimo della punibilità, esse dovrebbero presupporre non solo il compimento di un fatto materiale, ma l'effettiva venuta ad esistenza di un reato comprensivo dell'elemento psicologico[50].

Ad una prima e rapida disamina, la tesi sull'estraneità delle condizioni obiettive parrebbe dotata di maggiore solidità, soprattutto laddove si associno ulteriori considerazioni di ordine letterale-sistematico. Focalizzando questa volta l'attenzione sulla collocazione sistematica dell'art. 44 c.p. nel Titolo III del codice penale, dedicato all'analisi della struttura del reato. Guardando alla molteplicità di norme che si rinvengono, tra cui l'art. 45 c.p. e gli artt. 51 e ss. c.p., il caso fortuito e la forza maggiore ovvero le cause di giustificazione, non si può certo affermare costituiscano elementi costitutivi del reato, spesso, invece, ponendosi essi stessi come "limite" al reato. Sembrerebbe che il legislatore, a partire dall'art. 44 c.p., crei un'apposita "sezione" dedicata alle sopravvenienze al reato[51], intendendo come tali

[50] Una simile soluzione interpretativa può accogliersi a prescindere dalla concezione della struttura del reato (bipartita o tripartita) dal momento che la tesi qui sostenuta evidenzia come le c.o.p. siano un *quid pluris* rispetto al fatto illecito, atte a soddisfare ragioni di "opportunità " totalmente estranee all'offesa del reato. Per una panoramica sul tema, cfr., fra molti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1989, p. 697; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 1992, p.782 e, in ultimo, R. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, p. 652.

[51] Il riferimento al tema delle "sopravvenienze", di chiara derivazione contrattuale, non vuole qui essere un tentativo di trasposizione dell'istituto nel diritto penale (chiaramente impossibile perché in contrasto con il principio di legalità nelle sue diverse articolazioni, prima fra tutte riserva di legge) quanto piuttosto la presa di coscienza in un settore, quello penale, per definizione idoneo ad incidere sulla libertà personale, della necessità di modulare la pretesa punitiva in relazione a svariati fattori quali la scarsa offensività del reato (cfr. artt. 688 e 718 c.p.) o gli elevati costi che l'irrogazione della pena rispetto ai benefici (in termini di reputazione come nel caso del pubblico scandalo, o di equilibrio familiare), attribuendo cosi alle c.o.p. una funzione di «limite edittale alla pena» e realizzatore di quel finalismo della pena consacrato in Costituzione. In tal senso si vedano in dottrina i contributi di F. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, p. 180;

quegli interessi che, pur nascendo esterni al reato, finiscono per incidere su di esso sotto diversi profili e con esiti altrettanto diversi: il caso fortuito e la forza maggiore, cui fa riferimento l'art. 45 c.p., introducono fattori che esulano dal fisiologico sviluppo dell'illecito e pertanto impediscono il configurarsi di un'azione penalmente rilevante, escludendo già in radice il reato; le cause di giustificazione, di cui all'art. 51 c.p. e ss., nell'elidere l'antigiuridicità della condotta, trovano il loro fondamento nel principio della prevalenza del vantaggio sul danno ovvero del bilanciamento dei beni in conflitto mostrando attenzione a piani d'interessi estranei a quelli della fattispecie base; analoghe considerazioni potrebbero estendersi all'art. 44 c.p., dato che in quanto condizioni, traducono ragioni di opportunità (o economia processuale) all'interno della fattispecie, rilevando nel momento ben circoscritto dell'irrogazione della pena, lasciando intatta la dimensione essenziale del reato. Un'ultima osservazione, da considerare anch'essa valida argomentazione a sostegno della tesi qui sostenuta, resta da fare sull'art. 158 c.p., disposizione in tema di prescrizione, oggetto di interpretazioni ambivalenti[52]. La scelta compiuta dal legislatore di individuare momenti differenti di decorrenza della prescrizione a seconda del tipo di reato, se condizionato o meno, spesso viene dalla dottrina ricondotta alla distinzione tra *consumazione* e *realizzazione* del reato; una siffatta soluzione appare per molti versi "pleonastica" potendosi, più semplicemente, rinvenire il fondamento di questa differenziazione nella ragion d'essere della stessa prescrizione.

Com'è noto, se da un lato la prescrizione è un istituto tendenzialmente a favore del reo il quale si avvantaggia del decorso del tempo a discapito della pretesa punitiva

E. ANTONINI, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, p. 1203.

[52] Cfr. quanto detto sopra, al paragrafo 1.

dello Stato che di conseguenza si affievolisce con il trascorrere del tempo. Tuttavia la presenza della disciplina della prescrizione non può leggersi come una rinuncia *ab origine* all'irrogazione della pena da parte dell'ordinamento, al contrario la molteplicità di interessi sottesi a tale istituto (magistero punitivo, tutela della vittima del reato ed interesse del reo al decorso del tempo) giustificano, anzi impongono la necessità di differenziare detti termini, tenendo conto delle diverse "manifestazioni del reato". Da qui la previsione differenziale per il reato continuato e per il reato condizionale, in relazione al quale il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata[53]. Prescindendo dalla natura attribuita delle c.o.p, elementi essenziali o "accidentali", anche da un punto di vista logico e di politica-criminale non avrebbe senso né utilità far decorrere la prescrizione da un momento anteriore all'avverarsi della condizione, da un momento cioè in cui ancora non potrebbe attuarsi la risposta punitiva: a opinare diversamente si andrebbe incontro ad una contraddizione tra due disposizioni codicistiche, l'art. 44 c.p. e l'art. 158 c.p. Nella stessa direzione, a conferire solidità all'impianto argomentativo sin qui costruito potrebbe richiamarsi il tema del rapporto tra *perfezione* e *consumazione*

[53] Pacifica è ormai in dottrina l'attribuzione di una natura sostanziale della prescrizione che si atteggia a causa di estinzione del reato quando non segua un accertamento penale definitivo. Controversa è invece la *ratio* posta a fondamento dell'istituto, che stando agli orientamenti maggioritari, dovrebbe presentare una natura composita per via dei molteplici piani d'interesse coinvolti nel decorso del tempo: da un lato tutela della vittima del reato ed interesse all'accertamento del fatto di reato con conseguente ascrizione della responsabilità penale, dall'altro interesse all'"oblio" da parte del reo, il quale anelerebbe ad una stabilizzazione della propria vicenda processuale. Dal punto di vista dell'ordinamento, invece, il decorso del tempo renderebbe più complesso l'accertamento stesso della verità ed inoltre rischierebbe di affievolire quelle esigenze rieducative sottese alla pena *ex* art. 27 comma 3 Cost.. Come efficacemente affermato in dottrina, «il decorso del tempo si presume capace di tali mutazioni nel reo da rompere la corrispondenza tra soggetto responsabile e soggetto punito»: così L. STORTONI in *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen*., vol. IV, 1990, p. 342. Sempre in tema di prescrizione D. PULITANÓ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Riv. Trim. dir. pen. cont*., n. 1/2016, p. 73 ss.; V. D'ASCOLA, *I tempi ragionevoli del processo penale. Un dibattito sospeso tra irrinunciabili garanzie e malcelate tentazioni punitive*, in *Arch. pen*., 2015, 41 ss., F. GIUNTA- D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967, 472.

del reato condizionato. Premesso che le nozioni di perfezionamento e consumazione del reato risultano particolarmente utili in relazione all'individuazione del tempo e del luogo di commissione del reato, occorre precisare che il primo viene di solito viene a coincidere con la realizzazione di tutti gli elementi dell'illecito, mentre la consumazione s'identifica con il momento massimo della lesione del bene giuridico. Ne consegue che, di regola, la consumazione segue il perfezionamento del reato, salvi i casi in cui i due momenti si sovrappongono[54]. Maggiori perplessità sorgono in relazione al reato sottoposto a condizione di punibilità dal momento che si pongono due alternative: il reato si perfeziona o consuma prima ed a prescindere dall'avveramento delle c.o.p. attesa la loro estraneità al nucleo essenziale dell'illecito ovvero il reato si perfeziona solo in presenza della condizione di punibilità, che, pertanto, risulta elemento intrinseco rispetto all'offesa. Ammettendo quest'ultima soluzione si arriverebbe ad affermare la coincidenza tra consumazione e perfezione con la conseguente interpretazione abrogativa del comma secondo dell'art. 158 c.p.; accogliendo la prima tesi, invece, si renderebbero autonome le fasi della perfezione, della consumazione e della concreta punibilità garantendo la piena coerenza tra l'art. 44 c.p. e l'art. 158 comma secondo c.p. L'introduzione di un ulteriore fattore volto a "ritardare" l'irrogazione della sanzione si completerebbe nella scelta legislativa di fissare la decorrenza della

[54] Sulla distinzione tra perfezionamento e consumazione, v. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale* (a cura di R. GUERRINI), Torino, 2013, p. 476 ss. e M. GALLO, *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*, Torino, 2015, p. 82. Questione particolarmente controversa si rivela l'individuazione del ruolo che la condizione obiettiva di punibilità assume rispetto alle fasi di perfezione e consumazione del reato. Premesso che la sovrapposizione tra i due momenti si verifica di norma nei reati istantanei, nel caso dei reati sottoposti a condizione di punibilità, occorre comprendere se l'elemento condizionale risulti idoneo ad incidere sul disvalore, condizionando la venuta ad esistenza del reato ovvero incida solo sul meccanismo sanzionatorio, rimanendo estraneo rispetto alle vicende dell'illecito.

prescrizione al verificarsi dell'evento condizionale con la massima valorizzazione del reato condizionale come autonomo tipo di illecito.

Malgrado lo sforzo compiuto, le tesi e relative argomentazioni paiono ben lontane dal fornire una certa e sicura soluzione attorno agli enigmi che avvolgono le condizioni obiettive di punibilità per via dell'adozione di un approccio induttivo e non deduttivo e per via dell'insufficienza della sola interpretazione letterale. Di contro, le regole fondamentali in tema di interpretazione impongono una visione olistica che, poggiando sugli indizi letterali forniti dal codice sulla collocazione delle c.o.p. nel complesso normativo arrivi a comprendere ed integrare le stesse nell'attuale cornice assiologica del sistema, rivalutando l'istituto condizionale, che sebbene risalente possiede notevoli potenzialità applicative, come si avrà modo di evidenziare in seguito.

3. La tipicità nei reati condizionali: c.o.p., fatto e fattispecie

La fattispecie penale, al pari di ogni altra norma giuridica, si costruisce sul modello della proposizione condizionale: al verificarsi del fatto descritto della protasi (fatto tipico), consegue la produzione degli effetti previsti nell'apodosi. A differenza delle disposizioni appartenenti alle altre branche del diritto, la norma penale presenta talune peculiarità, ravvisabili anzitutto nel tipo di effetti giuridici prodotti, consistenti nella comminazione di una sanzione, la pena, per definizione in grado di incidere sulla libertà personale del reo. In effetti, nella potenziale restrizione della libertà personale si ravvisa la vera essenza dell'illecito penale (*rectius*: del reato). Questo carattere spiccatamente "sanzionatorio" della norma penale reca con sé l'ulteriore segno distintivo della disposizione penale, che richiede una rigorosa e chiara predeterminazione degli elementi di fattispecie ed in particolare degli

elementi del fatto. Per il diritto penale non tutti i fatti rilevano allo stesso modo, ma solo in tanto in quanto essi rispecchino il modello legale predeterminato, il c.d. tipo criminoso, che costituendo una garanzia per il cittadino contro eventuali abusi perpetrati dallo Stato nell'esercizio della pretesa punitiva, implica la necessaria previsione di tutti gli elementi afferenti il reato, seppure con un livello di determinatezza proporzionata al diverso ruolo rivestito dagli elementi all'interno della fattispecie. L'esigenza di tassatività viene avvertita con maggiore forza in relazione alle componenti del nucleo del reato, il fatto appunto, attenuandosi in relazione alle ulteriori componenti della fattispecie che non attengono alla dimensione offensiva. Fra l'altro il riferimento talvolta al fatto, talaltra alla fattispecie non risulta casuale, dal momento che sebbene le nozioni vengano impiegate in modo sinonimico, la differenza di significato che intercorre tra le due è stato a lungo oggetto di riflessione da parte della dottrina, anche alla luce delle conseguenze discendenti dalla loro diversa natura: di regola, solo per gli elementi appartenenti al fatto si richiede la stretta osservanza del principio di personalità dell'illecito. Tale diversità di regime si giustifica per via dell'appartenenza al fatto di tutti e solo quegli elementi portatori di disvalore ed offensività. Di contro, ben più ampio può risultare il novero delle componenti della fattispecie che non appartengano anche al fatto: si può dunque concludere che se è vero che tutte le componenti del fatto appartengono alla fattispecie, non vale il reciproco[55]. In tal

[55] Il rapporto tra fattispecie e fatto è stato oggetto di analisi da parte di eminente dottrina, che in proposito è pervenuta a molteplici ricostruzioni. Anzitutto si è soliti distinguere tra nozione del fatto in senso ampio ed in senso stretto: mentre la prima definisce il fatto come «punto di imputazione della sanzione», la seconda presenta una molteplicità di sotto-orientamenti, alcuni dei quali di chiara influenza tedesca. Quanto alla nozione di reato in senso stretto, si distingue una nozione di tipo processuale, presto superata, secondo la quale in qualità di fatto rilevano quei fatti obiettivi con valenza probatoria, ed una qualificazione in chiave sostanziale. A quest'ultimo alveo risultano riconducibili quelle ricostruzioni del fatto di reato come complesso degli elementi descrittivi e non valutativi ovvero come l'insieme degli aspetti dell'accadimento in presenza dei quali può dirsi integrata la fattispecie: entrambe le tesi fortemente criticate e superate a favore di una sovrapposizione tra nozione di fatto di reato e tipicità, per cui il fatto si atteggia a correlativo del

modo si potrebbe affermare che la fattispecie, in senso ampio, abbraccia il complesso degli elementi di reato tanto quelli che «concorrono a segnare il discrimine tra il lecito e l'illecito, quanto quelli che non danno espressione al disvalore tipico, ancorché incidenti sull'*an* della punibilità», ma con una profonda differenza: solo i primi vanno ricompresi nel nucleo duro del fatto. Quanto alla nozione di fatto, tentare di delinearne con esattezza i contorni risulta particolarmente complesso, anche alla luce delle numerose teorie che sono state elaborate a riguardo: concentrando l'attenzione sulle ricostruzioni "sostanzialiste", si distinguono diversi orientamenti.

Ampiamente diffusa si è rivelata la tesi che lega il fatto alla tipicità, secondo la quale va ricondotto al fatto di reato il complesso di elementi che consentono la riconducibilità di una determinata condotta ad un dato paradigma astratto. Oggetto di valutazione autonoma, invece, risultano il momento dell'antigiuridicità, della colpevolezza nonché le condizioni obiettive di punibilità, che, in accordo a tale tesi, si porrebbero fuori dal fatto in senso stretto[56]. Malgrado la soluzione cui si giunge, tale tesi non può certamente dirsi sufficiente a dimostrare la natura "estrinseca" delle c.o.p. per via dei numerosi limiti che la connotano: fondandosi sulla distinzione tra momento descrittivo e momento valutativo, tale ricostruzione assume una connotazione politica più che giuridica e finisce per frustrare quell'esigenza individualizzante che anima la stessa nozione di tipicità. Tipizzare

tipo di reato secondo una relazione di conformità al tipo astrattamente previsto. In questi termini A. PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società: scritti 1956-2008*, Milano, 2009, p. 224 ss. ed Autori ivi citati. L'A., tuttavia, prendendo le distanze dall'accostamento tra tipicità e fatto di reato, giunge alla conclusione che mentre «gli elementi soltanto strutturali vanno trattati nella teoria del fatto, le caratteristiche che esprimono la illiceità possono trovare la loro corretta sistemazione dogmatica solo nella teoria del reato». L'A. conclude affermando che fatto e reato rappresentano i due volti dell'illecito: il fatto rappresenta l'illecito spogliato della propina veste teleologica e dal momento che le condizioni obiettive di punibilità risultano indispensabili ai fini della produzione della conseguenza giuridica, esse rappresentano parte integrante l'illecito.

[56] V. G. DELITALA, *op. cit.*, p. 119.

significa valorizzare quelle peculiarità della singola fattispecie che ne permettono la differenziazione rispetto alle altre: in questa prospettiva, anche la presenza di una condizione obiettiva di punibilità potrebbe arrivare a connotare il fatto di reato, differenziandolo rispetto ad altri tipi di reato. A dimostrazione di tale assunto potrebbe invocarsi l'elaborazione del modello di reato condizionato da parte di illustre dottrina[57]. In accordo a tale ricostruzione, le condizioni obiettive di punibilità lungi dal rappresentare un elemento accidentale rispetto alla fattispecie, contribuirebbero a connotarne uno specifico tipo di reato, quello condizionato, e svolgendo una funzione costitutiva all'interno di essa, soggiacerebbero per ciò stesso a tutte le ordinare regole sull'accertamento del nesso causale e del criterio d'imputazione[58].

A conclusioni parimenti insoddisfacenti si perverrebbe adottando altri e diversi modelli definitori del fatto, costruito talvolta in termini di antigiuridicità c.d. obiettiva, valorizzandone il contenuto di disvalore, talaltra come oggetto della colpevolezza per poi ritornare alla prospettiva strutturale, per cui il fatto va a selezionare il complesso degli elementi materiali del reato[59]. Qualunque nozione di fatto di reato si prenda in considerazione, l'esatta individuazione dei rapporti tra condizione obiettive di punibilità, fatto e fattispecie dipende dalla risposta che si

[57] V. P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, cit. p. 10 ss. Si veda, in modo più approfondito, *sub* nota 63.

[58] I sostenitori del reato condizionato come autonomo tipo criminoso risolvono le difficoltà connesse all'accertamento del nesso di causalità ricorrendo anche alla figura della causalità mediata. Come evidenziato nella trattazione, accanto alle ipotesi, in vero residuali, in cui è possibile individuare una diretta connessione tra condotta ed evento, si rinvengono casi in cui l'evento condizionale consiste nella condotta di un terzo ovvero in evento totalmente estraneo al dominio dell'agente. Nei casi appena descritti, si fa notare come la struttura del reato condizionato non risulta affatto scalfita dalla distanza tra condizione e condotta, sussistendo una causalità c.d. mediata, la stessa che connota i reati di agevolazione colposa o di omesso impedimento. In questo senso P. VENEZIANI, *op. ult. cit*., p. 24 ss; L. STORTONI, *Agevolazione colposa e concorso di persone nel reato*, Pavia, 1981; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa,* Milano, 1984, p. 127 ss.; M. SPASARI, voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 896 ss.

[59] Sul complesso concetto di antigiuridicità obiettiva, v. T. PADOVANI, *Diritto penale* cit., 145 e L. PETTOELLO-F. MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano, 1954, p. 160 ss.

fornisce all'interrogativo sulla natura delle stesse ed ancora una volta si corre il rischio di andare incontro ad apriorismi. Ammettendo che le c.o.p. risultino idonee ad incidere solo sulla punibilità e che non possano concorrere a tracciare il disvalore della fattispecie, non essendo elementi significativi, se ne potrà predicare l'appartenenza alla fattispecie ma non al fatto di reato in senso stretto, con conseguente esclusione della soggezione al principio di colpevolezza. Di contro, annoverando le stesse tra gli *essentialia delicti* in grado di contribuire alla misura del disvalore dell'illecito si perverrebbe alla duplice conseguenza della loro riconducibilità alla dimensione del fatto e della loro ascrizione secondo il canone della personalità. Le conclusioni risulterebbero ulteriormente differenti laddove si accedesse alla ricostruzione del reato condizionale come autonomo tipo criminoso, cui si faceva riferimento in precedenza.

La necessità di una precisa delimitazione del concetto di fatto risponde sicuramente a numerosi interessi pratici, come dimostrano i molteplici sforzi interpretativi compiuti in tal senso, ma probabilmente può essere attenuata con talune considerazioni. La corrispondenza biunivoca tra appartenenza al fatto in senso stretto ed esigenza di un coefficiente psicologico non può ritenersi valida, dal momento che, in accordo ai recenti approdi in tema di colpevolezza, la necessità dell'imputazione di un nesso psicologico si avverte per tutti quegli elementi significativi: prescindendo dalla collocazione strutturale, quindi, la soggezione al criterio della colpevolezza discende dalla partecipazione al disvalore della fattispecie. In quest'ottica si giustifica la riforma delle circostanze aggravanti, che da un regime obiettivo, sono state ricondotte nell'alveo della colpevolezza attraverso la previsione di un'imputazione solo se conosciute ovvero ignorate per

colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa[60]. Non l'appartenenza al fatto, ma la relazione rispetto al disvalore finisce per dettare il regime d'imputazione di un elemento, così come non la formale qualificazione di fatto in senso stretto risulta dirimente per stabilire l'eventuale concorso tra due o più disposizioni, essendo necessario un effettivo raffronto strutturale tra le disposizioni[61]. Rapportando quanto detto al fenomeno condizionale, se ne ricava che, a prescindere dall'appartenenza formale al fatto, il vero punto nodale riguarda il regime di operatività, se vada conformato al principio di colpevolezza, ovvero risulti ad esso insensibile per via della ontologica estraneità delle condizioni di punibilità a qualsivoglia disvalore dell'illecito, principale ovvero secondario[62]. In definitiva, ogni dibattito circa l'appartenenza o meno delle condizioni di punibilità al fatto in senso stretto non può che rappresentare un *posterius* rispetto alla individuazione dell'esatta natura delle stesse. Torna dunque il dilemma circa la qualificazione delle c.o.p., componenti del disvalore ovvero meccanismi incidenti

[60] La necessità di eliminare il criterio della imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti per ricondurne la disciplina all'alveo del principio di colpevolezza è stato il riflesso dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, come dimostra, fra le altre, la sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale in tema di scusabilità dell'ignoranza della legge penale. Già prima della citata sentenza, attenta dottrina aveva evidenziato come «da un punto di vista teorico noi riteniamo che il dolo si riporti non solo al fatto delittuoso essenziale, ma anche alle circostanze aggravatrici del reato». Così G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 306; F. RAMACCI, *Alcune riflessioni sulla riforma in materia di circostanze*, in *S. Iuris*, 1993, 147 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo prospettive di una controversa categoria giuridica*, Padova, 2000, p. 799.

[61] L'eventuale delimitazione del fatto di reato viene in rilievo anche ai fini del concorso di norme e reati, come si desume dalla lettura degli artt. 15 c.p. ed 81 c.p., per il rispetto del principio del *ne bis in idem* nonché per l'applicazione di istituti sovranazionali, quale il MAE ovvero per l'armonizzazione delle decisioni a livello comunitario, secondo il principio del divieto della doppia punibilità in concreto, vigente nell'area Schengen di libero scambio. Sul tema, più diffusamente cfr. il capitolo IV.

[62] Critico nei confronti della distinzione tra disvalore principale e secondario P. VENEZIANI, *Spunti per una ricostruzione* cit., p. 13. L'A. argomenta la necessità di configurare il reato condizionato come autonomo tipo di illecito sulla scorta dell'impossibilità di creare una tripartizione tra elementi costitutivi, condizioni di punibilità intrinseche e condizioni estrinseche. La differenza, chiara sulla carta, risulterebbe di difficile attuazione, per via della indistinguibilità tra il disvalore primario tipico degli *essentialia delicti* ed il disvalore secondario di cui sarebbero portatrici le condizioni intrinseche. Da qui si giunge ad affermare che, stante l'assimilabilità delle condizioni estrinseche alle condizioni di procedibilità, potrebbero trovar spazio all'interno del sistema solo le condizioni intrinseche che si atteggerebbero ad elementi costitutivi, non accidentali, del reato condizionato.

sull'esercizio del magistero punitivo, in linea con la qualificazione formale dell'istituto. Nel qual caso, del resto, si porrebbe un ulteriore interrogativo, legato al rapporto tra punibilità e reato: in particolare si dibatte se prima dell'avveramento della condizione, risultando sospesa la punibilità, il reato possa dirsi integrato o meno. Due gli orientamenti che si fronteggiano, a seconda che si affermi l'indipendenza dell'illecito penale dall'irrogazione della pena ovvero che, sulla scorta del principio di correlazione tra fatto e conseguenza, si affermi la necessità della risposta sanzionatoria ai fini dell'esistenza del reato[63]. Numerose le argomentazioni a sostegno dell'una e dell'altra tesi, consistenti anzitutto nella qualificazione formale del reato. Da un lato si pone chi ritiene che la previsione della pena rappresenti l'elemento caratterizzante il reato rispetto alle altre categorie

[63] Il tema della punibilità è stato al centro di un fitto e risalente dibattito volto ad indagarne i rapporti con il reato. A favore della sostanziale estraneità della punibilità rispetto al piano del reato, v. F. CARRARA, *Programma di diritto criminale*, Firenze, 1924, § 41, n. 2, secondo il quale «la punibilità effettiva del fatto *nessuno* la pone come elemento della definizione del reato»; nella stessa direzione A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, Roma, 1929, p. 151 ss. L'A. da ultimo citato sosteneva l'estraneità della punibilità alla struttura del fatto sulla scorta dell'argomento per cui la punibilità costituirebbe sostanzialmente la «conseguenza giuridica» del reato e pertanto non si può «definire la causa di un fenomeno mediante il fenomeno stesso che ne costituisce l'effetto». Una rottura rispetto a tale posizione si è avuta con il pensieri di G. BATTAGLINI *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1949, p. 164. Con l'A. citato la punibilità, elevata a dignità di concetto sistematico, viene annoverata nell'ampia categoria degli elementi costitutivi del reato, inaugurando un orientamento che verrà seguito a lungo. Vedi nello stesso senso B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale: Introduzione, La norma penale, Il fatto*, Napoli, 1955, p. 30, secondo il quale il reato risulta per definizione qualificato sulla scorta della particolare natura della sanzione, la pena, in grado di differenziare l'illecito penale da ogni altro. Analoghe argomentazioni vengono sostenute da F. BRICOLA, *Punibilità* cit., p. 591 ss: in tale opera si evidenzia come l'irrogazione della sanzione costituisca il tratto tipico del reato attesa l'inscindibilità del binomio reato – fatto punibile. A sostegno della ricostruzione quadripartita del reato, in qualità di autonomo elemento del reato, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, p. 177 ss. Di recente, invece, si è assistito ad una scissione tra il momento dell'illecito da quello della punibilità, come evidenziano le posizioni di F. ANTOLISEI e M. ROMANO, di seguito illustrate. Il primo quale evidenzia come la punibilità rappresenti una conseguenza dell'illecito e, pertanto, trattandosi di un *posterius* essa non può fungere da elemento costitutivo del reato. Sulla stessa scia il secondo autore, il quale distingue il momento del disvalore dell'illecito rispetto a quello dell'irrogazione della sanzione, improntato a ragioni di convenienza ed opportunità. Così F. ANTOLISEI, *Manuale* cit., p. 753 e M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena"* cit., p. 39 ss. Per una panoramica completa sull'evoluzione del concetto di punibilità, cfr. C. RUGGIERO, in *Enc. dir*., vol. XXXVII, 1988, p. 1123, nonché G. DE FRANCESCO, *Punibilità* cit., p. 2 ss. A ricomporre i contrasti tra le due posizioni, Ruggiero evidenzia come la punibilità rappresenta un elemento insopprimibile della disposizione normativa, che però potrebbe mancare nel solo momento applicativo senza compromettere la nozione stessa di reato.

di illecito (civile ed amministrativo) e pertanto, la mancata attivazione del momento sanzionatorio precluderebbe la possibilità ontologica di esistenza del reato per via dell'inscindibilità del binomio fatto punibile - reato. Precisamente, dal momento che l'illecito penale risulta teleologicamente orientato all'irrogazione della sanzione, che pertanto costituisce la conseguenza giuridica fisiologica del reato, non risulterebbe pensabile scindere la dimensione del fatto illecito, come portatore di disvalore, da quello della sanzione: il concetto di reato va colto nella sua dimensione olistica di fatto illecito perché punibile. Di contro, non manca chi affermi la sostanziale autonomia del momento del disvalore, principale connotato del reato, dal semplice innesco della punibilità, che non rappresenta un elemento essenziale dell'illecito, quanto la conseguenza della lesione innestata nella fattispecie. Seguendo tale impostazione, un fatto risulta punibile in quanto integra gli estremi di reato e non viceversa, ovvero che dalla punibilità discende la particolare natura dell'illecito. A favore dell'esistenza del reato prima ed a prescindere dalla punibilità militano diversi argomenti anche di carattere testuale, tratti direttamente da talune norme del codice penale, che sembrano valorizzare l'autonomia dei concetti di reato e punibilità. In tale direzione vanno intese le disposizioni che dettano la disciplina delle cause estinzione del reato tenendole distinte dalle cause di estinzione della pena. Le citate previsioni, pur occupandosi di istituti molto distanti, sembrano incoraggiare la scindibilità del concetto di reato, come entità di (dis)valore, da quella della punibilità, che pur essendo sempre prevista a livello di enunciazione, può non essere applicata in concreto in presenza di taluni interessi particolari e predeterminati. Un meccanismo non dissimile potrebbe rinvenirsi in relazione alle cause di non punibilità in senso stretto, le quali lasciano permanere l'illecito sotto il profilo dell'antigiuridicità e della

colpevolezza, paralizzando esclusivamente il meccanismo di irrogazione della sanzione. Del resto, indagando i più recenti approdi in tema di teoria del reato, quest'ultimo viene definito come un fatto umano che offende un bene giuridico ritenuto particolarmente significativo dalla collettività (c.d. disvalore oggettivo d'evento) adottando modalità particolarmente aggressive (c.d. disvalore oggettivo d'azione) e connotato da un atteggiamento da parte dell'autore dell'illecito di ostilità ai valori lesi (c.d. disvalore soggettivo d'azione)[64].

Ricapitolando, tra fatto e fattispecie intercorre un rapporto tra concreto ed astratto dal momento che la fattispecie rappresenta il complesso del significato degli elementi giuridici della disposizione linguistica; in essa vanno distinti gli elementi che contribuiscono a tracciare la fisionomia del disvalore dell'illecito, in termini di offensività, ed elementi che intervengono sul piano concreto sul funzionamento della conseguenza sanzionatoria, la pena, senza alterare il giudizio di riprovevolezza che connota la condotta base. Per comprendere la diversità tra fattispecie e reato, invece, occorre aver riguardo alla diversità di piani in cui essi trovano collocazione: la prima attiene al piano strutturale, mentre il secondo attiene alla dimensione assiologica dell'illecito, implicando un preciso giudizio di disistima nei confronti del comportamento tenuto dal reo. Le condizioni obiettive di punibilità pur estranee al fatto, potrebbero appartenere alla fattispecie e non precludere la realizzazione del reato; invero, a voler ipotizzare la loro stretta relazione con il momento dell'irrogazione della sanzione, nella fase di pendenza, il reato potrebbe già considerarsi perfetto nelle sue componenti e dotato di disvalore, in linea con le considerazioni svolte nel precedente paragrafo e alle quali si rinvia. Le valutazione compiute, naturalmente, risulterebbero valide e sensate restringendo

[64] Cfr. G. de VERO, *Corso di diritto penale*, cit. p. 393 ed Autori ivi citati.

il campo di esistenza alle sole condizioni di punibilità c.d. estrinseche, ma una tale presa di posizione risulterebbe prematura, dovendosi ancora analizzare il rapporto che intercorre tra l'art. 44 c.p. e gli altri elementi che connotano il reato.

4. Evento condizionale ed evento del reato: il problema del nesso di causalità.

Si è già avuto modo di evidenziare che l'art. 44 c.p. non fornisce una definizione delle condizioni di punibilità ma si limita a dettarne il regime d'imputazione obiettivo, tant'è che nella parte conclusiva della disposizione citata si legge che «il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto». Com'è stato acutamente osservato[65], da una parte la norma pecca per eccesso dal momento che, sulla scorta del tenore letterale, le condizioni obiettive rilevano *a fortiori* anche se volute, dall'altra parte la norma pecca per difetto, nulla dicendo sul modo d'intendere l'evento da cui dipende il verificarsi della condizione e soprattutto sull'eventuale legame causale di esso rispetto all'azione o omissione vietata. Evento e legame causale costituiscono elementi imprescindibili nella definizione delle c.o.p, per una comprensione dell'istituto e per una loro collocazione all'interno del reato[66].

[65] Così M. BOSCARELLI, *Proposte per una revisione tecnica del libro I del codice penale* (AA. VV.), a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, p. 89 ss.

[66] Il nesso di causalità rientra tra gli elementi essenziali del reato, accanto alla condotta ed all'evento, ed è disciplinato dagli artt. 40 e 41 c.p. La tecnica di accertamento comunemente impiegata per verificare l'esistenza del nesso va identifica nell'eliminazione mentale, per cui un fatto può considerarsi antecedente rispetto all'evento se, eliminato il primo, il secondo non si sarebbe verificato. Ciò considerato, la verifica della derivazione causale si rende indispensabile in relazione all'evento del reato, come espressamente previsto dal codice penale. Diversamente, l'art. 44 c.p. nulla specifica in ordine all'esistenza del nesso di causalità, incoraggiando la posizione di chi, in dottrina, ritiene che nella presenza del nesso di causalità vada ravvisato l'elemento differenziale di elementi essenziali e condizione di punibilità. Tuttavia, il carattere eterogeneo delle fattispecie condizionate e l'assenza di un preciso riferimento sul legame causale rischia di compromettere la bontà di tale tesi, imponendo di cercare altrove il criterio di distinzione tra i due elementi: sul punto, v. cap. II. In dottrina, prevalente risulta la posizione di chi ritiene indifferente la presenza del nesso di causalità ovvero necessaria l'assenza dello stesso rispetto alle c.o.p. Si veda M. ZANOTTI, op. cit., p. 540 ss.; G. MUSOTTO, *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato*, 1936, Palermo, p. 89 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale* cit., p. 365 e M. GALLO, *diritto penale italiano* cit., p. 279. Sul tema generale della causalità, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento, I ed.*,

L'avvenimento condizionante nell'art. 44 c.p. viene definito "evento", espressione ricorrente nel diritto penale, che solitamente si utilizza in riferimento al risultato "cosciente e volontario" dell'azione o omissione dell'agente per sottolineare la connessione necessaria intercorrente tra di essi[67]. Questo primo rilievo, seppur superficiale ed intuitivo, fa sorgere l'interrogativo circa i rapporti intercorrenti tra l'evento di cui all'art. 44 c.p. e quello di cui all'art. 42 c.p.; la diversità dei summenzionati eventi non rileva solo in ragione della loro qualificazione giuridica, ma per via della differente natura, l'uno parte del fatto di reato, l'altro completamente estraneo ad esso e dotato di piena autonomia, da cui, di

Milano, 1975, p. 311; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 342 e G. FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, p. 126 ss., Id. *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.* 2006, p. 945 ss.; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen*., 2005, p. 1037 ss. e G. AZZALI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 249. Per la manualistica, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2016, Torino, p. 357 ss.; G. de VERO, *Corso*, cit., p. 447 ss. e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 189 ss.

[67] L'evento rappresenta un elemento essenziale non soltanto in relazione ai reati dolosi, connotando anche gli illeciti colposi. Anzi, la particolare struttura dei reati colposi rischia talvolta di favorire la sovrapposizione tra evento e condizione obiettiva di punibilità. Come noto, la colpa rappresenta un criterio d'imputazione di tipo normativo, consistente nella violazione delle regole cautelari, e pertanto l'evento deve rappresentare tanto una conseguenza della semplice azione materiale, quanto piuttosto la concretizzazione del rischio che la norma cautelare mirava ad evitare. La peculiare struttura del reato colposo, incentrato sull'adozione di un comportamento negligente o imprudente e consistente nella violazione dei precetti cautelari, ha favorito, soprattutto in passato, un atteggiamento di indifferenza nei confronti dell'evento colposo, ritenuto non essenziale per l'esistenza del fatto, atteggiandosi a mera condizione di punibilità. Tale ricostruzione risulta, almeno sul piano teorico, superata dall'evoluzione dogmatica della colpa e dall'autonomia assunta dal reato colposo, dapprima collocato in una posizione ancillare rispetto all'illecito doloso. Ruolo fondamentale nell'uscita dallo stato di minorità del criterio colposo ha rivestito l'indagine sulla causalità della colpa, relazione intercorrente tra la violazione di specifici doveri di diligenza e la conseguenza lesiva, che impone di accertare che la sequenza causale che ha prodotto l'evento rientri nella serie di sviluppi causali che la regola cautelare mirava a prevenire ed evitare. Evidenziando l'esistenza di un rapporto causa ad effetto tra condotta ed evento colposo, la dottrina più recente evita la sovrapposizione rispetto alla condizione obiettiva di punibilità, ritenuta estranea ed ininfluente rispetto al nucleo della condotta. In questo senso, M. GALLO, *Appunti di diritto penale* cit., p. 144. Nella stessa direzione, E. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1991, p. 806; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento negli illeciti penali*, Milano, 1983, p. 268 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, in *Diz. dir. pub.* (S. Cassese a cura), vol. II, Milano, 2009, p. 971; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale* (C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro), 2007, Milano, p. 121. Per un approfondimento sui reati colposi, M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano 1960, p. 624 ss; G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, 2013, Milano e C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684.

conseguenza, discende anche la diversità del regime d'imputazione applicabile[68]. Sorge a questo punto spontaneo chiedersi in cosa consista il carattere discretivo dell'evento di cui all'art. 42 c.p. rispetto a quello condizionale disciplinato dall'art. 44 c.p.

La questione non si rivela certamente di facile soluzione, soprattutto in considerazione del rilievo dato dall'art. 42 c.p. alle forme di responsabilità oggettiva accanto alla "regola" dell'imputazione dolosa. Ricorrendo alla formula «la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione» l'art. 42 c.p. introduce casi di responsabilità oggettiva, eccezionali rispetto alla regola della responsabilità dolosa, che, pertanto, possono facilmente confondersi con gli eventi condizionali, oggettivi per definizione. Per ovviare ad una simile difficoltà si è tentato di spostare l'elemento differenziale tra le due categorie nel nesso di causalità: in tal senso è stato notato che «ciò che l'art. 44 c.p. vuole escludere è l'assunzione del nesso psicologico in chiave di requisito di fattispecie astratta», per cui è sufficiente che un elemento debba entrare nel dominio psicologico dell'agente perché ad esso si

[68] In questa primo momento della trattazione si è messa in evidenza la diversità tra condizioni di punibilità ed elementi essenziali rispetto alla collocazione all'interno del fatto di reato. Detta distinzione, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, non rappresenta una questione semplicemente teorica, ma presenta importanti risvolti pratici legati alla disciplina giuridica applicabile. Il regime oggettivo di operatività dettato dall'art. 44 c.p. risulterebbe incompatibile con i recenti approdi, dottrinali e giurisprudenziali, in tema di colpevolezza: ormai acquisito risulta il principio per cui gli elementi significativi vanno attribuiti all'agente quantomeno a titolo di colpa. Ammettendo la natura estrinseca delle condizioni di punibilità - la dottrina tedesca si riferisce ad esse come *äußeren Bedingungen der Strafbarkeit* - non avrebbe senso riflettere sul regime soggettivo ed oggettivo delle stesse, dal momento che esse risulterebbero ininfluenti rispetto al dogma della responsabilità colpevole. Sul tema v. diffusamente cap. III e in dottrina, per il sistema tedesco G. BEMMANN, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, 1957, Schwartz, p. 8 ss. e C. GEISLER, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, in *GA*, 2000, p. 166; nel sistema italiano di diritto penale M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di punibilità (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II Milano, 2006, p. 1721; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, p. 863.

rifiuti la qualifica di condizione[69]. A conferma di ciò deporrebbe la formulazione dello stesso art. 44 c.p. che, richiedendo il verificarsi della condizione «per la punibilità del reato», parrebbe collocare l'operatività della condizione in un tempo successivo a quello dell'integrale compimento del fatto, completo di tutti gli elementi essenziali e già sottoposto a quel giudizio di rimproverabilità tipico della colpevolezza; fra l'altro, non casuale o distratto appare il ricorso all'espressione «il colpevole risponde» in luogo del riferimento al generico «l'agente risponde»[70]. Quanto detto, però, se ci fornisce un indizio, seppur valido, della diversità con cui viene utilizzato il termine evento nelle norme sopra menzionate, non può ancora costituire un valido criterio diagnostico. Come già anticipato, il vero punto dolente si rinviene nella parte in cui l'art. 42 c.p. comma 3 ammette talune ipotesi, pur in via d'eccezione, di responsabilità oggettiva ed in modo speculare l'art. 44 c.p. sancisce che, in qualche fattispecie, la condizione può anche essere voluta dall'agente, con il conseguente venir meno dell'unico indice di sicura differenziazione dell'evento condizionale da quello costitutivo del reato: l'imputazione obiettiva delle condizioni di punibilità (*rectius*: l'irrilevanza del nesso psicologico tra il colpevole e la condizione). Non deve sorprendere perciò che davanti a simili aporie si sia cercato altrove il criterio d'identificazione degli elementi condizionali, individuandolo in ultima analisi nella mancanza del rapporto di causalità necessaria tra l'evento-condizione e la condotta vietata. Sul tema la dottrina si è molto dibattuta assumendo molteplici posizioni e, pertanto, ai fini di

[69] In questi termini si esprime F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it*, vol. XIV, Torino, 1962, p. 593.

[70] Nella struttura dell'interpretazione, la dimensione letterale rappresenta il primo indizio utile alla comprensione di un dato istituto giuridico. Nel caso delle condizioni obiettive di punibilità, l'utilizzo dell'espressione colpevole in luogo di agente indicherebbe l'estraneità delle stesse rispetto al reato: la colpevolezza attiene ad un livello successivo rispetto alla tipicità, implicando la realizzazione del complesso degli elementi oggettivi dell'illecito penale.

una migliore comprensione della questione risulta opportuno procedere ad una ricostruzione degli orientamenti dottrinali più significativi.

4.1. *Segue:* il problema del nesso causale

In ordine al complesso tema del rapporto tra reato condizionale e nesso di causalità si rinvengono tre correnti dottrinali, distinte tra chi sostiene che l'avvenimento condizionale "debba" sempre essere causato materialmente dalla condotta del colpevole, e non per questo necessariamente causato dalla sua volontà, chi invece ritiene che l'evento "possa" ma non debba essere legato da causalità materiale all'azione e chi in ultimo afferma che nessun legame causale debba intercorrere tra azione e condizione di punibilità. Per comodità espositiva si procederà ad una trattazione unitaria dei primi due orientamenti.

Passando in rassegna il primo orientamento, esso risulta particolarmente variegato al proprio interno, dovendosi distinguere la posizione di chi ritiene la presenza del nesso di causalità necessaria a fronte di chi ritenga il legame eziologico una mera possibilità. Ad essere più precisi, sostengono la prima soluzione quanti individuano nelle condizioni obiettive di punibilità non un mero elemento accidentale, bensì una componente essenziale di una struttura più ampia ed unitaria, quale il reato condizionato. Eppure, aderendo a tale tesi, risulta arduo riuscire a spiegare tutti i casi in cui l'evento condizionale sia riconducibile alla condotta di un terzo soggetto, come nel caso della declaratoria di fallimento nei reati di bancarotta ovvero del pubblico scandalo nel delitto di incesto; ed inoltre, la necessità di un nesso di derivazione eziologica, oltre a non essere esplicitamente richiesto dall'art. 44 c.p., rischierebbe di creare una netta sovrapposizione tra gli elementi essenziali, risultando difficile individuare il requisito specializzante delle c.o.p. e la ragione pratica che sta a fondamento del predetto istituto.

Le obiezioni cui si è appena fatto riferimento hanno giustificato l'emersione di un secondo sotto-orientamento affermato da quanti evidenziano che in taluni casi l'esistenza di un legame causale tra condotta ed evento condizionale venga richiesta dallo stesso legislatore, come dimostra la struttura di alcune disposizioni normative sottoposte a condizione di punibilità. Da notare che tale tesi in dottrina risulti sostenuta tanto dai teorici della costruzione unitaria della fattispecie condizionale, quanto dai teorici della condizione come filtri della punibilità: per i primi l'eventuale assenza del nesso può essere supplita da forme di causalità c.d. indiretta, mentre i secondi fanno leva sulla sostanziale indifferenza mostrata dall'art. 44 c.p. al nesso di causalità. Ed in effetti, l'ampia formulazione della disposizione in tema di condizione di punibilità lascia spazio alla costruzione degli eventi condizionali: il creare o meno un nesso di derivazione causale tra condotta e l'evento condizionale rappresenta una scelta unicamente del legislatore, come tale sindacabile entro limitati margini[71]. La diversità di orientamenti, cui si lega un differente inquadramento generale dell'istituto condizionale, sebbene labile in

[71] Frequenti riflessioni ed approfondimenti vengono riservati dalla dottrina al fondamento ed ai limiti dell'incriminazione, tuttavia altrettanto rilevante risulta il dibattito sulla ragion d'essere e sui criteri che devono ispirare il legislatore nel creare cause *lato sensu* di non punibilità. Sebbene la questione sembra molto distante dal tema oggetto della presente trattazione, come si vedrà in seguito, il meccanismo di operatività delle condizioni obiettive di punibilità non si allontana dal funzionamento delle cause di non punibilità, sebbene operino in modo speculare: mentre in presenza delle cause di non punibilità risulta paralizzata l'irrogazione della sanzione, al contrario, l'avveramento della condizione attualizza l'esigenza di pena. Sul tema si veda il contributo significativo di D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it*. 1983, parte I, p. 1806. La riflessione del citato A. risulta sollecitata dalla sentenza della Corte costituzionale, sent. del 3.06.1983 n. 148, in *Foro it.*, 1983, p. 1797. La Corte, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 3 gennaio 1981, n. 1, causa di non punibilità per le opinioni espresse dai componenti del CSM nell'esercizio delle funzioni e concernenti l'oggetto della discussione afferma che le cause di non punibilità «abbisognano di un puntuale fondamento (…) il legislatore ordinario può bene operare al di là delle ipotesi espressamente previste dalle fonti sopraordinate, purché le scriminanti così stabilite siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco». Più di recente, G. DE FRANCESCO, *Punibilità* cit., p. 25 ss. Sul medesimo tema, G. COCCO, *Punibilità e pene*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale - Vol. II* (a cura di G. Cocco – E. M. Ambrosetti), Pavia, 2015, p. 111 ss.; C. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008; S. CORBETTA, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. giur.*, III, Milano, 2008; G. D. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 24.

apparenza, finisce per acquistare senso e significato laddove si consideri che solo la seconda ricostruzione consentirebbe di ravvisare nel nesso di causalità il criterio distintivo rispetto agli *essentialia delicti*: ammettendo come eventuale il nesso eziologico, le condizioni obiettive si differenzierebbero nettamente dagli elementi essenziali in cui il legame causale, ex art. 40 ss., risulta necessario. Per quanto tale ultima tesi, fondata sulla distinzione tra necessarietà ed eventualità del nesso, tenda a mantenere ben salda la distinzione tra i due gruppi di elementi, essa presenta una scarsa potenzialità euristica, costringendo l'interprete ad un'ulteriore ricerca di tratti differenziali. Da qui il ricorso ad ulteriori criteri distintivi per cui, stando ad alcuni Autori, si avrebbe condizione di punibilità allorché operando mentalmente l'eliminazione di essa il fatto conservi la sua offensività ed in ogni caso laddove tale avvenimento non fosse riconducibile alla volontà del reo[72]. Tuttavia evidenti risultano i limiti che incontra una simile ricostruzione, specie laddove si considera che i criteri discretivi da ultimo individuati, quello dell'eliminazione mentale e dell'assenza di dominio psicologico della c.o.p., si rivelano insufficienti dal momento che non offrono una prova certa della natura condizionale dell'evento. Come fatto osservare da illustre dottrina il criterio dell'eliminazione mentale, fondandosi su un giudizio di "persistenza" dell'offensività dell'illecito, rischia di tramutare in elementi essenziali tutti i casi dubbi di elemento condizionale. Inoltre, quanto al secondo elemento, si è già evidenziato che si risponde dell'avvenimento condizionante «anche se non voluto», al pari di quanto avviene per le ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione agli elementi costitutivi del reato[73]. Passando

[72] Le obiezioni qui riportate sono rivolte principalmente al pensiero di O. VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, Firenze, 1932, p. 55 ss.

[73] La principale criticità nella formulazione dell'art. 44 c.p. viene ravvisata nel regime oggettivo, che incoraggia l'assimilazione del fenomeno condizionale all'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevista dalla lettera dell'art. 42 comma terzo ed ormai incompatibile con il canone della responsabilità colpevole. Data l'equivocità della formula di cui all'art. 44 c.p., dal momento che la

ad illustrare il secondo orientamento, esso tende ad individuare nell'esclusione del rapporto di causalità materiale necessaria tra evento condizione e condotta il criterio fondante l'art. 44 c.p., seppure sulla base di argomentazioni molteplici e diverse. Stando ad una prima ricostruzione, l'assenza del suddetto legame di causalità, tanto psichico quanto materiale, si evincerebbe direttamente dall'art. 44 c.p. in base a diversi ordini di ragioni[74]. Anzitutto per l'inscindibilità tra nesso psicologico e nesso di causalità materiale, posto che, secondo l'opinione comune, si può volere solo ciò che si può produrre ed inoltre per quel principio di conservazione immanente al sistema normativo che impone di differenziare le ipotesi condizionali da quelle di responsabilità oggettiva. Non potendosi rinvenire nel regime di elementi essenziali, la necessità di differenziare le due categorie rende indispensabile costruire solo i secondi e non le prime sul rapporto di causalità necessario. Nonostante le autorevoli obiezioni ad essa rivolte, la tesi suesposta si è affermata come prevalente, corroborata dall'apporto di altri rilievi di carattere sistematico[75]. La principale argomentazione altro non è che un'estrinsecazione del canone dell'*ubi voluit dixit*, per cui, si osserva, laddove il legislatore abbia voluto predicare la necessità del nesso causale tra condotta ed evento, lo ha fatto con una specifica norma, come nel comma 3 dell'art. 42 c.p.; al contrario dovrebbe

regola dell'attribuzione obiettiva pare assimilare e non differenziare le condizioni di punibilità da altri elementi di fattispecie, occorre cercare altrove l'elemento differenziale dell'istituto di cui all'art. 44 c.p.. Da qui, l'orientamento che ravvisa nell'assenza del nesso di causalità tra condotta ed evento condizionale il criterio discretivo. Malgrado l'utilità di simile soluzione, essa non pare dirimente, stante il carattere eterogeneo delle fattispecie condizionali; più di recente, si è diffusa la tesi per cui l'elemento differenziale tra i predetti elementi vada ravvisato non nel criterio ovvero nel nesso di causalità, quanto nella funzione e nel rapporto rispetto all'offensività della fattispecie.

[74] Si vedano sul punto le posizioni di F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 598 e P. CURATOLA, *op. cit.*, p. 810 ss.

[75] F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, p. 1458. In virtù del principio dell'*ubi dixit voluit*, l'art. 44 c.p. dovrebbe leggersi come una precisa e consapevole volontà del legislatore di derogare, con riguardo alle c.o.p., al principio d'imputazione dolosa necessario per gli elementi del reato e di mantenere invariata la regola del rapporto di causalità, che dunque dovrebbe richiedersi anche in relazione all'evento condizionale.

escludersi che, in mancanza di un'espressa previsione, il vincolo di derivazione causale possa essere richiesto e debba essere accertato in altri casi, tra cui l'art. 44 c.p. In effetti, stante la diversità, anche di collocazione normativa, tra l'evento condizionale di cui all'art. 44 c.p. e l'evento costitutivo imputato obiettivamente dall'art. 42 comma 3 c.p., la necessità di un regime causale tra la condotta e le condizioni obiettive di punibilità andrebbe affermata da un'apposita previsione che richieda il medesimo collegamento causale, data la tassatività delle disposizioni di cui agli artt. 40 e 41 c.p.

La prospettiva teorica cui si è pervenuto, pur risultando ragionevole nelle premesse ed animata da rilevanti esigenze pratiche, come è stato rilevato, si presta ad una doppia critica quanto al primo degli argomenti esposti. Anzitutto, stabilendo l'irrilevanza che la condizione sia o meno voluta dal colpevole, lo stesso art. 44 c.p., implicitamente, ammetterebbe la possibilità di un legame eziologico tra condotta ed evento condizionale. Inoltre, ampiamente superata appare detta simmetria tra nesso psicologico e materiale: se, vero è che si può volere solo ciò che si può causare, non vale il principio inverso per cui si deve volere ciò che si causa. A tale appunto occorre aggiungere un ulteriore rilievo, di natura testuale, rappresentato da tutte quelle disposizioni condizionali in cui la condizione appare legata alla condotta da un nesso di causalità immediato o c.d. mediato. Richiamando a titolo esemplificativo le fattispecie di insolvenza fraudolenta, *ex* art. 641 c.p., ovvero del nocumento nel caso di illecito trattamento dei dati, *ex* art. 167 del d.lgs 196/2003 c.p., i rispettivi eventi tipizzati e ritenuti comunemente condizioni obiettive di punibilità, consistenti nel mancato adempimento dell'obbligazione contratta e dell'inosservanza del provvedimento, risultano eziologicamente legati alla condotta. Negando in radice la possibilità di una connessione causale tra c.o.p. e

condotta si semplificherebbe sicuramente l'opera degli interpreti, ma ne discenderebbe una progressiva interpretazione abrogatrice delle condizioni di punibilità: in presenza di un pur labile nesso di causalità, nel caso di incertezza sulla natura di un elemento, si adotterebbe una lettura in chiave di elementi essenziali in luogo di condizioni di punibilità[76]. Senza poi considerare che, un recente orientamento dottrinale sta fornendo nuova linfa all'istituto condizionale auspicandone un'applicazione in relazione ai c.d. illeciti di rischio, dotati di talune peculiarità: sul versante soggettivo essi si rivolgono ad un novero indeterminato di soggetti (c.d. vittimizzazione di massa), mentre sul versante oggettivo, a fronte dell'ampio scarto di tempo che intercorre tra la condotta genericamente incauta e l'evento dannoso, in genere identificato con l'insorgere di patologie nella vittima (c.d. lungolatenza delle patologie), ed il carattere multifattoriale dei pregiudizi, si registra un ampliamento delle difficoltà nell'accertamento causale, che diventa più labile, potendosi, di fatto, prescindere da una verifica per ogni soggetto coinvolto,

[76] Il nocumento richiesto dall'art. 167 del d. lgs. 196/2003, illecito trattamento dei dati, presenta una natura controversa dal momento che si dibatte se esso consista in un elemento essenziale ovvero condizione obiettiva di punibilità, come evidenziano le molteplici pronunce a favore dell'una o dell'altra ricostruzione. V. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 6 ottobre 2015, n. 40103, la quale riconosce al nocumento il ruolo di evento del reato, attribuibile all'agente solo se voluto e preveduto; di opinione contraria, Corte Cass., ord. del 16.07.2013 n. 7504 e Corte Cass., sent. del 17.02.2011 n. 17215. Stessa incertezza si registra sulla qualificazione del mancato adempimento dell'obbligazione nel delitto di insolvenza fraudolenta: da un lato evento di un illecito misto di azione ed omissione, dall'altro una condizione obiettiva di punibilità. A complicare il lavoro dell'interprete interviene la particolare formulazione dei citati articoli, che pare incoraggiare la presenza di un nesso di causalità tra condotta ed evento: quel nesso che, in accordo a parte della dottrina, risulterebbe di necessità assente nel caso delle condizioni obiettive di punibilità. Delle due l'una: ammettere la presenza del nesso di causalità, riconoscendo la natura di elemento essenziale ai suddetti eventi ovvero riconoscere la qualifica di condizione di punibilità, prescindendo dal nesso per cercare altrove il discrimine tra quest'ultimo ed il primo. V. P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria* cit., p. 30 ss. Per un approfondimento sulle predette fattispecie E. ANTONINI, *Il trattamento illecito dei dati nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela* penale, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 338; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform.*, 1998, p. 645 ss.; A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personale*, in *Dir. infor.* 2003, p. 729. Quanto alla fattispecie di insolvenza fraudolenta, A. CARMONA, *I reati contro il patrimonio*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2016, Torino, p. 54 ss.; L. FERLA, *Truffa e altre* frodi, in *Diritto penale: Parte speciale. Volume II. Tutela penale del patrimonio* (a cura di D. Pulitanò), 2013, Torino, 123 ss.; L. della RAGIONE, *Insolvenza fraudolenta*, in *I reati contro il patrimonio* (a cura di S. Fiore), 2010, Torino, p. 546 ss.

privilegiando le risultanze delle evidenze epidemiologiche[77]. Tale affievolimento dell'indagine probatoria finisce per allontanare l'evento di questa categoria di reati, tra cui quelli a tutela dell'incolumità collettiva del VI titolo, dal classico paradigma degli elementi essenziali, per avvicinarlo a quello della condizione obiettiva di punibilità, come notato da attenta dottrina[78]. Di contro, non manca chi guarda con una certa preoccupazione a tale scelta, ravvisando nell'istituto condizionale un *discessus* dalle rigide regole della causalità e dall'imputazione dolosa. Ancora una volta si contendono il campo due ricostruzioni antitetiche, rispettivamente volte ad allontanare o avvicinare le condizioni obiettive di punibilità dalla disciplina degli elementi essenziali, al fine di tracciarne una nitida linea di demarcazione evidenziandone le peculiarità. Occorre quindi tentare di risolvere tale *impasse* cercando solidi appigli argomentativi nelle disposizioni del codice e nel confronto tra le stesse.

4.2. *Segue*: ulteriori riflessioni su c.o.p. e nesso di causalità

Dopo aver passato in rassegna, seppur sommariamente, i principali orientamenti dottrinali in tema di c.o.p. e nesso di causalità, esigenze pratiche suggerirebbero di differenziare le c.o.p. ed elementi essenziali, quantomeno, da un punto di vista

[77] Sulla peculiare struttura degli illeciti c.d. di rischio, v. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato,* Roma, 2012, A. GARGANI, *I reati contro l'incolumità pubblica, I reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO – T. PADOVANI A. PAGLIARO, Milano, p. 468 ss.; M. DONINI – D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoratore*, Padova, 2007; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, 2004, Milano. Quanto alla posizione della giurisprudenza, v. Corte di cassazione, sez. IV pen., sent. del 30 maggio 2014, n. 22671. La Corte nella citata pronuncia ha modo di precisare in relazione ai reati contro la pubblica incolumità che «si tratta di figure nelle quali non è affidata al giudice la concreta valutazione *ex post* della pericolosità della condotta, ma è la norma che descrive alcune situazioni tipicamente caratterizzate, nella comune esperienza, per il fatto di recare con sé una rilevante possibilità di danno alla vita o all'incolumità personale. Rispetto a tali eventi, non è richiesta l'analisi a posteriori di specifici decorsi causali che è invece propria degli illeciti che coinvolgono una o più persone determinate». Sempre sul tema del nuovo statuto della responsabilità degli illeciti di rischio, v. G. de VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. II, p. 670 ss.

[78] Cfr. G. de VERO, *op. ult. cit*., p. 695.

oggettivo individuando nell'esclusione del nesso di causalità il criterio diagnostico dell'evento condizionale. In tale sede si cercherà di verificare la fondatezza e la bontà della suddetta posizione. Chiaro è che quando si discorre di causalità la disposizione di riferimento si rinviene nell'art. 40 c.p., norma fondamentale che disciplina il legame causale tra condotta offensiva ed evento, la quale recita: «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione». Già dalla lettura dell'articolo e dalla sua comparazione con l'art. 44 c.p. conseguono alcuni rilievi di grande importanza: sebbene entrambe le norme si riferiscono genericamente ad un evento, quest'ultimo risulta dotato di significato e funzioni che variano in base al contesto in cui s'inserisce. Si noti, a dimostrazione di ciò, la formulazione solo apparentemente analoga delle due proposizioni normative: mentre l'art. 40 c.p. co. 1 lega l'evento dannoso o pericoloso 44 all'esistenza del reato, l'art. 44 c.p. si fonda sul legame tra la verificazione di un dato evento e l'avveramento della condizione, nulla specificando in merito al rapporto tra detto evento ed il reato nella sua interezza. La differenza di formulazione fa da specchio alla diversa natura dei predetti eventi, atteso che il primo rappresenta un elemento essenziale, necessario per la realizzazione del reato, mentre l'altro costituisce un semplice accadimento che innesca il meccanismo di avveramento della condizione, implicando anche una loro diversità in termini di offensività e disvalore. Fatta tale precisazione sul piano letterale occorre riflettere sul significato della causalità per verificare se effettivamente risulti compatibile, se non necessario, un nesso tra condotta ed evento condizionale.

Naturalmente la riflessione si concentrerà sul nesso di carattere materiale, dal momento che il legame psicologico tra condotta ed evento viene escluso, almeno formalmente, dalla stessa formulazione dell'art. 44 c.p. Il regime obiettivo d'imputazione delle condizioni, che rilevano anche se non volute, risulta inconciliabile rispetto al regime doloso fondato sulla coscienza e volontà dell'evento, come si vedrà successivamente. Come dimostra il contenuto dell'art. 42 c.p. nel l'esistenza di un legame materiale tra condotta ed evento si sostanzia la c.d. responsabilità oggettiva, ormai bandita dall'attuale sistema penale. Ed in effetti, la mancanza di una espressa deroga sul punto induce parte della dottrina ad affermare che anche le condizioni di punibilità soggiacciono alle regole della causalità dettate dall'art. 40 ss. c.p.

Quanto all'argomentazione logica che dimostra l'impossibilità di richiedere sempre un nesso causale rispetto le c.o.p., al di là delle argomentazioni esposte nel precedente paragrafo, occorre sottolineare che diversamente opinando, l'art. 44 c.p. sarebbe una ripetizione di quanto espresso dall'art. 42 comma 3 c.p., che, facendo espresso riferimento a «conseguenza della sua azione od omissione» richiede che l'evento sia causato, quantomeno, dalla condotta dell'agente. Ammettere la necessità di una correlazione materiale fra condotta e condizione obiettiva condurrebbe alla conseguenza di qualificare la fattispecie condizionata come un modello di responsabilità oggettiva, come viene evidenziato anche dalla formulazione dell'art. 42, comma terzo, a norma del quale «la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione o omissione»: del resto, la responsabilità oggettiva si concretizza nell'esistenza del solo nesso materiale, vale a dire nel giudizio di derivazione

"fisica" dell'evento dalla condotta tipica[79]. In fondo, l'identità contenutistica tra l'art. 44 c.p. e l'art. 42 c.p. viene esclusa in base all'argomento storico per cui la prima disposizione introdotta quale norma di parte generale successivamente all'art. 42 c.p. e per espressa volontà del Guardasigilli, non può che disciplinare un istituto altro e diverso rispetto a quello previsto nell'art. 42 comma 3 c.p.[80].

Di contro, non risulta neppure agevole affermare che le condizioni obiettive di punibilità debbano di necessità mancare di qualunque relazione causale rispetto alla condotta. Guardando alle ipotesi pacifiche di c.o.p., si nota la loro eterogeneità, dal momento che prevalenti risultano le ipotesi condizionali che non presentano alcun rapporto di derivazione con la condotta dell'agente, potendo consistere in

[79] Accanto al criterio generale del dolo e quello "speciale" della colpa, l'art. 42 comma terzo c.p. prevede espressamente i casi in cui l'evento venga attribuito altrimenti all'agente, dando formalmente ingresso alle ipotesi di responsabilità oggettiva, non più compatibili con l'assetto dell'ordinamento penale a partire dalla citata e nota sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88, che impone l'attribuzione degli elementi significativi di fattispecie quantomeno a titolo di colpa. Tuttavia, il meccanismo della responsabilità oggettiva si fonda sulla semplice derivazione causale, a prescindere dalla riferibilità soggettiva all'agente, paradossalmente nell'art. 44 c.p. il legislatore ha avuto cura di specificare la dimensione soggettiva dell'evento, senza nulla specificare riguardo all'eventuale legame materiale intercorrente con la condotta. Da qui le tesi che, rigettando l'identificazione condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva, attribuiscono alle prime un autonomo spazio nell'ordinamento e ne riconoscono l'estraneità dalla dimensione valoriale. In tal senso, si vedano i contributi di M. ROMANO, *Commentario* cit., p. 476 e T. PADOVANI, *Corso* cit., p. 360: l'Autore citato individua i principali caratteri delle c.o.p. nell'«imputabilità oggettiva […]; estraneità delle condizioni rispetto all'antigiuridicità; natura supplementare rispetto al fatto tipico. Dal dato normativo si ricava che l'evento condizione attiene all'*an* e non al *quantum* della punibilità […]; che l'evento-condizione non assolve al ruolo di definire la tipicità del fatto illecito nei confronti di altre fattispecie finitime o similari».

[80] A sostegno della impossibilità di sovrapporre c.o.p. e la forma di responsabilità obiettiva di cui all'art. 42 c.p. può inoltre invocarsi la scelta compiuta dal legislatore di ricorrere a formule introduttive profondamente diverse; l'art. 44 c.p. presenta una formulazione di tipo impersonale, per cui «l'evento da cui dipende il verificarsi non è da lui voluto», a differenza dell'art. 42 c.p. che definisce l'evento del reato come il prodotto, la «conseguenza dell'azione od omissione» dell'agente. Tuttavia, le conclusioni cui si è giunti, seppur valide dal punto di vista formale e strutturale non possono ancora definirsi soddisfacenti per una piena comprensione del fenomeno condizionale, dal momento che particolari problemi interpretativi si pongono riguardo al significato da attribuire all'«anche se non voluto», impiegato dal legislatore per descrivere il fenomeno condizionale. Il ricorso ad una simile espressione lascia aperta la possibilità che si presentino eventi condizionale "voluti" e legati materialmente alla condotta dell'agente, vanificando la bontà del criterio della necessaria assenza del nesso di causalità materiale rispetto alla condotta come demarcazione rispetto agli elementi essenziali. Ciò implica, dunque, che il criterio strutturale proposto, seppur indice rivelatore di fondamentale importanza, non costituisce ancora l'elemento caratterizzante le c.o.p.. Ne consegue l'esigenza di continuare la ricerca valorizzando anche la dimensione funzionale dell'istituto in esame, investigando cioè quale sia la sua *ratio*, quale la sua funzione e il rapporto con la tutela del bene giuridico.

comportamenti altrui come nella declaratoria di fallimento ovvero in accadimenti esterni, quale la flagranza prevista negli artt. 688 e 718 c.p., piuttosto che in ipotesi quale l'art. 558 c.p. che sanziona l'induzione al matrimonio mediante inganno. In essa, a ben guardare, l'evento condizionale dell'annullamento del matrimonio, integrando un'attività diversa ed autonoma, non presenta affatto correlazioni con l'attività costitutiva del reato consistente nell'ordire l'inganno teso al matrimonio. Accanto a tale gruppo, occorre individuare annoverare la serie di fattispecie in cui la condizione di punibilità pare discendere direttamente dalla condotta dell'agente: tali sono le ipotesi di reato già citate di illecito trattamento dei dati, *ex* art. 167 d. lgs. 196/2003 e dell'art. 641 c.p., insolvenza fraudolenta.

Dalla lettura di detti articoli si evince che i rispettivi elementi condizionali, consistenti nel grave nocumento e nel mancato adempimento dell'obbligazione assunta, rappresentano la diretta conseguenza delle condotte descritte nella fattispecie, da indentificare nell'abusivo utilizzo di dati personali e nel contrarre obbligazioni dissimulando il proprio stato di indigenza. Relativamente a detti reati, come si vedrà in modo più approfondito nel prossimo capitolo, tanto il tenore letterale, quanto considerazioni di tipo strutturale ed assiologico suggeriscono una ricostruzione in termini di fattispecie contenenti condizioni obiettive di punibilità[81].

Per il momento pare opportuno assumere una posizione intermedia tra chi esclude e chi ammette sempre la presenza del nesso di causalità, affermando, invece, la irrilevanza dello stesso rispetto al fenomeno condizionale, che, come più volte sostenuto, mira ad attualizzare una risposta sanzionatoria prevista dapprima solo in potenza.

[81] Cfr. nota 76.

Volendo continuare a valorizzare l'elemento causale come indice per distinguere se un dato di fattispecie sia elemento costitutivo ovvero condizione di punibilità, attenuando il rigore della conclusione esposta, potrebbe affermarsi che mentre in relazione agli *essentialia* la presenza del vincolo eziologico risulta necessaria, questa nel caso delle c.o.p. si rivela solo accidentale e non indispensabile.

L'art. 44 c.p., in sintesi, andrebbe ad affermare la sostanziale indifferenza del fenomeno condizionale tanto per le regole dell'imputazione soggettiva, come evidenzia la qualificazione oggettiva dell'istituto, quanto per le regole del rapporto di causalità materiale, stante l'assenza di una precisa disposizione sul punto.

In tale direzione potrebbe, così, intendersi quella progressiva rivalutazione delle condizioni obiettive di punibilità rispetto ai reati contro l'incolumità collettiva o rispetto a quelli ambientali, di nuovo conio, in cui la punibilità appare subordinata alla verificazione di un particolare pregiudizio che, per stessa definizione legislativa, risulta estraneo alla sfera volitiva dell'agente e presenta una causalità attenuata rispetto allo stesso[82].

[82] Una condizione di punibilità intrinseca viene rinvenuta nell'evento del nuovo reato ambientale di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale. L'art. 452-*ter* prevede che la conseguenza della morte o delle lesioni non debbano essere volute dall'agente ed in ciò presente un regime oggettivo, non dissimile dalle ipotesi di responsabilità oggettiva e delle condizioni di punibilità, con la peculiarità che il nesso di causalità della citata disposizione risulta particolarmente attenuato, come avviene in relazione all'art. 44 c.p.. Detto alleggerimento probatorio risulta particolarmente interessante soprattutto alla luce della qualificazione dell'art. 452-*ter* come di una fattispecie sottoposta a condizione di punibilità: si verificherebbe la definitiva consacrazione della tendenziale indifferenza delle condizioni obiettive di punibilità rispetto alla nesso di causalità, diversamente da quanto avviene per gli elementi essenziali. Sul reato in esame C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68,* 2015, Torino, p. 35 ss., A. MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale,* in *Arch. pen.,* 2011, p. 1 ss., M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per i reati ambientali,* in *Riv. giur. amb.,* 2012, 41 ss.

4.5. Una provvisoria definizione delle c.o.p

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte circa la collocazione delle condizioni obiettive di punibilità all'interno del reato ed i rapporti strutturali rispetto all'evento come elemento essenziale, occorre tentare di fornire una definizione in positivo dell'istituto condizionale che guidi nella comprensione dell'art 44 c.p., a fronte della poca chiarezza della formula legislativa e che, come si vedrà in seguito più approfonditamente, costituisca un valido supporto nelle operazioni di discernimento rispetto agli *essentialia delicti*.

Si tratterà di un approdo provvisorio, considerate la molteplicità delle questioni lasciate volutamente aperte, la complessità del fenomeno e le molte implicazioni con i principi di legalità, colpevolezza ed offensività, cuore pulsante dell'ordinamento penale.

Rinviando ad un momento successivo la trattazione e l'approfondimento della funzione delle condizioni obiettive di punibilità ed il rapporto con i principi costituzionali del diritto penale, occorre fornire una lettura d'insieme, seppur in divenire delle stesse. Storicamente previste come ipotesi specifiche già dal codice Zanardelli e riconfermate dal codice Rocco in una norma di parte generale, le condizioni di punibilità oscillano tra esigenze di legalità dell'intervento sanzionatorio e dubbi di compatibilità con il canone della responsabilità colpevole: dalla scelta legislativa di adottare la dizione condizione di punibilità, in luogo di condizione di esistenza dell'illecito, pare discendere la loro sostanziale estraneità rispetto alla venuta ad esistenza del reato. Tale soluzione risulterebbe incoraggiata anche dall'attenta analisi del comma secondo dell'art. 158 c.p., nonché dall'esigenza di evitare che l'art. 44 c.p. venga ridotto ad un mero doppione della previsione dell'art. 42 comma terzo.

La necessità di rendere le condizioni obiettive di punibilità un *alter* rispetto alla norma che prevede la responsabilità oggettiva porta a distinguere ontologicamente la condizione dall'evento del reato come conseguenza voluta e diretta della condotta dell'agente. L'istituto condizionale, stando alla formulazione dell'art. 44 c.p. risulterebbe indipendente dalla volontà dell'agente, potendo consistere anche in un accadimento legato alla condotta di terzi ed indifferente rispetto al nesso di causalità, stante il silenzio del legislatore sul punto.

Per condizioni obiettive di punibilità, in definitiva, s'intendono quegli avvenimenti futuri ed incerti, successivi o concomitanti la condotta, in ciò differenti rispetto ai presupposti del reato, non riconducibili (*rectius*: imputabili) all'agente in virtù di alcun nesso psicologico, e, "di norma" privi di un legame di derivazione causale dall'azione, salvo in talune ipotesi espressamente previste, e per tale ragione distanti e non sovrapponibili agli eventi del reato in senso proprio.

Risultando futuri ed incerti, gli eventi condizionali andrebbero inoltre qualificati come elementi estranei rispetto al fatto di reato, che afferendo al piano dell'efficacia e non della rilevanza, apparirebbero non essenziali alla venuta ad esistenza del reato. Incidendo solo ai fini della determinazione dell'*an* e non del *quantum* della punibilità, essi risulterebbero non influenti sull'offensività e sul disvalore delle fattispecie, sfuggendo pertanto alle comuni regole dell'imputazione oggettiva e soggettiva tipica degli elementi essenziali.

Se l'imputazione implica un rapporto di riconduzione di un oggetto ad un soggetto, quello previsto dall'art. 44 c.p. non andrebbe definito come tale, bensì come un semplice meccanismo di funzionamento degli elementi condizionali, che si rapportano all'agente solo per sancirne l'assoggettabilità alla pena. E tuttavia, non può celarsi che la solidità dell'esposto impianto argomentativo si fonda sulla

presunzione di esistenza delle sole condizioni obiettive di punibilità estrinseche; occorre, quindi, chiedersi cosa accada ammettendo l'esistenza delle condizioni intrinseche, sempre che tale categoria risulti pensabile, compatibile e soprattutto utile all'interno del sistema sanzionatorio attuale.

Risposte a simili interrogativi occuperanno il seguito della trattazione.

CAPITOLO II

CONDIZIONI DI PUNIBILITÀ ED ELEMENTI ESSENZIALI DEL REATO

SOMMARIO: 1. Elementi essenziali e condizioni di punibilità: ragioni di una distinzione - 2. L'incerta natura delle condizioni obiettive di punibilità al vaglio della disciplina dell'errore - 3. I criteri diagnostici delle c.o.p.: il criterio letterale - 3.1. Il criterio strutturale; 3.1.1 (…) e i reati aggravati dall'evento - 3.2 Condizioni di punibilità, dolo specifico e pericolo - 4. La fattispecie condizionata ed il principio di offensività - 5. Alcune considerazioni provvisorie.

1. Elementi essenziali e condizioni di punibilità: ragioni di una distinzione

Si è soliti affermare che la materia sia governata da un principio di conservazione per cui "nulla si crea, nulla si distrugge, ma tutto si trasforma"; questo stesso enunciato, seppur senza la medesima pretesa di rigore scientifico, invero può costituire un utile punto di partenza nell'analisi delle condizioni di punibilità e del loro rapporto rispetto agli elementi essenziali del reato, tema oggetto di analisi nel presente capitolo.

Per una comprensione della disposizione sulle c.o.p., non è possibile prescindere dal riferimento all'art. 47 del Progetto Preliminare al Codice Rocco, che costituisce l'*archè*, norma da cui l'art. 44 c.p. trae la sua origine e in cui inevitabilmente si risolve. Senza voler indugiare sulle diverse dispute dottrinali divampate nel corso dei Lavori preparatori al Codice Rocco, basta in questa sede ricordare che nella versione provvisoria della disposizione sul reato condizionale compariva la distinzione tra condizione «per l'esistenza del reato o per la sua punibilità», evidentemente emendata nella formulazione definitiva dell'art. 44 c.p. che si esprime solo in termini di «condizioni per la punibilità del reato»[83]. Se il

[83] Si è già avuto modo di ripercorrere la genesi della disciplina delle c.o.p. con particolare attenzione all'evoluzione della rispettiva disciplina codicistica. Si veda sul punto l'Introduzione e più precisazione il paragrafo dedicato all'origine ed evoluzione storica delle c.o.p. In questa sede non si poteva prescindere da un riferimento all'art. 47 del Progetto Preliminare, in quanto da esso origina la questione della distinzione tra elementi costitutivi del reato e condizioni di punibilità. Più che legittimo pare interrogarsi sulla scelta del legislatore di pretermettere, nell'attuale formulazione dell'art. 44 c.p., il riferimento alle condizioni per l'esistenza del reato. Tale decisione non può che interpretarsi come una presa di coscienza dell'impossibilità di assimilare i due tipi di elementi sia

mantenimento della formula originaria avrebbe condotto all'intollerabile conseguenza di assimilare e assoggettare alla medesima imputazione obiettiva gli elementi di esistenza del reato e quelli relativi alla punibilità, il rimedio, se non peggiore, è stato sicuramente pari al male date le difficoltà, a tutt'oggi esistenti, di discriminare condizioni di punibilità ed elementi essenziali[84]. Tuttavia, come già evidenziato nel ricostruire la definizione delle condizioni di punibilità, per poter comprendere in cosa esse si differenzino rispetto agli elementi costitutivi è opportuno anzitutto avere un'idea chiara e definita dei confini di questi ultimi. Dal momento che il codice non contiene un esplicito riferimento agli *essentialia*, circa la loro dimensione concettuale o la loro specifica individuazione, ancora una volta è l'interprete a dover farsi carico delle suddette operazioni ermeneutiche avvalendosi dello strumento codicistico e delle acquisizioni giurisprudenziali sul tema.

Già alla vigilia dell'entrata in vigore del codice Rocco la dottrina prevalente rinveniva la differenza tra condizioni di esistenza del reato e condizioni di punibilità nel fatto che le prime risultano indispensabili a fondare la c.d. pretesa punitiva risultando essenziali alla configurabilità stessa del reato, le seconde invece risultano idonee a condizionare la tipica conseguenza giuridica dell'illecito[85]. In effetti una

sotto il profilo tipologico, sia sotto il profilo della disciplina. Ed in particolare, se le condizioni di punibilità fossero state elementi essenziali per l'esistenza del reato, sorgerebbe spontaneo chiedersi quale necessità ci sarebbe stata di creare il suddetto sdoppiamento categoriale. Non sfugge, infatti che l'art. 42 comma 3 disciplina i casi in cui l'evento «è posto altrimenti a carico dell'agente» e che pertanto, se il legislatore con l'art. 44 c.p. avesse voluto semplicemente creare una deroga all'imputazione dolosa, le condizioni di punibilità, concepite come elementi essenziali e obiettivamente imputate sarebbero state già di diritto ricomprese nell'art. 42 comma 3 c.p., senza necessità di prevedere altra apposita norma.

[84] Così F. BRICOLA, *Punibilità*, cit., p. 589, secondo il quale «incerti appaiono i confini della categoria che taluno amplia al punto da inglobare in essa tutti gli elementi del fatto che sono imputati oggettivamente al soggetto, o vengono ritenuti tali, mentre altri restringe in guisa da ricomprendere soltanto elementi che presentano notevoli affinità con le condizioni di procedibilità».

[85] Così E. MASSARI, *Le dottrine generali*, Napoli, 1930, p. 67 ss. Dello stesso avviso si mostra la giurisprudenza come rivela la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 25 gennaio 1958, in *Giust. pen.*,1958, II, p. 513. Nella citata sentenza, la Corte di Cassazione, nell'affrontare il delicato tema della natura della declaratoria di fallimento nei reati di bancarotta, evidenzia la differenza

simile soluzione sembrerebbe avallare la configurazione, elaborata nelle pagine precedenti, delle condizioni di punibilità quali elementi accidentali ed "estranei" al reato in grado, cioè, di incidere sul momento dell'efficacia - della produzione degli effetti - di un fatto che è già stato qualificato rilevante per l'ordinamento perché integrante gli estremi di un illecito[86]. Ma, come è stato affermato, un simile ragionamento non può ritenersi ancora definitivo e pienamente soddisfacente per via dei numerosi punti interrogativi rimasti irrisolti.

Guardando al dato normativo delle disposizioni contenute nell'apparato codicistico, in mancanza di un'espressa formula che definisca in positivo gli elementi costitutivi, come d'altronde si è avuto già modo di constatare in riferimento alle condizioni di punibilità, si può tentare una loro ricostruzione *ex adverso* assumendo come punto di riferimento la nozione contenuta nell'art. 49 c.p., che detta la disciplina del reato impossibile[87]. Il suddetto articolo sancendo l'esclusione della punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di

concettuale tra gli elementi essenziali e le c.o.p vere e proprie dal momento che, mentre queste presuppongono un reato strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto soggettivo e oggettivo, i primi costituiscono condizioni di esistenza del reato, elementi alla cui verificazione risulta collegata l'esistenza del reato stesso.

[86] Nella direzione sopra esposta si esprime anche la Cassazione, sent. 28 maggio 2004, n. 30134, in *Cass. pen*., 2005, p. 1895. Avallando la distinzione tra momento di rilevanza e momento di efficacia del reato, la Corte di Cassazione precisa che la relazione tra elemento essenziale e condizione di punibilità sottende la differenza tra perfezione ed efficacia del reato, tra rilevanza giuridica e necessario prodursi degli eventi.

[87] L'articolo 49 del codice penale al comma 2 prevede la figura del cosiddetto reato impossibile, escludendo la punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso. La figura del reato impossibile, qualificato dalla teoria realististica come teorizzazione del principio di offensività, è stata a lungo oggetto di controversie interpretative a causa della "prossimità" con il delitto tentato, *ex* art. 56 c.p., a tal punto che talvolta si è qualificato il reato impossibile quale "doppione" del tentativo. Detta soluzione ormai risulta ampiamente superata a favore di una ricostruzione che conferisce autonomia alla fattispecie, individuando l'elemento differenziale nella base ontologica che fonda il giudizio prognostico, base totale nel caso del reato impossibile e parziale nel caso del delitto tentato. Sul tema v. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 460 ss.; D. PULITANÓ, *Diritto penale*, 5ª ed., Torino, 2013, p. 416 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2012, p. 398 ss.; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012; G. A. DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-sistematici*, in *Leg. Pen.*, 2002, p. 927 ss..; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; G. NEPPI MODONA, *il reato impossibile*, Napoli, 1973; F. C. PALAZZO, *Corso* cit., p. 482 ss.

essa, risulta impossibile l'evento dannoso o pericoloso, fornisce un'immagine rovesciata degli elementi costitutivi del reato[88]. Ad una lettura poco attenta e frettolosa, può sembrare che il legislatore abbia costruito la fattispecie da ultimo richiamata sulla coppia concettuale "impossibilità del reato - assenza della punibilità", dovendosene trarre che non possa esistere reato senza pena e che, dunque, per l'esistenza stessa dell'illecito penale risulta necessaria l'avvenuta irrogazione della pena. Se fosse questo il modo corretto di leggere l'art. 49 c.p., si finirebbe per corroborare la tesi per cui nell'art. 44 c.p. il verificarsi della condizione, pur interessando solo il momento dell'irrogazione della pena, risulterebbe indispensabile per la venuta ad esistenza del reato dal momento che senza punibilità non potrebbe venire ad esistenza il reato.

Una simile interpretazione, invero, risulta già inficiata nell'assunto di fondo anzitutto da un vizio grammaticale: focalizzando l'attenzione sulla formulazione dell'art. 49 c.p., non può sicuramente sfuggire come la connessione che il legislatore abbia voluto creare non riguarda la relazione tra esistenza del reato e punibilità, quanto piuttosto tra impossibilità del reato ed assenza di pena; l'inidoneità dell'azione, l'inesistenza dell'oggetto o l'impossibilità dell'evento si riverberano inevitabilmente sull'integrazione del reato, privando di ogni fondamento logico - assiologico l'irrogazione della pena.

Risulta pacifico in dottrina e in giurisprudenza, che proprio i requisiti appena menzionati integrano gli elementi costitutivi del reato, quegli elementi cioè che ne

[88] *Prima facie*, risulta possibile notare la diversità strutturale dell'art. 49 c.p. rispetto all'art. 44 c.p., già in riferimento alla tecnica legislativa di costruzione della fattispecie dal momento che la prima presenta una formulazione in negativo descrivendo ciò che non è reato, la seconda, invece, richiede per la punibilità un elemento ulteriore, l'avveramento della condizione, rispetto agli *essentialia*. Diverso si rivela soprattutto il livello di disvalore veicolato dalle due ipotesi. È evidente che l'impossibilità del reato richiamata dall'art. 49 c.p. non deriva dall'assenza di punibilità quanto piuttosto dalla mancata realizzazione di un elemento essenziale, che quindi preclude la possibilità di una qualificazione di disvalore penale, precludendo persino la tipicità della fattispecie.

rappresentano la struttura portante, ragione e modo d'essere, e che, dotati del livello massimo di disvalore, devono per questo essere coscientemente voluti dall'agente e quindi imputati psicologicamente, in quanto interni al processo esecutivo del reato[89].

Dalle premesse appena fatte, possono trarsi alcune precisazioni di grande importanza: anzitutto, a conferma di quanto si è già rilevato nel paragrafo dedicato al rapporto tra condizioni di punibilità e nesso di causalità, pare da non condividersi l'assimilazione tra l'evento condizionale ed evento del reato: quest'ultimo potendo solo rilevare come elemento costitutivo dell'illecito al punto da comportarne la relativa impossibilità in caso di mancanza. Se invece, al contrario, il legislatore avesse voluto annoverare le condizioni tra gli elementi indispensabili all'esistenza del fatto criminoso, avrebbe potuto menzionarle esplicitamente nell'art. 49 c.p., rispondendo così alla esigenza di determinatezza nella predisposizione degli elementi di fattispecie (*recte*: del fatto). La disposizione sul reato impossibile e la sua comparazione con l'art. 44 c.p., forniscono un altro spunto utile a chiarire i rapporti tra elementi essenziali e condizioni di punibilità, in relazione alla diversa funzione e posizione da esse svolte[90]. L'ultimo comma dell'art. 49 c.p. prevede che sussistendo gli estremi del reato impossibile, il giudice può ordinare che l'imputato

[89] L'osservazione appena fatta sulla qualificazione di azione, oggetto ed evento come elementi essenziali, apparirebbe incompleta e parziale laddove non fosse corredata dalle precisazioni di teoria generale del reato già esposte nel primo capitolo. Come già precisato, a seconda dell'orientamento di adesione ovviamente sarà diverso il novero degli elementi essenziali e la loro individuazione. Nel presente lavoro si cercherà di giungere a conclusioni che siano accettabili e applicabili alle diverse scuole di pensiero e da qui la scelta di far riferimento alle condizioni di punibilità come elementi esterni al processo di realizzazione del reato, analogamente a quanto si rinviene nella giurisprudenza. In questi termini si esprime la Corte di Cassazione, sent. 11 luglio 1967, in *Cass. pen*., 1968, p. 419, in cui la Suprema Corte qualifica le c.o.p elementi estranei al processo esecutivo del reato.

[90] Con tale riferimento alla diversità di funzione e posizione quale criterio per tracciare il discrimine tra elementi essenziali e condizioni obiettive di punibilità si allude alla posizione espressa in dottrina da M. ROMANO, *op. cit*., p. 476. Secondo l'A. «la diversità della condizione dagli elementi costitutivi del reato non riguarda la sua natura o la sua essenza ontologico- razionale, ma soltanto la posizione e la funzione che le sono state impresse dalla legge». Sul punto si ritornerà affrontando il tema dei criteri discretivi dei suddetti elementi, ed in particolare l'importanza del criterio assiologico, facente leva sul diverso grado di significatività e disvalore di cui essi sono portatori.

prosciolto sia sottoposto ad una misura di sicurezza, ipotesi evidentemente non prevista nel caso di reato sottoposto a condizione di punibilità. Constatando la diversità di previsione, parte della dottrina avrebbe buon gioco a dire che essa costituisce la riprova dell'appartenenza e dell'indispensabilità delle c.o.p. alla realizzazione della fattispecie di reato, dal momento che senza il loro avveramento non risulterebbe possibile neppure l'applicazione delle misure di sicurezza, mancando i presupposti di cui agli artt. 199 c.p. e ss.[91]. Paradossalmente, una simile affermazione ribalterebbe il rapporto assiologico tra le condizioni di punibilità e gli elementi che per definizione espressa di legge, come si evince dall'art. 49 c.p., conferiscono consistenza al fatto nella sua materialità ed offensività: si giungerebbe ad accentrare il disvalore dell'illecito sull'avvenimento condizionale facendolo assurgere a cifra significativa della lesione descritta nella fattispecie con rilevanti conseguenze alla luce dei principi del diritto penale, anzitutto quello di offensività[92]. Meno problematico risulterebbe affermare che la mancata previsione

[91] Le misure di sicurezza, potendo consistere anche in limitazioni della libertà personale, in attuazione dell'art. 25 Cost., risultano informate al principio di stretta legalità, pertanto la loro applicazione nei casi previsti dalla legge risulta subordinata alla verifica della pericolosità sociale del reo e soprattutto alla realizzazione di un fatto di reato o quasi-reato tassativamente indicato, in cui evidentemente non rientra l'art. 44 c.p. I presupposti applicativi delle stesse vengono disciplinati dall'art. 199 ss. del codice penale. Per un approfondimento sul tema G. de VERO, *Corso di diritto penale,* p. 58 ss.; B. NOTARO, *Le singole misure di sicurezza,* in *Le conseguenze sanzionatorie del reato,* in *Trattato teorico/pratico di diritto penale* (E. Palazzo-C. E. Paliero), Torino, 2011, p. 39 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario,* Torino, 2008, p. 326., Id., *Il potenziamento delle misure di sicurezza,* in *Dir. pen. proc.,* 2008, p. 1352; G. GUARNERI, *voce Misure di sicurezza (diritto penale),* in *Nss. dir. it.*, 1968, vol. X, p. 778 ss.; E MUSCO, *Misure di sicurezza,* in *Enc. dir. Agg.*, 1997, p. 137; ID., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali,* Milano, 1978, p. 3 ss.; A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, p. 1318 ss.; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 570; G. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza,* in *Giurisprudenza sistematica del codice penale. Codice penale* (a cura di F. Bricola-G.Zagrebelsky), Torino, 1982, p. 1459. Per una ricostruzione sullo specifico rapporto tra misure di sicurezza e condizioni di punibilità, v. F. BRICOLA, *Cond. pun.* cit., p. 592 e M. ROMANO, *Commentario* cit. p. 419 ss..

[92] I rapporti tra fattispecie condizionate e principio di offensività, sebbene spesso trascurati, potrebbero fornire un interessante spunto di riflessione circa il ruolo rivestito dalle condizioni all'interno della fattispecie. Vero è l'assenza della condizione di punibilità preclude la possibilità stessa di applicare una misura di sicurezza, non integrando neppure un'ipotesi di quasi reato, ma far dipendere l'intera esistenza del reato dall'avveramento delle condizioni obiettive rischierebbe di collidere con i principi di materialità ed offensività. Ciò equivarrebbe ad affermare che la nota di

delle misure di sicurezza consista in un'ulteriore puntualizzazione della funzione svolta dalle condizioni obiettive quale filtro selettivo della punibilità, a prescindere dall'esistenza del reato[93]. Naturalmente, l'ammissibilità di tale conclusione ancora prematura, meriterà ulteriore approfondimento.

2. L'incerta natura delle condizioni obiettive di punibilità al vaglio della disciplina dell'errore

Il corretto inquadramento di un elemento all'interno della fattispecie penale non rappresenta una questione meramente teorica dal momento che implica una molteplicità di ripercussioni di ordine pratico ravvisabili nel regime d'imputazione soggettiva, *sub specie* di compatibilità costituzionale con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., ovvero nella presenza di un legame eziologico rispetto alla condotta. Qualificare con precisione un requisito della fattispecie finisce per condizionare l'operatività (o la non operatività) nei loro confronti di taluni istituti, primo fra tutti l'errore disciplinato dall'art. 47 c.p., che possono fungere da valido momento di verifica della natura delle condizioni obiettive di punibilità[94].

---

disvalore venga conferita all'illecito unicamente dalla condizione di punibilità, evento per definizione futuro ed incerto.

[93] Il dibattito sulle condizioni di punibilità, per quanto risalente, spesso è stato ricondotto esclusivamente e frettolosamente al rapporto con il principio di colpevolezza senza considerare le potenzialità che l'istituto potrebbe spiegare nell'attuale sistema penale. Affermare la sovrapponibilità con gli elementi essenziali priverebbe di qualunque utilità la figura delle condizioni di punibilità. Diversamente, effettuandone un'approfondita analisi della loro funzione e attribuendo alla oro presenza specifiche ragioni di opportunità politico-criminale si potrebbe conferire nuovo lustro ad un istituto sottovalutato e che, invece, potrebbe risultare idoneo a costituire «veri e propri limiti edittali dell'illecito ossia limiti legislativi della punibilità»: così E. ANTONINI, *op. cit.*, p. 1211 e G. PANEBIANCO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. I: *La legge penale. Il reato. Il reo. La persona offesa* (a cura di G. de VERO), Torino, 2010, p. 254. Per la posizione della giurisprudenza, seppur datata v. Corte Cost. sent. 16 maggio 1989, n. 247, in *Giur. Cost*., 1989, p. 834. Di avviso contrario, P. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1961, p. 689.

[94] Norma cardine nell'attuale assetto penale si rivela l'art. 47 c.p., che reca l'articolata disciplina dell'errore essenziale, così distinguendosi dall'errore su norma penale di cui all'art. 5 c.p. e dalle ipotesi di errore inabilità di cui agli artt. 82 c.p. e 83 c.p.. Già la denominazione di errore essenziale fa desumere che la distorta percezione riguarda gli *essentialia delicti*, gli elementi che

Il fondamento logico-giuridico della disposizione in materia di errore risiede evidentemente nella irragionevolezza ed inopportunità di irrogare una sanzione nei confronti di un soggetto, il quale abbia elaborato una rappresentazione carente o distorta della realtà in relazione ad un elemento essenziale del fatto: la scelta dell'ordinamento di non punire l'agente riposa nel difetto del disvalore soggettivo d'azione. L'errore, incidendo sugli elementi essenziali del reato, viene comunemente definito "essenziale" ed esclude la configurazione stessa del reato, venendo a mancare l'elemento psicologico che sorregge il fatto di reato. Se dottrina e giurisprudenza concordano nel ricomprendere nel novero degli elementi essenziali la condotta, il nesso di causalità e l'evento, a simili conclusioni difficilmente si potrebbe pervenire con riguardo alle condizioni obiettive di punibilità: l'estensione ad esse della disciplina dettata in tema d'errore risulta fortemente condizionata dal loro regime d'imputazione e dal loro rapporto rispetto al disvalore della fattispecie. Ammettendo che le condizioni obiettive di punibilità si collochino fuori dal fatto, attribuibili oggettivamente poiché non identificabili con gli elementi significativi di fattispecie, idonei ad incidere su una condotta già di per sé penalmente rilevante, la disciplina in tema di errore *ex* art. 47 c.p. non

contribuiscono a tracciare la fisionomia del reato. La disciplina dell'errore potrebbe rappresentare un valido momento di verifica sulla natura delle stesse: affermare la sua estensibilità alle condizioni di punibilità implicherebbe una qualificazione delle stesse in termini di elemento essenziale, diversamente potrà predicarsene l'estraneità. A tale scopo risulterà particolarmente interessante procedere al confronto tra il regime delle condizioni di punibilità e quello delle circostanze aggravanti e delle cause di non punibilità contenuto nell'art. 59 c.p. Per una trattazione dell'errore cfr. G. DE FRANCESCO, *Strutture normative e dinamiche dell'errore nello specchio degli elementi differenziali del reato,* in *Studi in onore di M. Romano,* Napoli, 2011, p. 847; A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato,* Tivoli, 1979; A. PAGLIARO, *Il reato* cit., p. 87 ss.; D. PULITANÓ, *"Ignoranza" (dir. pen.),* in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 2006, 1970, p. 23 ss.; ID., *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, 1976; C. F. GROSSO, voce *Errore (dir. pen.),* in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 2 ss., F. PALAZZO, *L'errore su legge extra-penale,* Milano, 1974, p. 132 ss., R. A. FROSALI, voce *Errore,* in *Noviss. dig. it,* vol. VI, 1960, p. 672 ss.. Per la manualistica v. G. de VERO, *Corso* cit., p. 567, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale* cit., p. 292 ss., F. MANTOVANI, *Diritto penale* cit., p. 377 ss.

risulterebbe applicabile[95]. A sostegno di tale conclusione si potrebbe invocare una risalente argomentazione, che contesta in radice la riconducibilità dell'errore su condizione di punibilità all'art. 47 c.p., optando per l'applicabilità dell'art. 5 c.p. Ad essere precisi, non incidendo su di un elemento essenziale, l'errore sull'evento condizionale risulterebbe circoscritto alla sola fase dell'irrogazione delle pena e dunque vizierebbe «l'idea che ci si è fatta della conseguenza giuridica dell'azione»[96]: secondo quanto sostenuto da questa dottrina, l'errore sulla condizione di punibilità si tradurrebbe in un'ipotesi di errore su legge penale, da ricondurre alla disciplina dettata dall'art. 5 c.p. e dunque "tendenzialmente" irrilevante[97].

---

[95] F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 211: «il venir meno della punibilità del soggetto non esclude che restino integri tutti gli elementi del fatto delittuoso, il quale non cessa di essere illecito anche penalmente, giacché la mancata punizione è voluta dal legislatore per particolari motivi politico sociali».

[96] D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 32. L'Autore nella suddetta opera si mostra favorevole ad un'assimilazione, quanto ad operatività, delle c.o.p. rispetto alle cause di esclusione della punibilità. Detta assimilazione nell'attuale sistema penale non risulta particolarmente agevole in conseguenza della modifica del regime delle circostanze ex art. 59 c.p., introdotta dalla legge primo luglio 1990, n. 119. Tale riforma ha introdotto un regime d'imputazione soggettivo per le circostanze aggravanti - prima imputate obiettivamente - e ha disciplinato i limiti di rilevanza dell'errore sulle circostanze che escludono la punibilità, come evidenzia il quarto comma dell'art. 59 c.p.; di contro, nessuna riforma è intervenuta a modificare il regime delle condizioni obiettive di punibilità, lasciando praticamente invariato il dettato dell'art. 44 c.p.. Una simile volontà potrebbe essere letta come riprova della peculiare natura e funzione assunta dal fenomeno condizionale. Lo stesso A. afferma inoltre che l'eventuale errore su condizione di punibilità si tramuterebbe in un errore su legge penale dal momento che, ragionando diversamente, si arriverebbe a sostituire il convincimento sbagliato del soggetto alla valutazione di opportunità espressa nella legge.

[97] L'art. 5 c.p. va oggi reinterpretato alla luce della sentenza della Corte Cost. 1988, n. 364 che ha sancito l'incostituzionalità del suddetto articolo nella parte in cui non prevedeva la scusabilità dell'errore inevitabile. La generale tematica dell'errore va rapportata al delicato principio di colpevolezza, finalizzato a garantire una responsabilità penale autenticamente personale. Nel caso delle condizioni obiettive di punibilità non può celarsi che esse, consistendo molto spesso in eventi futuri ed incerti posti in essere da soggetti terzi, dunque estranei alla condotta, apparirebbe comunque difficile ammettere l'operatività dell'errore. Ed in ogni caso non possono celarsi i rischi dell'estendere la disciplina dell'errore dal momento che potrebbe giungersi alla paradossale conseguenza di escludere sempre la punibilità, vuoi per la pendenza della condizione, vuoi per l'eventuale errore dell'agente su di essa. Per un approfondimento sull'art. 5 c.p. v. A. CADOPPI, *Error iuris: coscienza dell'antigiuridicità penale e ritardo nel versamento delle ritenute,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 83 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza 364 del 1988,* in *Foro it.*, 1988, p. 1385, G. FLORA, *la difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.,* in *Giur. it.*, 1989, p. 337 ss.; F. MUCCIARELLI – MAZZOLA, *L'art. 5 del codice penale: problemi applicativi,* in *Foro ambr..*, 1999, p. 377; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile della legge penale e la declaratoria d'incotituzionalità*

Invero, dal rapporto con la disciplina dell'art. 47 c.p. si potrebbe ricavare l'autonomo spazio di rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità; rispetto agli elementi essenziali, gli eventi condizionali denotano una certa indifferenza nei confronti del controllo fisico e psichico dell'agente, neutralizzando la necessità di una specifica disciplina sull'errore. In questa indifferenza delle c.o.p rispetto al nesso causale e psichico potrebbe consistere l'essenza della rappresentazione della natura oggettiva delle stesse ed il loro elemento caratterizzante: la declaratoria di fallimento ovvero il pubblico scandalo rilevano come fatti a prescindere dalla percezione più o meno distorta che possa averne l'agente, contribuendo così a sancire l'irrilevanza della disciplina dell'errore. Ed infatti, risulterebbe difficile conferire rilievo all'errore che ricade su di un elemento futuro e dominato di per sé da incertezza, quale la condizione. Il pubblico scandalo nel reato di incesto ovvero la declaratoria di fallimento nel reato di bancarotta rappresentano eventi successivi alla condotta e non di sicura realizzazione, pertanto, difficilmente potrebbe avere efficacia scusante la loro distorta o mancata rappresentazione. Anzi, proprio perché conferiscono attualità alla sanzione, l'agente ben potrebbe rimuovere in radice l'idea di una loro verificazione per evitare ogni conseguenza sanzionatoria.

Naturalmente l'esistenza di uno scarto tanto netto tra condizione di punibilità ed elementi essenziali rende ancor più problematica l'operazione di qualificazione per l'interprete, come evidenzia la questione, ancora altamente problematica, della natura dell'omesso adempimento dell'obbligazione nella fattispecie di insolvenza fraudolenta[98]. A fronte di una disposizione a prima vista scarsamente offensiva,

parziale dell'art. 5 c.p., in *Leg. pen.*, 1988, p. 449; G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'errore come causa generale di esclusione della colpevolezza,* in *Giur. Cost.*, 1988, p. 3 ss.

[98] Affermare che alle condizioni obiettive di punibilità non risulta applicabile la disciplina dell'errore importa la necessità di distinguere con precisione il confine rispetto agli elementi essenziali, soggetti alla disciplina dell'art. 47 c.p. Richiamando la fattispecie di cui all'art. 641 c.p., insolvenza fraudolenta, particolarmente controversa risulta la qualificazione del mancato adempimento dell'obbligazione contratta, talvolta qualificata come evento del reato, talaltra come condizione di

costruita sul proposito dell'agente e sul suo atteggiamento dissimulatorio, che indurrebbe a costruire l'inadempimento come evento del reato, occorre evidenziare una possibile ricostruzione alternativa. Se, come si è più volte evidenziato, la peculiarità dell'evento del reato risiede nella necessaria presenza del nesso eziologico e psichico rispetto alla condotta antecedente, l'inadempimento richiesto dall'art. 641 c.c. potrebbe non soggiacere a questa regola, potendo ben risultare imputabile ad un terzo, previa violazione di un accordo di delegazione o sulla scorta di una modifica dal lato passivo dell'obbligazione, o, di contro, ben possibile è che l'adempimento provenga da un terzo, *ex* art 1181 c.c., ovvero che l'agente possa errare sulle caratteristiche satisfattive o meno dell'adempimento. Sul punto si avrà modo di riflettere in modo più approfondito nel prosieguo.

In tale sede, riprendendo i fili della trattazione, occorre ribadire l'impossibilità di estendere la disciplina dell'errore, tanto dell'errore essenziale di cui all'art. 47 c.p., quanto dell'ipotesi di cui all'art. 59 c.p. relativo alle cause di non punibilità, in considerazione della peculiare struttura delle condizioni di punibilità e della *ratio* che governa l'istituto. Da qui la difficoltà di ritenere le condizioni di punibilità partecipi del disvalore del reato e la necessità di rinvenire solidi criteri per distinguere le stesse rispetto agli *essentialia delicti*.

---

punibilità. La difficoltà qualificatoria risiede nella particolare struttura della fattispecie, il cui nucleo consiste nello stipulare un'obbligazione dissimulando il proprio stato d'insolvenza e nella presenza di un dolo specifico, il fine di non adempiere: la carente offensività della fattispecie, interamente costruita su un contegno dell'agente non spiccatamente offensivo e sul semplice proposito di non adempiere al vincolo giuridico stipulato sembrerebbe rendere indispensabile la costruzione in termini di evento del reato. Tuttavia, paradossalmente, ad opporsi ad una simile ricostruzione interverrebbero le regole che governano l'imputazione eziologica dell'evento: rispetto al mancato adempimento dell'obbligazione il legame psichico dell'agente risulta solo eventuale e non invece necessario, come impone l'art. 42 c.p. Invero, potrebbe darsi il caso che ad adempiere intervenga un terzo soggetto, *ex* art. 1181 c.c., ovvero che l'inadempimento risulta attribuibile ad un terzo sulla scorta di un rapporto di delegazione non rispettato ovvero altra forma di sostituzione del titolare passivo del rapporto obbligatorio. A ciò si aggiungono le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza circa l'irrilevanza penale delle forme di inadempimento non preordinato ovvero sopravvenuto nonché la previsione dell'ultimo comma dell'art. 641 c.p., a norma del quale il pagamento dell'obbligazione contratta estingue il reato laddove avvenga prima della sentenza definitiva di condanna. Così Cass., sent. 03 febbraio 2017 n. 8893 e Cass., sent. 17.02.2015 n. 6847.

In definitiva, l'inestensibilità alle c.o.p. della disciplina dell'errore risulterebbe conseguenza della loro non essenzialità, della loro inidoneità ad incidere sul disvalore penale del fatto, nonché della loro estraneità rispetto «al comportamento socialmente dannoso o alla sua rimproverabilità»[99].

3. I criteri diagnostici delle c.o.p.: il criterio letterale

Quanto scritto nelle pagine precedenti, in relazione alla tacitiana formulazione dell'art. 44 c.p., dimostra quanto difficile sia già sul piano teorico la delimitazione concettuale delle condizioni di punibilità rispetto agli elementi essenziali; tale operazione si rivela ancor più complessa ed impegnativa sul piano pratico, al momento della sua messa in atto[100]. Partendo dall'affermazione, diffusa ampiamente in dottrina, per cui le condizioni di punibilità si differenziano dagli elementi essenziali per la posizione e la funzione nella fattispecie incriminatrice[101], occorre procedere alla ricerca di indici diagnostici, che guidino l'interprete nell'attività ermeneutica al fine di ridurre al minimo il rischio di un'erronea qualificazione degli elementi del reato.

---

[99] Così A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, B. 36, p. 224, come riportato da F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 92. Si è ritenuto opportuno nel corso della trattazione fare dei cenni comparatistica sul regime delle c.o.p, seppure filtrati dall'opera di Autori italiani quali F. RAMACCI, in quanto la dottrina tedesca ha mostrato grande sensibilità al tema delle condizioni di punibilità e ai rapporti con la struttura del *Tatbestand*. Particolarmente importante si è rivelato il contributo fornito da E. Beling, il quale per primo ha reso consapevole la dottrina non solo tedesca del essenzialità della differenza tra le condizioni attinenti al fatto criminoso e le condizioni estrinseche. Cfr. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen, 1906, p. 59 ss. Ulteriore attenzione merita la teorizzazione di K. BINDING, *Das bedingte Verbrechen*, in *Gerichtssaal*, 1906, Bd. 68. L'A. afferma che le c.o.p. «non appartengono al precetto, che ha valore imperativistico nei confronti del destinatario, ma alla sanzione, perché è la punibilità dell'azione subordinata al loro verificarsi».

[100] Dinanzi a fattispecie "ambigue", in cui non è chiara la distinzione tra elementi condizionali ed essenziali, il legislatore volutamente attribuisce alla dottrina il compito di riconoscere i casi dubbi. Naturalmente, gli unici strumenti di cui essa dispone sono quelli tipici dell'interpretazione nei suoi differenti livelli: un'indagine che muovendo dalla superficie delle scelte lessicali usate dal legislatore giunge sino al cuore della fattispecie per coglierne i profili di offensivi.

[101] Così M. ROMANO, *op. cit.*, p. 476.

In conformità agli insegnamenti in tema di interpretazione delle norme, per scorgere le prime tracce della presenza degli elementi condizionali occorre rivolgersi alla dimensione formale, alla formulazione della disposizione *sicut littera iacet*[102]. La peculiare natura della condizione di punibilità, quale elemento per definizione futuro ed incerto, molto spesso disancorato dalla condotta, non può che trasparire anche sul piano formale e lessicale, privilegiando formule introduttive dal calibro di "se, purché, qualora, a condizione che, quando, nel caso che, nell'eventualità in cui", formulazioni sintattiche di tipo ipotetico. Di contro, poco compatibile con la ragion d'essere dell'istituto condizionale apparirebbe l'impiego di espressioni, quali "cagionare" o "verificare", che, imponendo un'attività dell'agente finalisticamente orientata, si rivelano più adeguate ad introdurre veri e propri eventi del reato. A titolo esemplificativo può invocarsi la disposizione di cui all'art. 575 c.p., archetipo del reato d'evento, in cui il verbo "cagiona" introduce l'evento previsto dalla norma. Maggiore prudenza occorre nell'affermare la natura di condizione di punibilità: se non vi è dubbio che la presenza di espressioni ipotetiche rinvia di necessità alla presenza di una proposizione condizionale, esse presenta un livello di equivocità particolarmente elevato[103].

[102] Riguardo al criterio letterale, poco opportuna ne appare la configurabilità come vero criterio diagnostico, più corretto è ritenere che si tratti di un mero indizio, come notato già dalla dottrina più risalente che rigettò la proposta di inserire, nelle disposizioni condizionali, l'espressione "alla condizione che", asserendo che una simile soluzione avrebbe finito per sconvolgere i termini del problema, poiché anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione, «avrebbe reso inevitabile l'aggancio al principio della responsabilità oggettiva». Così F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., p. 596.

[103] Non può sicuramente sfuggire che simili formule condizionali si rinvengono in una molteplicità di fattispecie, in riferimento ad alcune delle quali si esclude che si possa trattare di condizioni di punibilità: cfr. tra tutti l'art. 423 c.p. che sanziona l'incendio di cosa propria se dal fatto deriva il pericolo di un incendio. In questo caso, non sembra esserci dubbio che si tratti di elemento essenziale ai fini dell'esistenza del reato. Al di là della formula impiegata, a favore di quest'ultima soluzione interviene il dato assiologico: qualificando come condizione di punibilità il pericolo d'incendio si rischierebbe di rendere la fattispecie di incendio di cosa propria scarsamente offensiva. In questo senso, per tutti, G. de VERO, *Corso*, cit., p. 146.

Stando ad una definizione elementare, la norma giuridica consiste in una proposizione di tipo ipotetico in cui si riconosce una proposizione subordinata, cioè un'apodosi, da cui dipende l'avverarsi di ciò che si afferma nella proposizione reggente. La struttura ipotetica attiene, secondo le nozioni di teoria generale del diritto, al modo di costruire una qualunque norma giuridica composta, per l'appunto, da una fattispecie condizionante ed una condizionata: nel caso della norma penale precisamente la protasi conterrà la descrizione del fatto di reato e l'apodosi la previsione sanzionatoria. Pertanto, la presenza di una condizione di punibilità nella fattispecie comporterebbe l'innestarsi di un'espressione condizionale, recante la condizione di punibilità, su un tronco, la norma giuridica in sé, che già per definizione risulta ipotetico. In un simile contesto di incertezza, a fare chiarezza, potrebbe invocarsi la circostanza che il legislatore nel descrivere il funzionamento delle condizioni di punibilità colloca l'operatività dell'istituto in una fase determinata, quella dell'irrogazione della pena, dovendosi escludere tutti quegli elementi che abbiano incidenza su qualunque altro momento.

In tal senso, potrebbe leggersi l'impiego di espressioni quali "è punibile se" ovvero la vicinanza dell'evento condizionale alla descrizione della sanzione. Richiamando la disposizione di cui all'art. 558 c.p., il reato di induzione al matrimonio mediante inganno si modella sul solito schema condizionale in cui la proposizione condizionante descrive il fatto, consistente nel contrarre matrimonio occultando con mezzi fraudolenti l'esistenza di un impedimento, mentre la conseguenza sanzionatoria si connota per la presenza di un *quid pluris* dato dalla condizione che il matrimonio venga annullato a causa dell'impedimento occultato. In relazione a tale avvenimento, al di là delle considerazioni assiologiche, a favore della qualificazione in termini di condizione possono richiamarsi l'avverbio dubitativo

“se” e la particolare collocazione testuale che esso assume all’interno della fattispecie, esattamente dopo la previsione in astratto identificata con «è punito» e prima della concreta specificazione del *quantum* di pena[104]. A riprova possono invocarsi le previsioni dettate dal regio decreto del “42 in tema di bancarotta propria ed impropria, in cui l’agente delle condotte descritte dalle norme è soggetto a sanzione solo alla condizione che venga emessa la dichiarazione di fallimento da parte dell’autorità giudiziaria.

Eppure, nel novero dei delitti potenzialmente sottoposti a condizione di punibilità vi sono alcune disposizioni che, malgrado l’impiego delle formule sopra evidenziate, difficilmente possono considerarsi come ipotesi di reato condizionato; al contrario, possono individuarsi casi in cui, pur venendo impiegate espressioni diverse da quelle sopra evidenziate, non sembra potersi dubitare che ricorra lo schema delle condizioni obiettive di punibilità e non dell’elemento essenziale[105]. Dimostrata nei predetti termini l’insufficienza del solo criterio letterale, occorre ravvisare ulteriori indici discretivi di condizioni di punibilità ed elementi essenziali.

[104] Nella precisazione appena fatta circa la distinzione tra il piano dell’astratta previsione sanzionatoria e quello dell’effettiva irrogazione del *quantum* di pena potrebbe ravvisarsi un ulteriore elemento a dimostrazione dell’incidenza delle c.o.p. su un reato perfetto in tutti i suoi elementi, compresa la punibilità, così rispondendo a quegli Autori i quali affermano che senza avveramento della condizione il reato non si perfezioni per la mancanza del momento sanzionatorio. Il che, ovviamente, potrebbe facilmente essere confutato, da altra parte della dottrina, sulla base del rilievo che l’evento condizionale risulta idoneo a paralizzare solo l’irrogazione effettiva della pena, permanendo in astratto la previsione sanzionatoria.

[105] Richiamando la fattispecie di cui all’art. 424 c.p. in tema di danneggiamento seguito da incendio, si veda sul punto Cass., 12 maggio 1976, in *Cass. pen.*, 1978, p. 38, in cui la Corte chiarisce che in questa fattispecie, diversamente da quanto accade nell’art. 423 c.p., «l’azione dell’appiccare il fuoco è finalizzata solo all’obiettivo del danneggiamento: […] giacché l’incendio o il pericolo d’incendio è solo condizione obiettiva di punibilità e, come tale, estraneo al dolo». Più di recente, v. Cass. 8 febbraio 2017, che affrontando l’annosa questione della natura della dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta, ne ha affermato la riconduzione al *genus* delle condizioni obiettive di punibilità.

3.1. Il criterio strutturale

In un sistema normativo ideale, fondato su norme sufficientemente determinate e ben costruite, la sola indagine letterale risulterebbe bastevole a chiarire l'esatta portata di un elemento di fattispecie nei casi di dubbia interpretazione. Come dimostra l'incerta formulazione dello stesso art. 44 c.p., la scarsa chiarezza del *drafting* normativo dell'attuale sistema penale rende non pienamente affidabile il criterio letterale e pertanto occorre fornire un "supporto strutturale" all'analisi letterale, di cui sono già stati evidenziati i limiti[106]. Un possibile correttivo può essere individuato nell'applicazione in concreto dei requisiti che, per definizione, caratterizzano l'evento condizionale (incertezza, proiezione futura e mancanza di un necessario nesso causale rispetto la condotta), nonché nell'analisi della collocazione sistematica delle norme – che si presumono contenere c.o.p -, per una loro lettura non come monadi ma in connessione le une con le altre. Tuttavia, occorre sin da subito chiarire che, nonostante gli approfonditi studi sul fenomeno condizionale, si celino numerose insidie nella corretta interpretazione di talune disposizioni incriminatrici, tra cui l'art. 641 c.p., più volte richiamato. E le incertezze aumentano in considerazione della analizzata indifferenza del fenomeno condizionale rispetto alla connessione causale con la condotta dell'agente; indifferenza che sottrae all'interprete un prezioso strumento di analisi, come già evidenziato in relazione alla fattispecie di insolvenza fraudolenta. In questa disposizione a fronte della formula condizionale "qualora", l'inadempimento dell'obbligazione risulta eziologicamente connesso alla condotta descritta, accrescendo così l'incertezza se si tratti di elemento condizionale ovvero essenziale.

[106] L'inaffidabilità del solo indice letterale si può evincere da molteplici fattori quali, ad esempio, l'utilizzo della formula ipotetica "se dal fatto" per indicare condizioni di punibilità, elementi costitutivi o ancora delitti aggravati da evento, come si avrà modo di dimostrare nel corso del presente paragrafo.

Tornando all'analisi strutturale, guardando ai requisiti della condizione menzionati per primi proiezione nel futuro ed incertezza, si può affermare che essi concorrono a tracciare il confine tra le c.o.p. e i presupposti del fatto di reato, evidentemente da annoverare tra gli elementi essenziali. Al riguardo potrebbe essere utile richiamare la disciplina dell'art. 57 c.p.

Detto articolo, tornato al centro del dibattito giuridico- politico data la centralità dei *mass-media* nell'attuale società dell'informazione, nel dettare la disciplina dei reati commessi col mezzo della stampa periodica, recita che «il direttore o il vice-direttore […] è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso». A voler interpretare la citata norma in chiave meramente letterale, si potrebbe trarre la conclusione che quel «se un reato è commesso» si atteggi a condizione di punibilità, dal momento che in tale direzione condurrebbero tanto l'utilizzo del semplice avverbio "se" in luogo dell'espressione "se dal fatto", quanto la sua collocazione nella parte conclusiva della proposizione normativa, quella dedicata alla previsione sanzionatoria. Sennonché, tale conclusione rischia di rivelarsi fuorviante se, abbandonata la prospettiva letterale, si proceda all'indagine strutturale della disposizione. Malgrado la collocazione e l'estraneità alla concatenazione causale, la non inferenza su di esso dei requisiti di futurità, o quantomeno contestualità, ed incertezza incoraggia la riconduzione dell'elemento "commissione di un reato" non al novero delle condizioni di punibilità, quanto a quello degli elementi costitutivi e più precisamente dei presupposti del fatto di reato[107].

[107] Sul punto si veda quanto sostenuto in dottrina da G. DELITALA, *Il fatto* cit., p. 204. Secondo l'A. i presupposti del fatto o del reato consistono in «elementi antecedenti o concomitanti all'azione e indipendenti da essa, la cui mancanza produce, rispettivamente, l'impossibilità di verificarsi di qualsiasi fatto delittuoso o di quel fatto delittuoso descritto in una norma particolare». E sempre lo stesso Autore osserva che i presupposti si distinguono dall'azione e dall'evento perché si pongono al di fuori della catena causale.

La necessità di radicare l'opera ermeneutica sull'analisi strutturale trova conferma anche facendo riferimento all'articolo 720 c.p., disposizione che tipizza la contravvenzione di partecipazione a giuochi d'azzardo, richiedendo però, ai fini della punibilità, la sussistenza dello stato di flagranza dal momento che la norma esige la necessità di essere colti nell'atto della partecipazione al gioco[108]. Pacificamente dottrina e giurisprudenza riconoscono in tale elemento una condizione di punibilità pur in assenza di indici letterali ipotetici (se, qualora), rinvenendo le argomentazioni a favore di tale soluzione nel carattere futuro ed incerto del descritto requisito e nella mancanza di una qualunque sua connessione causale con la condotta tipizzata, dovendo quest'ultima, piuttosto, identificarsi con un'azione, l'intervento delle forze di pubblica sicurezza, posta in essere da terzi soggetti.

Appurata l'utilità e necessità del criterio strutturale, occorre però chiedersi se esso sia anche sufficiente a fungere, solo o supportato dai rilievi letterali, da criterio d'individuazione delle condizioni di punibilità. Il quesito risulta particolarmente rilevante poiché con un'errata interpretazione si correrebbe il rischio estendere la categoria condizionale sino a ricomprendere elementi essenziali e dunque non imputabili oggettivamente. Un equivoco simile si è verificato in passato in relazione al requisito della pubblicità dei luoghi richiesto dall'art. 414 c.p. in tema di istigazione a delinquere. Strutturalmente la pubblicità sembrerebbe avvicinarsi a quella nozione di flagranza richiesta dal legislatore per la punibilità della

[108] Lo stato di flagranza costituisce un elemento normativo giuridico, dal momento che per una sua piena comprensione dobbiamo richiamare l'art. 382 c.p.p. ai sensi del quale «è in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima». Nonostante la qualificazione dell'elemento flagranza come condizione di punibilità sia dai più condivisa, occorre dar conto di quegli Autori che ne sottolineano la natura di condizione di procedibilità, cfr., per tutti, F. ANGIONI, *op. cit*., p. 1476.

contravvenzione di gioco d'azzardo, eppure tra i due requisiti intercorre una distanza siderale, la cui comprensione richiese il superamento della prospettiva strutturale ed il conseguente approdo alla dimensione sostanziale ed assiologica[109]. Le incertezze derivanti dall'investigazione del solo piano formale e grammaticale rendono indispensabile rivolgersi altrove per tentare di cogliere la *ratio* e dunque il piano di interessi sotteso alle fattispecie di riferimento, di modo da variare la prospettiva d'analisi e risolvere i casi dubbi[110].

3.1.1. (…) e i reati aggravati dall'evento

Le incertezze legate alla tecnica di costruzione normativa si manifestano con evidenza affrontando l'analisi dei reati aggravati dall'evento: categoria di reati in cui il verificarsi di un evento ulteriore rispetto a quello previsto dalla condotta base comporta un incremento sanzionatorio. La particolare struttura di detta tipologia di reato, connotata dalla presenza della formula "se dal fatto deriva", potrebbe rendere più difficoltosa l'opera di differenziazione dalle fattispecie condizionali,

[109] L'art. 414 c.p., norma cardine nel sistema dei reati contro l'ordine pubblico, si è rivelata nel tempo una disposizione particolarmente problematica, come dimostrano i numerosi interventi interpretativi anche ad opera della Corte Costituzionale. La contestazione mossa con maggiore frequenza va individuata nel difetto di offensività e, pertanto, nella esigenza di conferire pregnanza alla fattispecie si è valorizzato il requisito della pubblicità. L'avverbio "pubblicamente" rappresenta un concetto normativo la cui descrizione è contenuta nell'art. 266 c.p., la cui presenza risulta fondamentale nel tracciare e nel conferire disvalore alla fattispecie. Sulla qualificazione del concetto di "pubblicamente" prevalente risulta la ricostruzione in termine di elemento essenziale, mentre minoritaria ed ormai risalente risulta la posizione di quanti ravvisavano in esso una condizione obiettiva di punibilità. In quest'ultimo senso, v. B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistematica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 330, *contra*, per tutti, G. de VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 293 ss.

[110] Un discorso analogo a quello condotto per l'art. 414 c.p. potrebbe condursi per l'art. 720 c.p. e, prima della depenalizzazione, per l'art. 688 c.p. Alla luce degli interessi sottesi a tali disposizioni, individuabili nell'esigenza di tutela dell'ordine pubblico "messo in pericolo" dall'esercizio di quei giochi che, per la loro natura, sono idonei a provocare disordini o favorire condotte criminose, parrebbe preferibile configurare tali requisiti di pubblicità come presupposti dell'illiceità della condotta, in quanto incidenti sulla determinazione del disvalore della condotta e perciò sottoposti quantomeno alla conoscenza dell'agente. In tal senso, con riferimento all'art. 720 c.p., D. RANUCCI, in *Il gioco vietato come reato a spazio circoscritto*, in *Riv. Pol.*, 1985, p. 40 ss.. Su tale punto le posizioni assunte dalla dottrina risultano molteplici, potendosi rinvenire, di contro, Autori, che estendono la categoria condizionale ricomprendendo in essa anche il riferimento ai luoghi. Per tutti A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, T. Padovani, c. F. Grosso, A. Pagliaro (a cura di), Milano, 2007, p. 226.

evidenziando un grande limite nell'applicazione del criterio strutturale. A fronte della medesima formula introduttiva, occorre delineare la diversa portata dei fenomeni in esame, tracciandone l'area di rilevanza e la sfera di operatività.

Nell'analisi dei reati aggravati dall'evento si ravvisano due profili di particolare rilievo identificabili, sotto il profilo oggettivo, nella particolare connessione di rischio che lega la condotta base e l'evento ulteriore e nella natura del criterio con cui imputare l'evento più grave all'agente, sul versante soggettivo[111].

La questione della differenziazione tra condizioni e reati aggravanti dall'evento non si pone in relazione a quegli eventi che, dipendendo dalla condotta di terzi, risultano completamente estranei all'agente e alla condotta, sia psicologicamente che materialmente[112]; le difficoltà, invece, sorgono con riguardo a quegli eventi che presentano una qualche connessione con la condotta e che dunque rientrano nella sfera dell'"anche se non voluto" previsto dall'art. 44 c.p. Si presti, a tal fine, attenzione a due diverse fattispecie, l'art. 571 c.p. e il successivo art. art 572 c.p., che sanzionano rispettivamente il compimento di abusi nell'esercizio di mezzi di correzione e di disciplina ed il compimento di maltrattamenti nel contesto familiare. Si tratta di norme profondamente diverse, sebbene contenute nel medesimo capo,

---

[111] M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 559, fasc. 2; D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2013, pag. 22; G. de VERO, *Corso* cit., p. 617; M. MANTOVANI, *Colpa e preterintenzione,* in *Introduzione al sistema penale* (a cura di Cadoppi-Carletti), vol. II, Milano, 2001; C.F. GROSSO*, Struttura e sistematica dei cd. delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1963, p. 443; G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, p. 1975, p. 3 ss.; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, 1979; S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1984; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.

[112] «A maggior ragione dovrà essere affermato il carattere condizionale di un elemento del modello legale quando il collegamento tra la condotta e il nocumento o il pericolo è ancora più labile o del tutto inesistente, nei casi in cui non vi sia neppure un rapporto di derivazione dal fatto di reato». Così rileva G. NEPPI- MODONA, *op. cit*., p 7. *Contra*, F. BRICOLA, *op. cit*., p. 596.

accomunate dalla presenza dell'espressione "se dal fatto", formula sulla quale si è discusso e si continua a discutere per le incertezze qualificatorie. In relazione all'art. 571 c.p. l'interpretazione dell'espressione «se dal fatto deriva il pericolo di una malattia» oscilla tra la condizione di punibilità ovvero l'elemento costitutivo; di contro il «se dal fatto deriva una lesione», contenuto al comma secondo dell'art. 572 c.p., sembra distaccarsi dalle opzioni interpretative sopra enunciate, privilegiando la soluzione del reato aggravato dall'evento. Si evidenzia con chiarezza l'ambiguità e l'insufficienza della sola dimensione letterale che, ricorrendo ad una medesima espressione "se dal fatto" all'interno della norma potrebbe suggerire la collocazione dell'evento sul piano della punibilità, al pari dell'istituto di cui all'art. 44 c.p., ovvero la sua qualificazione in termini di elemento costitutivo o aggravante rispetto alla condotta base[113]. In questi casi, dare un'esatta interpretazione sulla natura dell'elemento in questione consente l'individuazione del regime di imputazione e, soprattutto, una maggiore comprensione dell'intero fenomeno condizionale.

Occorre dunque capire come differenziare le due ipotesi, partendo dalla peculiare struttura dei reati aggravati dall'evento, ove l'elemento che aggrava la conseguenza sanzionatoria s'innesta su di una condotta integrante già gli estremi di reato e pertanto meritevole di pena[114]. Non a caso, la previsione dell'evento aggravante non

[113] Per un approfondimento in tema di delitti aggravati da evento cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale* cit., p. 648 ss. Interessante si rivela la ricostruzione proposta dall'A. della categoria in esame, all'interno della quale possono di distinguersi tre sottocategorie, a seconda della relazione psicologica che s'instaura tra l'evento e la volontà dell'agente. In talune fattispecie l'evento deve essere necessariamente voluto; in altre la volizione o meno è indifferente; in altre ancora l'evento deve essere necessariamente non voluto. La sottocategoria da ultimo menzionata, sicuramente la più problematica fra le tre, sembra richiamare il criterio d'imputazione della preterintenzione che può dirsi integrato, ai sensi dell'art. 43 comma 2 c.p., quando dall'azione o omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente. Tale assimilazione consente così la possibilità di uniformare il regime dei reati aggravati dall'evento al reato sostanzialmente preterintenzionale.

[114] La questione è stata oggetto di attenta analisi da parte della dottrina: cfr. G. NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 6. L'A. osserva sul punto: «nei confronti di tale categoria di reati [aggravati da evento],

incide neppure sulla qualificazione formale dei reati aggravati, che assumono la stessa denominazione dell'illecito base. Precisamente tra la condotta fondamentale e l'evento ulteriore intercorre una forma di progressione fenomenica per cui quest'ultimo rappresenta uno sviluppo logico della prima ed avvinto alla stessa da una forte connessione di rischio innescata dall'agente. Detto *climax* di disvalore non si rinviene di regola nelle disposizioni sottoposte a condizione di punibilità, in cui, per definizione, l'evento condizionale risulta privo di un legame forte rispetto alla condotta base, la quale non può dirsi neppure punibile di per sé. Viene rafforzata così l'idea del carattere estrinseco delle condizioni di punibilità rispetto al piano di disvalore, stante l'assenza, nella maggior parte dei casi, di un relazione di derivazione ovvero semplice progressione con i tratti essenziali dell'illecito. Tale diversità finisce per riverberarsi sul diverso regime soggettivo sotteso agli elementi: il regime oggettivo risulterebbe adeguato per le condizioni obiettive di punibilità, pensate come elementi inoffensivi, mentre non potrebbe dirsi lo stesso in relazione agli eventi aggravanti. Al fine di evitare l'assimilazione di questi ultimi ad ipotesi di responsabilità oggettiva per *versari in re illicita*, in via interpretativa, dottrina e giurisprudenza hanno apportato il correttivo della concreta prevedibilità delle conseguenze ulteriori cui può sfociare la condotta posta in essere, in modo da ricondurre le stesse se non al dominio psichico, quantomeno alla sfera di riferibilità dell'agente secondo il canone della responsabilità colpevole.

---

si dà per presupposto la realizzazione di un illecito base, sulla cui configurazione l'evento più grave non esercita alcuna influenza, né ai fini dell'esistenza del reato, né sulla punibilità, ma determina solo una maggiore misura sanzionatoria. La formulazione letterale con cui viene introdotto l'evento più grave serve solo a metterne in evidenza l'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva». Considerazioni simili vengono condotte da C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall' evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1963, p. 492. Laddove si ammettesse l'esistenza delle condizioni c.d. intrinseche ancor più problematico apparirebbe il rapporto rispetto ai reati aggravati da evento, dal momento che, al pari di questi ultimi, anche le condizioni intrinseche sarebbero, *ex* art. 44 c.p., imputate oggettivamente pur incidendo sul disvalore della fattispecie, qualificandolo ed attualizzandolo.

Cercando di applicare sul piano pratico le riflessioni sopra condotte, in relazione all'art. 571 c.p. si giungerebbe ad attribuire agli eventi di cui al comma secondo la natura di elemento aggravante, attesa la loro incidenza su un illecito, quello di cui al primo comma, già perfetto, offensivo e punibile[115] e considerata la progressione fenomenica in cui essi si pongono rispetto all'insorgenza del semplice pericolo di malattia che connota la basilare ipotesi di abuso di mezzi di correzione. Più complicata si rivela l'opera di qualificazione proprio dell'evento del pericolo di malattia da ultimo menzionato dal momento che l'interpretazione strutturale parrebbe incoraggiare la qualificazione come condizione di punibilità, mentre ad esiti differenti si giungerebbe adottando un punto di vista che valorizzi la dimensione sostanziale o valoriale dell'illecito.

Evidenziati ancora una volta i limiti del criterio formale, per chiarire si rende indispensabile l'approdo sul terreno sostanziale-assiologico con un progressivo superamento, senza che ciò comporti l'assoluta negazione della semplice dimensione ermeneutica formale.

3.2. Il criterio assiologico-sostanziale

Nelle pagine precedenti, si è più volte qualificato il reato come "fatto offensivo", dotato di una carica di disvalore tanto profonda quanto più incidente sull'assetto di valori condivisi dalla collettività. Ciò spiega perché sul rispetto del principio di

[115] I dubbi interpretativi crescono laddove l'espressione "se dal fatto deriva" venga impiegata più volte i un medesimo contesto normativo, come dimostra l'art. 571 c.p.. In quest'ultima disposizione, accanto alla previsione contenuta nel primo comma «se dal fatto deriva pericolo di una malattia nel corpo», il secondo comma ricorre alla medesima espressione ipotetica per introdurre due altri eventi, rispettivamente la lesione personale e la morte del soggetto passivo. Se sufficiente aderire al solo criterio formale, se ne dovrebbe desumere l'assimilazione delle ipotesi summenzionate, qualificandole tutte come condizioni di punibilità o come forme aggravate di reato dal momento che il pericolo della malattia nel corpo, la lesione personale e la morte si prestano parimenti ad integrare altrettanti eventi del reato, eziologicamente legati alla condotta.

offensività si fondi la costruzione della norma penale, facendo sì che il bene giuridico rappresenti lo strumento più affidabile nell'interpretazione e nell'applicazione, oltreché nella costruzione, delle fattispecie penale.

Individuato il bene oggetto di tutela all'interno della singola fattispecie, la corretta applicazione del criterio assiologico porterà a ritenere "significativo" quell'elemento che accentri su di sé l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, qualificando come condizione di punibilità gli eventi appartenenti ad un piano di interessi tendenzialmente "esterno" al reato[116]. Il criterio che valorizza la carica offensiva del singolo elemento consentirebbe di delimitare doppiamente l'ambito di operatività delle condizioni di punibilità, differenziandole sia dagli elementi *stricto sensu* costitutivi, sia dai reati aggravati dall'evento, e incoraggerebbe a predicare la correttezza del regime oggettivo di funzionamento previsto dall'art. 44 c.p., non integrando le stesse ipotesi di responsabilità oggettiva[117].

Tornando all'esempio dell'art. 571 c.p., rilevata l'insufficienza del criterio formale - strutturale, occorre volgersi al criterio assiologico per cogliere l'effettiva funzione

[116] Realmente esterne rispetto al piano di disvalore del reato si mostreranno le condizioni c.d. estrinseche; diversamente occorrerà verificare quale spazio residui per le condizioni intrinseche nell'attuale assetto normativo dal momento che, in accordo alla comune ricostruzione, le condizioni intrinseche partecipano al disvalore della fattispecie appuntando o approfondendo l'offesa. Si è già anticipata un possibile soluzione alternativa, che prevede la sottrazione delle condizioni intrinseche dall'area di operatività dell'art. 44 c.p. per ricondurle alla categoria delle condizioni di esistenza del reato con conseguente applicazione del regime degli elementi essenziali. Detta ricostruzione verrà illustrata ampiamente nel successivo capitolo.

[117] La dottrina in modo pressoché unanime riconosce la bontà ma al tempo stesso l'insufficienza del solo criterio letterale per discernere gli elementi essenziali dalle condizioni si punibilità. In tal senso si veda il contributo fornito da F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 794 ss.. Secondo detto A. «va abbandonato il criterio letterale- formale e va accolto il criterio sostanziale-funzionale, [che] riabilita le condizioni di punibilità alla luce del principio di necessarietà della pena. […] Debbono considerarsi condizioni di punibilità innanzitutto gli accadimenti estranei alla sfera dell'offesa del reato». Nella stessa direzione opera il criterio definito "normoteoretico" che qualifica come *essentialia delicti* i fattori strutturati come materia del divieto. Cfr., per tutti, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, p. 266 ss. Come si accennava, il criterio suddetto permette di far chiarezza non soltanto riguardo alla distinzione tra elementi essenziali e condizioni di punibilità ma anche relativamente alle ipotesi in cui risulta incerto il confine tra condizione di punibilità e reati aggravati da evento, che integrano ipotesi di responsabilità oggettiva, più precisamente di *versari in re illicita*.

svolta dal «pericolo di una malattia nel corpo e nella mente» ed evidenziare le differenze rispetto agli eventi descritti nel secondo comma del medesimo articolo, anch'essi introdotti dalla formula "se dal fatto". Un primo ausilio per comprendere la dimensione sostanziale della disposizione citata si coglie nella rubrica dell'art. 571 c.p., che esplicita quale sia il bene oggetto di tutela della norma, seppur ricorrendo ad una categoria ampia, e probabilmente non adeguata, quale l'assistenza familiare[118]. Sicuramente, la genericità del bene non aiuta a chiarire se la carica offensiva del reato si concentri nella condotta di abuso della potestà, posta in essere dal soggetto attivo, tanto da risultare di per sé meritevole di sanzione ovvero se la stessa lo diventi con l'insorgenza del pericolo di lesione nei confronti del soggetto passivo[119].

Tentando un approccio critico a tale norma, essa rappresenta il contemperamento di diverse e variegate esigenze: quella di garantire la libera esplicazione al diritto di educare ed esercitare lo *ius corrigendi* da parte dei legittimi titolari ed al tempo stesso l'inaccettabilità di condotte distorsive e abnormi rispetto al fine per cui sono

[118] Particolare importanza, ai fini dell'individuazione del bene giuridico da tutelate, è l'inquadramento sistematico delle norme in esame; nel caso di specie, il legislatore ha previsto la collocazione della fattispecie appena citata nel capo dedicato ai «delitti contro l'assistenza della famiglia», lasciando così intendere come il bene giuridico tutelato dalle norme in questione non debba necessariamente avere consistenza "materiale-fisica", potendo ben consistere in una lesione dell'integrità psichica e dell'equilibrato sviluppo del soggetto passivo. Si può rilevare infatti che il disvalore della condotta sia già contenuto nel concetto di «abuso dei mezzi di correzione», potendo invece il pericolo di malattia identificarsi come condizione obiettiva di punibilità e non come elemento essenziale. Dello stesso avviso R. ZANOTTI, *I reati contro la persona nei rapporti familiari, economici, ambientali*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto*, 2016 p. 265; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 479; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 795; T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 355. *Contra*, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 760.

[119] In relazione all'art. 571 c.p., più che nelle altre disposizioni di parte speciale, si avverte la necessità di interpretare la norma tenendo conto delle imprescindibili istanze di tutela del minore derivanti dal diritto internazionale; come si legge nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino del 1989, «al bambino [si riconosce] il diritto al pieno ed armonico sviluppo della personalità, ad essere allevato, istruito e curato nello spirito di pace, dignità e tolleranza». A ciò si aggiungono le considerazioni di ordine strutturale che impongono di interpretare le diverse disposizioni, conferendo loro una portata differente e non sovrapponibile. Se evento del primo comma è rappresentato dal mero pericolo di insorgenza della malattia, l'effettiva derivazione della patologia nel minore consente di ritenere integrata l'ipotesi disciplinata dal secondo comma, che prevede, evidentemente, un incremento di pena rispetto alla prima disposizione.

previste, tanto da diventare illecite e dunque meritevoli di essere sanzionate dall'ordinamento. Da un lato l'istanza che potrebbe definirsi "intranea" alla famiglia e alla società stessa, che ha interesse a recepire cittadini ben formati, dall'altro l'irrinunciabile interesse superindividuale a tutelare l'incolumità psico-fisica degli individui, soprattutto nella fase dello sviluppo[120]. Da qui la decisione di apprestare una tutela composita nei confronti della famiglia che, partendo dall'abuso di mezzi di correzione *ex* art. 571 c.p. giunge a sanzionare le condotte di maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p. La compresenza delle due disposizioni, sebbene generi delle incertezze sui relativi ambiti applicativi, può rappresentare un valido aiuto nella individuazione dei rispettivi beni tutelati dalle stesse, a fronte della genericità adottata dal legislatore.

Affermare la centralità del pericolo della malattia nella fattispecie di abuso di mezzi di correzione, qualificandolo in termini di evento del reato o semplicemente affermandone il carattere costitutivo, implicherebbe la sovrapposizione dell'art. 571 c.p. all'ambito di applicazione dell'art. 572 c.p., che sanzionando i maltrattamenti sui determinati soggetti (familiare ovvero persone sottoposta ad autorità o affidamento) ne tutela l'integrità fisica e psichica. Diversamente, date la qualità dei soggetti passivi e le specifiche ragioni di correzione e disciplina sottese,

[120] Interessante risulta la posizione espressa da G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, pag. 1654. L'A. offre una ricostruzione della meritevolezza e del bisogno di pena come autonomi postulati del diritto penale, dotati di autonomo contenuto di disvalore etico-sociale, identificabile nell'ancoramento dell'illecito al piano dell'etica sociale. Nella fattispecie di cui all'art. 571 c.p., «il pericolo di malattia rende compiutamente meritevole di pena (agli occhi del legislatore) l'abuso dei mezzi di correzione, nel quale abuso si concentrerebbe il fatto moralmente e socialmente biasimevole». Per un approfondimento sul complesso sistema dei reati contro la famiglia, v. A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale* (C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro a cura), Milano, 2012; F. G. CATULLO, *Diritto penale della famiglia*, Padova, 2012; R. BARTOLI, *Modelli di tutela penale contro la violazione degli obblighi familiari*, in *Pol. dir*., 2008, p. 481; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572 ss.; G. PISAPIA voce *Famiglia (dir. pen.)*, in *Nov. Dig. it., App.*, 1982, p. 640, G. PECORELLA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, p. 790 ss.; F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

nel reato di abuso di mezzi di correzione probabilmente viene in rilievo una dimensione defisicizzata, quale il sereno ed equilibrato sviluppo del fanciullo o comunque del soggetto affidato. Ne consegue che il disvalore potrebbe dirsi concentrato proprio nell'utilizzo distorto della potestà correttiva di cui si possiede la titolarità, ma che è suscettibile di trovare il limite del dovere punitivo dello Stato, laddove travalichi le soglie del normale e fisiologico uso per trasformarsi in abuso, che nella disposizione in esame si manifesta ed esteriorizza nel pericolo della malattia[121]. Quest'ultimo sembra atteggiarsi a soglia di rilevanza esterna di condotte, pensate, realizzate e subite all'interno di contesti, quello familiare ovvero lavorativo, solitamente deputati alla protezione e alla crescita della persona.

Pertanto, nell'art. 571 c.p. la previsione di una condizione di punibilità sembra incorporare, meglio che in qualunque altra disposizione, quell'esigenza di equilibrio e contemperamento tra piani diversi di interesse sopra evidenziati: quello interno dei rapporti familiari alla corretta formazione e quello sopraindividuale della piena tutela della persona nelle dinamiche relazionali.

L'adozione di tale prospettiva, senza pretesa di esaustività del ragionamento, potrebbe risultare utile a ricostruire l'esatta portata e funzione che la condizione di punibilità di cui all'art. 44 c.p. sarebbe chiamata a svolgere nella fattispecie penale: in linea con quanto avviene nel diritto privato, essa potrebbe utilmente rappresentare un veicolo di "sopravvenienze" e dunque di elementi "esterni" che,

[121] Nell'attuale assetto penale si rinvengono molteplici disposizioni costruite sul paradigma dell'abuso, dal reato di abuso d'ufficio, all'esercizio abusivo professione sino al composito sistema degli abusi di mercato contenuti nel testo unico della finanza. In relazione all'ipotesi di cui all'art. 571 c.p. la previsione del pericolo della malattia non sembra conferire offensività alla condotta, già di per sé rilevante, quanto piuttosto sembra introdurre un limite, una soglia oltre la quale la condotta del soggetto attivo sicuramente si configura come abusiva e meritevole di sanzione. Di recente la giurisprudenza si è espressa sull'art. 571 c.p. affermando che «i concetti di uso e di abuso acquistano una rilevanza giuridica definita se raccordati al diritto soggettivo (o alla potestà) cui si riferiscono, e non già se riportati agli strumenti (mezzi) con cui il diritto o la potestà vengono esercitati»: così Cass., sent. 2 febbraio 2016, n. 4170.

senza incidere sulla valutazione di rilevanza della condotta fatta precedentemente dall'ordinamento, intervengono in un momento successivo alla qualificazione condizionando la produzione degli effetti giuridici[122]. Del resto, nella costruzione tipica della norma, l'effetto coincide con l'irrogazione della sanzione, che è cosa ben diversa dalla sua astratta previsione.

A supporto della conclusione appena rassegnata, parte della dottrina ha fatto applicazione di una variante della teoria dell'eliminazione mentale, tipica dell'accertamento causale, per effettuare l'indagine sulla consistenza assiologica delle singole fattispecie apparentemente condizionate. Facendo applicazione di detta tecnica, si sarebbe in presenza di una condizione di punibilità, se anche in mancanza di quello specifico elemento, la fattispecie conserverebbe integralmente il proprio disvalore; diversamente si dovrebbe concludere a favore della presenza di un elemento essenziale.

Il criterio teleologico così esposto presenta l'ulteriore pregio di individuare un parametro di differenziazione anche rispetto ai reati aggravati dall'evento, come sopra anticipato.

Ed in effetti, a leggere il comma secondo dell'articolo in esame si evidenzia la presenza di altri eventi che, al pari del "pericolo di una malattia", vengono introdotti dall'espressione «se dal fatto», ma che a differenza delle condizioni obiettive di

[122] Riprendendo un'espressione impiegata in relazione alla materia della frode fiscale, ma particolarmente efficace, le condizioni obiettive di punibilità potrebbero rappresentare "la misura rilevante" dell'offesa, atta a tracciare il discrimine tra la tollerabilità o meno di una condotta che comunque presenta una indubbia carica di disvalore. Tale configurazione in termini di limite qualitativo potrebbe agevolare la riconduzione alla categoria delle condizioni di punibilità anche delle c.d. soglie di punibilità, istituto ampiamente impiegato dal legislatore e divenuto il centro di un fitto ed articolato dibattito interpretativo. Sul punto si veda G. NEPPI MODONA, *op. cit*., p. 7; l'A. rileva che «si può ritenere trovarsi di fronte ad un elemento condizionale, [se si] verifica che l'elemento esprima affettivamente un piano d'interessi diverso, o semplicemente esterno rispetto all'offesa contenuto del reato; che la supposta condizione corrisponda effettivamente a ragioni di opportunità e convenienza che consigliano di subordinare la punibilità al verificarsi di eventi esterni al reato». Al fenomeno delle soglie di punibilità si dedicherà un'ampia analisi nel capitolo quarto, cui si rinvia.

punibilità non possono imputarsi obiettivamente all'agente perché incidenti sul disvalore dell'illecito, comportando un incremento della sanzione rispetto al reato base. Non potendo fare completo affidamento sul dato formale, stante l'identità della formula introduttiva, il piano su cui tali reati aggravati si distinguono dalle condizioni di punibilità va ravvisato in quello degli effetti, comportando un aumento di pena rispetto al reato base.

Non sorprende in tal senso che nella Relazione ministeriale sulle proposte di riforma al codice penale, si qualifichino tali eventi come «significativi rispetto alla pena»[123]. Pertanto non sembra azzardato, almeno con riguardo all'art. 571 c.p., configurare il «pericolo di malattia» di cui al primo comma come condizione di punibilità e ritenere che le previsioni contenute nel secondo comma integrino altrettante ipotesi di delitti aggravati dall'evento[124].

Ragionando nei predetti termini, l'analisi appena condotta consentirebbe di acquisire un'altra indicazione utile a chiarire il fenomeno delle c.o.p. e precisamente la loro funzione: posto che le circostanze aggravanti vengono annoverate tra gli elementi significativi in vista della loro incidenza sulla dosimetria

[123] La diversa funzione svolta dagli elementi aggravanti l'illecito rispetto alle condizioni di punibilità presenta rilevanti ripercussioni sul relativo regime di responsabilità: i reati aggravati dall'evento, per comune definizione, rappresentano ipotesi di responsabilità oggettiva, venendo tali eventi imputati all'agente a prescindere da qualunque implicazione di tipo soggettivo, sulla scorta della sola causalità materiale. Nel caso delle condizioni di punibilità, almeno in accordo alla ricostruzione proposta nel presente elaborato, non avrebbe senso parlare di regime di imputazione e soprattutto di responsabilità obiettiva, dal momento che esse esauriscono la loro funzione in una dimensione esterna al reato. Da qui l'esigenza di differenziare l'imputazione obiettiva dal regime della responsabilità obiettiva. Afferma parte della dottrina che «nei reati aggravati da evento, l'evento aggravante obbedisce alla regola dell'imputazione obiettiva, ed in questo senso criterio di attribuzione e forma di responsabilità in un certo senso coincidono. Ma nei reati sottoposti a condizione, l'imputazione obiettiva è l'unica forma di attribuzione logicamente ammissibile di un evento che è al di fuori di qualsiasi nesso psicologico con l'agente. Non c'è relazione biunivoca tra modo d'imputazione obiettiva e responsabilità oggettiva, giacché il primo opera anche fuori del terreno specifico della seconda»: così M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 545

[124] In questo senso P. PITTARO, *Il delitto di abuso di mezzi di correzione e disciplina*, in *Stud. Iur.*, 1998, p. 1238 ss.; R. ZANOTTI, *Reati contro la famiglia* cit. p. 266 ss., G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 493.

sanzionatoria, per ottenerne una individualizzazione della risposta sanzionatoria[125], le condizioni di punibilità, in conformità al dettato dell'art. 44 c.p., non implicano alcuna valutazione sulla condotta o sull'evento; esse, fungendo da cassa di risonanza di fattori sopravvenienti, risultano invece idonee a paralizzare l'*an* della pena[126].

Cercando di verificare quanto detto, si può tentare l'analisi di un'ulteriore fattispecie di reato di "dubbia interpretazione", vale a dire l'art. 564 c.p. che sanziona la fattispecie delittuosa dell'incesto[127]. Le aporie ermeneutiche, di dottrina e giurisprudenza, riguardano l'esatta natura del pubblico scandalo richiesto dalla

---

[125] Cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 660. A dimostrazione della significatività delle circostanze sul reato può richiamarsi l'intervento riformatore del 1990 con cui il legislatore ha introdotto un regime d'imputazione soggettiva per le circostanze aggravanti, prevedendo anche un peculiare regime in materia di circostanze non conosciute o erroneamente supposte.

[126] Degno di particolare interessante si rivela quanto sostenuto con riguardo all'art. 571 c.p. da F. BRICOLA, *op. cit*., p. 597. L'A. ricostruisce il pericolo di lesione come «evento naturalistico della fattispecie criminosa [che] deve essere voluto dall'agente» argomentando tale soluzione sulla base della constatazione che «se pure la fattispecie obiettiva di reato è idonea ad integrare gli estremi di un reato più grave - il delitto di lesioni tentate - a realizzare quest'ultimo, da un punto di vista soggettivo non è sufficiente la rappresentazione o la stessa volontà dell'evento di pericolo, ma occorre invece che il soggetto agisca allo scopo di provocare la lesione, ovvero che questa sia la causa della condotta». Come nota lo stesso A., tale ragionamento si mostra coerente fintantoché, ad integrare il tentativo di reato, si ritenga necessario il dolo diretto e non semplicemente il dolo eventuale. E preliminarmente, si può notare la non assimilabilità delle due fattispecie, dal momento che diverse sono le condotte, consistenti rispettivamente nell'abuso dei mezzi di correzione e nella lesione nel corpo o nella mente, nonché dei beni giuridici oggetto di tutela.

[127] L'incesto rappresenta una delle fattispecie che maggiormente impegna giurisprudenza e dottrina sul piano interpretativo per via dell'incerta qualificazione del pubblico scandalo. Molteplici e variegati sono gli orientamenti consolidatisi nel corso degli anni: buona parte della dottrina si pone in modo critico nei confornti della disposizione evidenziandone la spiccata valenza "moralizzatrice": cfr. G. NEPPI MODONA, *op. cit*., p. 1 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Parte generale, 8ª ed. Milano, 2003, p. 395. Quest'ultimo precisa che il pubblico scandalo rappresenterebbe una condizione estrinseca, poiché «il fatto dedotto in condizione non viene in alcun modo attribuito al reo, ma fa soltanto sorgere l'opportunità di punire un fatto di per sé lesivo». Nello stesso senso v. M. ROMANO, *op. cit*., p. 479, secondo il quale «il fatto vietato dal legislatore perché riprovato nell'ottica etico-sociale è il rapporto incestuoso, non il rapporto incestuoso scandaloso». In tal senso si esprime la giurisprudenza, seppure richiedendo che il pubblico scandalo sia legato da un nesso di causalità con la condotta incauta dell'agente. Cfr., tra tante, Corte Costituzionale, sent. 21 novembre 2000, n. 518, in *Giur. it*., 2001, p. 995 con nota di F. Biondi. Ancora sullo stesso tema si è espressa la Corte di Cassazione, sent. 2 febbraio 1951, in *Foro it*., II, 1951, p. 191. La corte di Cassazione afferma che: «il pubblico scandalo nell'incesto deve ritenersi di natura obiettiva, e non occorre che sia voluto dai colpevoli». *Contra*, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale* cit., p. 331. In accordo alla posizione da ultimo citata, «l'esigenza di non punire i fatti immorali in sé, ma solo in quanto provocano un turbamento nella sfera sociale, dovrebbe portare a cogliere nel pubblico scandalo un elemento costitutivo del reato di incesto»; nello stesso senso cfr. R. ZANOTTI, *I reati contro la famiglia* cit., p. 236 ss.

norma e oscillano tra la qualificazione come elemento essenziale e condizione di punibilità. A favore della prima tesi andrebbe letta l'espressione introduttiva «in modo tale che», la quale potrebbe incoraggiare la qualificazione del pubblico scandalo in termini di elemento essenziale per via della sfumatura finalistico-modale che la connota. Detta formula viene di solito utilizzata per indicare le risultanze di una certa condotta ovvero le specifiche modalità di realizzazione della stessa: ed in effetti, tale soluzione verrebbe corroborata, nel caso della fattispecie in parola dal fatto che il pubblico scandalo implicherebbe una connessione necessaria con la condotta, se non in termini di derivazione causale, quantomeno come connotazione necessaria delle modalità con cui essa dovrà realizzarsi per essere penalmente rilevante[128].

L'ambiguità del criterio letterale che finisce per rendere irrilevante ed improduttivo il ricorso all'analisi strutturale della fattispecie dal momento che l'eventuale derivazione eziologica dello scandalo dall'attività dell'agente risulta neutralizzato dall'altrettanto possibile "irresponsabilità" della condotta, come evidenza l'uso del "derivi", rende necessario rivolgersi al criterio sostanziale per individuare il nucleo di valore contenuto nell'art. 564 c.p.

La norma è inserita nel libro II, titolo IX, capo II e tutela la morale familiare, concetto alquanto vago e dai contorni indefiniti[129], che potrebbe intendersi tanto

[128] Secondo una consolidata ricostruzione, i reati risulterebbero connotati, oltreché dal disvalore oggettivo d'evento e dal disvalore soggettivo d'azione anche dal disvalore oggettivo d'azione, espressione del principio di "frammentarietà", volto a selezionare le modalità con cui deve realizzarsi la condotta per risultare penalmente rilevante. Ragionando in questi termini, non risulterebbe peregrino ipotizzare che il pubblico scandalo, introdotto dall'espressione in modo che, possa considerarsi come la modalità designata (*rectius*: tipizzata) dal legislatore per separare l'area del penalmente rilevante, la condotta incestuosa scandalosa, da quella irrilevante, la condotta incestuosa ma non scandalosa.

[129] Anche nel diritto penale frequente è il ricorso ai c.d. concetti valvola che consentono il costante adattamento della norma al caso concreto e precisamente esprimono «la capacità di adeguarsi alla vita sociale attuale», così R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Diritto penale sostanziale*, I, Torino, 1968, p. 266. Alla suddetta categoria appartiene la morale familiare, elemento normativo extra- giuridico, insuscettibile di essere costretto nei limiti di una definizione ed in costante

come mero interesse della famiglia all'intangibilità della propria reputazione al cospetto della società, quanto come integrità del nucleo di valori fondanti e condivisi che verrebbero lesi dalla *turbatio sanguinis*[130]. Malgrado l'incertezza definitoria che ammanta lo stesso bene giuridico, occorre rivolgersi al pubblico scandalo per verificare se esso possieda una tale carica di disvalore da configurarsi come essenziale o se piuttosto si atteggi semplicemente ad elemento "accidentale" che interviene nella fattispecie senza concorrere alla determinazione del disvalore del fatto.

Questione centrale per la comprensione della fattispecie diventa il modo di intendere la relazione incestuosa, se il compimento degli atti sessuali tra appartenenti al medesimo nucleo familiare rappresentino degli atti sostanzialmente leciti, o quantomeno tollerati, e pertanto penalmente irrilevanti ovvero se essi risultino intrinsecamente connotati da una componente di disvalore. Data la

evoluzione. A ben riflettere, anche il pubblico scandalo potrebbe ben rientrare nella summenzionata categoria e configurandolo come elemento costitutivo si rischierebbe affidare la tutele di un bene giuridico "indeterminato" ad una norma altrettanto indeterminata. Costruire il pubblico scandalo come condizione punibilità ed affidare ad essa il compito di introdurre nella fattispecie interessi esterni - nel caso di specie l'esigenza di riservatezza nella sfera familiare - consentirebbe di azionare la tutela penale solo al termine di un adeguato bilanciamento di interessi contrapposti.

[130] Quanto all'art. 564 c.p., nella Relazione ministeriale sul Progetto di codice penale del 1887, n. CXXVIII si legge: «il progetto richiede l'estremo dello scandalo, vale che la turpissima tresca non sia più un mistero celato nell'intimità della famiglia, ma abbia acquistato obbrobriosa notorietà»; ma dal momento che il legislatore del 1887 non aveva ancora positivizzato la regola generale delle condizioni obiettive di punibilità il suddetto riferimento non fornisce alcun chiarimento sul ruolo del pubblico scandalo. Potrebbe risultare utile il confronto con l'art. 565 c.p., altra disposizione in cui compare il riferimento al alla morale familiare, che sanziona la condotta di chi in scritti o disegni pubblicati nei periodici attentati alla stessa. Date le particolari modalità di realizzazione della condotta e la vicinanza rispetto alla fattispecie di diffamazione, la morale che viene in considerazione in quest'ultima disposizione va intesa come reputazione familiare, come tutela del buon nome ed onorabilità del nucleo familiare rispetto alla "opinione pubblica". Non vi è dubbio che il riferimento alla stampa periodica porti con sé l'afferenza ad una dimensione "esterna" alla *pax domestica*, onde evitare le ripercussioni che tali avvenimenti potrebbero generare sull'equilibrio interno familiare. Malgrado la diversità contenutistica, la medesima concezione di morale come sinonimo di onorabilità della famiglia sembra attagliarsi alla fattispecie di incesto, in cui, come in gran parte delle disposizioni a tutela della famiglia, l'attenzione del legislatore non pare rivolta ai diversi componenti del nucleo come vittime dei rispettivi illeciti, bensì alla realtà familiare come autonomo centro d'imputazione di interessi. Molto critico nei confronti di tale atteggiamento legislativo si rivela L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760.

particolare natura del tema, inscindibilmente connesso alla morale e ai costumi del tempo, un valido apporto alla ricostruzione del concetto di incesto è stato fornito dalla giurisprudenza interna e sopranazionale, oltre che dalla Corte Costituzionale tedesca. Tanto la Corte Costituzionale, quanto il *Bundesverfassungsgericht*, la Corte di Diritti dell'Uomo, chiamate a pronunciarsi sulla legittimità della criminalizzazione delle condotte incestuose, ne hanno sancito la fondatezza in considerazione della molteplicità di interessi incisi dalle stesse[131]. Al vertice di questa ideale piramide assiologica si porrebbe la tutela dell'equilibrio familiare al riparo dalle possibili perturbazioni provocate dalla diffusione pubblica della relazione incestuosa tra i componenti di un medesimo nucleo familiare, come evidenzierebbe la presenza del requisito del pubblico scandalo nell'art. 564 c.p. Valore marginale assumerebbero invece gli interessi "eugenetici" connessi alle condotte incestuose, per cui l'incriminazione delle stesse risulterebbe servente a salvaguardare la salute e l'incolumità della prole nascitura[132].

---

[131] F. GIANNELLI - M.G. MAGLIO, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Riv. Pen.*, 2009, p. 1351; G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115; S. RIONDATO, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano* in *Diritto penale della famiglia* (a cura di ZATTI), Milano, 2011, p. 3 ss.; G.D. PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 501; R. DOLCE, *Incesto*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 973; I. MERZAGORA, *Incesto*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 326; F. ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. mer.*, 1998, p. 866. Per la giurisprudenza, v. Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 518, in *Giur. it.*, 2001, p. 995 con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*. Per la giurisprudenza tedesca, v. *BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26 Februar 2008, Absatz-Nr* in materia di criminalizzazione di incesto tra fratelli maggiorenni. La conformità dell'incriminazione delle condotte incestuose è stata avallata anche dalla Corte Europea dei Diritto dell'Uomo con la pronuncia *Case of Stubing v. Germany* emessa il 24 settembre 2012: cfr. l'approfondimento di A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali,* in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 3-4, p. 78 ss.

[132] Si discute sull'opportunità di mantenere nell'attuale sistema penale l'incriminazione delle condotte di incesto, come evidenziano le numerose censure di incostituzionalità fatte valere innanzi alla Corte Costituzionale italiana e tedesca, nonché alla Corte di Strasburgo. La fattispecie di incesto risulterebbe lesiva del principio di autodeterminazione sessuale degli individui, non potendosi, rinvenire un interesse altrettanto attuale e solido a sostegno del mantenimento dell'incriminazione. Di avviso contrario si è mostrata la giurisprudenza, tanto nazionale quanto sopranazionale, affermando la conformità del delitto di incesto rispetto ai valori e principi degli ordinamenti di riferimento. Particolarmente utile può rivelarsi il parere richiesto dal *Bundesverfassungsgericht* e reso dal *Max Planck Institute*, che individua i beni giuridici tutelati dal delitto di incesto. Al vertice

Assumendo, pertanto, come punto di partenza del ragionamento la sostanziale liceità degli atti sessuali tra consanguinei ne discenderebbe il carattere "costitutivo" dell'espressione «in modo tale che ne derivi pubblico scandalo» che, lungi dal potersi considerare evento del reato anche solo in senso giuridico, andrebbe a connotare la specifica modalità di condotta necessaria a conferire offensività alla fattispecie e, quindi, all'integrazione del reato[133]. Applicando al caso in esame il criterio sorto in relazione ai reati c.d. a forma libera, per cui, in ossequio al principio di frammentarietà, risultano rilevanti tutte e solo quelle modalità di offesa del bene che costituiscono la concretizzazione di un rischio socialmente inaccettabile, l'interesse dell'ordinamento non si appunta su ogni fenomeno di incesto, bensì su quel legame eclatante e manifesto, che varcate le mura domestiche, sia diventata di dominio pubblico, facendo perdere consistenza ad ogni interesse al riserbo

di questa ideale piramide assiologica si pone la tutela superindividuale al mantenimento delle gerarchie all'interno della istituzione familiare. Rappresentando la primigenia forma di vita associativa, la famiglia risulta costruita su di una fitta rete di relazioni e su di una stringente separazione dei ruoli, che verrebbe gravemente compromessa dai rapporti incestuosi tra consanguinei. Proprio il mantenimento di tale equilibrio relazionale giustifica, in accordo alla pronuncia del Giudice di legittimità tedesco, la permanenza del reato di incesto. Un ruolo marginale riveste, invece, l'interesse eugenetico a preservare la salute dei nascituri dal pregiudizio genetico che potrebbe loro derivare dalla consanguineità dei genitori. Malgrado tali argomenti, non possono tacersi le perplessità in ordine all'aura moraleggiante che circonda la fattispecie di incesto. Sul punto v. M. del TUFO, *Delitti contro la famiglia,* in *Diritto penale. Parte speciale* (a cura di D. Pulitanò), Torino, 2014, p. 435 ss.; A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 83 ss.; L. PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare,* in *Diritto penale della famiglia* (a cura di S. Riondato), Milano, 2011, p. 430 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale* (a cura di A. Cadoppi), Milano, 2010, p. 207 ss.

[133] V. F. CARRARA, *Programma di diritto criminale, parte speciale*, 1897, III, p. 576. L'A. affermando che lo scandalo rappresenta una «parola diafana [che] si ripete spesso da molti senza che chi la usa concepisca nettamente la realtà che per la medesima vorrebbe rappresentare» e definendolo come «diceria rumorosa corsa attorno per un dato fatto», si chiede «ma questo scandalo è nato direttamente dall'incesto o è nato dal fatto di altri che vi sia intromesso? Se è nato direttamente dall'incesto perché la coppia impura abbia fatto spettacolo delle sue oscenità, io dico che il fatto deve essere punito, ma dico altresì che per punirlo non v'è bisogno di porre nel codice penale il titolo dell'incesto essendovi quello dell'oltraggio pubblico al pudore, del quale l'incestuosità può costituire un'aggravante. Se poi lo scandalo nasce dalla malignità dei vicini o delle comari che andavano riempiendo il vicinato dei loro sospetti, ripeto ancora una volta è più meritevole di punizione la malvagità di costoro […], non [è] conveniente spingere una inquisizione nelle domestiche mura per soddisfare il malanimo di un garrulo vicinato e dico che lo scandalo maggiore sarà il processo criminale».

familiare[134]. In definitiva, il pubblico scandalo si atteggerebbe come un predicato della condotta, una clausola di illiceità espressa, che denota l'area di rilevanza dell'incesto.

Di contro, si fa rilevare come nella fattispecie di cui all'art. 564 c.p., identificare lo scandalo come elemento costitutivo ed affermare che esso accentri l'offensività dell'illecito recherebbe con sé non poche difficoltà anche in considerazione del fatto che la norma non offre una specifica definizione della condotta incestuosa, demandata all'interprete. Precisamente, dal momento che lo scandalo rappresenta un fatto esterno, riflesso della condotta sull'opinione pubblica e difficilmente accertabile, leggendo la disposizione, si avverte l'impressione che il vero disvalore della condotta, in modo problematico, risieda nella qualità dei soggetti coinvolti avvinti dal vincolo di parentela, risultando l'attività sessuale di base del tutto lecita. Malgrado tali rilievi, in modo più coerente con il tenore letterale della disposizione, nell'ipotetica cartina al tornasole del disvalore dell'incesto, alla luce delle considerazioni effettuate probabilmente risulta più corretta l'interpretazione in chiave offensiva del pubblico scandalo, in luogo della condizione di punibilità che interverrebbe come strumento di bilanciamento tra un piano di interessi interno, la libertà di determinare la propria vicenda personale e familiare, e un piano d'interessi esterno, il controllo da parte dell'autorità pubblica sulla vita privata del cittadino. La condizione obiettiva di punibilità, per definizione, dovrebbe intervenire su un illecito perfettamente offensivo, presupposto questo difficilmente ravvisabile

[134] Si allude qui all'applicazione delle teoria dell'imputazione obiettiva, nate come correttivo delle tradizionali teorie della causalità. Questa teoria trova ampia applicazione con riferimento ai reati c.d. a forma libera, consentendo di distinguere le condotte penalmente rilevanti da quelle che non lo sono sulla base del criterio del "rischio socialmente consentito". Una simile valutazione potrebbe risultare utile ai fini della distinzione tra elementi essenziali ed elementi condizionali, laddove si consideri che in passato è stata avanzata l'applicazione della teoria causale dell'eliminazione mentale al tema delle condizioni di punibilità. Cfr. O. VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Studi senesi*, 1929, p. 77.

nell'incesto laddove si configuri quest'ultimo come una condotta di base neutra e di per sé irrilevante. Tale qualificazione, oltreché incoraggiata dal tenore letterale della disposizione, garantirebbe un adeguamento costante al diritto vivente di una norma che altrimenti rischierebbe di essere solo la cristallizzazione di una mentalità anacronistica e bigotta[135]. Del resto, si è discusso e si continua a discutere sull'attualità ed utilità della norma che sanzione l'incesto, ma, afferendo alla sfera dell'opportunità, tale scelta rientra nella sfera discrezionale del legislatore risultando sostanzialmente insindacabile. All'interprete non resta altro che tentare di fornire una lettura attuale ed in linea con il canone dell'offensività onde evitare che venga ridotta a mero strumento di polizia dei costumi.

3.2. Condizioni di punibilità, dolo specifico e pericolo

Guardando con attenzione alle fattispecie di reato richiamato nelle pagine precedenti, potrebbe risultare utile evidenziare la relazione spesso ricorrente tra condizioni di punibilità, dolo specifico e paradigma di pericolo, emersa proprio

[135] In dottrina non mancano le voci di Autori che affermano l'esigenza di una revisione critica della criminalizzazione dell'incesto, in considerazione dell'evoluzione sociale e culturale dell'odierna società. Per tutti, cfr. P. VIOLANTE, *Condizioni di punibilità*, cit., p. 588. L'A. rileva come «né sembra ai giorni nostri poter lo scandalo assumere rilevanza tale da divenire di per sé motivo di tutela penale», proponendo il mantenimento della tutela penale esclusivamente per le ipotesi di incesto che coinvolgono i minori ed auspicando quindi la creazione di nuove fattispecie aventi ad oggetto la congiunzione carnale in caso di rapporti sessuali tra ascendente e il minore. Un simile orientamento apprezzabile nelle premesse per via del disagio mostrato nel far dipendere la valutazione di illiceità di una condotta dal un elemento aleatorio quale lo scandalo, finisce per scontrarsi con la posizione mostrata dalla giurisprudenza interna ed internazionale. Recentissima è la pronuncia in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si esprime nel senso della compatibilità della sanzione penale dell'incesto con l'art. 8 CEDU, pur precisando che una simile tutela possa essere «…giustificata da molteplici finalità specifiche, tra cui la salvaguardia della famiglia, l'autodeterminazione e la salute pubblica». Viene così fornita un'interpretazione "autentica" del bene giuridico da tutelare: certamente non la buona reputazione della famiglia ma, un interesse all'integrità al patrimonio di valori (l'ordine familiare, la libertà sessuale e l'integrità genetica, per dell'eventuale prole nata da tale relazione) su cui la *turbatio sanguinis* avrebbe sicure ricadute. Guardando all'assetto normativo interno, pur mantenendo in vita la sanzione penale, il legislatore probabilmente potrebbe decidere di attivarsi conformando la disposizione dell'art. 564 c.p. ai canoni ermeneutici sanciti a livello internazionale per offrire una lettura "ragionevole" della norma in esame. Cfr. Corte E.D.U., sent. 12 aprile 2012, ric. n. 43574/08.

dall'analisi grammaticale e strutturale delle fattispecie condizionali[136]. Raffrontando le ipotesi descritte dagli artt. 424 c.p., 434 c.p., 641 c.p. e 388 c.p. è possibile notare che gli eventi condizionali si accompagnano alla presenza dello schema del pericolo, astratto o concreto, e del dolo specifico. Si tratta di tre istituti profondamente differenti per collocazione nella fattispecie e per compatibilità con il complesso sistema del diritto penale.

Il paradigma del pericolo, tradizionalmente contrapposto al danno, non richiede l'effettiva lesione del bene giuridico tutelato dalla norma, dal momento che l'idoneità offensiva della condotta e, di conseguenza, la meritevolezza della pena si attestano su un livello anticipato, quello della semplice esposizione a pericolo appunto. Di contro, tra le specie di dolo, quello specifico rappresenta una proiezione finalistica del soggetto e, pur essendo di natura soggettiva, rientra tra gli elementi costitutivi dell'illecito, senza che però risulti necessaria la concretizzazione del proposito criminoso.

Sebbene molto differenti ontologicamente, le fattispecie di pericolo, di frequente, recano la presenza di elementi apparentemente condizionali: basti pensare al pericolo dell'incendio nell'art. 424 c.p., al pericolo per la pubblica incolumità

[136] Dalla teoria generale risulta che il nostro legislatore, accanto ai reati di danno, i quali implicano l'effettiva lesione del bene giuridico, in linea con i crismi dell'ordinamento penale (primi fra tutti i principi di offensività e materialità), ha poi previsto talune fattispecie di pericolo, fondate su un'anticipazione di tutela. Tipico esempio di detta categoria è l'art. 424 c.p., che, in accordo alle prevalenti ricostruzione, contiene l'elemento condizionale. Dall'esame di tale norma si avverte l'impressione che con l'impiego delle condizioni di punibilità il legislatore abbia tentato di recuperare pregnanza oggettiva a fattispecie connotate dal paradigma del pericolo ovvero dalla presenza del dolo specifico. Innanzi ad una simile prospettiva occorre sottolineare non tanto il rischio di una «truffa delle etichette», quanto piuttosto un utilizzo delle condizioni di punibilità in funzione del canone dell'offensività. In tal senso potrebbe leggersi l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza del 17 luglio 2002, n. 354, ha dichiarato illegittimo il comma secondo dell'art. 688 c.p., perché integrante un'ipotesi inaccettabile di reato d'autore, nonché la previa opera di depenalizzazione condotta dal legislatore in relazione allo stesso art. 688 c.p., ormai punito con sanzione amministrativa. Dubbi altrettanto consistenti si rilevano da parte della dottrina circa la condotta descritta dall'art. 720 c.p., in relazione al quale si evince l'importanza del criterio assiologico nella comprensione delle condizioni di punibilità e la loro posizione rispetto al disvalore della condotta. E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 657

nell'art. 434 c.p., e al mancato adempimento del provvedimento del giudice o dell'obbligazione contratta rispettivamente negli artt. 388 c.p. e 641 c.p.

Vero è che l'anticipazione della tutela richiesta dalla costruzione in chiave di pericolo, non dovendosi attendere l'effettiva lesione del bene giuridico, e la previsione di una spiccata connotazione soggettiva, tipica del dolo specifico, comportino la necessità di recuperare un più saldo ancoraggio sul piano oggettivo[137]. Ma, dalla lettura delle citate norme, sembrerebbe che tale per compensare il *deficit* di oggettività di dette fattispecie, non completamente offensive o fondate sulla semplice caratterizzazione soggettiva, il legislatore abbia deciso di introdurvi elementi obiettivi e dall'incerta natura. Controverso è se gli eventi sopra citati si atteggiano a mere condizioni di punibilità, posticipando il momento dell'irrogazione della pena o se, invece, essi partecipino al disvalore della fattispecie, atteggiandosi ad elementi costitutivi dell'illecito. L'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica presenta non poche ripercussioni non solo circa il regime di operatività e la compatibilità con i principi penali di rilievo costituzionale, come più volte evidenziato, ma, a sua volta, consente di delineare l'essenza del fenomeno condizionale ed i suoi rapporti rispetto al disvalore della fattispecie. Occorre riflettere sulla possibilità logica ed ontologica di ravvisare una componente offensiva nelle condizioni di punibilità.

Sebbene la qualificazione giuridica dell'istituto sembri incoraggiare la soluzione della totale estraneità delle condizioni al disvalore del reato, la creazione dell'ampia categoria delle condizioni intrinseche condurrebbe ad esiti diversi. Eppure non

[137] L. PICOTTI, *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993; G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1993, p. 361 ss.; G. de VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 496 ss.; ID., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 93 ss.; M. DONINI, *teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 1999, p. 264 ss; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, p. 259 ss.

possono celarsi le perplessità generate da questa conclusione, specialmente se si considerano il dettato dell'art. 44 c.p., l'assenza di specificazione del regime causale ed il difficile rapporto con i canoni dell'offensività e della colpevolezza.

Andando a guardare le singole ipotesi di reato, in particolare l'art. 388 c.p. e l'art. 434 c.p., nella fattispecie di mancata esecuzione del provvedimento del giudice appare ben delineata la distinzione tra il piano del precetto e quello della punibilità, il primo relativo agli elementi costitutivi, il secondo inerente le condizioni di punibilità. Appartiene al primo la descrizione dei connotati fondamentali della condotta, ravvisabili nella presenza del dolo specifico del mancato adempimento, e nel compimento di atti connotati negativamente per via del loro carattere fraudolento ed artificioso. In presenza di tali requisiti, che garantiscono offensività e riferibilità soggettiva all'agente, risulta più semplice comprendere la natura condizionale assunta dalla mancata ottemperanza dell'ingiunzione del giudice. Quest'ultimo, innestandosi in un contesto ben tipizzato e fortemente offensivo, sembrerebbe maggiormente attinente al piano della punibilità, introducendo un elemento ulteriore da cui far dipendere l'innesco del meccanismo punitivo.

Ad esiti diversi condurrebbe l'analisi della fattispecie di cui all'art. 434 c.p., che presenta profili di complessità legati all'esatta portata della fattispecie ed in particolare dell'espressione «se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità». Solitamente il dibattito oscilla tra la ricostruzione in termini di evento del reato ovvero condizione obiettiva di punibilità intrinseca. Per quanto ispirate a ragioni di garanzia, attesa la necessaria conformità al principio di colpevolezza, nessuna delle soluzioni indicate pare pienamente soddisfacente: alla ricostruzione in termini di evento sembrano ostare anzitutto l'espressione impersonale adottata dal legislatore, nonché la nozione stessa di disastro, che prevede come componente

necessaria la proiezione teleologica del pericolo nei confronti della collettività. Il riferimento esplicito al pericolo pare atteggiarsi a coordinata ermeneutica che, in fase di accertamento, consente di selezionare gli "atti diretti" effettivamente rilevanti ai fini dell'integrazione del reato. In qualità di filtro delle condotte l'espressione "se dal fatto" favorisce l'assimilazione al funzionamento della condizione di punibilità intrinseca dal momento che, lasciando da parte i dubbi sulla stessa configurabilità della categoria in sé, l'arretramento di tutela previsto dal primo comma dell'art. 434 c.p. che non sia accompagnato da una potenzialità lesiva risulterebbe non meritevole di sanzione, ancor prima che non bisognoso di pena. Ad essere precisi, data l'afferenza al piano del disvalore complessivo della fattispecie, si ha quasi l'impressione che la formula impiegata nei reati contro l'incolumità pubblica recuperi la vecchia categoria delle condizioni di esistenza del reato, che, a differenza delle condizioni di punibilità, non intervengono semplicemente ad attualizzare la risposta punitiva, ma attengono direttamente ai rapporti tra tipicità ed offensività, escludendo tutte quelle condotte che non risultino idonee neppure a scalfire il bene giuridico oggetto di tutela[138].

Ad esiti differenti si giungerebbe applicando tale ragionamento alla fattispecie di cui all'art. 641 c.p., in cui risulta problematica la qualificazione del mancato adempimento dell'obbligazione contratta con il proposito di non assolvervi. Il tenore letterale della disposizione, interamente incentrato sulla dissimulazione del

[138] Ravvisare nel pericolo per la pubblica incolumità l'evento di pericolo dell'art. 434 c.p. si giungerebbe a notevoli paradossi: si imporrebbe la verifica della volontà e coscienza del pericolo per la pubblica incolumità, verifica non richiesta nella meno frequente ipotesi del secondo comma, per cui risulta sufficiente la coscienza e la volontà del crollo o disastro in sé. Strutturalmente, il disastro si configura come un elemento normativo a doppio parametro, in quanto fondato su di un referente materiale (evento di danno: modificazione materiale di cose) e su di una proiezione teleologica (pericolo per la vita, l'incolumità fisica o la salute di una pluralità indeterminata di persone): Così A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale* (a cura di C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro), Milano, 2008, p. 469 ss.

proprio stato di insolvenza e sul proposito dell'inadempimento, incoraggerebbe una qualificazione in termini di condizione obiettiva di punibilità; occorre verificare che detta soluzione trovi conferma sulla scorta delle considerazioni di ordine sistematico e valoriale. Malgrado la presenza della formula "è punibile qualora", per espressa previsione normativa il mancato adempimento dell'obbligazione risulta eziologicamente riconducibile alla condotta decettiva dell'agente, al pari di quanto avviene per gli eventi del reato[139]. Malgrado ciò, la riconduzione alla categoria degli elementi essenziali desta non poche perplessità, come dimostra anzitutto il rilievo sistematico contenuto del secondo comma dello stesso articolo 641 c.p. Quest'ultimo prevede la possibilità per l'agente di adempiere anche tardivamente l'obbligazione, purché avvenga prima della condanna; sebbene la norma faccia esplicito riferimento all'estinzione del reato, si ritiene che tale previsione rappresenti la rinuncia alla pretesa punitiva per motivi di opportunità di politica criminale[140]. Stessi motivi di opportunità che potrebbero aver indotto il legislatore a ritardare la punibilità, subordinandola al verificarsi della condizione obiettiva negativa dell'inadempimento. Anche dal punto di vista assiologico risulta poco convincente la tesi di chi ritiene il mancato pagamento dell'obbligazione

[139] P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria* cit., p. 50 ss.

[140] La fattispecie di insolvenza fraudolenta continua a destare molteplici perplessità, sia in relazione alla utilità del suo mantenimento nell'attuale sistema di tutela penale, sia in relazione alla struttura. In accordo ad un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, il momento fondamentale del delitto di insolvenza fraudolenta va ravvisato nella dissimulazione dello stato di insolvenza, che deve sussistere nel momento in cui l'agente contrae l'obbligazione. Che l'offensività risieda nel complesso di artifici posti in essere dal debitore per celare la propria condizione di insolvenza viene dimostrato dal fatto che non potrebbe dirsi integrata la fattispecie laddove l'inadempimento sia frutto di uno stato d'insolvenza, ancorché preordinato e imputabile al debitore, che sia però soltanto sopravvenuto. Così Corte Cass., sent. 9 luglio 2014, n. 30022 e sent. 17 febbraio 2015, n. 6847. Interessante risulta notare che il mancato adempimento rappresenterebbe una condizione di punibilità costruita in negativo, modello che non rappresenta un *unicum* all'interno dell'ordinamento, come dimostra la fattispecie di omessa bonifica *ex* art. 452-*terdecies*. Nel senso di condizione obiettiva di punibilità, seppur intrinseca, cfr. C. RUGA-RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 223. In tema di insolvenza fraudolenta v., L. FERLA, *I reati contro il patrimonio*, in AA. VV. *Diritto penale: Parte speciale. Volume II. Tutela penale del patrimonio* (a cura di D. PULITANÓ), Torino, 2013, p. 123 ss.; G. AZZALI, voce *Insolvenza fraudolenta*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, p. 200.

necessario per l'esistenza del reato, per cui venendo a mancare il primo elemento, lo stesso illecito non presenterebbe alcuna ragion d'esistere. L'inadempimento, elemento normativo tratto dal diritto civile, rappresenta un concetto penalmente neutro, difficilmente idoneo a conferire disvalore alla fattispecie, traendo esso stesso il proprio disvalore dalle particolari connotazioni che qualificano dalla condotta: carattere fraudolento della dissimulazione dello stato d'insolvenza e fine di inadempimento. In tal senso dispone la stessa lettera della norma che sanziona l'insolvenza connotata da modalità fraudolente; anche a voler affermare la necessità di fornire una consistenza offensiva ad una fattispecie che, diversamente, risulterebbe costruita su un semplice contegno, pur fraudolento, e su di un proposito confinato nella sfera interiore, rischierebbe di rappresentare un'inaccettabile forzatura. L'eventuale *vulnus* di disvalore dell'intera fattispecie risulterebbe censurabile alla luce del principio di offensività e comunque difficilmente potrebbe predicarsi la sufficienza dell'elemento condizionale a colmare detta carenza[141].

4. La fattispecie condizionata ed il principio di offensività

Le condizioni obiettive di punibilità tradizionalmente vengono analizzate alla luce dei principi di legalità, per via della relazione con l'esercizio dell'azione penale, e di colpevolezza, per via del regime obiettivo di funzionamento[142]. A ben riflettere,

[141] Nel paragrafo in questione si fa riferimento alle condizioni obiettive di punibilità estrinseche, disciplinate dall'art. 44 c.p. Un diverso discorso andrebbe condotto per le c.d. condizioni intrinseche, assimilabili alla risalente categoria delle condizioni di esistenza del reato, previste originariamente nell'art. 47 del progetto preliminare del codice penale e poi soppresse, almeno formalmente. Nel capitolo terzo di tenterà la ricostruzione, storica e ontologica, delle condizioni di esistenza al fine di comprendere la loro configurabilità all'interno dell'attuale assetto codicistico ed eventualmente il loro regime. Cfr. A. ROCCO, *Relazione preliminare al codice penale, sub Art. 47,* cit. p. 89.

[142] Nulla anticipando sulla relazione con il principio di colpevolezza, cui s'incentra il successivo capitolo, sul principio di legalità possono risultare utili talune specificazione. Come noto, il principio di legalità, diretta esplicazione de principio di separazione dei poteri, rappresenta una garanzia fondamentale per il cittadino rispetto all'esercizio del magistero punitivo. Constando di diverse articolazioni - riserva di legge, tassatività e divieto di retroattività delle nuove incriminazioni – detto principio offre una tutela rafforzata dalle ingerenze del potere esecutivo, dagli eventuali abusi perpetrati dello stesso legislatore con le introduzioni di incriminazioni c.d. di scopo, ed in ultimo

il fenomeno condizionale potrebbe presentare notevoli interferenze con il principio di offensività, altro caposaldo dell'attuale sistema penale. Fondamento e limite per il legislatore e per l'interprete, il principio di offensività garantisce ed impone l'ancoraggio delle norme penali alla lesione di un interesse preesistente ed esterno rispetto al piano formale della norma, conferendovi effettività e scongiurando l'emersione di un diritto penale dell'obbedienza ovvero d'autore[143]. Momento centrale di una fattispecie autenticamente offensiva va ravvisato nel disvalore oggettivo d'evento che connota l'illecito, delimitandone il potenziale lesivo attraverso l'individuazione del bene giuridico e della modalità di lesione dello

dalle interpretazioni creative del potere giudiziario. Le condizioni obiettive di punibilità presentano una doppia implicazione, positiva e negativa, rispetto al principio di legalità dal momento che storicamente sono state qualificate come strumento di esplicazione dell'obbligatorietà dell'azione penale. Parimenti, non possono celarsi gli eventuali profili di frizione rispetto al principio di legalità nella misura in cui il legislatore non ha determinato con sufficienza i connotati del fenomeno condizionale, demandando all'interprete l'individuazione dei criteri distintivi rispetto agli elementi essenziali e, quindi, legittimando l'adozione di soluzioni interpretative di volta in volta differenti. Ne deriva che competente ad effettuare l'interpretazione di un elemento e stabilire la portata di una data incriminazione risulta il giudice e non invece il legislatore con una rilevante ripercussione sulla prevedibilità ed accessibilità del precetto. Sul principio di legalità v. AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"* (C.E. Paliero, S. Moccia, G,A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato a cura di), Napoli, 2016; A. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione: Le strutture del diritto penale*, 2016, Torino, p. 58 ss.; F. PALAZZO, *Corso*, cit. p. 91 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalit*à, 2014, Torino, p. 39 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale*, p. 35 ss., G. de VERO, *Corso*, cit., p. 103; T. PADOVANI, *Corso*, cit., p. 17 ss;, M. SBRICCOLI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, Milano, p. 10 ss., G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. giur.*, Ann. XXVIII, 1978, p. 950, A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, 1961, p. 660.

[143] Nel diritto penale, secondo insegnamento consolidato della Corte di Cassazione, l'offensività si atteggia tanto a criterio guida del legislatore in fase di redazione del precetto penale, quanto a canone ermeneutico dell'interprete in fase di applicazione della norma penale. Autenticamente offensiva si rileva quella disposizione posta a presidio di un bene giuridico preesistente ed effettivo, che rechi in sé un autentico disvalore, scongiurandole derive soggettivistiche del diritto penale, quali il diritto penale dell'ubbidienza. Per un'approfondita analisi del principio di offensività, sul suo fondamento e sulla sua funzione, D. PULITANÓ, voce *Offensività (principio di)*, in *Enc. Giur.*, Ann. II, 2015, p. 666 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, p. 6 ss.; v. G de VERO, *Corso di diritto penale*², Torino 2012, p. 118 ss,; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora sui limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim.*, 2011, p. 43; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, IV, p. 477 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 279 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977.

stesso, secondo un paradigma a forma libera ovvero vincolata[144]. In tal senso, come si è evidenziato nei paragrafi precedenti, significativi all'interno della fattispecie risultano quegli elementi in grado di apportare il proprio contributo alla lesione del bene giuridico che la norma mira a tutelare, anche solo approfondendola, riverberandosi pertanto sulla determinazione del trattamento sanzionatorio[145]. A tale categoria risultano riconducibili gli elementi essenziali – condotta ed evento – nonché le circostanze del reato, in particolare quelle aggravanti, idonee a determinare un incremento di pena in ragione della loro idoneità lesiva. Del resto, la particolare natura delle aggravanti si riflette sul regime d'imputazione delle stesse, su cui è intervenuta la riforma del 1990, che ha segnato il passaggio dal regime oggettivo a quello soggettivo, richiedendo una più saldo legame soggettivo con l'agente.

Tali premesse inducono ad interrogarsi sul rapporto tra condizioni obiettive di punibilità ed offensività, attesa l'incerta natura dell'istituto condizionale e considerato che l'evento condizionale, per le ragioni sopra esposte, difficilmente risulta annoverabile tra gli elementi essenziali del reato almeno nella "variante"

[144] A tracciare il disvalore della fattispecie intervengono il disvalore oggettivo d'evento ed il disvalore soggettivo d'azione, identificabili nel pregiudizio, naturalistico ovvero giuridico, sotteso all'illecito penale e la riferibilità psichica dello stesso all'agente. Un ruolo fondamentale, tuttavia, assume anche il disvalore oggettivo d'azione che consente di selezionare le modalità della condotta autenticamente lesive anche in relazione alle fattispecie c.d. a forma libera, senza una predeterminazione dei connotati dell'aggressione al bene giuridico. Di contro, nei reati a forma vincolata, per l'integrazione dell'illecito, occorre che esso si manifesti con le stesse modalità tipizzate dal legislatore. Per una differenza tra reati a forma libera e reati a forma vincolata per tutti, v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale* cit. p. 184 ss.

[145] Nel novero degli elementi significativi risultano riconducibili tanto i c.d. *essentialia delicti*, condotta, evento e nesso, quanto ulteriori elementi, tra cui le circostanze del reato, idonee ad incidere sul computo della pena da irrogare. Proprio in tema di circostanze del reato, la Corte Costituzionale nel 2010 ha pronunciato la illegittimità dell'aggravante di clandestinità per difetto di offensività poiché basata sulla sola qualità soggettiva del reo e priva di un sostrato oggettivo ed assiologico. In considerazione dell'incidenza sulla libertà personale del diritto penale, la Corte costituzionale ha precisato che in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante». Così Corte Cost., sent. 8 giugno 2010, n. 249.

estrinseca tracciata direttamente dall'art. 44 c.p.; quest'ultima, in accordo alla prevalente ricostruzione, non contribuisce a comporre il disvalore della fattispecie, potendo condizionare esclusivamente il funzionamento della sanzione. Diversamente sembrano atteggiarsi le condizioni di punibilità c.d. intrinseche, in relazione alle quali, seppur frettolosamente ma con l'ausilio dell'argomentazione storica, si è avanzata la tesi della sovrapponibilità rispetto alla figura delle condizioni di esistenza del reato, diversificate dalle condizioni obiettive di punibilità nelle intenzioni originarie del legislatore per poi essere unificate sotto il profilo nominalistico e della disciplina nella versione definitiva del codice: soluzione, questa, non più compatibile con l'attuale configurazione del principio di colpevolezza per via del regime oggettivo previsto dall'art. 44 c.p.

Fatta tale premessa, al di là della problematica implicazione rispetto al principio di colpevolezza e della fondatezza della distinzione tra condizioni intrinseche ed estrinseche, occorre riflettere sulla relazione logica ed ontologica tra il principio di offensività e le condizioni di punibilità, vale a dire se risulti possibile che l'offesa al bene giuridico si concentri su di un elemento per definizione futuro, incerto, per certi versi imprevedibile ed in molti casi identificabile nel fatto di terzi[146]. La risposta non può che riverberarsi sul rapporto tra l'istituto condizionale e gli *essentialia delicti*, evidenziando la necessità o meno di tracciarne la distinzione e differenziarne il regime onde evitare una loro indebita sovrapposizione. A dimostrazione delle conseguenze della distinzione può richiamarsi le fattispecie di incendio di cui all'art. 423 c.p.: una medesima espressione, la derivazione del pericolo per la collettività, viene intesa come elemento essenziale ovvero

[146] Nel prossimo capitolo si affronterà in modo diffuso il tema della distinzione tra condizioni intrinseche ed estrinseche, che presentano, almeno formalmente, la medesima radice nell'art. 44 c.p.

condizione di punibilità. La diversa qualificazione discende dalla necessità di approfondire il disvalore della condotta di incendio di cosa propria, il cui nucleo s'identifica nell'esercizio di una legittima facoltà del proprietario. Pertanto, nella fattispecie di incendio di cosa propria il pregiudizio per la pubblica incolumità costituisce elemento essenziale, mentre nell'incendio di cosa comune esso rappresenta una semplice condizione obiettiva di punibilità. Ne consegue che, nell'esempio appena descritto, proprio il grado di offensività si porrebbe a fondamento del diverso inquadramento delle condizioni di punibilità rispetto agli elementi essenziali[147].

Il rischio che si vuole evitare è quello di un'ingiustificata "truffa delle etichette" che induca a qualificare una condizione di punibilità come elemento essenziale al fine di colmare il vuoto di offensività che di base affligge la fattispecie. Invero, come si è tentato di mettere in luce, in talune ipotesi la differenza tra condizione di punibilità ed elemento essenziale risponde alla necessità pratica di conferire ulteriore offensività ad un illecito che, altrimenti, risulterebbe scarsamente lesivo. Ad arginare tale operazione interpretativa, metodologicamente discutibile, intervengono i numerosi limiti individuati da dottrina e giurisprudenza relativi al corretto modo di declinare il principio di offensività. Il citato principio può essere definito in positivo come la relazione che intercorre tra fatto e bene giuridico, un legame potenziale o attuale a seconda che si faccia riferimento allo schema del danno ovvero del pericolo, implicando una connessione qualificata tra le diverse componenti del reato ed il bene giuridico. In negativo, esso non può consistere in particolari *status* o qualità personali dell'agente[148], come l'aver riportato una

[147] Cfr. quanto detto nel paragrafo precedente in tema di i reati contro l'incolumità pubblica di cui al titolo VI e di insolvenza fraudolenta.

[148] In tema di offensività delle fattispecie di diritto penale fondamentale è risultato il contributo della Corte Costituzionale, come si evince dalla lettura delle sentenze del 10 luglio 2002 n. 354 e della

precedente condanna o l'essere stato destinatario di un qualche provvedimento da parte dell'autorità. Ragionando in questi termini, potrebbe fornirsi una risposta all'incerta qualificazione della dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta, in relazione alla quale difficilmente potrebbe affermarsi la "significatività": rinviando l'approfondimento del tema ad un successivo capitolo, basta qui riflettere sul carattere doppiamente estrinseco della dichiarazione, di solito sollecitata dai creditori e sempre pronunciata dall'autorità giudiziaria. Parimenti, valorizzando la definizione dell'offensività in termini di relazione qualificata con il bene giuridico potrebbe fornirsi un sostegno alla tesi che ravvisa una condizione di punibilità nel mancato adempimento dell'obbligazione di cui all'art. 641 c.p. Sebbene si leghi strettamente alla condizione di insolvenza ed al proposito inadempiente, il mancato pagamento dell'obbligazione rimane pur sempre un fatto giuridicamente neutro, sicché, venendo a mancare la connotazione fraudolenta, verrebbe esclusa la rilevanza del semplice inadempimento. Così ragionando, tanto la declaratoria di fallimento nel reato di bancarotta che l'inadempimento nell'insolvenza fraudolenta pare che contribuiscano a selezionare le offese anziché fondarle, atteggiandosi quindi a condizioni di punibilità, inidonee a conferire offensività alla fattispecie, e non ad elementi costitutivi.

citata sentenza dell'8 luglio 2010 n. 249: la prima ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 688, comma secondo, c.p., che puniva con l'arresto il reato di ubriachezza, se commesso da chi aveva già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale; la seconda ha censurato l'aggravante di clandestinità, introdotta dall'art. 61, numero 11-*bis*, c.p. Dette norme risultavano illegittime perché connotate da intrinseca irrazionalità e lesive del principio di offensività in quanto fondate su condizioni personali del reo, come l'aver riportato una precedente condanna ovvero il possesso di un determinato *status*, quale la clandestinità. Ragionando in questi termini, gli elementi consistenti in qualità personali dell'agente non risulterebbero idonei a conferire offensività e difficilmente potrebbero integrare *essentialia delicti*. Applicando tale conclusione alla fattispecie di bancarotta pre-fallimentare non sembrerebbe forzato affermare che la declaratoria di fallimento, rappresentando uno *status* dell'agente, non integri un elemento costitutivo del delitto, quanto una componente accidentale, una condizione appunto. Orientamento, questo, accolto dalla più recente giurisprudenza: cfr. Corte Cass., sent. 8.02.2016 n. 36386.

Ritornano, in definitiva, le perplessità enunciate ad inizio paragrafo circa la compatibilità strutturale tra principio di offensività e condizioni di punibilità, almeno quelle estrinseche, che si connotano per l'incertezza ed imprevedibilità, sottraendosi quasi completamente al controllo ed alla volontà dell'agente, in linea con il precetto dell'art. 44 c.p.

4. Alcune considerazioni provvisorie

La necessità di fronteggiare l'incertezza derivante dalla distinzione tra condizione di punibilità ed elementi essenziali ha indotto gli studiosi ad elaborare la molteplicità di criteri discretivi passati in rassegna nelle pagine precedenti; la pratica, tuttavia, ha mostrato come ciascuno di essi, seppur necessario, da solo risulta insufficiente a risolvere completamente le perplessità interpretative. Pertanto, facendo applicazione dei canoni della buona e corretta interpretazione, si rivela proficuo l'impiego congiunto dei diversi criteri, in modo da valorizzarne le potenzialità individuali e colmare i rispettivi evidenti limiti[149].

Quando l'utilizzo delle rituali formule introduttive condizionali si scontra, vanificando la propria portata, con una costruzione di per sé condizionale della norma, è alla struttura della fattispecie che ci si rivolge. Ma anche in questo caso, sebbene imprescindibile si rivelino l'analisi strutturale della disposizione e la sua collocazione nel sistema, ci si trova in una zona in cui la linea dell'incertezza supera quella della certezza: tale risulta il dubbio, a tutt'oggi non fugato, sul significato da attribuire all'«anche se» di cui all'art. 44 c.p. e che inevitabilmente si riverbera sul tipo di legame che deve (o non deve) sussistere tra l'evento condizionale e la

[149] Così G. PANEBIANCO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, cit. p. 262.

condotta[150]. Pertanto anche quest'ultima soluzione interpretativa si rivela di per sé incompleta, se non fuorviante, dal momento che rischia di appiattire le peculiarità delle condizioni obiettive di punibilità sul semplice meccanismo d'imputazione obiettiva, senza comprenderne appieno la loro ampia ed innovativa portata e anzi rendendole quasi indistinguibili da fattispecie finitime quali i reati aggravati da evento[151].

Per una corretta comprensione del fenomeno condizionale non si può prescindere da un'ermeneutica in grado di mettere costantemente in contatto la dimensione formale, il piano della lettera, e la dimensione sostanziale, il piano dell'interesse, sebbene tutto ciò non sia ancora in grado di garantire "univocità" di risultati interpretativi, rendendosi indispensabile un'ulteriore indagine chiarificatrice circa la funzione svolta dall'istituto condizionale, nonché la sua unitarietà interna.

---

[150] Con tale affermazione si allude al tentativo, ampiamente sperimentato in dottrina, di spiegare il fenomeno condizionale, anche al fine di differenziarlo dagli elementi essenziali, sulla base del semplice riferimento al legame causale rispetto alla condotta. Malgrado gli sforzi teorici apprezzabilissimi dal punto di vista formale, tali approdi interpretativi, come si evince dalla predetta analisi circa l'insufficienza dei criteri discretivi *uti singuli*, non si rivelano sufficienti a ricondurre ad unità l'eterogeneità del fenomeno condizionale. Rinvenendo nel semplice regime dell'obiettività la peculiarità delle c.o.p. si finisce per frustrare l'"autonomia funzionale" di un istituto che presenta molteplici potenzialità applicative. In tal senso, occorre superare la prospettiva strutturale per approdare alla dimensione assiologia (*rectius*: funzionale) delle condizioni di punibilità come "filtro selettivo". Così Corte Cost. nella sentenza 16 maggio 1989, n. 247, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 834). Sul tema si veda più diffusamente il primo capitolo.

[151] Buona parte della dottrina si limita a spiegare il fenomeno delle condizioni obiettive di punibilità semplicemente sulla base del regime d'imputazione che, appunto, prescinde dall'ordinaria imputazione psicologica; ciò, tuttavia, equivale a limitare la prospettiva di analisi alla sola dimensione formale - strutturale, che, come visto in precedenza, risulta parziale ed insufficiente. Pertanto si potrebbe avanzare qui una nuova interpretazione dell'art. 44 c.p. che valorizzi maggiormente la prospettiva funzionale-assiologica delle c.o.p. per l'interpretazione dell'«anche se l'evento […] non è da lui voluto». Si è iniziato il presente capitolo con un riferimento alla disciplina dell'errore come terreno di evidenziazione della distinzione tra elementi essenziali ed elementi condizionali e, come in una *ringcomposition*, all'errore si ritorna a conclusione; l'art. 83 c.p. dedicato all'*aberratio ictus* presenta una formula apparentemente analoga a quella suddetta – esattamente «il colpevole risponde […] dell'evento non voluto», ma il regime sanzionatorio per esso previsto dal legislatore era (ed è) ovviamente diverso perché diversa è la natura dei due eventi, evento del reato in senso nell'art. 83 c.p. ed evento condizionante nell'art. 44 c.p., e dunque la loro funzione, sebbene entrambe le ipotesi facciano difetto della volontà. Ciò dunque dimostra che insistendo sul solo criterio dell'obiettività delle condizioni si finirebbe per compiere un'inaccettabile inversione logica per cui «Non è dal difetto delle relazioni oggettive e soggettive (causalità e volontà) che dobbiamo ricavare l'estrinsecità al fatto di un elemento che si caratterizza come c.o.p., ma è invece proprio dall'estraneità alla materia dell'offesa che dobbiamo dedurre l'irrilevanza delle cennate relazioni rispetto alle condizioni di punibilità»: F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 47.

In effetti, in ordine alla unitarietà del fenomeno condizionale, vanno evidenziati il carattere compromissorio dell'art. 44 c.p. e l'incertezza sulla sua effettiva collocazione rispetto alla fattispecie di reato, tali per cui le condizioni di punibilità si atteggiano ad istituto a "geometria variabile", come fra l'altro dimostra la pretesa esistenza della bipartizione tra condizioni intrinseche ed estrinseche, e rischiano di perdere autonoma consistenza dando vita ad un *aliud pro alio* con gli elementi essenziali.

A complicare l'opera interpretativa e lo sforzo di rinvenire canoni ermeneutici idonei a delineare in modo accettabile la demarcazione tra condizioni di punibilità ed elementi essenziali del reato sono intervenute talune elaborazioni dottrinali, che tendono ad allontanarle dall'orbita del reato doloso per attrarle a quella del reato colposo. Tale ricostruzione risposa evidentemente sull'incompatibilità dell'«anche se da lui non voluto» con l'imputazione dolosa e con la sua vicinanza a quella colposa in cui l'evento non è voluto dall'agente[152]. Nel tentativo di individuare una concezione unitaria della colpevolezza, parte della dottrina ha ritenuto di ricondurre

[152] Il riferimento è qui ai criteri, formale-strutturale e sostanziale-teleologico, elaborati dalla dottrina, prevalentemente, per fondare e tracciare la differenza tra elementi condizionali ed elementi essenziali. Nonostante tali criteri, l'incertezza qualificatoria persiste in modo considerevole anzitutto perché alimentata dalla pretesa esistenza di condizioni intrinseche di punibilità, afferenti la lesione del bene protetto dalla norma penale. Inoltre una posizione dottrinale, ormai minoritaria e risalente, portata in auge da talune pronunce della giurisprudenza, ha incoraggiato la costruzione degli eventi colposi in chiave di condizione di punibilità. Cfr., per tutti, O. VANNINI, *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. pen*., 1930, p. 1025. L'A. si rifà alla dottrina tedesca, secondo cui il reato colposo consisterebbe nella «trasgressione intenzionale di un divieto di azioni pericolose, le quali sono minacciate da pena non già di per sé stesse, bensì soltanto sotto la condizione del sopravvenire di certe conseguenze»: così A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1951, p. 85. Ciò dunque condurrebbe ad una sospensione della pena e non dell'illecito per cui l'azione conserverebbe la contrarietà al diritto ma, ricadrebbe sotto la pena solo a condizione del prodursi di un dato effetto giuridico. Per la giurisprudenziali, cfr., per tutte, Cass., 12 luglio 1991, in *Foro it*., 1992, p. 366. Tale assimilazione risulterebbe supportata dal dettato dell'art. 43 c.p. per cui si definisce colposo il reato il cui l'evento, anche se preveduto non è voluto dall'agente. Tuttavia, sebbene la colpa integri un criterio d'imputazione c.d. normativo, la semplice assenza di volontà non risulta sufficiente a giustificare l'assimilazione tra condizione di punibilità ed evento colposo. Nell'illecito colposo, la lesione del bene tutelando rappresenta la conseguenza e la concretizzazione della violazione di determinate e ben individuate regole cautelari, secondo lo schema della c.d. causalità della colpa. Tale legame difficilmente potrebbe ravvisare rispetto alle condizioni obiettive di punibilità in senso stretto. In questo senso, per tutti, A. PAGLIARO, *Il reato* cit., p. 121.

anche la colpa ad una volontà, quella del fatto pericoloso, subordinando la punibilità al verificarsi del fatto lesivo: per tale sospensione "condizionale" della punibilità, l'evento colposo è stato assimilato al *modus operandi* delle condizioni di punibilità. Un simile orientamento, sorto come espressione delle teorie imperativiste del diritto e dunque risalenti, ha conosciuto una fase di nuovo vigore in talune pronunce della giurisprudenza, ma nonostante le soluzioni ermeneutiche proposte, esso non può sicuramente accettarsi[153].

A precludere la suddetta soluzione non interviene semplicemente la causalità materiale che, nel caso delle condizioni di punibilità, come si è evidenziato precedentemente, non rappresenta un criterio decisivo per la loro identificazione e che nei reati colposi si atteggia in modo peculiare, quanto piuttosto lo specifico significato che l'evento assume all'interno dell'illecito colposo[154]. Esso infatti appare incentrato su una "relazione qualificata" tra la condotta e le norme definite

[153] Sul punto in modo molto critico si pone P. P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità* cit., p.1139, il quale denuncia nell'atteggiamento della giurisprudenza «di non saper resistere alla tentazione di far uso dell'aumento del rischio togliendo spazio ad un eventuale giudizio di evitabilità del danno *ex post* e di accontentarsi di punire in base al mero pronostico che il comportamento diligente del medico avrebbe comportato la diminuzione del rischio di verificazione dell'evento».

[154] G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo, colpa*, Palermo, 1939, p. 89, secondo il quale la negligenza rappresenta una categoria relazionale che non può determinarsi in sé stessa, ma va rapportata all'evento cui dà luogo. Tale conclusione viene confermata anche da A. PAGLIARO, *op. cit*., p. 317. Secondo il citato A. «l'evento nel delitto colposo, pur rimanendo estraneo all'azione illecita, opera come un momento essenziale per la determinazione del contenuto di questa: e ciò contrasta in pieno con le condizioni obiettive di punibilità, che mancano di ogni idoneità ad influire sul significato dell'azione. Tanto è vero che il significato della condotta illecita rimane identico sia nel verificarsi della condizione che nell'assenza di essa». Per una piena comprensione del rapporto tra reato colposo - oggi non più semplicemente riducibile al rango di "fratello minore" del reato doloso, ma divenuto autentico caposaldo dell'attuale sistema penale - non è possibile prescindere da valutazioni attinenti la colpevolezza e che per tanto si riprenderanno nel capitolo ad essa dedicato. In questa sede basta sottolineare i rischi insiti nell'imputazione colposa di un ritorno alla responsabilità in base al criterio del *versari in re illicita*, oggi incompatibile con gli approdi in tema di colpevolezza. Oggetto di ampie critiche da parte della dottrina si rivela il ricorso alla teoria dell'aumento del rischio, come fondamento della responsabilità colposa, che, facilmente potrebbe tradursi in un'ipotesi di "responsabilità oggettiva occulta". Ad esiti diversi si arriverebbe configurando l'evento colposo come la risultante. Cfr, per tutti, P. P. EMANUELE, *op. cit*., pp. 1147 ss.

appunto “cautelari”, la cui osservanza avrebbe dovuto impedire la verificazione dell’evento[155].

Lasciando da parte le considerazioni generali sulla qualificazione della colpa come criterio d’imputazione normativa e non meramente psicologica, nell’illecito colposo la previsione dell’evento, oltre a far parte del “tipo” di reato, non attiene unicamente al meccanismo sanzionatorio, sancendo l’applicabilità/inapplicabilità in concreto della pena, ma interviene “attualizzando e qualificando” una lesione che già in potenza si concentra nella violazione di regole di cautela e che però, anche per esigenze di conformità al principio di materialità ed offensività, necessita di essere tradotta in atto[156].

Le riflessioni da ultimo svolte si propongono di costituire ulteriore riprova della diversità intercorrente tra elemento essenziale (*rectius*: evento del reato) - sia esso di reato doloso o colposo - ed elemento condizionale: una distanza che va rinvenuta anzitutto sul piano del significato, dunque della funzione, da attribuire a ciascun

[155] Si tratta della c.d. causalità della colpa, secondo la quale «l’evento di fatto cagionato deve appartenere al “tipo” di quelli che la norma di condotta mirava a prevenire. Ove così non fosse, la responsabilità colposa si ridurrebbe a mera responsabilità oggettiva basata sul semplice nesso di causalità materiale». Così, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 560, Fra l’altro non si possono di certo nascondere le peculiarità su cui si costruisce l’imputazione colposa che, in modo parzialmente diverso da quanto sostenuto da G. MUSOTTO (*ut supra*, nota 140), afferisce a contesti di attività tendenzialmente lecite ma potenzialmente rischiose: pertanto, laddove si affermasse l’assenza di qualsivoglia connessione di rischio tra condotta ed evento si rischierebbe di sanzionare condotte “inoffensive”. Sulla struttura del reato colposo e sulla causalità della colpa v. C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa* (a cura di R. Bartoli), Firenze, 2010, p. 520 ss.; L. RISICATO, *La colpa*, in AA. VV. *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, in *Trattato Teorico/pratico di diritto penale* (a cura di F. Palazzo - C. E. Paliero), Torino, 2010, p. 209 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 5 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave", alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 501 ss.; D. PULITANÓ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

[156] Il riferimento alla concretizzazione dello scopo della norma cautelare consente, a sua volta, di differenziare l’evento nei reati colposi rispetto alle condizioni obiettive di punibilità intrinseche, le quali svolgono il ruolo di attualizzare e approfondire l’offesa. Circa l’esistenza di quest’ultime non si riscontra univocità di vedute in dottrina per via della dubbia compatibilità con il principio di colpevolezza: ammettendo la loro funzione di “qualificazione ed attualizzazione dell’offesa” non sarebbe possibile mantenere un regime oggettivo, dovendo le stesse soggiacere al canone della personalità.

elemento, nel pieno rispetto dei canoni fondanti l'incriminazione penale. In fondo, il piano del rispetto dei principi rappresenta il terreno in cui si rinviene la differenza tra condizioni di punibilità e l'evento dei reati aggravati, che rappresentando una progressione dell'offesa, implicano un incremento sanzionatorio e richiedono un'imputazione conforme al canone della colpevolezza. Proprio la conformità a quest'ultimo principio si assume rappresentare il limite più rilevante alla permanenza delle condizioni di punibilità, specialmente intrinseche, nell'attuale sistema penale. Eppure tale obiezione potrebbe essere ridimensionata notevolmente laddove si recuperi una risalente categoria, quella delle condizioni di esistenza e se ne affermi la diversità rispetto alle condizioni di punibilità, elementi oggi non sovrapponibili attesa l'autonomia del momento dell'irrogazione della pena rispetto al piano dell'illecito.

Una possibile soluzione di sintesi potrebbe ravvisarsi nell'ammettere il regime oggettivo dell'art. 44 c.p. solo per le condizioni estrinseche, caratterizzate dall'assenza di offensività in quanto traduzione di motivi di opportunità al pari delle cause di non punibilità in senso stretto e ricondurre quelle intrinseche alle condizioni di esistenza che, incidendo sul momento valoriale verrebbero assoggettate al canone della colpevolezza, al pari degli *essentialia delicti*.

La possibilità giuridica e l'opportunità di ricorrere a tale ricostruzione, l'aderenza al principio di colpevolezza e la funzione delle condizioni di punibilità occuperanno la trattazione del prossimo capitolo.

CAPITOLO III

LE CONDIZIONI DI PUNIBILITÀ ED Il PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. Il principio di colpevolezza e la sua evoluzione concettuale - 2. L'estensione della categoria condizionale: condizioni intrinseche ed estrinseche - 2.1 *Segue*: Le condizioni intrinseche e le condizioni di esistenza del reato - 3. Rapporti tra illiceità, punibilità e antigiuridicità - 4. Spazio per l'esistenza delle condizioni intrinseche nella nuova concezione della colpevolezza- 5. Condizioni di punibilità e di procedibilità a confronto - 6. Considerazioni conclusive su *ratio*, funzione ed effetti delle condizioni di punibilità;

1. Il principio di colpevolezza e la sua evoluzione concettuale

Dopo aver messo in evidenza le implicazioni con i principi di legalità ed offensività, occorre approfondire il delicatissimo profilo dell'imputazione soggettiva delle condizioni obiettive di punibilità dal momento che la principale obiezione mossa alla permanenza dell'istituto condizionale nell'attuale sistema penale va ravvisata nella difficile coesistenza con i nuovi approdi ermeneutici raggiunti in tema di responsabilità personale.

Spesso etichettate come un retaggio della responsabilità oggettiva, le condizioni di punibilità pagano inevitabilmente il fio della loro attribuzione "anche se non volute", come recita l'art. 44 c.p.[157].

La piena comprensione della relazione tra l'evento condizionale ed il dominio psichico dell'agente non può prescindere dalla preliminare riflessione sul canone della colpevolezza alla luce della consacrazione ormai fattane dalla Carta

[157] Lo studio delle implicazioni tra c.o.p. e principio di colpevolezza si rivela imprescindibile per un duplice ordine di ragioni: anzitutto esso consente di verificare la rispondenza dell'istituto in esame ai canoni costituzionali che regolano l'imputazione penale in considerazione della necessità che l'agente risponda solo di un fatto di cui abbia avuto il dominio psichico. Inoltre, dal momento che, accedendo alla prevalente teoria tripartita, la colpevolezza concorre, insieme a tipicità e antigiuridicità a delineare la struttura del reato, l'analisi del rapporto con le condizioni di punibilità consente di precisare la loro collocazione nella struttura dell'illecito, nonché la loro funzione. Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, la differenza tra eventi costitutivi ed eventi condizionali si apprezza sul piano della colpevolezza e dell'antigiuridicità: ponendo le condizioni di punibilità in una dimensione esterna all'area della colpevolezza e dell'antigiuridicità si avrebbe la «demistificazione dello pseudo-problema della responsabilità per l'evento condizionale»: Così G. MUSOTTO, *Le condizioni* cit., p. 128 ss.

Costituzionale, all'art. 27 Cost., e tenuto conto dell'evoluzione interpretativa condotta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Tracciate le coordinate della colpevolezza risulterà più agevole comprendere se, ed eventualmente in quale misura, le condizioni obiettive di punibilità risultino ascrivibili al *genus* della responsabilità obiettiva, rendendo necessario un correttivo ermeneutico che le riconduca all'alveo della colpevolezza. O, se le stesse prescindano dal governo dell'agente e sottratte alla logica dell'imputazione intervengano solo "accidentalmente" sulla fase della punibilità.

L'analisi del regime di operatività dell'istituto condizionale, del resto, non può emanciparsi dalla determinazione della loro ragion d'essere[158].

Nell'evoluzione concettuale della colpevolezza, definita oggi come la complessiva condizione di rimproverabilità dell'agente per la condotta posta in essere, possono individuarsi due momenti fondamentali, coincidenti con l'introduzione della previsione di cui all'art. 27 comma 3 della Costituzione e con la pronuncia dell'ormai "storica" sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale. Sebbene il primo si riferisca direttamente alla pena prevedendone il finalismo rieducativo, mentre l'altra sia stata pronunciata in materia di (ine)scusabilità dell'errore *ex* art. 5 c.p., loro comune denominatore si rinviene nella imprescindibilità dell'indagine sull'imputazione colpevole dell'illecito.

Per comprendere la reale portata del principio di colpevolezza potrebbe rivelarsi utile adottare la soluzione, elaborata da autorevole dottrina, che rinviene nella

[158] Così F. RAMACCI, *Condizioni di punibilità*, cit., p. 112 ss. Occorre però precisare che tale riferimento va integrato alla luce delle successive evoluzioni ermeneutiche e giurisprudenziali della colpevolezza, prima fra tutte la sentenza della Corte Costituzionale del 23 marzo 1988, n. 364, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c.p. nella misura in cui non esclude la scusabilità dell'errore (ignoranza) inevitabile. «Ciò implica il riconoscimento di una dimensione costituzionale della colpevolezza che include tra i requisiti minimi dell'imputazione soggettiva anche la conoscibilità dell'illiceità del comportamento dell'agente», così D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.

colpevolezza il momento più alto del principio di personalità della responsabilità[159]. Quest'ultimo verrebbe ad articolarsi su tre differenti livelli desumibili dai commi dell'art. 27 Cost.: il divieto di responsabilità per fatto altrui, il divieto di responsabilità oggettiva ed in ultimo la colpevolezza *stricto sensu*. In altri termini, perché un fatto illecito possa dirsi effettivamente personale, risulta anzitutto necessario assicurarsi che l'agente non risponda per un fatto posto in essere da altri soggetti e sulla base del semplice nesso di derivazione materiale. Questi primi

[159] Per una puntuale analisi del principio di personalità e delle sue differenti articolazioni si veda G. de VERO, *op. cit*., p. 160 ss. L'Autore evidenzia l'impossibilità di identificare il principio di personalità con il semplice divieto di responsabilità per fatto altrui, come suggerirebbe il dato formale del primo comma dell'art. 27 Cost., a norma del quale la responsabilità penale è personale. Piuttosto, dovendosi interpretare lo stesso «come necessaria coincidenza tra soggetto che ha commesso il fatto e soggetto che ne sopporta le conseguenze sanzionatorie», occorre approfondire la questione della riferibilità della condotta all'agente, precisando quando possa ritenersi "propria" scongiurando il pericolo di incorrere in forme di responsabilità oggettiva. Il significato "positivo" del principio di personalità implica «l'effettivo impegno di una volontà consapevole nella realizzazione esteriore; o in una estensione più limitata, il mancato impegno di una volontà diretta ad evitare quella medesima realizzazione, in quanto prevedibile ed evitabile da parte del soggetto agente». E tuttavia neppure l'enunciazione del divieto di responsabilità oggettiva e la contestuale attribuzione della condotta a titolo di dolo o colpa riescono ad esplicare la piena portata concettuale del principio costituzionale in esame, dal momento che esso trova la sua più alta consacrazione nel principio di colpevolezza che, stando sempre alla ricostruzione fornitane dall'Autore da ultimo citato, si sostanzia nel giudizio di «rimproverabilità della condotta del reo, ai fini della sua assoggettabilità alla pena». Il breve *excursus* appena condotto sul principio di colpevolezza (*recte*: personalità) risulta indispensabile per procedere ad una (ri)lettura di un istituto tanto risalente e problematico quale le condizioni di punibilità, che tenga conto delle recenti e acquisizioni della dottrina penalistica. Basti pensare alla "copertura" costituzionale fornita al principio in esame e rinvenuta nell'art. 27 comma 3 Cost., che sancisce il finalismo rieducativo della pena. In particolare, il riferimento alla colpevolezza come forma più compiuta del principio di personalità può risultare assai utile nella ricostruzione della *ratio* e funzione delle c.o.p. e nella comprensione dello "spazio" che l'ordinamento può ancora riservare ad esse. Sul principio di colpevolezza v., in letteratura, gli approfondimenti di F. ANGIONI, *Condizioni obiettive* cit., p. 1440 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale*, in *Foro it.*, 1988, p. 1385 ss.; M. ZANOTTI, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in AA. VV. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 343 ss.; A. ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, Artt. 27-28*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1991, p. 1 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1996, p. 21 ss.; S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vo. XII, 1997, p. 107 ss.; G. de VERO, *Compartecipazione criminosa e personalità della responsabilità penale*, in *ST. Juris*, 1998, p. 253 ss.; S. MOCCIA, *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza*, in AA. VV. (a cura di Giostra ed Insolera), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998, p. 11 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e Colpevolezza*, Torino, 2000, p. 23; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione* Torino, 2005, p. 13 ss.; C. F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale* in AA. VV. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale* (a cura di G. Vassalli), Napoli, 2006, p. 3 ss.

accertamenti, sicuramente indispensabili, non risultano ancora sufficienti a garantire una solida "personalizzazione" dell'illecito dovendosi ascendere ad un livello più elevato di riferibilità soggettiva, rappresentato appunto dal principio di colpevolezza. Essa rappresenta il complesso dei presupposti che assicurano l'effettiva appartenenza soggettiva della condotta, dovendosi verificare che l'atteggiamento psichico dell'agente sia riconducibile al paradigma del dolo o della colpa, che egli risulti in grado di intendere e volere la portata della propria azione (c.d. imputabilità) e possieda la conoscenza o la conoscibilità del precetto, soprattutto in relazione ai reati c.d. di creazione legislativa[160]. Solo la coesistenza dei predetti requisiti rende «legittimo ed utile» l'assoggettamento del reo alla sanzione criminale[161].

La "positivizzazione" del giudizio di rimproverabilità del reo costituisce un'acquisizione recente della dottrina penalistica, a differenza delle condizioni di punibilità che, seppur non disciplinate con una disposizione di parte generale, si rinvenivano già nel Codice Zanardelli[162].

---

[160] Sull'effettiva afferenza del dolo e della colpa alla dimensione della colpevolezza si registrano diversi orientamenti: da un lato chi, pur riconoscendo una concezione normativa, continua ad affermarne l'appartenenza, dall'altro chi ne predica l'estraneità sul presupposto della loro collocazione sul piano della tipicità. Per il primo orientamento v. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale* cit., p. 321 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale* cit., p. 286 ss.; E. MARINUCCI- G. DOLCINI, *Manuale* cit., p. 243 ss. per il secondo; v. G. de VERO, *Corso* cit., p. 175 ss. Per una sintesi tra i diversi orientamenti, v. G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, in Dizionario di diritto pubblico (diretto da S. Cassese), vol. II, Milano, 2006, p. 968 ss.

[161] Così G. De Vero, *Corso* cit., p. 175.

[162] Si vedano le note 14 ss. § 1, cap. 1. Al codice Zanardelli si deve riconoscere il pregio di avere previsto la centralità dell'elemento psicologico ai fini dell'accertamento della colpevolezza, secondo l'acquisizione ormai comune «che la sola esecuzione materiale del fatto non possa ritenersi sufficiente per dichiarare l'autore medesimo colpevole di un reato ed assoggettarlo alla sanzione penale corrispondente». Così si legge nella *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto del codice penale*, LXIV, Torino, 1888. Naturalmente si era ancora agli esordi della costruzione della teoria sulla colpevolezza e la codificazione del tempo risulta priva di sistematicità ed assai "confusionaria": basti pensare che nel titolo dedicato all'imputabilità si affastellavano disposizioni in tema di dolo, di errore, di cause di giustificazione e di circostanze, mentre nessuna disposizione specifica era prevista in tema di condizioni di punibilità.

Nonostante la sua mancanza di organicità, la codificazione del 1887, che demandava la distinzione tra elementi costitutivi ed accidentali all'attività interpretativa di dottrina e giurisprudenza, conteneva già le fondamenta per la costruzione di un diritto penale del fatto, in cui il reato fosse effettivamente espressione della volontà dell'agente: se, infatti, l'uomo fosse privo di ogni libertà di scelta e non avesse la possibilità di agire altrimenti, nessun rimprovero potrebbe essergli mosso allorché violi la legge, esulerebbe dalla sua azione ogni colpa morale e l'inflizione di un castigo per il reato commesso sarebbe priva di senso[163]. Valorizzando il legame intercorrente tra condotta illecita e reazione sanzionatoria, si cercava di ridurre il più possibile i casi di responsabilità oggettiva e di privilegiando «la libertà dei propri atti», tanto che persino le circostanze del reato erano soggette ad un regime d'imputazione soggettivo[164].

Il Codice Rocco, emanato in sostituzione del previgente Codice Zanardelli, non poteva rimanere indifferente rispetto ai condizionamenti del periodo storico in cui venne ad esistenza ed in particolare alle acquisizioni "volontaristiche" dell'ormai consolidata dottrina liberale[165]. Tuttavia, il legislatore fascista, pur continuando a

[163] Il legislatore del 1889 individuava il cardine dell'imputabilità nella volontarietà del fatto, espressione di un diritto penale fondato sulla responsabilità morale del soggetto e di una concezione etico-retributiva della pena. Si individuavano taluni casi in cui «nell'azione od omissione stessa, sebbene sia opera di un uomo, ed anche fuori dell'ipotesi dell'errore di fatto, poteva non concorrere la volontà», come si leggeva nella Relazione Ministeriale sul libro primo del progetto di codice penale, ed in relazione a queste si prevedevano forme di graduazione della colpevolezza dell'autore del fatto. Non a caso, nel Codice Zanardelli venne tipizzato per la prima volta l'istituto delle circostanze del reato, in relazione alle quali si riteneva occorresse applicare i principi dettati in tema di elemento soggettivo del reato dall'art. 45 c.p.i., prevedendo, diversamente da quanto avverrà nel Codice Rocco, la loro soggezione alle regole dell'imputazione soggettiva, rispettosa del principio di personalità. Naturalmente, con l'entrata in vigore della Costituzione si è assistito al progressivo superamento di una simile prospettiva moraleggiante del diritto criminale, al marcato rifiuto delle teorie general-preventive in favore del finalismo rieducativo della pena ed alla conseguente valorizzazione delle articolazioni interne al principio di colpevolezza (imputabilità e conoscenza/conoscibilità della legge penale).

[164] Recitava l'art. 47 del Codice Zanardelli che «non è punibile colui che, al momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente da togliergli la coscienza dei propri atti o la possibilità di operare altrimenti».

[165] Nel 1925 il ministro Rocco presentò un disegno di legge che delegasse al governo la facoltà di modificare la legislazione in materia penale. Le ragioni della riforma vennero illustrate nella

ravvisare il fondamento dell'imputabilità penale nel coinvolgimento psichico dell'agente, si mostrava spesso incline a sacrificare il valore della colpevolezza (*rectius*: personalità) sull'altare dell'esigenza «della giustizia e della certezza del diritto» ed in nome di una concezione general-preventiva della pena[166]. Da qui la frequente compressione realizzata dalla normativa appena citata del principio di personalità nella sua espressione più diretta stante la molteplicità di ipotesi di responsabilità oggettiva inserite, e tuttora presenti, nel vigente codice penale: basti pensare alla disciplina dell'inescusabilità dell'errore su legge penale prevista dall'art. 5 c.p.[167].

Senza voler ulteriormente approfondire l'evoluzione storico dottrinale del concetto di colpevolezza, non vi è dubbio che il variabile quadro normativo delineato finisce per condizionare profondamente il dibattito sulle c.o.p. Nel panorama normativo del '30 l'istituto condizionale presenterebbe una portata pressoché illimitata,

---

Relazione che accompagnava lo stesso disegno di legge: di fronte all'aumento della criminalità negli anni del dopoguerra, da ricondursi ai «...profondi rivolgimenti prodottisi nella psicologia e nella morale degli individui e della collettività, e nelle condizioni della vita economica e sociale», la legislazione penale risultava lacunosa ed inefficace. L'esperienza aveva messo in luce l'insufficienza nella lotta contro il delitto dei «... i mezzi puramente repressivi e penali e l'assoluta inidoneità delle pene a combattere i gravi e preoccupanti fenomeni della delinquenza abituale, della delinquenza minorile, degli infermi di mente pericolosi». Era necessario, dunque, predisporre, accanto a tradizionali misure di repressione, «nuovi e più adeguati mezzi di prevenzione della criminalità»: una dettagliata rassegna dei lavori preparatori del codice penale e di procedura penale si rinviene in G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1960, p. 271.

[166] G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale"*, Milano, 1927, p. 61 e ss. Con specifico riferimento alle condizioni di punibilità, esse hanno trovato la loro esplicita affermazione in una norma di parte generale, l'art. 44 c.p., e sono state spesso definite ‹‹correttivo dell'abolizione dell'amplissima discrezionalità che informava l'ancien regime […], avrebbero avuto la funzione di incorporare motivi tipici di opportunità di dar corso all'azione penale»: così M. ZANOTTI, *op. cit*., p. 551.

[167] Il riferimento è alle ipotesi in cui l'evento è "altrimenti" posto a carico dell'agente, *ex* art. 42 c.p. comma 3, cui risultano riconducibili il reato preterintenzionale disciplinato dall'art. 43 c.p., i reati aggravata dall'evento, le ipotesi di *aberratio declicti* ed *aberratio ictus*, previsti nella "parte generale" del codice. In tema di errore su norma penale si rammenti l'intervento della Corte Costituzionale, più volte citato.

indefinita nella sua funzione e irrilevante quanto al criterio di imputazione, atteggiandosi a disposizione «tappa- buchi»[168].

Il mutato contesto sociale e le rinnovate istanze garantistiche dell'ordinamento costituzionale rendono simili conclusioni inaccettabili e, pertanto, oggi più che mai, si manifesta la necessità di affrontare il tema delle condizioni di punibilità con il proposito di definirne l'esatta funzione, profilo solitamente trascurato a vantaggio del più evidente e dibattuto regime obiettivo, con la consapevolezza dei nuovi fini e confini del diritto penale[169].

La delimitazione dell'estensione dell'art. 44 c.p. non può prescindere dalle coordinate ermeneutiche fissate in ordine alla nuova concezione della colpevolezza, alla luce della quale dovranno valutarsi l'ammissibilità e l'utilità della permanenza nel sistema della bipartizione tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche.

---

[168] Nei suddetti termini si esprime T. DELOGU, *Il reato condizionale*, in *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, Cagliari, 1933, p. 98 ss. Nel contesto giuridico e sociale in cui i principi fondanti il diritto penale potevano facilmente derogarsi non si avvertiva alcun'esigenza di specificazione della funzione delle c.o.p., dal momento che esse potevano ben assolvere ad una funzione "essenziale" o meramente "accidentale" per via dell'ammissibilità assiologia di un regime obiettivo anche per gli elementi costitutivi del reato. Tuttavia, come sottolineato da attenta dottrina, «altra cosa è, naturalmente, l'attuale valutazione *ex post*, quando, a quarant'anni di distanza, è mutato il contesto sociale e politico di riferimento, e quando i principi costituzionali hanno espresso la nuova ideologia del sistema punitivo»: così F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 111.

[169] Le difficoltà nell'individuare la funzione dell'istituto condizionale si legano alla risalente bipartizione tra condizioni estrinseche ed intrinseche finalizzate, rispettivamente, ad attualizzare il meccanismo sanzionatorio ovvero ad approfondire il disvalore della condotta di reato contribuendo così a tracciare il disvalore della fattispecie. Per comprendere la ragion d'essere della doppia categoria probabilmente può essere utile il richiamo alla relazione di accompagnamento al codice Rocco, in cui compare l'espresso riferimento alla distinzione tra condizione di esistenza e condizione di punibilità del reato, che, oggetto di un fitto dibattito, è stata poi abbandonata perché ritenuta inutile atteso il carattere onnicomprensivo della formula della non punibilità, in cui il legislatore «ha inteso di far rientrare, fra le altre ipotesi, anche l'esclusione del reato».

2. L'estensione della categoria condizionale: condizioni *intrinseche* ed *estrinseche*

Nel capitolo precedente si è avuto modo di riflettere in ordine ai complessi rapporti tra la categoria condizionale e quella degli elementi essenziali; a tal fine si è proceduto all'individuazione di specifici criteri discretivi, che offrano un valido ausilio all'interprete per sciogliere gli eventuali dubbi interpretativi.

Rispetto all'istituto di cui all'art. 44 c.p. si rende, tuttavia, indispensabile un'ulteriore operazione di regolamentazione dei confini, da compiersi verso l'interno, in modo da tracciare lo spartiacque tra condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche. Dette categorie, pur accomunate dal medesimo *nomen iuris,* risultano profondamente differenti quanto a funzione e, soprattutto, quanto ai rapporti con il principio di colpevolezza.

La dottrina, incoraggiata proprio dalla laconicità e dalla stringatezza della formulazione dell'art. 44 c.p., ha elaborato la duplice categoria appena indicata a partire dagli anni cinquanta, nel tentativo di offrire una risposta in ordine alla incerta natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta, questione particolarmente dibattuta, che si avrà modo di approfondire nel capitolo successivo[170].

[170] Cfr., per tutti, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 14 ss. Il ricorso alla categoria delle condizioni intrinseche di punibilità è stata giustificata dall'esigenza di qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento che, ancora oggi a distanza di anni, costituisce un problema "aperto" come testimoniano le posizioni discordanti che si registrano in giurisprudenza e dottrina. Al di là del caso di specie, tuttavia, la distinzione potrebbe giustificarsi sulla base dell'originaria formulazione dell'art. 47 del Progetto preliminare al codice che faceva riferimento a condizioni per l'esistenza del reato e condizioni per la punibilità del reato. Considerato il tenore della norma citata, valorizzando scelta del legislatore del '30, che ha poi optato per una semplificazione normativa, potrebbe concludersi nel senso della esistenza delle sole condizioni di punibilità estrinseche. La problematica duttilità delle c.o.p. che si atteggiano ad elementi idonei a «fungere da *passepartout* tutte le volte in cui per motivi di prevenzione generale o di praticabilità si voglia escludere qualche elemento partecipe dell'offensività del reato, dall'ambito della colpevolezza» è stata evidenziata da attenta dottrina: così F. ANGIONI, *op. cit*., p. 1488.

Da un lato, esigenze di semplificazione probatoria imponevano di individuare un elemento che, pur apportando un contributo rilevante in termini di offensività, potesse sfuggire alla logica dell'imputazione soggettiva, operando oggettivamente appunto. Dall'altro, sul panorama dottrinale e giurisprudenziale del tempo iniziava ad affermarsi l'elaborazione del principio di colpevolezza, che prevedeva, come immediato corollario, l'impossibilità di affermare la responsabilità penale sul solo presupposto della derivazione causale.

Un valido contemperamento tra le due istanze si ravvisava proprio nella figura delle condizioni di punibilità intrinseche, che, al pari degli *essentiali delicti*, connotano il reato dal punto di vista valoriale e che, invece, richiamano le c.o.p. per il regime obiettivo di operatività. Del resto, la vocazione obiettiva, e derogatoria rispetto al canone della colpevolezza, delle condizioni di punibilità riposa anche su un argomento di ordine storico: nella relazione di accompagnamento al Codice Rocco, si legge che l'art. 48, originaria *sedes materiae* dell'istituto condizionale, rappresentava una «eccezione al principio generale che governa l'imputazione subiettiva»[171]. Naturalmente, tale concezione risulta figlia del suo tempo e della riflessione giuridica allora elaborata ed appaiono oggi evidenti i suoi limiti, soprattutto alla luce delle recenti acquisizione in ordine alla personalità della responsabilità penale e alle forme di deflazione del contenzioso penale, aspetto su cui si ritornerà nella parte conclusiva della trattazione.

[171] Nella relazione di accompagnamento si legge «l'articolo 48 stabilisce una eccezione a tale principio, dichiarando che, quando per la punibilità dell'agente la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, ancorché l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non sia da lui voluto. L'analisi del delitto rivela la innegabile esistenza di alcuni reati, nei quali la punibilità dipende dal verificarsi di un avvenimento, che sta al di fuori del processo esecutivo del reato e si differenzia nettamente dall'evento criminoso. In tal senso l'articolo 48 si pone come eccezione al principio generale, che governa l'elemento subbiettivo del reato»: così A. ROCCO, *Rel. Cod.*, cit., p. 89 ss.

Di contro, però, la coesistenza delle condizioni intrinseche e di quelle estrinseche rischia di generare un significativo pregiudizio anche ai principi di legalità ed eguaglianza; mancando una specifica previsione che ne delimiti il campo di applicazione, viene demandato all'interprete il compito di individuarne il tratto differenziale con il rischio di incongruenze applicative: uno stesso elemento, diversamente interpretato, presenta ricadute non indifferenti sul piano sostanziale e processuale.

Richiamando un orientamento ormai consolidato, la diversità tra condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche risiede nel diverso modo con cui l'elemento condizionale si atteggia rispetto all'offesa tipizzata nel reato, da ciò derivando anche la loro diversità di funzione.

Estrinseche si definiscono le condizioni che, da un punto di vista assiologico, «non hanno alcuna incidenza sul carattere lesivo della fattispecie» dal momento che esse non consistono in un avvenimento lesivo di un ulteriore interesse, piuttosto manifestano la presenza di un fattore al quale il legislatore subordina l'integrale realizzazione dell'illiceità penale del fatto[172]. Tale "indifferenza" valoriale si traduce nella loro estraneità rispetto al novero degli elementi essenziali del reato: come già anticipato, pur ammettendo che essi delineino la tipicità del reato, di certo non appartengono alla condotta, né possono identificarsi con l'evento del reato,

[172] Così F. BRICOLA, op. cit., p. 594 ss. L'Autore nell'opera citata da ultimo, si sofferma sulla distinzione tra le due categorie concludendo nel senso dell'esistenza e della consistenza esclusivamente delle c.o.p. intrinseche, riconducendo la *species* delle condizioni estrinseche all'istituto, di natura processuale, delle condizioni di procedibilità. Per quanto dettata da esigenze di semplificazione e razionalizzazione dell'istituto condizionale, una simile ricostruzione impone la trattazione e, dunque, la soluzione di due questioni pregiudiziali, ravvisabili, anzitutto, nella possibilità di un'effettiva assimilazione tra condizioni di punibilità e procedibilità, alla luce di una innegabile loro diversa natura, rispettivamente sostanziale e processuale. Inoltre, dal punto di vista pratico, detta distinzione si intersecherebbe con l'ulteriore differenziazione tra c.o.p estrinseche ed intrinseche, nonché tra quest'ultima categoria e gli elementi essenziali del reato.

intervenendo solo sul meccanismo d'irrogazione della sanzione, condizionandola appunto.

Intrinseche, conseguentemente, risultano quelle condizioni che «qualificano ed attualizzano la lesione dell'interesse» incidendo su un'offesa giuridica già delineata nei suoi tratti essenziali, ma non ancora piena, contribuendo ad approfondirla e renderla più evidente[173].

La differenza così tracciata è stata avallata dalla giurisprudenza, non soltanto di merito e di legittimità ma Costituzionale, nelle cui pronunce si precisa che le condizioni estrinseche integrano «elementi estranei alla materia del divieto» mentre intrinseche si qualificano le condizioni che, come si è detto, attualizzano l'offesa dell'interesse protetto ovvero determinano una progressione o un aggravamento di essa[174].

La dicotomia così tracciata, al di là della valenza nominalistica, presenta rilevanti implicazioni contenutistiche apprezzabili sia sul piano dei rapporti con gli *essentialia delicti,* sia su quello dell'imputazione soggettiva.

---

[173] F. BRICOLA, *op. ult. cit*., p. 594. L'Autore riconduce alla suddetta categoria, conformemente a quanto aveva ritenuto autorevole dottrina, la sentenza dichiarativa di fallimento, criticando l'impostazione di quanti la qualificano come una condizione di punibilità *sui generis*. Per il primo orientamento P. NUVOLONE, *Il diritto penale* cit. 20 ss, mentre per il secondo, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., p. 65.

[174] Il riferimento è alla già citata pronuncia della Corte Costituzionale, sent. 24 marzo 1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 699. Sul punto è opportuno fare alcune precisazioni: nei paragrafi precedenti si è spesso fatto riferimento alle condizioni di punibilità come elementi "accidentali" ed esterni rispetto al piano di valore intrinseco al reato. Laddove si accogliesse l'esistenza delle condizioni intrinseche il quadro dei rapporti tra interessi interni ed esterni (corrispondente al rapporto condizioni di punibilità ed elementi essenziali) ne risulterebbe profondamente mutato. Infatti si dovrebbe ipotizzare, relativamente alla dimensione "esterna al reato", l'esistenza di un'ulteriore "sottocategoria" d'interessi sottesi alle c.o.p. intrinseche – sempre esterne al reato ma, interne all'offesa – che, si pongono in un rapporto di progressione criminosa con la lesione. In tal senso G. NEPPI MODONA, *op. cit*., p. 8. L'A. spiega la differenza tra c.o.p. intrinseche ed estrinseche ricorrendo ad un criterio qualitativo per cui le seconde «esprimono un piano di interessi non solo esterno, ma qualitativamente diverso rispetto all'offesa contenuto del reato», le prime invece «si innestano su un piano di valori qualitativamente non diverso da quello interno al reato››, differenziandosi dagli elementi costitutivi solo sul piano quantitativo: l'A. precisamente si riferisce ad un ‹‹rapporto di progressione criminosa».

Guardando al primo profilo, l'elaborazione della categoria delle condizioni intrinseche rischia di rendere pressoché impercettibile la linea di demarcazione tra condizioni di punibilità ed elementi essenziali del reato, rispetto ai quali sussistono notevoli difficoltà discretive nonostante l'individuazione di criteri diagnostici a ciò finalizzati. In definitiva, verrebbe a crearsi una zona grigia, occupata dalle condizioni intrinseche, intermedia tra gli *essentialia*, che connotano l'illecito, e le condizioni estrinseche, che intervengono sulle sue conseguenze, innescando il meccanismo sanzionatorio, tanto che, parte della dottrina, ha spiegato il reato condizionato ricorrendo alla struttura quadripartita, di cui la punibilità costituisce un autonomo elemento[175].

Più complessa si rivela la seconda questione, relativa all'accertamento dell'elemento soggettivo rispetto alle condizioni intrinseche, in relazione alle quali si porrebbe la necessità di una riconduzione all'agente sotto il profilo psichico, dettata dalla loro partecipazione al disvalore dell'illecito, tanto da potersi qualificare, secondo un'espressione ormai ampiamente consolidata, come "elementi significativi" del reato.

Tale operazione di verifica del dolo, tuttavia, si rivela particolarmente complessa per via del carattere eterogeneo che può assumere l'evento condizionale e per via del suo essere un elemento pur sempre "accidentale", innestandosi su di un sostrato

[175] In accordo alla tradizionale teoria tripartita, gli elementi essenziali del reato contribuiscono a tipizzare l'illecito, definendone la struttura portante, fondano il complessivo giudizio di contrarietà delle condotte descritte nell'illecito ai valori dell'ordinamento (antigiuridicità) e, pertanto, devono rientrare nella sfera di conoscenza o conoscibilità dell'agente (colpevolezza). Per comprendere la collocazione delle condizioni estrinseche, invece, si adotta di norma una costruzione antinomica rispetto agli *essentialia*, per cui le stesse non strutturano l'illecito e non apportando alcun contributo alla lesione del bene giuridico di riferimento, rimangono estranee alla sfera soggettiva dell'agente. Da qui la scelta di parte della dottrina di aderire ad una struttura quadripartita del reato, in cui, accanto a tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, si colloca anche la punibilità come componente a sé stante. In questo senso MARINUCCI –DOLCINI, *Corso*, cit., p. 663 ss. Malgrado la complessità, neppure detta ricostruzione risulta sufficiente a spiegare il ruolo e la funzione delle condizioni di punibilità intrinseche, se esse partecipino della tipicità ovvero della punibilità.

già di per sé offensivo. Sotto il primo profilo, particolarmente utile è il riferimento alla declaratoria di fallimento nei reati di bancarotta: la predetta sentenza, in qualità di provvedimento giurisdizionale emesso da un'autorità terza ed imparziale, difficilmente può essere oggetto di volontà o, quantomeno, previsione immediata da parte dell'imprenditore decotto. Da ciò, il ricorso, frequente da parte della giurisprudenza in relazione alle forme plurisoggettive di realizzazione del reato, ad indici oggettivi da cui desumere il dolo del dissesto e, indirettamente, della bancarotta: si tratta dei c.d. segnali d'allarme, che finiscono, però, per tradursi nella risalente ed ormai inammissibile figura del *dolus in re ipsa*[176]. In ordine al rilievo del carattere "accidentale" delle condizioni obiettive di punibilità, occorre, pur brevemente, dar conto di quell'orientamento che, per la sussistenza dell'elemento soggettivo, ritiene indispensabile almeno la semplice prevedibilità della condizione, o, in modo più efficace, si riferisce ad un regime di imputazione soggettiva colposa complementare[177].

[176] Già di primo acchito, nel ricorso ai suddetti segnali come indicatori oggettivi dell'esistenza dell'elemento psicologico, si palesano gli stessi profili di criticità che dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato riguardo alla tematica del *dolus in re ipsa*. L'accertamento dell'elemento psicologico nel corso del processo penale si rileva momento di particolare delicatezza e complessità; data l'impossibilità di leggere nelle menti degli imputati, carpendone l'effettivo disegno criminoso, il grado e l'intensità del momento volitivo devono esser desunti dal contesto fattuale in cui s'inseriscono le condotte dei soggetti. Dall'attenta ricostruzione del complesso delle "circostanze" che connotano lo svolgimento dell'azione si inferisce il grado di partecipazione personale alla lesione del bene giuridico. In tal senso, il *dolus in re ipsa* funge, sul piano processuale, da tecnica di semplificazione probatoria dell'accertamento, rendendo sufficiente la mera allegazione da parte dell'accusa dell'esistenza degli indici obiettivi del dolo; di contro, grava sulla difesa, con un appesantimento del relativo onere probatorio, dar prova dell'assenza di un'autentica conoscenza dei predetti indicatori. Dal punto di vista sostanziale, l'adozione di una simile tecnica presuntiva si estrinseca nella valorizzazione della pregnanza lesiva del contesto d'azione, intriso di disvalore a tal punto da rendere superflua ogni effettiva indagine sulla volontà dell'agente. Il giudizio di sussistenza del dolo risulta così fondato solo sulla mera materialità del fatto, senza ulteriori indagini sul piano psichico del soggetto attivo. In definitiva, viene a manifestarsi la tendenza della giurisprudenza a desumere il dato subiettivo dall'esistenza di parametri obiettivi di illiceità. In questo senso, M. DONINI, *Il dolo eventuale, fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*/2014, n. 1, p. 70 ss.; M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 322 ss. e C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1277. Sul *dolus in re ipsa*, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1933, p. 633.

[177] In questi termini P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, cit., p. 281. L'A. affronta in modo critico il tema dell'utilità della permanenza nel sistema tanto delle condizioni estrinseche, quanto di quelle intrinseche, evidenziando, in ogni caso, la necessità che queste ultime

Soluzione diametralmente opposta a quella appena illustrata è stata rinvenuta da quanti hanno escluso in radice la configurabilità in termini di c.o.p. di quegli elementi che «accentrano in sé tutta la carica di disvalore giuridico-penale di una determinata fattispecie, senza i quali, la fattispecie non avrebbe alcun contenuto offensivo ovvero perderebbe la sua significazione autonoma e verrebbe a coincidere con una diversa fattispecie»[178]. Evidente la ragione pratica a fondamento della conclusione qui proposta: l'ulteriore categoria condizionale mostra limiti significativi, alcuni dei quali legati all'evoluzione della scienza penalistica. Infatti, tralasciando i profili di compatibilità con il principio di colpevolezza - in ordine alla necessaria riconduzione quanto meno a titolo di colpa degli elementi "significativi" - qualificando le c.o.p. intrinseche come "progressione" criminosa, per di più sottoposti ad un regime obiettivo di imputazione, si rischierebbe di ridurre l'art. 44 c.p. ad un doppione dei delitti aggravati da evento, se non ad un trasformatore delle condizioni di punibilità in casi di responsabilità oggettiva neanche tanto occulta[179].

In definitiva, pur muovendosi in direzione opposta e parallela, i due orientamenti risultano animati dal medesimo fine di razionalizzare l'istituto delle condizioni di punibilità, mantenendo, gli uni le sole condizioni intrinseche, gli altri quelle estrinseche.

In relazione alla prima opzione ermeneutica si sono già evidenziate le numerose perplessità applicative e, soprattutto, il rischio di ridurre l'istituto di cui all'art. 44 c.p. ad un mero doppione degli elementi essenziali, privandolo di ogni autonomia,

---

si trasformino in un «supplemento all'imputazione soggettiva del fatto base principale». Sui rapporti tra condizione obiettiva di punibilità e prevedibilità è utile richiamare quanto, pur incidentalmente, sostenuto da G. de VERO, *Nesso Causale e diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 694 ss.

[178] F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 599 ss. Si ricordi che l'A. si mostra favorevole ad identificare come "proprie" le condizioni di punibilità intrinseche, mentre "improprie" e dunque da ricondurre alla categoria delle condizioni di procedibilità sarebbero le condizioni estrinseche.

[179] Cfr. cap.II, *sub* nota 102.

mantenendo la frizione con i principi che governano la responsabilità penale. Di norma, l'imputazione del fatto si declina secondo il canone del dolo, per le condizioni estrinseche risulterebbe sufficiente la colpa, con la conseguenza di fondare un nuovo tipo di responsabilità, data dal dolo misto a colpa[180].

A ciò si aggiungono esigenze di ordine pratico, dettate dalla necessità di fornire un'interpretazione utile alla disposizione dell'art. 44 c.p., evitandone una, seppur implicita, abrogazione. Sebbene non vi siano dubbi sul fatto che il legislatore possa introdurre elementi "atipici" rispetto al solo evento o alla modalità della condotta, è altrettanto necessario che essi svolgano una funzione ben precisa e concreta all'interno della fattispecie. Da qui talvolta la loro qualificazione in termini di presupposto per l'integrazione del reato, ovvero, la loro incidenza in chiave di progressione dell'offesa, cui corrisponde un incremento sanzionatorio come nel caso dei reati aggravati dall'evento. Più complesso si rivela l'inquadramento delle condizioni di punibilità dal momento che, per riprendere un consolidato adagio, esse rappresentano una soglia, quantitativa o qualitativa, superata la quale, la condotta, già meritevole di pena, ne diventa anche bisognosa. Il recupero delle categori della meritevolezza e del bisogno di pena consente di trarre ulteriori considerazioni: la prima attiene al piano dell'idoneità offensività della condotta, mentre la seconda, che presuppone ed implica il primo momento, afferisce al piano dell'opportunità politico-criminale di irrogare la sanzione.

Affermando l'incidenza delle condizioni al piano dell'offensività, non soltanto le stesse perderebbero la loro "obiettività", ma non avrebbe più senso il mantenimento della loro denominazione in termini di condizioni di punibilità, risultando, semmai, più corretta la dicitura condizioni di esistenza del reato, recuperando però

[180] P. VENEZIANI, *op. ult. cit.*, p. 282.

un’espressione volutamente abbandonata dallo stesso legislatore del ‘30. Ciò posto, non sembra inutile ripartire proprio dalla bipartizione, condizioni di esistenza – condizioni di punibilità, abbandonata in sede di stesura definitiva del codice penale, per una migliore comprensione dell’istituto dell’art. 44 c.p. e per una sua interpretazione evolutiva.

2.1. *Segue*: Le condizioni intrinseche e le condizioni di esistenza del reato

Nella relazione di accompagnamento al codice Rocco, all’art. 47, norma recante la primigenia disciplina delle condizioni di punibilità, si legge che «l'espresso riferimento alla distinzione, condizione di esistenza – condizione di punibilità, che nella dottrina del reato condizionale è oggetto tuttora di dibattito, appare inutile, dopo che il Progetto, nella formula della non punibilità, ha inteso di far rientrare, fra le altre ipotesi, anche l'esclusione del reato».

Sebbene il legislatore del tempo non abbia fornito alcuna specifica definizione, si può facilmente, sulla scorta delle nozioni di teoria generale, cogliere la diversità di funzione tra le due categorie: la prima attiene alla dimensione ontologica del reato, connotandolo sia sotto il profilo strutturale, della tipicità, sia sotto il profilo valoriale-assiologico, dell’offensività, tanto che l’eventuale assenza impedirebbe l’integrazione dello stesso. La seconda categoria, invece, afferendo al piano dell’efficacia dell’illecito ed implicando la sussistenza degli elementi costitutivi, condiziona solo il concreto esercizio del magistero punitivo, lasciando impregiudicata la sussistenza del fatto tipico.

Ed in effetti, sebbene sul piano pratico la mancanza dell’uno o dell’altro elemento di esistenza o di punibilità si traduce in un’impossibilità di irrogare la sanzione penale, dal punto di vista sostanziale oggi l’insussistenza del reato per mancanza di una condizione di esistenza non risulta sovrapponibile a quella per mancanza della

condizione di punibilità, soprattutto alla luce delle nuove prescrizioni del codice di procedura penale.

Le principali conseguenze si rinvengono sul diverso titolo con cui viene pronunciata l'assoluzione nell'uno e nell'altro caso, nonché sul piano dell'efficacia risarcitoria ovvero della riproponibilità dell'azione penale in conseguenza della pronuncia.

Per comprendere la rilevanza pratica della distinzione, può essere utile, anticipando un tema che verrà affrontato successivamente, far riferimento alla natura delle soglie di punibilità previste nei reati tributari ed agli effetti che il mutamento di detti valori produce sulla struttura dell'illecito.

Di recente, la giurisprudenza ha risolto un contrasto interpretativo sorto in ordine alla formula di assoluzione in caso di mutamento quantitativo delle soglie di punibilità, fenomeno riconducibile alla successione di leggi nel tempo *ex* art. 2 c.p. La sorte del reato in caso di innalzamento delle soglie di punibilità varia a seconda della natura attribuita alle stesse: se di elemento costitutivo ovvero condizione di punibilità.

Secondo l'orientamento maggioritario, seguito tanto dalla giurisprudenza di merito che di legittimità, la soglia di punibilità rappresenta un elemento costitutivo, atteggiandosi ad elemento fattuale che contribuisce a definire il disvalore della fattispecie e che deve pertanto essere coperto da dolo. Un suo mutamento quantitativo comporta l'alterazione della stessa fisionomia della fattispecie penale astratta, tanto da integrare gli estremi di un'*abolitio criminis* parziale, fenomeno soggetto alla disciplina dettata dall'art. 2, comma 2 c.p., in base alla quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato.

Tale ricostruzione si riflette sulla scelta della formula assolutoria che il giudice dovrebbe adottare nel caso di assoluzione per intervenuto mutamento della soglia quantitativa: perché "il fatto non sussiste", stante la mancata integrazione di un elemento oggettivo costitutivo del reato, il superamento del limite[181]. Il ricorso a detta formula, in luogo anche del "fatto non è previsto come reato" rappresenta la soluzione più favorevole per l'imputato dal momento che esclude ogni possibile rilevanza anche in sede diversa da quella penale. Ai sensi dell'art. 652 c.p.p., la sentenza di assoluzione produce effetti nel giudizio civile limitatamente all'accertamento che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di un diritto.

A conclusioni opposte si perverrebbe accedendo ad una ricostruzione delle soglie di punibilità come condizioni di punibilità, soluzione affermata dalla giurisprudenza risalente[182]. In tal caso, l'eventuale modifica del valore limite lascerebbe intatta la sussistenza del fatto, paralizzando l'irrogazione della

[181] Pur accomunati dal medesimo assunto della qualificazione delle soglie come elementi costitutivi, occorre individuare due diversi orientamenti: l'uno che individua ne "*non sussiste* la formula assolutoria più corretta in caso di modifica del valore soglia, l'altro che, invece, ritiene più appropriata "*il fatto non è previsto dalla legge come reato*". Quest'ultima rappresenta il "titolo" assolutorio tradizionalmente utilizzato in caso di *abolitio criminis*, così come nel caso di difetto di una norma incriminatrice, di dichiarazione di illegittimità costituzionale o di entrata in vigore della norma in epoca successiva al fatto. Di recente la soluzione opposta a quella da ultimo riportata è stata affermata da due sentenze della Cassazione le quali - richiamando sul punto il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite *Orlando* del 2011, sostengono che la formula "il fatto non è previsto come reato" si applichi ai casi di fattispecie astratta mai esistita, abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima, mentre dovrebbe essere adottata la formula "il fatto non sussiste" ogniqualvolta risulti mancante un elemento costitutivo del reato di natura oggettiva. In questo senso v. Cass. 25.01.2016 n. 3098 e Cass. 16.06.2016 n. 35611. *Contra*, Cass. 15.02.2016, n. 28934.

[182] In relazione al reato di cui all'art. 37 della legge 24 novembre 1981 n. 689, che punisce il datore di lavoro che omette registrazioni o denunce obbligatorie o esegue denunzie false al fine di evadere i contributi previdenziali, la giurisprudenza ha affermato che il se dal fatto deriva una evasione mensile non inferiore a cinque milioni di lire, costituisce una condizione oggettiva di punibilità, atteso che inerisce ad un limite quantitativo dell'evento. Cfr. Cass., sent. del 10 ottobre 2003 n. 15164. Evidenti le ripercussioni di tale ricostruzione: l'eventuale modifica del limite quantitativo avrebbe comportato l'adozione della formula assolutoria «perché il reato è stato commesso da persona non punibile per altra ragione».

sanzione, di modo che l'imputato non risulterebbe punibile per altra causa, ravvisabile, appunto, nel mancato avveramento dell'evento condizionale.

Parimenti, il divario tra l'area dell'esistenza del reato e quella della mera punibilità si è accentuato con la recente introduzione nell'impianto codicistico dell'art. 131-bis c.p.

Detta disposizione prevede una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, che presuppone la sussistenza di un reato, integrato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, ritenuto non meritevole di sanzione in considerazione della esiguità del pregiudizio arrecato dalla stesso. Ferma restando l'offensività della condotta, il riferimento alla tenuità del fatto rappresenta la traduzione normativa di quei principi di proporzione e sussidiarietà che fondano la logica dell'irrogazione della sanzione penale[183].

La citata disposizione ben evidenzia lo scarto esistente tra la dimensione astratta dell'esistenza del reato, considerata la presenza di tutti i requisiti di fattispecie, ed il piano concreto della punibilità, governata da motivi di opportunità che, nel caso di specie, paralizzano l'irrogazione della sanzione in presenza di offese di lieve entità, con evidenti intenti deflattivi[184].

Tanto premesso, la Corte di legittimità ha ammesso l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 131-*bis* c.p. ai reati con soglie, affermando che la presenza di limiti

[183] A favore della ricostruzione dell'art. 131-*bis* come causa di esclusione oggettiva della punibilità v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 409, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass., sent. 8 aprile 2015, n. 15449, in *Dir. pen. cont.*, con nota di G. L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*.

[184] «Qualora la soglia di non punibilità integri una mera condizione obiettiva di punibilità ovvero, pur essendo un elemento costitutivo del reato, non afferisca comunque direttamene all'offesa, sembra doversi escludere qualsiasi tipo di incompatibilità all'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. Quando, invece, esse si configurino come 'soglie espresse di offensività sembra altrettanto ragionevole ipotizzare maggiori difficoltà»: così G. L. GATTA, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee-guida della Procura di Lanciano*, in *dir. pen. cont.*, 2015, p. 28 ss.

quantitativi espressi di rilevanza dell'illecito non osta ad un'ulteriore valutazione del caso concreto, che tenga conto degli indici delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo espressamente previsti dal citato articolo. Malgrado le molteplici perplessità avanzate dalla dottrina, la soluzione cui è pervenuta la giurisprudenza, a prescindere dalla natura attribuita alle soglie, dimostra l'inattualità dell'assunto di partenza - contenuto nella relazione di accompagnamento al codice - circa la riconducibilità allo stesso alveo della non punibilità delle categorie delle condizioni di esistenza e di quelle di punibilità.

Del resto, la diversità ontologica tra le due tipologie, sebbene formalmente inesistente, non è di certo sfuggita agli interpreti, che ne hanno riaffermato l'esistenza ricorrendo alla bipartizione tra condizioni estrinseche ed intrinseche, rappresentando queste ultime un'eco delle condizioni di esistenza del reato. In accordo alla dottrina dominante dell'epoca, in esse si sarebbero dovute ricondurre «tutte le circostanze (non in senso tecnico) di tempo, di luogo, di attività ecc., note o ignote all'agente in assenza delle quali non si produce la lesione o il pericolo di lesione del bene che la legge protegge con la norma che ipotizza un particolare reato»[185]. Pur mutando denominazione, le condizioni intrinseche finiscono per mutuare il descritto regime delle condizioni di esistenza. Ed in effetti, esse, come più volte sottolineato, tracciano la fisionomia dell'illecito, completandone il disvalore e risultano, pertanto, assimilabili agli elementi costitutivi del reato: vero è che la loro assenza ostacola l'irrogazione della sanzione, ma ciò avviene come conseguenza indiretta, dal momento che, ancor prima della punibilità, ad essere impedita è la configurazione, strutturale e valoriale, stessa del reato.

[185] Così M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 87 ss. L'A. riconduce a detta categoria, oltre alla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta, anche "il tempo di guerra" nelle ipotesi di cui agli artt. 247, 248 e 249 c.p. o il "luogo pubblico" nell'art. 527 c.p.

Considerata la funzione delle condizioni intrinseche, dunque la loro sovrapponibilità rispetto agli elementi "esistenziali" del reato, l'ulteriore corollario si rinviene nella indubbia necessità che le stesse vengano governate dalle regole dell'imputazione colpevole, secondo quanto imposto dalle teorie sulla colpevolezza e in linea con quanto sostenuto dalla prevalente dottrina.

A conferma di quanto detto basta considerare che la più nota condizione di esistenza, condizione intrinseca secondo la denominazione attuale, veniva ravvisata, almeno fino alla recente pronuncia della Corte di Cassazione, nella declaratoria di fallimento nei reati di bancarotta. Stando all'orientamento maggioritario, con l'accertamento del fallimento in quanto atteneva strettamente all'integrazione giuridica della fattispecie, trasformando in attività trasgressiva del precetto penale atti che, altrimenti, risulterebbero irrilevanti per il diritto penale[186].

Altro discorso va fatto per le condizioni estrinseche, il cui statuto va costruito in negativo rispetto a quello delle condizioni di esistenza, in considerazione della diversa essenza e della diversa relazione con la punibilità. Esse presuppongono un reato già completo nelle sue componenti strutturale e di disvalore ed intervengono come mero filtro selettivo della pena, traducendo in norma quei motivi di politica criminale che il legislatore pone a fondamento della più generale categoria delle cause di esclusione della pena, che oggi trovano nuova linfa, come dimostra il recente inserimento nel corpo codicistico dell'art. 131-*bis*, ormai pacificamente qualificato come una causa di non punibilità in senso stretto.

[186] Una compiuta disamina delle diverse posizioni dottrinali emerse sul tema può leggersi in AA. VV., *Società e fallimento*, in *Leggi complementari* (a cura di T. Padovani), 2007, Torino, p. 1888 ss. Si tornerà sul tema nel successivo capitolo, in cui si evidenzieranno le incongruenze della dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo.

Dimostrata la diversità di fondamento e regime, si tratterà di verificare la coesistenza della doppia categoria delle condizioni di punibilità nell'attuale sistema penale.

3. Rapporti tra illiceità, punibilità e antigiuridicità

A voler scomporre la norma penale, che ricalca il modello della proposizione condizionale, è possibile individuare un doppio livello sintattico, il primo dei quali è rappresentato dalla descrizione del fatto di reato, precisamente della condotta tipica (azione, evento e nesso di causalità) e del relativo elemento psicologico, cui segue, logicamente ed ontologicamente, il momento della conseguenza giuridica, consistente nell'irrogazione della pena[187]. Non vi è dubbio che il precetto primario, coincidente con la previsione del fatto e del complesso degli elementi significativi, costituisce il momento fondamentale ed indefettibile dell'incriminazione, risultando la descrizione dei connotati di disvalore della condotta indispensabile per la configurazione stessa dell'illecito.

Maggiori difficoltà sorgono invece in relazione al precetto secondario, contenente la descrizione della conseguenza sanzionatoria, dal momento che, già a monte, si

[187] In modo più dettagliato, seppur discutibile, K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, p. 233 ss. L'A. esponente della dottrina imperativista, distingue le norme dalle leggi penali: le prime atte a porre il precetto penale - il comando o il divieto - le seconde necessarie a fissare la punibilità, prevedendo la sanzione in caso di inosservanza del precetto. Stando a tale ricostruzione il momento dell'illecito viene integralmente ad esaurirsi nella previsione della norma, dal momento che solo essa, se disobbedita, determina il verificarsi dell'illecito – l'antigiuridicità viene dunque ricondotta alla contrarietà alle norme – mentre la legge penale si deve tenere nettamente distinta dalla previsione dell'illecito, non essendo connessa rispetto al precetto, e dunque costituisce soltanto un presupposto per la punibilità. Dello stesso avviso, sempre nella dottrina tedesca, F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XX ed., Berlino, 1914, p. 196. In modo più preciso dell'A. citato in precedenza, Von Liszt afferma l'estraneità della condizione al fatto illecito vero e proprio e che pertanto il tempo di decorrenza della prescrizione deve farsi iniziare dal verificarsi del fatto e non dall'avveramento della condizione (discorso completamente diverso, anche per esigenze logiche, si ha in merito alla formulazione dell'art. 158 c.p.). A titolo esemplificativo delle c.o.p., anche nel diritto tedesco, era presente una disposizione, l'art. 172 StGB, ormai abrogato, che subordinava la punibilità dell'adulterio alla condizione che ne fosse derivato il divorzio: situazione estrinseca che «con il fatto delittuoso e le sue parti non hanno a che vedere, sì che debbono essere considerate disgiuntamente da esso», come affermato da F. RAMACCI, *op. cit*., p. 80 ss.

rivela particolarmente controverso se la categoria della punibilità possa dirsi parte della struttura essenziale del reato, di modo che l'eventuale sospensione dell'irrogazione della sanzione incida sull'(in)esistenza dell'illecito, venendo a mancare una componente fondamentale. Il discorso si complica ulteriormente guardando, nello specifico, all'istituto delle condizioni di punibilità: in considerazione della loro incerta natura e alla luce del loro *modus operandi* occorre valutare come le stesse si rapportino alla struttura del reato.

I due profili risultano inscindibilmente connessi o, meglio, sostanzialmente sovrapponibili anche in considerazione della diversità, già precedentemente evidenziata, delle condizioni obiettive di punibilità rispetto agli elementi essenziali dal momento che, l'affermazione dell'estraneità delle prime rispetto al fatto di reato risulterebbe in linea con il disposto della previsione normativa di cui all'art. 44 c.p., che lega esplicitamente il funzionamento dell'istituto condizionale al momento della punibilità[188].

Tralasciando le diverse implicazioni con il principio di colpevolezza, già da una prima e superficiale lettura dell'art. 44 c.p., risulta che esso, nel subordinare la punibilità al verificarsi di un evento condizionale costituisce un'eccezione al tralatizio brocardo *nulla poena sine crimine*, formula che, pertanto, assumerebbe il seguente tenore: *nulla poena sine crimine et condicione*[189].

---

[188] Secondo la ricostruzione più risalente, al fatto appartengono come elementi essenziali, l'azione e l'omissione, l'evento e i presupposti del reato, come sostenuto da G. DELITALA, *op. cit*., p. 79. Quanto ai rapporti con l'antigiuridicità e la colpevolezza, l'A. precisa che il fatto dell'agente, che a lui si imputa perché è stato da lui voluto o anche semplicemente causato prescinde da esse, afferendo al solo livello della materialità del reato.

[189] Tale osservazione viene evidenziata da P. CURATOLA, *op. cit*., p. 808. Quest'ultimo ritiene che nel caso di reati sottoposti a condizione «il principio *ubi crimen ibi poena* si muterebbe nell'altro *ubi crimen et condicio ibi poena*, per cui, nelle ipotesi in cui è prevista la condizione, la regola *nulla poena sine crimine* così si modifica: *nulla poena sine crimine et condicione*». L'A. rientra in quell'orientamento dottrinale che sostiene non soltanto (e non tanto) l'inscindibilità del reato dall'irrogazione della pena, quanto l'equazione reato-fatto punibile: la pena rappresenterebbe l'elemento di differenziazione tra il semplice illecito e il reato. Dello stesso avviso F. BRICOLA, *op. cit*., p. 593; per un contributo più recente, M. G. MAGLIO- F. GIANNELLI, *Le condizioni*

Si è già avuto modo di riflettere sulla complessa questione afferente al ruolo rivestito dalle condizioni di punibilità all'interno del reato, optando per una soluzione differenziata a seconda che si abbia riguardo alle c.o.p. estrinseche ed intrinseche. Le prime, pur connotando la struttura tipica del reato, non appaiono idonee ad apportare alcun contributo all'offensività della fattispecie, incidendo solo sul momento punitivo, a differenza delle seconde, ontologicamente e storicamente assimilabili alle condizioni di esistenza dell'illecito penale.

Ciò posto, una compiuta analisi dell'istituto condizionale, pur limitando il discorso alle sole condizioni estrinseche, presuppone un'ulteriore analisi sulla funzione svolta dalla punibilità all'interno del reato al fine di verificarne i rapporti: precisamente, se possa esistere il reato senza la punibilità, o se, invece, si debba predicare la «reciproca sostituibilità» tra i due concetti, dovendosi individuare nella conseguenza sanzionatoria l'essenza dell'illecito penale[190].

Come si è già evidenziato, la norma penale presenta la peculiarità di affiancare ad una proposizione condizionante "prescrittiva" – che dunque contiene il precetto o meglio la norma giuridica, nucleo del disvalore – una proposizione c.d. informativa attinente l'aspetto propriamente sanzionatorio, relativo al *quantum* della pena.

La punibilità, che in concreto rappresenta la reazione dell'ordinamento innanzi alla commissione di un fatto conforme al tipo descritto nella fattispecie astratta ed il cui esercizio spetta lo Stato, si pone al centro di un fitto dibattito dottrinale in ragione

obiettive di punibilità, in *Riv. dir. proc. pen*., 2003, p. 183 ss., i quali definiscono la punibilità come «unica epifania pratica e concreta dell'antigiuridicità che possa definirsi rilevante per il diritto penale» e pertanto, non potendosi mai scindere il reato dalla punibilità, le c.o.p. ne diventano elementi integranti.

[190] Così F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 144. Lo stesso mostra di aderire a quella ricostruzione del reato quale «offesa ad un bene od interesse obiettivamente protetto» sostenuta in dottrina da G. DELITALA, *Contributo alla nozione di reato*, Roma, 1926, p. 46 ss. Per un simile e recente orientamento in dottrina cfr., per tutti, E. ANTONINI, *op. cit.*, p. 1205.

della difficoltà di giungere ad una univoca ricostruzione della stessa categoria nella teoria generale[191].

Richiamando i principali orientamenti sorti sul tema, possono individuarsi due diverse ricostruzioni, a seconda che la punibilità venga costruita come un requisito intrinseco di fattispecie ovvero se ne affermi l'estraneità rispetto agli elementi del reato.

Nello specifico, nell'ambito della prima ricostruzione occorre differenziare la posizione di quanti guardano alla dimensione punitiva come ad un apprezzamento di carattere assiologico ovvero teleologico la cui sussistenza, aggiungendosi ai tradizionali requisiti del fatto (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza), rende la condotta bisognosa oltreché meritevole di pena da quanti, invece, ravvisano nella punibilità il quarto elemento del reato, dotato di una propria autonomia strutturale

[191] Lo *ius puniendi* è stato oggetto di studio non solo della disciplina giuridica, ponendosi al centro anche di interessanti elaborazioni in settori culturali diversi da quello giuridico: in particolare, l'idea che un illecito non possa restare impunito e meriti il giusto castigo si rinviene già nelle remote concezioni etico- religiose, in cui tra i sinonimi dell'espressione pena si può sicuramente annoverare la vendetta. Questa è la concezione che si desume da opere letterarie "pagane", quali la Triade dell'Orestea di Eschilo, in cui Oreste viene perseguitato dalle Erinni sino a che non abbia compiuto la "vendetta" contro il padre Agamennone o anche dall'immaginario religioso del "Giudizio Universale" – a cui di necessità ciascuno sarà soggetto. Sul tema F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, p. 129. Depurata da ogni implicazione di carattere religioso è la visione della pena nell'età dei lumi in cui, anche sotto l'influenza della teoria contrattualistica, si configura la violazione della legge come "inadempimento" di un contratto la cui conseguenza è la privazione della libertà che, tra tutte, è la più preziosa: quella personale. Facendo un ampio salto cronologico si arriva alla concezione, elaborata dalla dottrina tedesca, di un "diritto di punire" configurato quale autentico diritto soggettivo all'obbedienza preteso dallo Stato, a cui fa da *pendant* l'obbligo del cittadino autore della violazione ad assoggettarsi alla pena prevista; così K. BINDING, *op. cit*., p. 230 ss. Sempre nell'ottica del diritto soggettivo (*recte*: diritto assoluto) viene ricostruito lo *ius puniendi* per la dottrina italiana che però, a differenza di quella tedesca, avverte l'esigenza di non configurare il diritto all'obbedienza come comando puro e astratto dalla funzione effettiva di tutela, conferisce ad esso maggiore consistenza agganciandolo agli interessi concreti da difendere per garantire l'esistenza dello Stato. Significativo risulta quanto affermato da A. MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari, 1942, p. 88. Secondo quest'ultimo «il diritto all'obbedienza non è già, come vorrebbe K. BINDING, un diritto privo esso stesso di un contenuto sostanziale, ma, come ogni altro diritto, ha per base materiale un interesse». Da qui ha inizio quella lunga tradizione giuridica che vede l'indissolubilità tra reato e pena. Più di recente cfr. A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle cause estintive di reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 1967, p. 472: la punibilità rappresenta il «dover essere della pena dopo la commissione del reato».

in quanto traduzione di motivi di opportunità cui l'ordinamento subordina l'irrogazione della sanzione[192].

La seconda elaborazione, sostenuta con particolare vigore dalla dottrina moderna, segna la rottura con la concezione formalistica dell'illecito penale e si fonda sulla consapevolezza dei "nuovi" fini del diritto penale, primo dei quali il finalismo rieducativo della sanzione, sancito dal comma terzo dell'art. 27 Cost.[193]. In accordo al citato orientamento, ad ogni fattispecie di reato sono sottesi una molteplicità d'interessi, taluni in grado di fondare quel giudizio di (il)liceità rispetto all'intero ordinamento comunemente definito come antigiuridicità, altri semplicemente idonei a paralizzare l'efficacia della sanzione, genericamente qualificati come cause di non punibilità[194].

Evidentemente, ambo le soluzioni prospettate sono accomunate dalla necessità di far soggiacere la sanzione al rigoroso vaglio del principio di legalità, ma soprattutto di sottrarne l'applicazione all'arbitrio del legislatore per ricondurla a rigorose e razionali esigenze di politica criminale[195]. Tuttavia, rilevanti sul piano pratico si

---

[192] Per una disamina delle molteplici ricostruzioni della punibilità v. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, p. 106 ss., G. FIANDACA, *Concezione e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in A. Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, p. 22 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 420, D. PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, p. 1811 ss.; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 438., L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla 'punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 399 ss., M. ROMANO, *Meritevolezza di pena*, cit., p. 46.

[193] L'art. 27 Cost. rappresenta la norma cardine in materia di personalità della responsabilità penale, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione: cfr. §.4 di questo capitolo.

[194] Su natura, fondamento giustificativo e differenze tra cause di giustificazione, cause di esclusione della colpevolezza e di non punibilità in senso stretto cfr.: D. PULITANÓ, *Corso* cit., p. 221 ss., M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1721 ss., M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, p. 55 ss.; F. PALAZZO, *Corso* cit., p. 115 ss., G. de VERO, *Corso*, cit., p. 234 ss.

[195] Il principio di legalità, nelle sue diverse articolazioni, oltre a permeare il precetto penale, connota le diverse fasi del ciclo della pena: quella dell'astratta previsione (comminatoria), della concreta applicazione (commisurazione) e della sua esecuzione. Come sostenuto dalla Corte Costituzionale il principio in esame conferisce forma ad un sistema orientato all'adeguamento delle risposte sanzionatorie ai casi concreti per rendere più possibile personale la responsabilità. Ciò da un lato si traduce nella necessità che i consociati, potenziali destinatari del precetto, abbiano effettiva

rivelano le ricadute dell'adesione all'una ovvero all'altra elaborazione, tanto più che l'eventuale sospensione della conseguenza sanzionatoria nel primo caso impedisce l'integrazione del reato, mentre nella seconda eventualità lascia impregiudicata la sussistenza di quella soglia di disvalore che connota l'illecito penale.

Accedendo alla tesi per cui il reato costituisce la somma di ciò che la norma penale prescrive - fatto tipico e sanzione penale - esso potrà dirsi integrato solo se alla condotta offensiva segue l'irrogazione della pena[196]. Applicando tale ragionamento alle fattispecie sottoposte a condizione di punibilità si avrà che, nella fase di pendenza della condizione, essendosi in presenza di una situazione che l'ordinamento giuridico prende in considerazione ma che è ancora priva di efficacia difficilmente potrà ritenere perfezionato il nucleo di elementi cui deve attribuirsi la

consapevolezza di esso e delle conseguenze che derivano dalla sua violazione, acquisendo così piena consapevolezza del disvalore delle condotte poste in essere; dall'altro, a tal fine risulta indispensabile che, già a monte, il divario tra minimo e massimo edittale fissato dal legislatore non superi l'elasticità necessaria a consentire al giudice di personalizzare la sanzione, rendendola aderente alle concrete circostanze di fatto. L'esigenza che il principio di legalità permei la sanzione viene avvertita, seppur con delle peculiarità, nel diritto sovranazionale, laddove la Corte EDU ha fatto espresso riferimento ai principi di accessibilità e prevedibilità del precetto. Per un'approfondita trattazione dei criteri appena enunciati cfr. F. VIGANÓ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2017, p. 7 ss. Per la ricostruzione del principio di legalità della pena in ambito nazionale, cfr. D. PULITANÓ, *Diritto penale*, cit. p. 165 ss.; F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, p. 10 ss., E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, pp. 383 ss., T. PADOVANI, *L' Utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 5 ss. Per la giurisprudenza, cfr. Corte cost., sent. 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. cost*., 1992, 4206 ss., con osservazioni di C.F. GROSSO, *Illegittimita` delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 1474 ss.; Corte cost. sent. 14 aprile 1980 n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 178; e Corte cost., sent. 10 ottobre 2012, n. 252, in www.cortecostituzionale.it.

[196] Cfr. P. CURATOLA, *op. cit*., p. 809. L'A. afferma che anche gli elementi che accedono al precetto secondario, proprio perché concorrono a costituire il modello del reato, partecipano all'essenza di questo. Tuttavia, in modo contraddittorio si prosegue affermando che «se [tali elementi] ne condizionano la punibilità, operano, allorché si realizzino, in modo da non incidere sull'antigiuridicità del fatto, che resta giuridicamente illecito perché in antitesi al precetto primario, ma non penalmente antigiuridico».

qualifica di reato, che verrà ad esistenza solo contestualmente alla verificazione dell'evento condizionale[197].

Malgrado l'autorevolezza della tesi, non può tuttavia celarsi che, in tal modo ragionando, si rischia di compiere un'ingiustificata eterogenesi dei fini, apprezzabile sul piano della tecnica di costruzione normativa del reato, per cui il reato da *prius* viene ridotto ad un semplice *posterius* rispetto alla sanzione[198]. Tanto più che, già sul piano della logica normativa, la selezione delle condotte meritevoli di incriminazione rappresenta certamente il frutto di una scelta del legislatore rispondente a ragioni di ordine anzitutto assiologico, relative alla diversa entità e gravità della lesione cagionata dalla condotta, e soggetta al rigoroso vaglio dell'osservanza di chiari e rigorosi principi, anche di rango costituzionale, primo fra i quali quello di offensività[199].

---

[197] Così si esprimono F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 146 e M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 29. Entrambi gli Autori rifiutano il rapporto di sinonimia tra reato e fatto punibile, affermando l'inaccettabilità della soluzione che sostiene che «la qualifica di reato non può dunque adattarsi ad una situazione che sia ancora priva di efficacia, sicché le circostanze che condizionano la conseguenza giuridica debbono necessariamente essere pertinenti al reato. […]. Tale soluzione implica tuttavia l'accettazione di un corollario che desta non poche perplessità. È chiaro infatti che, secondo quest'ordine di idee, si finisce per porre sullo stesso piano, nel processo di qualificazione giuridica, causa e condizione, fatto e condizione di punibilità, equiparando al livello concettuale due categorie sostanzialmente diverse, ognuna delle quali riflette finalità ed interessi diversi». In ultimo, osserva F. RAMACCI, *ivi*, «se al termine fatto viene dato il significato di comprendere tutti gli elementi soggettivi e oggettivi, positivi e negativi, siano essi contemplati dalla norma particolare della fattispecie o da altre norme di categoria generale, che senso ha aggiungervi l'aggettivo punibile? Come si vede l'unica possibilità di far salva l'equazione proposta consiste dunque nel ritenere che la punibilità rappresenti un elemento estraneo alla fattispecie penale».

[198] Una delle questioni più controverse cui la dottrina penalistica ha cercato di dare soluzione è stata quella relativa alla qualificazione del reato e alla sua differenziazione rispetto alle altre tipologie di illecito, fra cui l'illecito amministrativo. Dal momento che la peculiarità della pena consiste nella potenziale incidenza sulla libertà personale, limitandola, occorre riflettere su quale sia la peculiarità che renda il reato meritevole dell'irrogazione di una conseguenza punitiva così invasiva in luogo della semplice sanzione amministrativa, per definizione più tenue (discorso analogo può farsi anche in relazione all'illecito civile). Aderendo all'orientamento più recente, che sancisce l'autonomia tra precetto e sanzione, si potrebbe affermare che la differenza "qualitativa" della sanzione è conseguenza della differenza "qualitativa" dell'offesa realizzata con l'illecito: così ragionando non è la sanzione a condizionare il reato, ma il reato a condizionare la sanzione.

[199] In questa prospettiva assiologica si comprendono e si inquadrano le scelte legislative compiute nel corso degli anni dal legislatore: paradigmatico, anche in relazione al fenomeno condizionale, è stata la depenalizzazione dell'illecito di ubriachezza realizzata dall'art. 54 d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, chiaro specchio del mutamento di valori nella società civile.

Alla luce delle molteplici posizioni dottrinali sorte, per chiarire il rapporto logico-cronologico intercorrente tra pena e reato potrebbe risultare utile fornire una definizione di quest'ultimo anzitutto alla luce delle previsioni costituzionali e dei principi fondanti il diritto penale che trovano in esse consacrazione, cercando di elaborare una ricostruzione unitaria che possa ritenersi soddisfacente sia accedendo alla teoria bipartita, tripartita ovvero quadripartita dell'illecito[200].

Invero, prescindendo dalla specifica adesione all'una piuttosto che all'altra teorizzazione, si è soliti definire il reato come un fatto dotato di una carica di offensività apprezzabile nella dimensione esterna e materiale dal momento che, in accordo ad un risalente adagio, *cogitationis poena nemo patitur*, e soprattutto riconducibile oggettivamente e soggettivamente all'agente, secondo il paradigma della colpevolezza[201]. Già da questa definizione minima possono cogliersi i

[200] Si allude alle differenti costruzioni elaborate dalla dottrina nel tentativo di dare sistematica al reato; ad essere elaborata per prima è stata la teoria bipartita che s'impernia sulla coppia elemento oggettivo (identificabile nella condotta dell'agente tipizzata dal legislatore nella fattispecie) ed elemento soggettivo (quale requisito psicologico d'imputazione del fatto). A questo modello "elementare" di costruzione ben presto si sostituì una concezione tripartita, probabilmente la più diffusa in dottrina, che, accanto alla tipicità richiede la sussistenza di altri due profili: l'antigiuridicità e la colpevolezza (su cui, nel corso della trattazione, bisognerà soffermarsi per via delle interazioni che intercorrono tra esse e le c.o.p.). Di recente elaborazione è invece la teoria quadripartita che prevede come momento imprescindibile nella struttura del reato anche la punibilità, definibile quale l'insieme delle condizioni ulteriori ed estranee rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo: così G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *op. cit*., p. 652. Per una puntuale analisi del reato e delle sue tipologie cfr., per tutti, G. de VERO, op. cit., p. 399 ss. In sintesi estrema, l'A. citato dimostra l'inopportunità di una riconduzione alla struttura del reato tanto dell'antigiuridicità quanto della colpevolezza e della punibilità; infatti l'antigiuridicità, definibile come contrarietà della condotta rispetto alla specifica norma incriminatrice applicabile e non alla globalità delle norme esistenti nell'intero ordinamento, può essere "sistematizzata" al livello del conflitto apparente di norme. Quanto alla colpevolezza, escludendo che dolo e colpa ne siano parte – dovendo piuttosto afferire allo stesso tipo del reato – e venendo ad identificarsi con la sola imputabilità, se ne afferma conseguentemente l'attinenza alle condizioni personali del reo e non alla struttura del reato

[201] Il tentativo di prescindere dalla formale adesione ad una determinata ricostruzione del reato e il necessario aggancio ai principi di legalità, materialità, offensività e colpevolezza, tutti riconducibili a riferimenti espliciti o impliciti nella carta costituzionale, nasce dall'esigenza di approcciarsi al diritto penale con il rispetto dei livelli essenziali di garanzia che la materia – per la sua idoneità ad incidere sulle libertà personali – richiede. Spesso infatti si ha la sensazione che il profilo formale prenda il sopravvento con il sacrificio degli interessi concreti che ad essa sono sottesi. Sul punto si veda G. DE VERO, *op. ult. cit*., p. 386. Nella citata opera si affronta dapprima in modo dissociato il reato, offrendone un «concetto c.d. formale e un concetto c.d. sostanziale», in vista di una conclusiva definizione unitaria di esso, comportante il definitivo superamento della distinzione nella prospettiva giuridico-costituzionale.

principali caratteri del reato, come fatto umano tipico, offensivo e colpevole, che, proprio in ragione della potenzialità lesiva del bene giuridico di riferimento, rende indispensabile la reazione dell'ordinamento data dall'inflizione della pena, la cui peculiarità consiste nella potenziale limitazione della libertà personale del reo[202].

Così posti i termini della questione, appurato che la riposta sanzionatoria si giustifica, già a livello di astratta tipizzazione, in ragione del grado dell'offensività della condotta e dell'assenza di ulteriori e adeguati rimedi azionabili, appare preferibile affermare l'estraneità della punibilità alla struttura essenziale dell'illecito e, conseguentemente, ritenere il perfezionamento del reato anche in pendenza della condizione.

A tale conclusione può giungersi alla luce di un doppio binario di argomentazioni, l'uno strettamente legato alla pena, precisamente ai principi che lo informano e alla funzione che assolve, l'altro relativo ai rapporti tra punibilità, antigiuridicità e colpevolezza.

Iniziando da quest'ultimo profilo, è utile guardare al complesso codicistico e, segnatamente, a tutti quei casi in cui il legislatore fa riferimento alla generale categoria della punibilità, in relazione alla quale vengono in rilievo non solo le condizioni di punibilità, bensì l'intero *genus* delle cause di non punibilità in senso lato.

L'esistenza di molteplici istituti, tra cui le ipotesi di estinzione della pena, che comportano l'acquiescenza della pretesa punitiva lasciando in piedi l'essenza del reato fa tramontare la tesi che possa esistere sempre una perfetta corrispondenza tra reato e punibilità, avendo il legislatore previsto, già in via astratta, taluni casi in cui

[202] Sugli elementi di differenziazione tra sanzione penale e le altre tipologie sanzionatorie cfr., per tutti, G. de VERO, *Corso*, cit., p. 49 ss.

detta sequenza viene ad infrangersi[203]. Ne consegue che, se ipotizzabile risulta l'esistenza di un reato senza conseguenze giuridiche, non sarebbe ammissibile una conseguenza sanzionatoria che non riposi su di una lesione effettiva e rilevante del bene giuridico tutelato.

La necessità di distinguere il piano dell'illecito da quello della sanzione si evince con nettezza richiamando l'istituto delle condizioni di non punibilità in senso stretto, le quali, a differenza delle affini cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, lasciano integra la dimensione offensiva del reato, mettendo in evidenza interessi estrinseci e motivi di opportunità che paralizzano esclusivamente la conseguenza dell'illecito. Da qui la difficoltà di configurare la punibilità come il quarto elemento del reato, onde evitare l'equiparazione tra le distinte formule della non punibilità, dovendosi, piuttosto, differenziare e diversamente catalogare ciascun fenomeno.

Riprendendo l'orientamento ampiamente consolidato in dottrina, le cause di giustificazione appaiono idonee ad elidere il disvalore dell'illecito, intervenendo a monte sul complessivo giudizio di contrarietà della condotta rispetto all'intero ordinamento, le cause di esclusione della colpevolezza traducono in norma l'impossibilità di muovere un rimprovero al reo attesa l'inesigibilità di un comportamento diverso da parte dello stesso[204].

---

[203] Espressione emblematica ripresa dal testo di A. DE MARTINO, *La sequenza infranta* cit., *passim*.

[204] Dell'antigiuridicità e del suo inserimento nella struttura del reato, aderendo alla concezione tri o quadri partita, si è già accennato *sub* nota 33. In particolare è opportuno ancora una volta precisare che gran parte della dottrina costruisce l'antigiuridicità come contrarietà della condotta al complesso delle norme costituenti l'ordinamento giuridico: essa fa riferimento all'assenza di cause di giustificazione, che intervengono appunto sul presupposto della necessità di escludere l'antigiuridicità dell'azione. Tale soluzione non è accolta da chi (cfr., per tutti, G. de VERO, op. cit., p. 399 ss.) ritiene privo di senso prevedere la presenza di un elemento che per rilevare deve invece mancare. Da qui l'elaborazione di una soluzione alternativa volta a spiegare l'antigiuridicità attraverso il meccanismo del conflitto apparente di norme. Ed inoltre precisa l'A. da ultimo menzionato, parametro dell'illiceità della condotta non dovrebbe essere l'intero ordinamento,

A chiudere il quadro intervengono le cause di non punibilità che, a fronte di una condotta antigiuridica e colpevole, impiegando le categorie della concezione tripartita, comportano la rinuncia alla sanzione in presenza di ragioni di opportunità tassativamente predeterminate dal legislatore. Nel loro *modus operandi* l'istituto condizionale ricalca il paradigma delle cause di non punibilità, facendo tornare in auge con prepotenza la possibilità ontologica di uno iato tra la sfera della illiceità e quella della irrogazione della pena, momento nel quale il legislatore lascia lo spazio per l'intervento di interessi estrinseci ed ulteriori rispetto a quelli sottesi alla stessa scelta astratta di incriminazione.

Del resto, l'assimilabilità, quanto a funzione, tra le condizioni di punibilità e le cause di esclusione della pena e la loro distanza dalle cause di giustificazione si coglie anche sul piano della disciplina positiva, come dimostra l'interpretazione fornita dell'art. 59 c.p. Quest'ultima, norma cardine in materia di cause di non punibilità in senso lato, ne prevede un generale regime oggettivo di operatività, espressione dell'atteggiamento di *favor rei* che governa il nostro ordinamento, dal momento che le stesse sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. A parte questa precisazione, chiaramente in linea con il carattere "vantaggioso" dell'istituto in esame, la disposizione che però maggiormente interessa e merita riflessione si rivela certamente l'ultimo comma dell'art. 59 c.p., a norma del quale «se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui». Tale disposizione evidentemente rende applicabile anche alle cause di giustificazione, ma non alle cause di non punibilità in senso stretto, la

comprensivo delle svariate branche del diritto, quanto piuttosto la singola norma incriminatrice, di cui è richiesta l'applicazione rispetto al caso concreto.

disciplina dell'errore che, come evidenziato nella parte introduttiva del precedente capitolo, contraddistingue anche gli elementi costitutivi del reato, rispetto alle condizioni obiettive[205]. Per comprendere la ragione di questa differenza di "trattamento" in termini di incidenza dell'errore tra le due coppie di elementi torna in ausilio, ancora una volta, il dato assiologico che permette di rinvenire il fondamento della diversità di regime nell'altrettanto diversa "significatività" delle cause di non punibilità in senso stretto rispetto alle cause di giustificazione. Se, infatti, la *ratio* di queste ultime si apprezza sul piano dell'antigiuridicità, vale a dire della contrarietà della condotta al parametro giuridico di riferimento, le cause di non punibilità in senso stretto - il discorso potrebbe estendersi alle condizioni di punibilità - svolgono una funzione ben circoscritta al solo piano dell'efficacia, dell'irrogazione effettiva della sanzione, dovendosi conseguentemente escludere ogni implicazione di tipo valoriale e, dunque, ogni coinvolgimento psichico dell'agente, il quale non potrà, pertanto, addurre a propria scusa l'erronea percezione della realtà di fatto o di diritto.

In definitiva, la tipizzazione della cause di non punibilità, le quali comportano la rinuncia alla pretesa punitiva in presenza di determinati interessi esterni e pur

[205] Si veda sul punto capitolo II, § 2. Nel caso delle condizioni di punibilità si è già evidenziata l'inoperatività dell'errore, quale erronea rappresentazione di una situazione di diritto o di fatto, rispetto agli elementi essenziali. Accanto all'argomentazione immediata che fa leva sul semplice dato normativo, per cui è il regime obiettivo di per sé ad escludere la rilevanza di qualsivoglia forma di deviazione della volontà sulle c.o.p., altro valido supporto a tale tesi deriva dal confronto con il regime previsto dal codice per le cause di giustificazione e "il silenzio" riguardo le cause di esclusione della punibilità. Infatti, se per le prime viene prevista una specifica e dettagliata norma – a sancire non soltanto la rilevanza dell'errore putativo, ma a prevedere un apposito trattamento in caso di errore determinante da colpa, in riferimento alle seconde nulla dice il codice e per di più inapplicabile si ritiene ad esse l'art. 59 c.p. Ciò lascia intendere che la diversità di approccio è sintomatica di una diversità tra i due istituti; infatti potrebbe dirsi che mentre le cause di giustificazione incidono sul piano della lesione, divenendo "significative" – espressione qui utilizzata atecnicamente – e dunque richiedono il coinvolgimento psichico dell'agente seppur in termini di colpa, le cause di esclusione della punibilità riguardano solo la fase dell'efficacia, della produzione degli effetti, senza incidere sul piano della qualificazione giuridica della condotta, già ritenuta illecita. Le considerazioni appena svolte, potrebbero dunque essere utilmente estese anche all'istituto condizionale per spiegarne le interazioni con l'antigiuridicità, dimostrandone così l'estraneità al profilo di disvalore della fattispecie.

permanendo l'offensività della fattispecie può considerarsi una valida dimostrazione della sostanziale autonomia, affermata già a livello di previsione normativa, intercorrente tra precetto e sanzione.

Alla stessa conclusione può giungersi sulla scorta di un ulteriore argomento che fa leva sulla funzione della pena e sui principi che informano la stessa.

In ordine ai principi cardine del diritto penale, necessari per una ortodossa costruzione delle fattispecie di reato, tuttavia va precisato che, accanto ai ben noti legalità, materialità, offensività e colpevolezza esistono specifiche previsioni, anche di rango costituzionale, che riguardano la pena. Nello specifico, occorre far riferimento al finalismo rieducativo della pena, sancito dal terzo comma dell'art. 27 Cost., nonché ai criteri della proporzione e dell'*extrema ratio* ovvero della "necessarietà"[206].

Il finalismo rieducativo, che nasce dall'esigenza di scongiurare il rischio di sacrificare il singolo sull'altare dell'esemplarità della sanzione, permea di sé l'intero ciclo della sanzione dall'astratta previsione, alla comminatoria legale sino alla sua esecuzione, tanto da perseguire, contestualmente, il fine di orientare culturalmente i consociati, far acquisire al reo la consapevolezza del disvalore della

[206] Più esattamente si tratta di principi di cui il legislatore stesso dovrà tener conto al momento della costruzione degli illeciti; infatti il ricorso alla assoggettabilità alla pena sarà ammesso solo se non sia possibile alcun altra misura sanzionatoria e sempreché tale misura sia proporzionata al tipo di lesione di cui è foriera la condotta. La previsione dei suddetti principi, specialmente della "necessità", ci permette di comprendere come la sanzione penale rappresenti un *posterius* sotto ogni profilo: non solo cronologico rispetto alla condotta, ma, anche a livello sanzionatorio essa solitamente segue una preventiva valutazione sull'illiceità ed offensività della condotta e in ogni caso dovrà essere proporzionata ad essa. Tale argomentazione può essere dunque utile a dimostrare la sussistenza del reato di per sé dalla sanzione e che elemento caratterizzante di esso è rinvenibile nel momento di disvalore che esso costituisce. In ultimo è da considerare che una parte della dottrina individua due sottofasi del momento sanzionatorio distinguendo tra meritevolezza e necessità effettiva della pena: in tal senso si esprime P. VIOLANTE, *op. cit*., p. 603 ss. Afferma l'A. che «di fronte ad un comportamento umano vi è meritevolezza della pena solo in presenza di una lesione, minaccia socialmente apprezzabile di un interesse tangibile e primario definito bene giuridico. Necessità della pena implica, invece, il vincolo del legislatore alla certezza del carattere indispensabile del ricorso alla pena, nonché il confinamento della tutela entro gli stretti limiti della proporzionalità al raffronto della libertà personale».

condotta tenuta restaurando il tessuto valoriale leso. Perché ciò avvenga si rende indispensabile un'adesione da parte dello stesso reo, il quale, anzitutto non dovrà avvertire la sanzione come ingiusta ovvero sproporzionata. Da qui il doppio legame che salda il finalismo rieducativo con il principio di colpevolezza, su cui si è già avuto modo di riflettere, e, soprattutto, con il criterio della proporzione della sanzione. La corretta dosimetria sanzionatoria, operando come limite negativo invalicabile per il magistero punitivo statuale, assicura il giusto equilibrio tra il potere repressivo e l'assetto valoriale operante nel contesto culturale in un dato momento storico[207]. Pertanto, si potrà decidere a favore dell'incriminazione solo se la condotta presa in esame sia illecita, perché lesiva di valori socialmente condivisi affidando al grado di illiceità il ruolo di guida nella scelta della previsione sanzionatoria e nella determinazione del suo *quantum*: sanzione che interverrà solo se necessaria e se manchi altro rimedio meno afflittivo, così garantendo la piena corrispondenza tra l'afflittività della pena e l'"odiosità" dell'offesa cagionata.

Sulla base delle suddette argomentazioni si può avere buon gioco ad affermare che il nesso intercorrente tra reato e condizioni obiettive di punibilità non si atteggia più come un semplice rapporto tra elementi ugualmente indispensabili a certi effetti, ma come rapporto tra due piani di interessi concernenti rispettivamente il sorgere della caratteristica situazione che l'ordinamento giuridico prende in considerazione ed alla quale riferisce l'eventualità della conseguenza giuridica[208].

A questo punto giunti, è però d'obbligo una precisazione conclusiva: le considerazioni fin qui svolte sono interamente costruite e conservano la loro validità sul presupposto delle sole condizioni di punibilità "estrinseche"; pertanto occorre

[207] In questo senso, cfr. F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 32 ss.
[208] Così M. GALLO, *op. cit*., p. 25.

adesso approfondire l'indagine sulle condizioni "intrinseche", verificando lo stress che esse provocano al sistema per via della (in)compatibilità con il principio di colpevolezza[209].

Anche su questo profilo la dottrina si mostra discorde: da una lato si pongono quegli Autori che sostengono la sostanziale indifferenza delle condizioni di punibilità rispetto all'antigiuridicità, che senza dubbio, attiene al momento valutativo dell'illecito e non a quello dell'assoggettabilità a pena[210].

A soluzioni diametralmente opposte giunge altra parte della dottrina che, sebbene ammetta l'estraneità delle c.o.p. al fatto di reato, ne riconosce l'inerenza ad una nozione ampia di fattispecie e dunque conclude che nella fase di pendenza della condizione il fatto non è reato, pur essendo giuridicamente illecito[211]. In realtà, tale obiezione, fondata ancora una volta sul presupposto della sinonimia tra reato e punibilità, potrebbe facilmente superarsi ricorrendo alle argomentazioni sopra rassegnate in merito alla autonomia delle due entità: proprio i rapporti tra condizioni di punibilità e colpevolezza verranno indagati nel prosieguo.

---

[209] Interessante risulta la notazione di F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 157, che mette in evidenza come «anche gli assertori dell'intrinsecità delle condizioni di punibilità al reato ammettono che l'elemento [in esame] non ha in sé nulla di illecito e che il carattere dell'illiceità attiene pur sempre al fatto commesso».

[210] Questo orientamento in dottrina è sostenuto da G. MUSOTTO, *op. cit.*, p. 131 ss. Per l'A. le condizioni di punibilità sono estranee al fatto, non condizionano l'antigiuridicità e non abbisognano di essere volute dal momento che l'antigiuridicità è data dal rapporto di contraddizione tra un fatto e l'ordinamento giuridico e non può farsi dipendere da elementi estranei al fatto; prima che si realizzi la condizione, il fatto è antigiuridico.

[211] Importante esponente di questo orientamento dottrinale è R. A. FROSALI, il quale, mette in relazione le condizioni di punibilità e antigiuridicità formale e sostanziale concludendo che *dum condicio pendet* non si realizza compiutamente quella antigiuridicità formale derivante dal rapporto di antitesi tra la parte della norma che prevede la necessità della condizione e l'avvenimento non ancora verificatosi. Così argomentando, sempre seguendo il punto di vista del suddetto A., non viene a realizzarsi neanche l'antigiuridicità in senso sostanziale e coincidente con l'effettivo danno patito dallo Stato, quale soggetto titolare della potestà punitiva: cfr. R. A. FROSALI, *op. cit.*, p.123 ss.

4. Spazio per l'esistenza delle condizioni intrinseche nella nuova concezione della colpevolezza

Malgrado l'assenza di una precisa definizione avente ad oggetto la categoria delle condizioni di punibilità, parte della dottrina, con l'avallo della prevalente giurisprudenza, ha ritenuto l'art. 44 c.p. un contenitore sufficientemente ampio per ricomprendere due distinte tipologie condizionali: quelle c.d. intrinseche e quelle c.d. estrinseche[212].

Si è già fatto riferimento a quali e quanti siano i profili di diversità intercorrenti tra le due ipotesi, sia in termini di natura che di funzione: a tal fine è sufficiente ricordare che le condizioni estrinseche fungono da filtri selettivi delle condotte bisognose di pena e, come tali, si mostrano idonee a condizionare il solo meccanismo sanzionatorio, diversamente, le condizioni intrinseche contribuiscono a tracciare il disvalore della fattispecie, rappresentando altrettante forme di "progressione criminosa" dell'offesa base contenuta nell'illecito.

[212] Unitarietà che è stata corroborata dalla scelta del legislatore del codice Rocco di espungere, nella formulazione dell'art. 44 c.p., la distinzione tra condizioni per l'esistenza e condizioni per la punibilità del reato, originariamente prevista nell'art. 47 del progetto preliminare: è verosimile ritenere che a tale variazione sul piano letterale corrisponda un mutamento funzionale dell'istituto idoneo a dirigere la propria incidenza solo sul momento dell'inflizione della pena e, indifferente sul perfezionamento del reato. Per una rapida panoramica delle variegate posizioni dottrinali si veda il § 1. Quanto agli orientamenti emersi nella giurisprudenza, si presti attenzione a Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, p. 289. Nella citata sentenza la Consulta legittima la fondatezza della distinzione, precisando tuttavia la necessità della riconduzione delle c.o.p. intrinseche al principio di colpevolezza. Sul tema si guardino inoltre i recenti interventi della giurisprudenza di legittimità secondo cui «in tema di gestione di rifiuti l'omessa bonifica del sito inquinato secondo le cadenze procedimentali disciplinate dall'art. 17 d.lgs. 5 febbraio 1997 integra una condizione obiettiva di punibilità intrinseca a contenuto negativo che incide sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore condotta omissiva del contravventore». In tema di trattamento illecito dei dati personali la Corte Cass. afferma la natura del nocumento di condizione obiettiva di punibilità intrinseca «strutturata secondo una vera e propria progressione criminosa». In particolare, nella citata sentenza, la Corte ha ulteriormente modo di precisare i termini di distinzione delle condizioni di punibilità dagli elementi costitutivi - «se tale progressione riguarda lo stesso interesse tutelato dalla norma si potrà parlare di evento costitutivo; se essa riguarda un interesse diverso si tratterà di evento condizionante» ed ancora di soffermarsi a descrivere anche le c.o.p. estrinseche «connotate solo dalla presenza di un fatto esterno, cui è subordinata la rilevanza penale della condotta» (formula, quest'ultima, sicuramente poco felice per via del riferimento alla rilevanza): Corte cost., sez III, sent. 28 maggio 2004, in *Cass. Pen*., 2005, p. 1895.

Il differente modo di ciascun elemento di rapportarsi all'offensività del reato presenta notevoli ripercussioni sul loro rapporto con il principio di colpevolezza. Affermare che le c.o.p. - sia mantenendo in vita le due distinte categorie o riconducendole ad unità - contribuiscano a delineare l'illiceità del fatto, implicherebbe il doverle imputare all'agente a titolo di dolo o colpa, in piena rispondenza ai principi cardine del diritto penale escludendone, per palese contrasto con le norme costituzionali, l'imputazione meramente obiettiva.

La centralità assunta dal principio di colpevolezza nell'attuale assetto costituzionale impone, pertanto, di interrogarsi sull'esistenza di uno spazio di esistenza delle condizioni intrinseche nell'ordinamento.

Anche sul tema gli orientamenti sono variegati e discordanti e variano a seconda che si ammetta l'esistenza delle sole condizioni estrinseche piuttosto che di quelle intrinseche o ancora che si ravvisi l'illegittimità solo delle seconde o, come sostiene una posizione minoritaria, che si arrivi a negare *in toto* la legittimità della categoria condizionale[213]. Tuttavia, qualunque posizione sembrerebbe aprioristica e priva di fondamento se non facesse i conti, in mancanza di una presa di posizione del legislatore chiarificatrice della portata dell'art 44 c.p. o che ne riformi in modo definitivo il contenuto, con i limiti estrinseci ed intrinseci dettati dallo stesso ordinamento[214]. Anzitutto è opportuno riprendere e approfondire la questione relativa al corretto modo d'interpretare il principio di colpevolezza.

[213] Una simile posizione in dottrina è sostenuta da F. BRICOLA, *op. cit.*, pp. 606 e 607. Nell'opera si legge che la «responsabilità nell'art. 27 primo comma è assunta nel suo significato neutro; ad esprimere l'assoggettamento di una persona al carico della sanzione penale. Ne consegue che tutti i fattori che concorrono a determinare l'imputazione di una sanzione ad un soggetto, devono essere da questi realizzati, ovvero se realizzati da terzi, devono formare oggetto di rappresentazione da parte dell'agente. […] Nulla di tutto ciò sembra realizzarsi per le condizioni di punibilità».

[214] Con la dizione limiti intrinseci ed estrinseci s'intende far riferimento a quei vincoli a cui tanto il legislatore quanto, soprattutto, l'interprete sono tenuti al momento di costruire o dar applicazione alle norme penali. Dal momento, come si è più volte osservato, che la categoria delle condizioni di punibilità è costruita in modo vago tanto per il contenuto, quanto per la corretta interpretazione, si rende indispensabile il ricorso a parametri obiettivi quali, fra tutti, i principi costituzionali dettati in

In particolare si è avuto modo di precisare che la colpevolezza rappresenta un principio tanto centrale quanto complesso, a tal punto che parte della dottrina ha ravvisato al suo interno diverse sotto-articolazioni: ad integrare il principio in esame è anzitutto necessario accertare che l'agente risponda per fatto proprio e non altrui, sulla scorta del divieto sancito dall'art. 27 comma 1 Cost., dovendosi richiedere la *suitas* dell'azione, vale a dire la riferibilità della condotta al soggetto. Tuttavia, a fondare il legame non può ritenersi sufficiente il solo nesso di derivazione fisica, c.d. causalità materiale, dovendo quest'ultimo essere accompagnato da un'effettiva adesione psichica dell'agente integranti gli estremi del dolo ovvero della colpa. Eppure il rispetto di entrambe i requisiti, divieto di responsabilità per fatto altrui e di responsabilità oggettiva, non può ancora ritenersi sufficiente a garantire che la responsabilità, attribuita al reo, sia davvero "personale"[215].

Pertanto si richiede che la condotta sia anche "colpevole", vale a dire che possa essere destinataria di quel giudizio di rimproverabilità che, di regola, si giustifica come risposta dell'ordinamento all'atteggiamento di antagonismo ed ostilità mostrato dal reo al momento della commissione del fatto di reato. Ed infatti, presupposto della responsabilità colpevole è che l'agente possieda la piena capacità di intendere e volere – c.d. imputabilità - e, soprattutto, risulti realmente consapevole della portata del precetto penale che va si appresta ad infrangere[216].

materia di reati e il generale *favor rei*, cui è ispirato il generale atteggiamento del legislatore. A riprova di ciò, si anticipa che la soluzione cui si approderà nella seguente trattazione si definirà "necessitata", vale a dire "imposta dalla corretta applicazione e rispetto dei summenzionati vincoli.

[215] L'art. 27 Cost. recita che «la responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Tradizionalmente si rinviene il fondamento del principio di personalità nel primo comma del summenzionato articolo che però dà fondamento al divieto di responsabilità per fatto altrui e responsabilità oggettiva; guardando al terzo comma e al finalismo rieducativo della pena si riesce a cogliere il nuovo significato assunto dal principio di responsabilità nella sua articolazione della colpevolezza.

[216] La colpevolezza, si è notato precedentemente, si identifica con il giudizio di "rimproverabilità" che può essere mosso all'agente sussistendone alcuni presupposti: imputabilità e conoscenza (conoscibilità) del precetto penale. Naturalmente anche questo tema può essere affrontato da diverse

Imputabilità e conoscenza - conoscibilità del precetto penale rappresentano le due componenti necessarie della colpevolezza, che seppur non espressamente previste dal legislatore, sono ormai ritenute imprescindibile fondamento della responsabilità, come si evince da pronunce della giurisprudenza costituzionale di portata "storica". In tali sentenze, in modo particolare nella n. 364 e la n. 1085 del 1988, la Corte, muovendo dai precetti contenuti nell'articolo 27 Cost., risultanti dal combinato disposto tra i commi primo e terzo, ha avuto modo di precisare che, affinché un fatto sia effettivamente riconducibile all'agente e, conseguentemente, che a quest'ultimo sia possibile muovere il rimprovero sanzionatorio, è necessario che egli si ponga «in contrasto (od indifferenza ai) con i valori della convivenza, espressi dalle norme penali»: atteggiamento che, dunque, implica non soltanto la partecipazione fisica e psichica del soggetto nella realizzazione dei requisiti oggettivi e soggettivi tipizzati nella norma, ma anzitutto richiede una preventiva conoscenza e conoscibilità del precetto penale discendente dal corretto adempimento dei reciproci obblighi di informazione a cui sono tenuti Stato e cittadini[217]. Laddove ciò non avvenisse si rischierebbe di attribuire una

angolature (e con "soluzioni" altrettanto diverse) in base alla teoria strutturale del reato a cui si aderisce. In particolare si faccia attenzione alla ricostruzione avanzata da G. DE VERO, *op. cit*., p. 174 ss., il quale rigetta l'equazione tra responsabilità personale e responsabilità colpevole sostenuta in dottrina, *ex multis*, da E. FIANDACA- G. MUSCO, *op. cit*., p. 313 e F. MANTOVANI, *op. cit*., p. 288; *contra* A. PAGLIARO, *op. cit*., p. 319.

[217] Non si dimentichi che la questione di legittimità costituzionale cui ha dato soluzione la citata sentenza n. 364/1988 ineriva l'art. 5 c.p. nella misura in cui non prevedeva la scusabilità dell'errore su norma penale in caso di inevitabilità. È fuori dubbio che la rigorosa applicazione della inescusabilità dell'errore inevitabile si sarebbe tradotto in forme di responsabilità incolpevole, praticamente inaccettabili nel nostro ordinamento, per via del palese contrasto con il fine di rieducazione a cui deve tendere la pena. La pena era stata già oggetto di analisi nel precedente paragrafo, al fine di dimostrare la scindibilità rispetto al concetto di reato; nel corso della trattazione si avrà modo di evidenziare che, esito di questa "affrancamento" della sanzione penale sia stata l'attribuzione ad essa di un'autonoma funzione di rieducazione (alla luce della quale dovranno essere lette anche le c.o.p.) dando ulteriore riconoscimento al principio di personalità della responsabilità penale. In tal senso, si vedrà, si attua la trasformazione dello *ius punendi* da diritto soggettivo a potestà punitiva caratterizzata da un sostanziale riequilibrio nei rapporti tra Stato e cittadini; sul tema cfr., per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998 ss.

responsabilità incolpevole e dunque inaccettabile, confliggente fra l'altro, anche con i canoni della accessibilità e prevedibilità di matrice comunitaria[218].

Fatta quest'ampia premessa sulla complessità e sul carattere multilivello con cui va intesa la colpevolezza, occorre concretamente verificare la compatibilità con essa delle condizioni di punibilità intrinseche, anche alla luce dei molteplici dubbi di costituzionalità che le riguardano per via della naturale tendenza ad incidere sul disvalore della fattispecie e sull'essenza "illecita" della condotta. Il panorama delle posizioni dottrinali a riguardo è piuttosto ampio e stratificato, come variegate e molteplici sono le "letture correttive" elaborate per assicurarne la loro conformità ai dettami del diritto penale[219].

---

[218] Previsto dall'art. 7 CEDU, il principio di legalità, del *nullum crimen, nulla poena sine lege* viene qualificato come diritto dell'individuo, anziché come principio ordinamentale funzionale: in questi termini F. VIGANÓ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit. p. 253 e R. SICURELLA, *Teoria del bene giuridico*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, (a cura di L. Picotti, G. Grasso, R. Sicurella), Milano, 2011, p. 12 ss. Ripercorrendo le più importanti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'A. fornisce un'approfondita definizione dell'accessibilità, da riferire al precetto, e della prevedibilità riconducibile alla sanzione. Tra le pronunce più rilevanti si vedano S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995 e Kafkaris c. Cipro [GC], n. 21906/04, § 137, CEDU 2008. Nelle predette sentenze si afferma che la garanzia sancita all'articolo 7, che è un elemento essenziale dello stato di diritto, «occupa un posto preminente nel sistema di protezione della Convenzione, come sottolineato dal fatto che non è permessa alcuna deroga ad essa ai sensi dell'articolo 15 neanche in tempo di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Come deriva dal suo oggetto e dal suo scopo, essa dovrebbe essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie» (S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995). Sullo stesso tema, cfr. Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, Sud Fondi e altri c. Italia in tema di natura giuridica della confisca.

[219] A ricostruire il novero delle posizioni espresse dalla dottrina, riguardo le c.o.p. intrinseche, non sarebbe sufficiente ricorrere ad una distinzione tra chi ne afferma o che ne nega l'esistenza; infatti tra i due estremi si frappongono orientamenti e dunque argomentazioni tra le più disparate; ci sono autori che affermando la sola esistenza delle condizioni intrinseche (definendole, appunto, "proprie") disconoscono quelle intrinseche ("improprie) e per questo le riconducono alla categoria delle condizioni di procedibilità. Cfr., per tutti, F. BRICOLA, *op. cit*., p. 594 ss. L'A. sostiene che la configurazione dell'interesse esterno in chiave processuale, quale manifestazione di una condizione estrinseca, fa sì che «non tanto non si fa il processo perché non si vuole punire, quanto non si punisce perché non si ritiene opportuno fare il processo». Sempre a favore dell'esistenza della categoria in esame - senza però che ciò determini l'esclusione di quella "estrinseca" - si colloca M. ROMANO, il quale però, a sostegno della propria tesi, pone argomentazione diametralmente opposte a quelle sopra citate. Nel Commentario sistematico (cit., p. 401), ROMANO qualifica come intrinseci quegli elementi condizionali nei quali «il fattore aggiuntivo che compare nella descrizione legale partecipa della medesima natura dell'interesse tutelato o è comunque di natura affine o prossima, quando cioè l'elemento supplementare della fattispecie complessiva segnali la considerazione legislativa di un interesse solo quantitativamente diverso rispetto a quello offeso dal reato». Di tutt'altro avviso, è quella parte della dottrina che propende per una *reductio ad unum* della

Passando in rassegna i principali orientamenti emersi sul tema, occorre anzitutto vagliare la posizione di quanti affermano l'esistenza delle sole condizioni intrinseche di punibilità, appiattendo le condizioni "estrinseche" sulla categoria processuale delle condizioni di procedibilità e privandole di contenuto sostanziale e, quindi, di autonomia concettuale.

La ricorrente argomentazione a sostegno di tale ricostruzione riposa nell'adesione alla sopra analizzata "concezione" unitaria del reato, come fatto punibile, connotato dalla inscindibilità del profilo del disvalore, dal momento dell'irrogazione della pena. Le condizioni di punibilità, innescando il meccanismo sanzionatorio, non possono che contribuire alla configurazione dell'illiceità del fatto attualizzandola e qualificandola e pertanto ne rappresentano «elementi costanti»[220]: pertanto, secondo tale orientamento «dire che l'azione acquista il carattere di azione criminosa indipendentemente dal verificarsi dalla condizione di punibilità significa, oltre tutto, configurare una categoria di fronte alla quale ognuno avrà il diritto di domandarsi quale ne sia il contenuto e la funzione, a cosa serva; […] un'entità del tutto vuota e priva di qualsiasi rilevanza»[221].

Evidenti sono i limiti della tesi appena esposta anzitutto in ragione dell'impossibilità di continuare ad affermare l'equazione reato-fatto punibile,

---

categoria condizionale affermando che negare tale unità «sarebbe a dire che le medesime ragioni di opportunità "esterne" si tradurrebbero nella avvertita esigenza di punire, a volte, solo quelle offese al bene giuridico che abbiano raggiunto una data intensità, ovvero solo quelle offese ulteriori e più gravi di quella interna, anche se a questa inscindibilmente collegate»: così P. P. EMANUELE, *Controversie dottrinale e distorsioni in tema di condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, p. 1150 ss.. Sul tema, cfr., *ex multis*, F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 167 ss.; V. N. D'ASCOLA, *op. cit.*, pp. 667 e 668;

[220] In tali termini si esprime F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 592, il quale, nel tentativo di neutralizzare la distinzione tra c.o.p. intrinseche ed estrinseche fornisce, in proposito, una giustificazione poco convincente: riprendendo la distinzione tra condizione nel diritto privato e condizione nel diritto penale, l'A. qualifica la prima come elemento accidentale, mentre la seconda quale elemento "costante" della fattispecie astratta che non darebbe alcuno spazio di rilevanza alla distinzione tra punibilità in senso astratto (identificabile nel reato) e punibilità in concreto (considerata come momento applicativo e coincidente con la c.o.p.).

[221] Così B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 675.

dovendosi ormai ravvisare altrove rispetto alla punibilità l'essenza dell'illecito penale, in conformità a quanto argomentato nel precedente paragrafo. Inoltre, ammettere l'esistenza delle sole condizioni di punibilità intrinseche comporterebbe un'interpretazione abrogatrice dell'istituto di cui all'art. 44 c.p. che verrebbe ridotto ad un mero doppione degli elementi essenziali del reato, al pari di quanto avviene per le condizioni estrinseche rispetto alle condizioni di procedibilità.

Senza approfondire le eventuali criticità rispetto al principio di colpevolezza, sulle quali si tornerà successivamente, e mantenendo sempre la prospettiva dell'esistenza delle condizioni intrinseche, occorre dar conto di quanti in dottrina affermano la coesistenza di quest'ultime con le c.o.p. estrinseche. Questa ricostruzione prevede l'elaborazione di un regime di "separazione delle competenze" tra le categorie suddette, individuandone i rispettivi ambiti di operatività a seconda che l'estraneità della condizione rispetto all'antigiuridicità del fatto sia "formale", quindi quantitativa, ovvero "sostanziale", dunque qualitativa[222].

Quanto all'ultimo orientamento, esso è sostenuto da quegli Autori che, data la carenza di «indizi sicuri nella ricostruzione della fattispecie dell'art. 44 c.p.»[223], valorizzando il profilo sostanziale dell'istituto delle condizioni e sostenendo la

[222] Ferma restando le difficoltà concrete, in termini di distinzione tra semplici forme di "progressione criminosa dell'offesa" e veri elementi essenziali del reato, tale tesi riconosce ed attribuisce alle condizioni di punibilità una natura "esterna" rispetto all'asseto d'interessi del reato, ma, nell'ambito di questa estraneità rinviene due sotto-categorie, che si differenziano solo per profili d'incidenza quantitativa o qualitativa sulla lesione del bene. Essa infatti, sarebbe funzionale a realizzare un perfetto equilibrio tra eccesso punitivo, derivante dalla costruzione di alcuni reati come di condotta, e garanzie di materialità e personalità della responsabilità. Tale ricostruzione è sostenuta in dottrina da M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 401 ss. Per la definizione di antigiuridicità materiale e formale può farsi riferimento a M. GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 202 ss.

[223] Così P. P. EMANUELE, *op. cit.*, p. 1153. L'autore, soffermandosi sulla struttura dell'istituto condizionale ribadisce che «l'art. 44 c.p. si limita a non imporre – non a vietare – in termini di necessità un nesso eziologico o psicologico tra fatto e condizione, sancendo l'indifferenza delle condizioni rispetto ai suddetti nessi» e, pertanto, conclude che la peculiarità dell'istituto condizionale debba rinvenirsi sul versante sostanziale.

piena emancipazione del reato dalla pena, affermano la necessità di una riconduzione delle c.o.p. ad unità ontologica.

Senza voler assumere una posizione a priori, che potrebbe risultare discorsiva e forzata, probabilmente, il modo più corretto di costruire e interpretare le condizioni di punibilità è conseguenza, anzitutto, della corretta applicazione dei canoni del diritto penale, ed in particolare del principio di colpevolezza risultante dalle pronunce giurisprudenziali esaminate, nonché del nuovo "corso" di rapporti tra reato e pena, inaugurato dalla Carta costituzionale.

Come si è visto, è possibile sintetizzare gli elementi distintivi delle condizioni "intrinseche" nella funzione di "attualizzazione e qualificazione" dell'offesa contenuta nel reato, nella conseguente partecipazione alla formazione del disvalore della condotta e, dunque, nella loro significatività, evidentemente poco compatibile con il previsto regime di responsabilità obiettiva dal momento che è necessario ricondurre, quantomeno a titolo di colpa, tutti gli elementi significativi della fattispecie. Il vero problema a questo punto è stabilire l'esatta portata di questa significatività, in considerazione del fatto che, come sostenuto da una parte della dottrina, gli elementi intrinseci sarebbero idonei ad incidere solo su una dimensione "qualitativa" dell'antigiuridicità che, dunque, rimarrebbe quasi interamente assorbita dalla condotta tipica, potendosi così porre rimedio anche alla costruzione di talune fattispecie "come di condotta"[224].

[224] Fautore di questa tesi è M. ROMANO, il quale fornisce una peculiare ricostruzione delle fattispecie condizionate, sia di condotta che di evento, ritenendo che in esse le condizioni di punibilità intrinseche come "progressione criminosa" dell'offesa (cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit. p. 478 ss.). Un simile ragionamento non è scevro da profili di particolare problematicità che, ancor prima della condizione in sé, coinvolgono gli stessi fatti tipici, spesso costruiti su basi "offensive" poco robuste: con l'introduzione dell'elemento condizionale il legislatore potrebbe tentare di colmare a livello "quantitativo" un *deficit* che è, invece, esclusivamente qualitativo, di offensività appunto.

La Corte Costituzionale, in una recente pronuncia, ha fornito una definizione "di ampio respiro" della significatività come ‹‹nucleo nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato››, che, però, non sembra aver dato un contributo chiarificatore, quantomeno nella risoluzione del caso delle condizioni intrinseche[225]. Ugualmente ammissibili e validi potrebbero essere due diversi e antitetici ragionamenti: si potrebbe ritenere che nel "nucleo" rientrino indistintamente tutti gli elementi "portatori" di disvalore e dunque anche le condizioni che lo attualizzino e qualifichino ovvero, parimenti, che il riferimento all'immagine del nucleo, fungendo da "filtro", tenda a far rilevare, in termini di imputazione soggettiva, solo e soltanto quelle componenti del reato "caratterizzanti" l'offesa, mancando le quali essa non sarebbe ipotizzabile e la condotta non incriminabile[226]. In termini di responsabilità penale, ciò equivarrebbe ad affermare una necessaria "subiettivizzazione" delle condizioni nel primo caso e una piena compatibilità ed ammissibilità del regime obiettivo, nel secondo caso. A voler, anche ipoteticamente, accogliere una definizione più ristretta della significatività – escludendo, cioè, le condizioni di punibilità intrinseche – si tratta di verificare quali siano gli effetti e le ripercussioni sul sistema di una simile soluzione.

In particolare, stante la configurazione delle c.o.p. intrinseche di "progressione criminosa" è indubbio che verrebbe ad assottigliarsi, fino a scomparire, la soglia di differenziazione dagli *essentialia delicti* tanto dei delitti dolosi, quanto di quelli colposi. Rispetto ai primi si rinverrebbero rischi di sovrapposizione (almeno dal

[225] Corte Costituzionale sent. 24 luglio 2007, n. 322, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3144 ss. La Corte, in tale occasione, precisa che il principio di personalità della responsabilità s'intende rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l'agente e il nucleo significativo o fondante della fattispecie, nel quale si risolve il disvalore significativo del fatto incriminato, giustificando la funzione della pena, che ne consegue.

[226] Precisa e puntuale è la qualificazione fornita dalla Cassazione che, nella sent. 13 dicembre 1963, in *Giust. Pen*., 1964 p. 662, definisce le c.o.p. come «elementi che sfuggono alla signoria dell'agente, rispetto ai quali è inconcepibile un divieto di realizzazione».

punto di vista sostanziale) con gli eventi che aggravano il reato; infatti, molto spesso, anche questi ultimi definiscono una progressione criminosa della condotta base, già di per sé integrante un illecito (*rectius*: il reato base) e non vi sono dubbi che per tale motivo essi costituiscano casi di responsabilità oggettiva, non compatibili con la responsabilità personale[227]. Ed in questa direzione, con la finalità di realizzare almeno una soglia minima di colpevolezza, parte della dottrina tende a ricondurre tali reati alla categoria circostanziale perché essi possano assoggettarsi al nuovo regime previsto dall'art. 59 c.p., fondante la responsabilità dell'agente sulla base dell'imputazione psichica[228].

[227] Ad evidenziare l'attualità del suddetto rischio si può invocare quanto sostenuto da P. NUVOLONE, op. cit., p. 43. L'A., nell'opera menzionata, ha individuato la radice comune dei reati con condizioni di punibilità e di quelli aggravati d'evento nel principio del *versari in re illicita*, espressione di una concezione di politica criminale ispirata a criteri di particolare rigore. Fra l'altro, non è di certo una novità che ombre di illegittima per contrarietà a Costituzione si addensino anche sui reati aggravati, che nelle prospettive *de iure condendo* (in particolare nella proposta di riforma al codice penale, c.d. Progetto Grosso) sono destinati ad essere espunti dall'ordinamento. In effetti la distinzione verrebbe praticamente ad annullarsi aderendo a quell'orientamento che prevede l'esistenza del reato anche in pendenza della condizione (infatti la caratteristica dei reati aggravati da evento è il presupporre già l'integrale realizzazione del reato base).

[228] L'assimilazione tra c.o.p. ed elementi aggravanti l'evento è strumentale a far emergere il delicato rapporto intercorrente tra il principio di personalità e gli elementi "offensivi" del reato. A titolo esemplificativo, guardando alle circostanze aggravanti del reato, occorre evidenziare l'intervento di riforma del 1990, che ha determinato l'introduzione di un regime soggettivo d'imputazione delle stesse per via dell'incidenza sul disvalore della condotta, richiedendo che esse vengano attribuite all'agente solo se conosciute ovvero ignorate per colpa o per colpa ritenute inesistenti. Sui reati aggravati dall'evento, cfr. G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1975, p. 16 ss., M. ROMANO, in *Comm Sist* I, voce *pre-art. 59*, p. 634; F. BASILE, *Commento all'art. 59 – sub B) Circostanze*, in (Dolcini-Marinucci a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, pagg. 1036 ss., F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento, Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, 1979, p. 63 ss., A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato, Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss., A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 18 ss., A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, 2000, Padova, p. 69 ss., E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Studi Vassalli*, I, Napoli, 1991, p. 359 ss., E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979, p. 755 ss., A. R. CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, p. 303, S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 125 ss.*;* G. de VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, p. 65 ss., G.A. DE FRANCESCO, *I reati aggravati dall'evento, Studium Iuris, 1996*, p. 554.

Poco convincente appare l'argomentazione che vorrebbe le c.o.p. intrinseche come "contro peso" voluto dal legislatore per neutralizzare eventuali eccessi punitivi ravvisabili in talune fattispecie di reato costruite solo sulla mera condotta dell'agente. Infatti, qualora la condotta fosse già di per sé perfettamente offensiva, richiedendo un ulteriore profilo di disvalore si finirebbe per richiedere delle «forme di responsabilità abnorme»[229], rispetto alla indifferenza per la sopravvivenza, nel medesimo sistema, di responsabilità oggettiva, accentuata dalla considerazione che di frequente le c.o.p. costituiscono eventi non attribuibili al soggetto neanche materialmente. Passando invece ad osservare i reati colposi, si è già accennata ad una tendenza invalsa nella dottrina, con il seguente avallo della giurisprudenza, a ridurre a condizioni di punibilità elementi effettivamente costitutivi della fattispecie, perché qualificabili come eventi[230].

Evidentemente, però, la suddetta ricostruzione scontava ancora tutto lo scetticismo verso una categoria di reato, quale quella colposa, definita come "sorella minore" di quella dolosa. Si era ancora ben lontani dal riconoscimento del ruolo di primo piano rivestito dalla colpa nell'attuale "società del rischio" e soprattutto sfuggiva allora l'essenza dell'imputazione in parola[231]. Tra evento colposo e condotta esiste

[229] In questi termini si esprime F. RAMACCI (op. cit., p. 131 ss.), che a buon diritto sottolinea che «se si volesse ammettere che l'offesa al bene giuridico non sarebbe integrata esaurientemente dallo stesso evento-risultato e che potrebbe pertanto sussistere un'offesa ulteriore presente nell'evento-condizione, si dovrebbe necessariamente postulare la previsione da parte del legislatore di una forma abnorme di responsabilità, che prescinda non solo dal rapporto di causalità morale, ma anche da quello materiale. […] non avrebbe senso accertare o pretendere il collegamento con l'agente, dal momento che di per sé l'evento condizione è privo di ogni significato di valore e comunque refrattario ad ogni valutazione in chiave di illecito».

[230] Si veda Capitolo II § 2.4.

[231] In tale direzione va la lettura offerta da M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 1 ss. Il summenzionato Autore fonda il reato colposo sul «nesso di rischio congruente» tra condotta ed evento con un pieno riconoscimento del *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. *Contra*, F. ANGIONI, op. cit., p. 1476 ss.: in tale scritto si supporta la tesi della necessità di una «riconduzione in ambito costituzionale delle c.o.p. ricorrendo all'imputazione soggettiva per colpa», da realizzarsi tramite un «meccanismo d'imputazione parallela basato sulla differente carica lesiva» di cui sono dotate le condizioni intrinseche rispetto agli elementi essenziali, da ricondurre a titolo di dolo.

una precisa relazione "qualificata", fondata su un preliminare giudizio di evitabilità e prevedibilità dell'evento, che si manifesta quale concretizzazione delle regole cautelari cui l'agente è vincolato. Malgrado l'apparente assimilabilità dei due eventi (condizionale e colposo) quanto alla non necessarietà della loro derivazione dalla condotta dell'agente e quanto ad incidenza sull'attivazione sanzionatoria, profondamente diversa è la loro influenza sull'antigiuridicità del reato: nel reato colposo essi rappresentano il fondamento e l'essenza della sanzione, nel reato condizionato essi costituiscono semplicemente l'innesco della risposta punitiva.

Prima di tirare le fila del discorso e giungere alle conclusioni, bisogna dar conto di quei tentativi realizzati dalla dottrina di garantire la compatibilità delle condizioni intrinseche, di cui se ne riconosceva il profilo significativo, attraverso interpretazioni correttive. In particolare, il riferimento è alle prospettive di un'imputazione soggettiva (solitamente a titolo di colpa) delle condizioni intrinseche[232]; questa "subiettivizzazione", d'indubbia bontà perché idonea a prevenire ogni eventuale contrasto con il principio di personalità e neutralizzare i rischi di responsabilità oggettiva, rischia però di complicare l'attività di accertamento svolta dall'interprete, che non avrebbe buon gioco a distinguere c.o.p. ed evento proprio del reato, con conseguenze inaccettabili. Invero, da un "mascheramento" si finirebbe per arrivare ad un'operazione "copertura", realizzata attribuendo la qualificazione "colposa" all'imputazione[233]. Il rimedio, ancora una

[232] Tra tutti, si veda l'orientamento espresso da A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. Stile, Napoli, 1989, p. 12. L'A., avvertendo la tensione con il principio di colpevolezza, riconosce nelle condizioni intrinseche eventi "mascherati" per i quali si rende indispensabile richiedere la prevedibilità ed evitabilità da parte dell'agente. Tale soluzione evidentemente scaturisce dalla premessa che le c.o.p. siano necessarie per la produzione delle conseguenze giuridiche e, per tanto, vadano anch'esse ricondotte all'agente. Nella stessa direzione F. ANGIONI, per il quale il principio costituzionale delle colpevolezza determinerebbe «una trasformazione dell'imputazione oggettiva originaria in imputazione soggettiva complementare […] supplemento all'imputazione soggettiva del fatto base principale».

[233] Così G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Resp. Oggettiva e principio*, cit., p. 863.

volta, potrebbe essere peggiore del male, dal momento che, con buona pace della colpevolezza, si accetterebbe il rischio di sottrarre al dolo e affidare alla colpa – il cui accertamento si presenta sicuramente meno problematico rispetto al primo – elementi che siano effettivamente lesivi[234]. Tutte le considerazioni sopra svolte, volte ad evidenziare i pericoli e gli ostacoli di una ricostruzione delle c.o.p. quali elementi intrinseci, non vogliono essere una "banalizzazione" della questione, da risolvere sbrigativamente con un'affermazione di principio che riconosca l'esistenza delle condizioni estrinseche, come unica possibile; a negare quest'esito interverrebbe la vaghezza dell'art. 44 c.p. Piuttosto, con un simile ragionamento, s'intende presentare la riconduzione ad unità della categoria condizionale, con la conseguente attribuzione della qualifica di estrinsecità, quale soluzione necessitata, che garantisca la piena rispondenza ai tre livelli del principio di personalità della responsabilità[235]. Non soltanto il carattere esterno alla lesione del bene giuridico della fattispecie farebbe sì che rispetto ad esse «non hanno ragione di porsi dubbi di legittimità, poiché, dimostrando l'estraneità al profilo offensivo e dunque al tema della responsabilità oggettiva, è giuoco forza ritenere che il criterio di riferibilità oggettiva è la conseguenza della funzione politico–criminale di restringimento della punibilità»[236]. A ben guardare, in ultimo, la soluzione qui proposta avrebbe

[234] Il rischio che la scelta di ricondurre a titolo di colpa gli elementi condizionali offensivi possa rivelarsi, in un certo senso, "ipocrita" e anzi, risulti funzionale ad una "facilitazione" dell'interprete nell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato viene paventato, *ex multis*, da T. PADOVANI *op. cit*., p. 376. L'A. osserva che «un legislatore che abbia fatto onestamente i conti con il principio di colpevolezza e con quello di offensività potrà utilizzare lo strumento delle condizioni senza frodare le etichette, non consentendo più il comodo *escamotage* di limitarsi a definire estrinseche o anche solo semplicemente condizioni obiettive situazioni dubbie che, pur precisando o circoscrivendo l'offesa tipica, ne vengono ritenute estranee». Nella stessa direzione, E. ANTONINI, che, mostrandosi scettica sulle prospettive dell'imputazione soggettiva delle c.o.p., mette in guardia dal pericolo che una simile scelta possa essere un limite al principio di colpevolezza, con il rischio che lo stesso criterio minimo d'imputazione soggettiva si riduca ad una prevedibilità ed evitabilità di carattere presuntivo e non si sostanzi quindi in un'autentica responsabilità soggettiva; cfr. ANTONINI, *op. cit.*, p. 1209.

[235] Cfr. P. P. EMANUELE, *op. cit*., p. 1139 ss.

[236] Grandi sostenitori della suddetta posizione in dottrina sono V. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, pp. 663 e 664 e M. DONINI, *Le*

considerevoli pregi anche in rapporto alla nuova finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27 comma terzo della Costituzione e ormai divenuto referente del livello più elevato della colpevolezza, garantendo che la rimproverabilità delle condotta, prima, e la sottoposizione a pena, in seguito, siano avvertite come giuste per via dell'antagonismo mostrato dall'agente verso il sistema di valori dell'ordinamento. Ma, le interrelazioni tra funzione delle c.o.p. e finalismo rieducativo come momento più maturo delle diverse inquadrature della sanzione penale nel tempo, dalle istanze special-preventive a quelle general-preventive, verrà trattato successivamente.

6. Condizioni di punibilità e di procedibilità a confronto

L'aver affermato l'estraneità delle condizioni di punibilità rispetto al fatto di reato e l'aver concluso a favore del perfezionamento di quest'ultimo a prescindere da esse, se, da un lato, rende più evidente la distinzione dagli elementi essenziali del reato, dall'altro, ha come conseguenza la loro progressiva attrazione nell'orbita delle condizioni di procedibilità, elementi, la cui disciplina è contenuta prevalentemente nel codice di procedura penale ed al cui verificarsi è subordinato l'esercizio dell'azione penale[237]. Malgrado la diversità di *sedes materiae* e le

condizioni obiettive di punibilità, in *St. Iuris*, 1997, p. 593. In questa direzione si orienta il pensiero di T. PADOVANI per il quale «l'art. 44 c.p. disciplina solo un caso di imputazione obiettiva e non di responsabilità obiettiva, perché l'evento condizionale, non attenendo al piano degli elementi costitutivi dell'offesa, e quindi del fatto, non può concorrere a costituire l'oggetto del dolo»: così T. PADOVANI, *Diritto penale* cit., p. 362 ss.

[237] Conformemente a quanto espresso dalla loro denominazione, le condizioni di procedibilità trovano la loro sede nel codice di procedura penale, in cui viene loro riservato un apposito titolo (artt. 336- 346), dopo la disciplina della *notitia criminis*. Il legislatore dopo aver definito i diversi tipi di condizioni (querela, istanza di procedimento, richiesta di procedimento e richiesta di autorizzazione a procedere) ne detta un'articolata disciplina, sia in relazione agli effetti sul procedimento determinati dalla loro mancanza, sia in relazione al regime degli atti compiuti in caso di loro carenza. Il carattere così minuzioso della suddetta regolamentazione consente già di rinvenire i profili di differenziazione tra le due tipologie condizionali che, almeno in una prospettiva ontologica, non sono sovrapponibili, come vorrebbe una parte della dottrina. Per una costruzione prettamente processuale delle c.o.p. cfr., per tutti, U. GIULIANI- BALESTRINO, *Le condizioni di punibilità sono istituti sostanziali o processuali?*, in *Arch. Pen*., 1986, p. 3 ss.; sulla necessità della

conseguenza a cui esse danno vita, i rapporti tra condizioni di punibilità e procedibilità sono, ad oggi, al centro di un fittissimo dibattito dottrinale, articolato in una pluralità di posizioni ed orientamenti: a fronte di autori che, ammettendo l'esistenza delle sole condizioni di punibilità intrinseche, ritengono assorbite alla dimensione processualistica quelle estrinseche, si pongono coloro i quali, sulla base di rilievi "topografici" e soprattutto funzionali, ne affermano la piena autonomia categoriale[238]. Vero è che la pretesa rilevanza – che si è cercato di sostenere nelle pagine precedenti – delle condizioni estrinseche dovrebbe condurre a sostenerne l'autonomia ontologica e dogmatica, ma, ancora una volta, per evitare apriorismi e presuntuose prese di posizione è al dato positivo che si deve guardare per cogliere, se ve ne sono, gli elementi differenziali tra le categorie in esame.

Dal momento che anche l'origine delle condizioni di procedibilità finisce per perdersi tra le sabbie del tempo, opportuno appare iniziarne l'analisi dalla disciplina attuale che ne forniscono i codici – valutandone così gli effetti che producono sulla vicenda processuale – per poi giungere con un processo di risalimento sino alle loro origini e alla loro ragion d'essere[239]. Punto di partenza della riflessione può

---

distinzione tra c.o.p. intrinseche ed estrinseche e una necessaria qualificazione in chiave processuale di queste ultime soltanto, cfr. F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 600.

[238] Nella precedente nota si è accennato alle posizioni che sostengono l'assimilabilità tra condizioni di punibilità, quelle estrinseche, e condizioni di procedibilità. Ampia parte della dottrina, tuttavia, è dell'avviso opposto, seppur sulla base di argomentazioni diverse: taluni valorizzano il profilo di differenziazione qualitativo, per cui si ravviserebbero nelle c.o.p. "fatti" giuridici e non "atti" come le condizioni di procedibilità. Cfr. G. NEPPI-MODONA, *op. cit.*, p. 9, M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 544. Argomentazioni di carattere prevalentemente "topografico" vengono fornite da chi mette in evidenza la diversa collocazione, cui segue la diversità di disciplina applicabile tra i due tipi condizionali: cfr., per tutti, ANGIONI, *op. cit.*, p. 1474. Articolata e approfondita, sia sotto il profilo storico, sia sotto quello funzionale, è l'analisi svolta da P. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 583 ss.

[239] Un esaustivo studio sulle origini storiche delle condizioni di procedibilità e loro apparizione nel sistema penalistico italiano è stata condotta da P. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 593 ss. L'A. precisa che «sotto il vigore dei codici del 1865 e del 1913 esse erano designate sotto la terminologia di "presupposti processuali" mentre la formula "condizioni di procedibilità" entra nel lessico giuridico solo con la codificazione del 1930». La dottrina successiva ha poi chiarito che i presupposti attengono alla legale costituzione del processo, mentre le condizioni di procedibilità riguardano la corretta celebrazione del processo legalmente incardinato; diversi sono gli effetti per cui «se la mancanza di una condizione del procedere determina la nullità assoluta ovvero l'inutilizzabilità degli atti eventualmente compiuti, la presenza di un limite alla *iurisdictio* ne determina l'inesistenza, così

individuarsi in una norma di procedura, l'art. 346 c.p.p., che appare significativa nella misura in cui disciplina le conseguenze, in termini sostanziali e processuali, della pronuncia giudiziale che ne accerti la mancanza. Mentre l'eventuale carenza della condizione di punibilità, nella sua fase di pendenza, determina una pronuncia sul merito con un effetto preclusivo della proposizione di una nuova azione, l'assenza della condizione di procedibilità comporta un esito meramente processuale, con la conseguente riproponibilità dell'azione come dispone l'art. 345 c.p.p.[240].

La tesi della diversità della natura dei due istituti – rispettivamente sostanziale per le condizioni di punibilità e processuale per le condizioni di procedibilità – può dirsi

A. GAITO, voce *Procedibilità (condizioni di) (diritto processuale penale), Caratteri generali*, in *Enc. Dir*., Agg. II, Milano, 1988, p. 745 e M. MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione* ad acta, Padova, 1999, p. 4 ss. Come si preciserà in seguito, le condizioni processuali, solitamente, si riconducono ad una doppia esigenza di deflazione del contenzioso, per decongestionare i ruoli delle udienza, troppo corposi, e soprattutto di delimitazione del potere del p.m. (verosimilmente quest'ultima funzione è la prima ad essere storicamente sorta, secondo la rappresentazione del magistrato come semplice *bouche de loi*).

[240] L'attuale art. 129 c.p.p. statuisce l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. La dottrina si è a lungo chiesta quale fosse l'effetto determinato dall'accertamento del mancato avveramento della c.o.p. e, se non vi è dubbio che esso vada acclarato con una sentenza di merito, idonea a dar vita al giudicato sostanziale e l'effetto preclusivo del *ne bis in idem*, incerta è la formula con cui la carenza vada dichiarata. La dottrina maggioritaria, in applicazione di una concezione della punibilità come elemento esterno alla struttura del reato, conclude in senso contrario alla correttezza della formula il fatto non costituisce reato, ritenendo più idonea la formula, contenuta nell'art. 530 c.p.p., della non punibilità per altra ragione. Una simile soluzione è stata di recente avallata dalla Cass, Sez. Un., 28 ottobre 2008, n. 40049, in *Guida al dir*., 2008, n. 48, p. 70. Questa osservazione riveste una particolare importanza, dal momento che consente di supportare la tesi volta ad attribuire alle c.o.p. natura sostanziale, come si evince dalla sentenza di merito a cui danno vita, a fronte della loro estraneità al fatto di reato, per cui esse non costituirebbero elementi essenziali, bensì elementi "estranei" al reato. Guardando, invece, all'art. 345 c.p.p., esso dispone che «il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione. La stessa disposizione si applica quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1». Fra l'altro tale disposizione, frutto delle numerose modifiche e interpolazioni subite dal codice di procedura penale nel tempo, riproduce inalterato il contenuto dell'art. 17 c.p.p. del 1930 che, già allora, consentiva la l'avvio di un nuovo procedimento per il medesimo fatto ove la condizione intervenga, in ciò differenziandosi dal contenuto dell'art. 435 c.p.p. (nell'originaria formulazione del 1930) corrispondente all'attuale 129 c.p.p.

corroborata anche dal riferimento ad un'altra norma, questa volta "sostanziale" e collocata nel codice penale, individuabile nell'art. 158 c.p. in tema di prescrizione[241].

Nel disciplinare il fenomeno della prescrizione, il legislatore stabilisce che il termine di decorrenza prescrizionale varia a seconda che si tratti di un reato condizionato o procedibile a querela di parte: nel primo caso il *dies a quo* s'identifica con il momento di avveramento della condizione, nel secondo invece con il giorno di commissione del reato. Invero, non possono celarsi le incertezze interpretative che quest'ultimo rilievo ha generato, con soluzioni di segno antitetico, talvolta orientate ad attribuire carattere processuale alle c.o.p. estrinseche, talaltra di attrarre la querela alla dimensione sostanziale; malgrado ciò, risulta preferibile qualificare il riferimento normativo dell'art. 158 c.p. come un indizio ulteriore a favore della diversità ontologica tra i due istituti[242].

Anzitutto bisogna rilevare che, se vi fosse stata identità tra la condizione di punibilità e la condizione di procedibilità, il legislatore non avrebbe avvertito l'esigenza di introdurre una duplice disposizione di contenuto analogo; occorre poi guardare al contenuto del citato articolo. La ragione fondante del diverso termine è di carattere sostanziale e, più semplicemente, può rinvenirsi nella constatazione logica che «il sistema ricollega il decorrere della causa estintiva della punibilità al

[241] All'art. 158 c.p. si è già fatto riferimento al momento di argomentare il carattere conseguente della condizione rispetto alla condotta di reato e in seguito si ritornerà per analizzare la problematica del *tempus commissi delicti*, dal momento essa è utile a dimostrare la diversa natura delle condizioni in esame, da ricondurre a momenti e sfere di incidenza attinenti l'una il profilo sostanziale, ante-procedimentale, l'altra l'effettivo esercizio dell'azione penale, dunque pienamente inserita nella prospettiva della corretta celebrazione del processo penale e che, pertanto, giustifica il regresso, quanto a decorrenza della prescrizione, al momento sostanziale del verificarsi del fatto di reato.

[242] Accanto a quell'orientamento che propone un inquadramento processuale delle c.o.p., non si può tacere dell'opposta tendenza di ravvisare nella querela, espressamente prevista dal legislatore quale condizione di procedibilità, *ex* art. 336 c.p.p. un elemento di carattere sostanziale. Ancor più incerta risulta la qualificazione delle condizioni previste agli artt. 9 e 10 c.p. relativamente alla presenza del reo nel territorio dello Stato.

verificarsi di un elemento che è a questa pertinente, mentre ritorni al momento del fatto per i reati procedibili a querela, perché questa non ha nulla a che vedere con il tema della punibilità e con le cause che la estinguono»[243].

Poiché, tuttavia, non sono le conseguenze a decidere della natura di un elemento, ma il contrario, è a questo punto utile cogliere quali siano le effettive peculiarità delle categorie. In entrambi i casi, per espressa previsione legislativa, si è di fronte a "condizioni" distanti non solo per natura, momento d'incidenza, ma soprattutto per il diverso modo di operare.

Il primo elemento di diversità, di natura prettamente formale, si ravvisa nella differente essenza dell'istituto disciplinato dall'art. 44 c.p., qualificabile come un semplice "fatto giuridico", rispetto agli elementi previsti dall'art. 336 e ss. c.p.p. qualificabili come veri e propri "atti giuridici"[244]. Quanto alla collocazione strutturale, il criterio letterale, poi, conduce a "sistemare" le prime al momento della punibilità, della conseguenza del reato, mentre le seconde nella fase procedimentale, indifferenti tanto rispetto al piano del disvalore, quanto a quello delle conseguenze sanzionatorie. Prendendo ancora una volta in prestito denominazioni "privatistiche", si avrà che le condizioni di procedibilità si presentano come condizioni potestative, azionabili sulla base della semplice

[243] Così M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 544.

[244] «Fatti giuridici in senso stretto non sono solo i fatti della natura, ma anche i fatti dell'uomo, ai quali l'ordinamento riconosce rilevanza a prescindere dalla volontarietà o meno del comportamento del soggetto rispetto al loro verificarsi. […] La qualifica di atto processuale penale spetta, dunque, a tutte quelle attività umane, sorrette da un impulso volontaristico e produttive di uno specifico effetto nella dinamica procedurale, che siano state poste in essere all'interno del procedimento penale»: così G. DEAN, *Gli atti*, in *Procedura penale* (AA. VV.), Torino, 2010, p. 159. La distinzione in esame, se risulta utile a chiarire talune fattispecie dubbie (tra tutte, si faccia attenzione alla sentenza dichiarativa del fallimento nei reati di bancarotta e la sentenza di annullamento del matrimonio nell'ipotesi di reato prevista dall'art. 558 c.p.), trova però dei limiti, rappresentati dalla previsione di casi in cui la legge subordina l'instaurazione del processo al verificarsi di fatti (quali es. le ipotesi sospensive dell'iniziativa processuale collegate al decorso di un dato termine, cfr. art. 3 l. 24 dicembre 1979, n. 650 in materia di tutela delle acqua dall'inquinamento) e dalla presenza di casi "dubbi" quale, per tutti, la configurazione della presenza del reo sul territorio dello Stato, *ex* artt. 9 e 10 c.p.

volontà del soggetto legittimato (la persona offesa nel caso della querela o dell'istanza di procedimento e il p.m. negli altri casi), a differenza delle condizioni di punibilità, in linea di massima, estranee al dominio fisico e psichico dell'agente. Corollario della evidenziata natura potestativa delle condizioni di procedibilità si ravvisa nella concessione, da parte dell'ordinamento, della facoltà di rinuncia e remissione della querela, non previste nel caso delle c.o.p., soggette ad un regime di carattere oggettivo.

Se la bontà del criterio enunciato si rivela con riguardo a talune ipotesi quali la fattispecie di cui all'art. 558 c.p., in cui la sentenza di annullamento del matrimonio chiaramente rileva come fatto giuridico, che è condizione di punibilità, è innegabile che il ricorso allo stesso incontra grossi limiti. Ne è esempio l'incertezza sussistente ancora oggi circa la definizione della condizione della presenza del reo sul territorio dello Stato, richiesta dagli artt. 9 e 10 c.p.[245]. Per dare una soluzione ai casi in questione, data l'insufficienza del criterio meramente formale, che porterebbe ad affermarne la natura di condizione di punibilità, dovendosi rinvenire nella presenza

[245] L'art. 9 c.p. al primo comma dispone che il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte (ormai non più prevista) o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato e in modo analogo l'art. 10 c.p., con riguardo al delitto commesso all'estero dallo straniero: «lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte (ormai non più prevista) o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa». Nelle fattispecie appena ricordate il legislatore, accanto alle "tipiche" querela ed istanza, prevede la presenza del reo sul territorio dello Stato ai fini della punibilità. Circa la natura del requisito della presenza nel territorio permangono molteplici dubbi. La prevalente dottrina ritiene che dovrebbe concludersi a favore della loro natura di condizione di punibilità sul presupposto che si tratterebbe di un «fatto giuridico, compiutamente tipicizzato, tale che, una volta accertato, non è suscettibile di alcuna valutazione discrezionale, ma fa scattare l'obbligo di esercitare l'azione penale». Cfr., per tutti, G. NEPPI- MODONA, *op. cit*., p. 9. *Contra*, G. de VERO, *op. cit*., p. 333. L'A. sostiene che «la condizione in parola è totalmente estranea non solo agli interessi coinvolti in chiave offensiva dalla figura criminosa (e non può quindi configurarsi come condizione di punibilità intrinseca), ma altresì ad ogni profilo sostanziale di opportunità politico criminale che possa sconsigliare di dar seguito alla punibilità per il fatto commesso in caso di sua assenza», pertanto si tratterebbe di condizioni di procedibilità.

del reo semplicemente un fatto giuridico, ancora una volta dirimente appare il riferimento ad un indice "assiologico". Il meccanismo fondamentale che sta alla base del funzionamento delle condizioni di punibilità, tanto estrinseche quanto intrinseche, si è osservato, è ravvisabile in un giudizio di bilanciamento tra diversi piani di interesse, in modo da raggiungere un loro equilibrio "selettivo", funzionale a conformare anche il sistema penale alla geometria variabile con cui si compongono i valori nell'ordinamento.

Diverso è invece il modo di atteggiarsi nel caso delle condizioni di procedibilità, per le quali si è parlato di un «contro-bilanciamento degli interessi per contrapposizione» rispetto alla repressione penale[246]. In tal senso, la presenza del reo sul territorio dello Stato, inserita in fattispecie che presuppongono reati già perfetti in tutti i loro elementi e già "selezionati" - trattandosi di delitti dotati di una particolare carica di disvalore tale da giustificare, prima della sua "anticostituzionalità", la pena di morte - non sembra lasciare spazio a dubbi circa l'opportunità di attivare la risposta sanzionatoria. Detta condizione, piuttosto, evidenzia la perplessità di intraprendere un procedimento che, data la contumacia del reo, non si celebrerà con un contraddittorio effettivo e, anzi, verosimilmente avrà costi molto più elevati dei benefici prodotti. A supporto della soluzione qui proposta, potrebbero riportarsi due altre osservazioni: l'una di carattere oggettivo, l'altra soggettivo.

[246] Così P. VIOLANTE, op. cit., p. 603. Nel citato passo, l'A. rinviene l'elemento di differenziazione tra c.o.p. e condizioni di procedibilità nel diverso *modus operandi* della teoria del contro-bilanciamento; questa, infatti, si fonderebbe su un ragionamento per contrapposizione nel caso delle condizioni di procedibilità, dando così rilievo ad interessi potenzialmente in conflitto con l'esigenza di repressione penale. Le condizioni di punibilità, invece, opererebbero per specificare, selezionando nell'ambito di una molteplicità di beni giuridici (tutti potenzialmente compatibili tra loro) quelli meritevoli di tutela penale.

Iniziando da quest'ultima, si può notare che, a seconda che si tratti di c.o.p. o condizioni di procedibilità, ad essere differente è anzitutto la titolarità del contro-bilanciamento: laddove non sussista il potere-dovere di procedere d'ufficio, legittimati ad attivare il meccanismo processuale risultano soggetti pienamente coinvolti nella vicenda procedimentale come la persona offesa dal reato o il pubblico ministero[247]. Tale Diversità di disponibilità non sarebbe compatibile con il meccanismo di funzionamento delle condizioni di punibilità in cui, tutt'al più, chiamato ad esplicitare e dar concretezza all'esito del più volte menzionato contemperamento di interessi è il giudice. Pertanto, non sembra azzardato poter definire il rapporto tra condizioni di punibilità e condizioni di procedibilità in termini di rigidità della materia nel primo caso, rispetto alla "geometria variabile" della seconda. Come conseguenza diretta di questa differente azionabilità degli istituti in esame interviene il secondo ordine di motivi, di tipo oggettivo, consistente nel diverso criterio che fonda il giudizio di bilanciamento nei due casi. Condivisa da gran parte della dottrina si rivela l'osservazione che la tecnica legislativa adottata dal legislatore per costruire le fattispecie sottoposte a condizione di punibilità ovvero procedibilità risulta riconducibile al rapporto tra tipicità-atipicità, in base al diverso modo in cui risultano "cristallizzati" i piani d'interesse nelle ipotesi

[247] Il ricorso alla rilevanza del criterio di tipo soggettivo, cioè inerente la titolarità dell'attivazione bilanciamento degli interessi sottesi alle condizioni, acquista significato se letto opportunamente in chiave di disponibilità/indisponibilità della tecnica di contemperamento in questione. Mentre le condizioni previste dall'art. 44 c.p., pur non incidendo propriamente sulla sfera dell'offensività, implicano una valutazione sull'opportunità della risposta punitiva, i requisiti di procedibilità intervengono *ex post*, a valutazione già effettuata, potendo incidere solo sulla scelta di innescare la macchina processuale. Pertanto si ha che tale decisione può non essere definitiva, come dimostrano la facoltà di rinuncia e remissione della querela, ed in ogni caso si rivela "relativa". La relatività dipende da due diverse motivazioni identificabili, anzitutto, nella mancanza di effetto preclusivo della pronuncia della carenza di tali elementi, con conseguente riproponibilità dell'azione, inoltre, da continui *checks and balances* previsti dal sistema. Manifestazione più eclatante di questi meccanismi di riequilibrio si può rinvenire in relazione alla autorizzazione a procedere, prevista dall'art. 344 c.p. che, richiesta dal p.m., come di frequente accade, viene respinta dall'organo collegiale di riferimento (di solito le Camere del Parlamento).

summenzionate[248]. Riguardo detta "atipicità" va chiarito che essa va riferita all'assetto dei valori che fonda la decisione del soggetto se manifestare la volontà che si proceda in ordine ad un dato reato e non, invece, la denominazione delle condizioni di procedibilità, che rappresenta un numero chiuso fissato a monte dal legislatore.

Precisamente, i motivi di opportunità e convenienza sottesi alle condizioni di punibilità risultano rigorosamente tipizzati senza che sussista alcuno spazio per l'interprete sulla possibilità di una loro (dis)applicazione; non predeterminabili in quanto demandati alla valutazione dei soggetti legittimati appaiono gli interessi afferenti le condizioni di procedibilità, non idonee, come già visto, a produrre un effetto sostanziale sull'accertamento del fatto.

Naturalmente, la disponibilità delle condizioni di procedibilità non vale a compromettere il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, dal momento che fra di essi, diversamente da quanto sostenuto, non sussiste alcun rapporto di regola ad eccezione[249]. In realtà, ancora una volta ricorrendo all'istituto

[248] Afferma sul punto P. VIOLANTE, *op. cit*., p. 602: «per quanto riguarda i canoni di formulazione utilizzati dal legislatore, la differenza tra condizioni obiettive di punibilità e condizioni di procedibilità non può non risolversi sul piano della tipicità-atipicità. Si ritiene, cioè, che nelle condizioni di punibilità le esigenze di convenienza siano previste in astratto e una volta per tutte dallo stesso legislatore mediante l'inserimento nello stesso modello legale, in modo che, una volta accertata la sussistenza della condizione, non vi sia alcuna discrezionalità circa il potere-dovere del p.m. di promuovere l'azione penale. Per quanto riguarda le condizioni di procedibilità, invece, anch'esse sono subordinate a previsione legislativa, ma i motivi concreti che vi sottostanno non sono né possono essere astrattamente predeterminati; anzi la loro valutazione è demandata a soggetti ed organi estranei all'autorità giudiziaria». Nello stesso senso anche G. NEPPI-MODONA, *op. cit*., p. 9. Per l'A. il legislatore ricorre alle condizioni obiettive di punibilità quando è possibile tipicizzare espressamente i motivi di opportunità e di convenienza. Quando è impossibile predeterminare e quindi tipicizzare il piano di interessi a cui deve essere subordinata la punibilità, il legislatore ricorre al diverso meccanismo delle condizioni di procedibilità. Un chiarimento si rende indispensabile: il riferimento alle coppie complementari tipicità-atipicità e disponibilità-indisponibilità è da intendersi sempre entro la rigorosa applicazione dei canoni del diritto penale, prima, fra tutti, dell'osservanza al principio di legalità nella sua articolazione del principio di determinatezza, da calibrare in base alla natura dell'elemento in questione. Come affermato relativamente agli elementi che non danno espressione al disvalore tipico, l'esigenza di determinatezza è limitata a garantire il principio di eguaglianza. Cfr. Corte Costituzionale, sent. 1989, n. 247, in *Riv. dir. proc. pen*., 1989, p. 1195.

[249] L'art. 112 Cost., disponendo che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale su cui, più volte, si è espressa la Corte Costituzionale, la quale chiarisce che la Costituzione afferma in modo espresso il principio

condizionale, il legislatore ha raggiunto un soddisfacente equilibrio tra la necessaria assenza di discrezionalità nell'azione del pubblico ministero – quale garanzia di uguaglianza dei cittadini ed effettività dell'accertamento penale – ed esigenza di "economia" processuale che porti ad escludere l'avvio di quei processi che neppure le parti stesse (*rectius*: la parte offesa) hanno interesse a celebrare[250].

L'esito di siffatto ragionamento risulterebbe in linea con quanto si è detto poc'anzi circa il rapporto disponibilità-indisponibilità del contro-bilanciamento che fonda i diversi istituti: la tipicità, infatti, sarebbe sinonimo dell'indisponibilità della valutazione, al massimo da riservare al giudice terzo ed imparziale, l'atipicità sarebbe, piuttosto, espressione della disponibilità delle condizioni di procedibilità.

Così ragionando si verrebbe a realizzare quella quadratura del cerchio, che consentirebbe di ritornare al punto da cui ha preso avvio l'analisi qui condotta, riuscendo a spiegare il perché della diversità di disciplina, anche in merito al diverso effetto preclusivo delle pronunce attestanti la carenza delle c.o.p. e di procedibilità, prevista dal legislatore. Dal differente regime non potrebbe che desumersi

---

dell'obbligatorietà, escludendo quello opposto della discrezionale valutazione del p.m. circa l'opportunità del promovimento o meno dell'azione penale, ma la riaffermazione del principio non vale ad escludere che l'ordinamento, in via generale, possa stabilire che determinate condizioni possano concorrere perché l'azione penale possa essere iniziata o proseguita. Così Corte Cost., sent. 5 maggio 1959, n. 22, in *Giur. cost*., 1959, p. 319. A fungere da *guideline* è anche Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, in Giur. cost., 1991, p. 570. In tale pronuncia si legge che «azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del p.m. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell'azione». Ed ancora nell'ordinanza del 23 maggio 2003 n. 178 il Giudice delle leggi afferma che le previsioni che subordinando l'insorgenza dell'obbligo di esercitare l'azione penale ad un preventivo apprezzamento del titolare dell'interesse leso dal reato, circa l'esigenza, che esso fruisca, nel caso concreto, della tutela penale non trasformano detto esercizio in facoltativo.

[250] P. VIOLANTE a tal proposito precisa che alle condizioni di procedibilità può assegnarsi il ruolo «di filtro nella duplice finalità: di deflazione o di decongestione del sistema, oppure di argine allo strapotere dell'organo dell'accusa proprio di alcuni sistemi. La prima finalità è stato oggetto privilegiato di studi da parte della dottrina tedesca dell'*Alternativ Entwurf* che ha adottato una soluzione di natura processuale ai problemi della criminalità bagatellare»: così P. VIOLANTE, *op. cit*., p. 600.

l'autonomia ontologica delle due tipologie condizionali e, dunque, l'impossibilità di una loro equiparazione, sia pure limitatamente alle condizioni obiettive di tipo estrinseco, destinate ad avere una loro dignità all'interno del sistema.

5. Condizioni di punibilità: *ratio*, funzione ed effetti

Si è più volte detto che, pur essendo già presenti nella tradizione giuridica italiana, le condizioni di punibilità sono state formalmente introdotte in una disposizione di parte generale solo nel codice Rocco, risultando particolarmente complessa l'indagine circa la loro origine nel tempo e soprattutto, la ragion d'essere della loro presenza[251].

Detta operazione, volta alla piena comprensione del fenomeno condizionale nel suo complesso, ha imposto la necessità di ragionare nella duplice prospettiva diacronica - relativa all'evoluzione del fenomeno condizionale nel tempo - e sincronica - risultante dalla configurazione "attuale" di un diritto penale fondato sulla responsabilità colpevole - per giungere ad una ricostruzione in chiave attuale dell'istituto. In questo *excursus* "storico-giuridico" particolare attenzione hanno meritato i concetti di punibilità e di reato, inteso non più nel senso di "fatto punibile", piuttosto come fatto antigiuridico in sé[252].

[251] Finora ci si è limitati ad affrontare il tema delle condizioni di punibilità semplicemente da una prospettiva formale, relativa, cioè, all'analisi del regime d' imputazione/attribuzione e all'eventuale nesso di derivazione causale rispetto alla condotta, tralasciando ogni riferimento alla funzione da esse svolta nel contesto dell'attuale sistema penale. Costruire un'interdipendenza tra il profilo sostanziale e quello formale consente di dare fondamento e legittimità al regime di obiettività delle condizioni all'interno del sistema giuridico attuale, giustificando l'assenza di un'imputazione in chiave soggettiva e, allo stesso tempo, permette di inquadrare la funzione "estrinseca" del fenomeno condizionale nell'ottica deflattiva perseguita dal legislatore contemporaneo. La tesi qui sostenuta, definita come "conclusione necessitata", vede nelle condizioni di punibilità uno strumento di bilanciamento tra assetti diversi d'interesse, veicolo per la rilevanza di "sopravvenienze" della realtà esterna al reato.

[252] Nel precedente capitolo, si è cercato di dare una definizione della punibilità: originariamente concepito come diritto soggettivo all'obbedienza, di titolarità dello Stato nei rapporti con i cittadini, lo *ius puniendi* ha assunto poi contorni meno netti, degradando a semplice potestà per poi – conformemente a quanto evidenziato nella sentenza storica della Corte Costituzionale sulla scusabilità dell'errore inevitabile – essere ricondotta ad un rapporto di tendenziale reciprocità di obblighi tra cittadini e Stato. Come si legge nella sentenza da ultimo menzionata, «a fronte

Buona parte della dottrina fa coincidere la nascita del fenomeno condizionale con l'affermazione dei principi di legalità e obbligatorietà dell'azione penale, di matrice squisitamente illuminista, attribuendovi il precipuo scopo di arginare l'arbitrio e la discrezionalità del p.m. all'atto di decidere l'eventuale rinvio a giudizio dell'imputato[253]. Si badi che il tema dell'evoluzione storica dell'istituto in esame non può ritenersi semplice curiosità dottrinale dal momento che presenta rilevanti ripercussioni sul profilo funzionale delle stesse. Ed effettivamente, leggere le condizioni di punibilità come ipotesi espressamente tipizzate dei motivi di convenienza sulla base dei quali la pubblica accusa s'indurrebbe ad attivare la macchina processuale condurrebbe ad attribuire alle stesse la funzione di "sterilizzare" da ogni discrezionalità il processo penale[254].

---

dell'obbligo statale di introdurre fattispecie non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo Costituzionale […] effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare (c.d. principio di riconoscibilità)» si contrappone l'obbligo dei cittadini di adempiere a strumentali, specifici doveri di diligenza; ciò, dunque, vale a riequilibrare i rapporti tra Stato e cittadini, alla luce della funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost. comma terzo). Sul punto si veda quanto scritto da H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1967, p. 189.

[253] Osserva a proposito G. NEPPI- MODONA, *op. cit*., p. 1 «l'origine storica e la funzione che le condizioni obiettive di punibilità svolgono nella struttura del reato va appunto ricercata in questo apparentemente contrastante punto di incontro tra le esigenze di opportunità politica e di buon senso che hanno sempre condizionato e continueranno sempre a condizionare la punizione di determinati illeciti e di postulati garantistici che si sono sviluppati in tutta la loro ampiezza». Per una trattazione più recente del problema, sempre in termini di rapporti con l'obbligatorietà dell'azione penale, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Obbligatorietà dell'azione penale e ruolo del pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, p. 7. Nella suddetta opera l'A. pone in evidenza che «è frequentissima l'impressione che certi procedimenti, con tutto il loro impegno di mezzi e di persone, con il conseguente non lieve costo per la comunità e per gli individui, vengano portati avanti esclusivamente perché l'azione penale è obbligatoria ed il giudice non può rifiutare di verificarne la fondatezza; l'irrilevanza del fatto, gli avvenimenti successivi ad esso o altre considerazioni rendono spesso persino imbarazzante per i giudici e il pubblico ministero l'adempimento del loro dovere».

[254] Critico riguardo tale ricostruzione è M. ZANOTTI, *op. cit*., p. 551; quest'ultimo riconosce il carattere suggestivo della tesi sopra esposta, ma ne rigetta il contenuto argomentando che la fondazione scientifica della categoria condizionale, priva di tradizione giuridica e di conio dottrinale recente, avviene molto tempo dopo l'avvento delle grandi codificazioni penali post-napoleoniche e del principio di obbligatorietà. Con tale riflessione, l'A. citato, si pone come continuatore dell'orientamento mostrato precedentemente da F. ANGIONI a parere del quale la grande distanza cronologica tra avvento del principio di obbligatorietà e riconoscimento giuridico della figura delle condizioni toglie forza all'ipotesi intellettualistica del nesso di causa effetto tra l'una e l'altra. *Contra*, F. BRICOLA, per il quale «fino alla Rivoluzione francese e alla proclamazione dell'obbligatorietà dell'azione penale e al grande moto di codificazione che ne seguì, scarso [era] l'interesse per quel tipo di condizione»: così F. BRICOLA, *op. cit*., p. 601.

A seguire una simile tesi, ne conseguirebbe un inquadramento delle condizioni di punibilità di una natura prevalentemente processuale, desumibile dal mero riferimento alle regole processuali del rinvio a giudizio ed esercizio dell'azione penale, obliterandone la dimensione sostanziale e trascurando la problematica dell'esistenza o meno del reato in pendenza di condizione, tema che invece costituisce il punto d'avvio della presente trattazione.

Tuttavia, non possono tacersi le perplessità destate da questa ricostruzione anzitutto per via dei suoi profili di contraddizione rispetto al funzionamento del sistema processuale previsto dal legislatore del primo codice di procedura penale, in cui era presente un filtro processuale, quale l'archiviazione, che, nel sistema previgente, sanciva l'interruzione del procedimento penale solo in caso di notizie manifestamente false. Inoltre, anche sotto il profilo storico, risulta particolarmente convincente la tesi dell'anteriorità delle condizioni di punibilità rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale[255].

Di contro, aderendo ad una ricostruzione sostanziale dell'istituto, che in luogo della connessione con l'obbligatorietà dell'azione penale valorizzi la relazione delle condizioni di punibilità con la pena e la sua funzione, si perverrebbe ad esiti differenti[256].

---

[255] La connessione dell'istituto condizionale all'obbligatorietà dell'azione penale appare poco convincente per due motivi: anzitutto risulterebbe pressoché contraddittorio con una tendenza del legislatore a prevedere un filtro processuale, quale la precedente archiviazione, che sanciva l'interruzione del procedimento penale solo in caso di notizie manifestamente false. E ciò è profondamente diverso dal modello di archiviazione attualmente previsto nel nostro ordinamento in cui si dispone l'archiviazione già in caso di insostenibilità dell'accusa in giudizio (art. 125 disp. Att. e art. 405 c.p.p.). Per certi aspetti, interessanti sono anche i rilievi avanzati da M. ZANOTTI, *op. cit*., p. 551. L'A. pone l'attenzione sul dato storico dell'anteriorità delle c.o.p. rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale e, inoltre, mette in evidenza che anche in quegli ordinamenti fondati sulla discrezionalità dell'iniziativa processuale è possibile ravvisare forme analoghe a quelle processuali. Ulteriori approfondimenti sul tema si sono svolte nel precedente paragraf dedicato allo specifico rapporto tra condizioni di procedibilità e punibilità. Ed in effetti, a scoraggiare una lettura "processuale" dell'istituto in esame concorre l'elaborazione delle condizioni c.d. intrinseche che, di certo, non possono definirsi attinenti il momento puramente procedimentale.

[256] «Si cominciò da quello che più duramente per secoli aveva schiacciato il diritto umano, cioè dall'apparato assurdo e feroce della giustizia penale. Che anzi più speciale ragione fece cominciare

Non può sicuramente sfuggire che, l'illuminismo giuridico, pur rappresentando un'età rivoluzionaria dal punto di vista delle garanzie giuridiche, era ancora incentrato su una configurazione non matura della punibilità: quest'ultima, espressione del magistero punitivo dello Stato, integrava un autentico diritto soggettivo rispetto ai consociati, destinatari passivi del precetto e vincolati all'obbligo dell'obbedienza. Dalla centralità della risposta sanzionatoria discendeva che l'essenza stessa del reato s'individuava nella pena, a cui non ci si poteva sottrarre e a cui lo Stato non poteva abdicare. La previsione di reati non punibili o punibili con una sanzione diversa da quella astrattamente prevista costituisce un inaccettabile ritorno a gli odiati privilegi di quell'*Ancient regime* che la rivoluzione aveva tentato di scardinare. A seguito del diffondersi delle teorie contrattualistiche, il cittadino rinunciava alla sua innata libertà a favore dell'ordinamento, ma, in compenso quest'ultimo era chiamato a garantire sicurezza e tranquillità vigilando sui trasgressori assicurandone la punizione[257]. In tale contesto iniziava a farsi strada

questo attacco la guerra al passato perché legislatori e giudici e poteri sociali costituiti appunto per conservare intatta l'autorità loro, avevano accresciuto ed inasprito sempre più la persecuzione del libero pensiero avviato come il nemico, ed avevano immolato le più eminenti intelligenze, ribelli dell'autorità civile, o all'autorità ecclesiastica, o ad entrambe, invocando il nome di Dio e della giustizia sociale», così E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764 – 1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, (E. Noseda a cura), Milano, 1906, p. 542.

[257] Il riferimento è senz'altro da intendersi nei confronti di J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione di Valentino Gerratana, Roma, 1945, p. 1 ss. Si legge nel testo «ma l'ordine sociale è un diritto sacro, fondamento di tutti gli altri. Tuttavia questo diritto non è fondato nella natura; è dunque fondato su convenzioni. […]. Trovare una forma d'associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, tuttavia non obbedisca che a se stesso, rimanendo così libero come prima. Questo è il problema fondamentale di cui il contratto sociale offre la soluzione». Più maturo si rivela il pensiero di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (Franco Venturi a cura di), Milano, 2008, p. 12. Collocandosi tra i massimi esponenti dell'Illuminismo giuridico, Beccaria pose la pena al centro delle sue riflessioni rinvenendo il fondamento della stessa nella necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari ed affermando che «tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi». Particolarmente significativa è la posizione espressa dall'A. sul tema della "dosimetria" della pena, in modo che risulti proporzionata all'illecito commesso «vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società […] questi motivi sensibili sono proprio le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi».

un inquadramento in chiave general-preventiva della sanzione penale, che svolgeva il ruolo precipuo di deterrente psicologico, sostanziandosi nel fine di impedire alla generalità dei consociati la commissione dei reati, o di ridurne il numero[258].

Va comunque evidenziato che tutte le riflessioni elaborate attorno la sanzione penale, siano esse assolute che relative, hanno come comun denominatore proprio l'esigenza di predisporre meccanismi di adattamento al caso concreto. Da qui l'affermazione che quanto la pena si mostra più pronta e vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e più utile con la conseguente elaborazione del principio di proporzione della pena, destinato a diventare un autentico capo-saldo dell'intero sistema penale futuro, funzionale a perseguimento del finalismo rieducativo sancito dal terzo comma dell'art. 27 Cost [259]. Quest'ultima rappresenta l'approdo di un lungo cammino dottrinale, le cui tappe fondamentali possono individuarsi nella teoria della retribuzione e nella successiva prevenzione speciale, passando per la prevenzione generale di cui si è già accennato. Se la concezione retributiva si fonda sulla convinzione della necessità della pena per ripristinare l'ordine violato dalla condotta del singolo e pertanto il reato è ontologicamente il fatto che merita la pena, quest'ultima, in accordo alla teoria della prevenzione speciale, non può essere

[258] A testimonianza della finalità general-preventiva della pena è possibile richiamare i decreti dell'8-9 ottobre 1789 e del 16-29 settembre 1791, che introdussero come obbligatoria la pubblicità delle udienze, volte a fungere da cassa di risonanza della giustizia praticata all'interno dei tribunali rivoluzionari. In tal senso, F. FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, Bari, 2004, p. 62. All'interno dell'orientamento general-preventivo, in particolare, si distinguono due sviluppi: quello della prevenzione generale negativa e positiva. Quanto al primo, viene in rilievo la paura della pena che viene minacciata dalla previsione normativa dell'illecito funge da deterrente per i consociati dalla commissione dei reati. Inoltre, positivamente, la previsione sanzionatoria mira ad instillare nei cittadini la consapevolezza e la necessità di una disapprovazione delle condotte incriminate, che dunque diventano moralmente riprovevoli.

[259] Così C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 204; l'A. nel descrivere il fine del diritto penale afferma che «è meglio prevenire i delitti che punirgli; questo è il fine principale di ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre alla massima felicità o al minimo dell'infelicità possibile».

soltanto una mera retribuzione, atteggiandosi a strumento giuridico di neutralizzazione del singolo delinquente[260].

Evidenti i limiti comuni alle suesposte teorie, che non riuscivano a guardare alla conseguenza sanzionatoria in modo unitario, congiungendo i tre momenti del ciclo della pena, rispettivamente della comminatoria legale, della commisurazione e dell'esecuzione; e soprattutto irriducibile si rivelava la saldatura della pena al precetto, per cui il primo esiste in tanto in quanto si è in presenza di un fatto punibile[261].

La rassegna delle diverse teorie sulla funzione della pena ha evidenziato come, malgrado le tante diversità contenutistiche, sussisteva una ricorrente attenzione al principio di proporzione che lega la risposta sanzionatoria all'esigenza di aderenza alla realtà d'interessi sottesa all'incriminazione[262]. In effetti, una simile ottica si

---

[260] La teoria della retribuzione si fonda essenzialmente sull'idea, ben espressa dal brocardo latino, del *malum actionis propter malum passionis*, cioè di una pena che deve servire a compensare la colpa per il male commesso, facendo leva sulla valorizzazione del libero arbitrio presente in ciascun individuo. Come sostenuto da illustre dottrina, il fine della pena non è quello né che la giustizia sia fatta, né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espii il suo reato, né che si ottenga la sua emenda. Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella Società. In tal senso, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, pp. 614-615. Secondo la teoria della prevenzione speciale, invece, la pena, rivolgendosi al singolo autore del reato, è chiamata a svolgere molteplici funzioni: dall'intimidazione – e minaccia legale – alla neutralizzazione del reo – garantendo che i delinquenti vengano messi nella condizione di non nuocere. Essa riposa «su un'idea molto bella e nobile […], secondo cui si deve respingere ogni concezione che porta a giustificare la pena inumana, la pena fonte di barbarie ed ingiustizie […] l'aspetto attraente della teoria dell'emenda consiste nel fatto che essa porta al limite estremo l'ida cardine propria delle concezioni penali relative […] secondo cui la pena deve tendere ad un bene futuro»: così M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998, p 56.

[261] Particolarmente accreditata era la teoria, di matrice tedesca, in base alla quale il precetto (norma primaria) atterrebbe ad un ramo particolare del diritto pubblico, mentre il diritto penale si comporrebbe solo di precetti secondari – le sanzioni – e si occuperebbe, quindi, delle sole conseguenze giuridiche dei comportamenti vietati o comandati dalle norme ha avvio quel processo che sancisce l'indissolubilità del reato alla pena, per cui il primo esiste in tanto in quanto si è in presenza di un fatto punibile. Cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Engelmann, 1916. Figlio di questa concezione sarebbe stato anche il Codice Rocco, in cui la sanzione ha funzione qualificante il sistema stesso e la gravità del reato viene desunta dalla pena edittale.

[262] L'idea di graduazione della pena era già diffusa nella dottrina di fine ottocento, che prevedeva «cause di modificare il castigo che derivano puramente dalle condizioni e dal fine della pena. Cosicché questa teoria presuppone che possa rimanere nel caso speciale inalterata la quantità del delitto e niente degradata la sua individualità [intensità del dolo o grado della colpa], e debba ciò non ostante alterarsi la misura ordinaria del male destinato per regola a quella specie. Presuppone o

ritrova e viene rafforzata dall'entrata in vigore della Carta costituzionale del '48, in cui, accanto ai principi fondamentali, ormai ampiamente consolidati nel nostro ordinamento, si rinvengono puntuali disposizioni che attengono alla pena ed al finalismo "rieducativo", da mettersi in relazione ad una mutata concezione del reato, che testimonia l'avvio di un nuovo modo d'intendere la punibilità, alla luce di un corso diverso di rapporti tra Stato e cittadino.

All'interno di questo "rinnovato" contesto del diritto penale si rende, dunque, opportuna una lettura delle condizioni di punibilità per verificarne l'effettiva portata e la funzione ad esse attribuibile.

Partendo dall'attuale formulazione dell'art. 27 Cost. comma terzo, essa consacra il finalismo rieducativo della pena che, coinvolgendo le diverse fasi del "ciclo della pena" (dalla comminatoria all'esecuzione) si sostanzia in una riacquisizione della consapevolezza del disvalore dell'illecito compiuto dal condannato, richiedendo, anzitutto, un costante dialogo tra lo Stato e il cittadino in termini di "reciproci obblighi informativi" riguardo la portata dei precetti penali[263].

---

almeno lo ammette, che il fatto criminoso esaurisca in sé tutti i momenti morali e fisici per meritare la pena ordinaria; ma pure sorgano cause che impongano di modificare la pena ordinaria benché non siano modificati i caratteri della delinquenza né materiali, né psicologici»; in questi termini si esprime F. CARRARA, *Programma*, cit., vol. VIII, §700. Nella letteratura moderna, tale espressione è ampiamente utilizzata da M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 397. Viene così sempre maggiormente consolidandosi la configurazione della c.d. "negozialità" del diritto penale.

[263] L'art. 27 comma terzo recita che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. Si è già messo in evidenza l'importanza, specie in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale sulla scusabilità dell'errore, del suddetto comma quale compiuta espressione del grado più elevato del principio di personalità della responsabilità penale, costituito appunto dalla colpevolezza. In tale sentenza, la Corte afferma «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa›› e ‹‹l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i valori della convivenza, espressi nella norma penale»; in tal modo si prendono le distanze dalla funzione di prevenzione generale in chiave di pura deterrenza, che peraltro non può considerarsi legittimante utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale, posto che ciò determinerebbe una strumentalizzazione della persona umana per contingenti motivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato nell'art. 2 Cost. Così Corte Cost., sentenza del 24 luglio 2007, n. 322, in *Dir. proc. pen*., 2007, p. 1461, con commento di L. RISICATO, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris; *una decisione timida o storica della Corte Costituzionale?*, ivi, p. 33. La Corte Costituzionale in varie pronunce ha tentato di dare una definizione unitaria della "rieducazione", offrendone diverse letture: da reinserimento nell'ordine sociale (Corte Cost., sent. 1972, n. 168) a riadattamento alla vita sociale (1974, n. 204) sino a

Dal momento che una condotta, per definirsi colpevole, dovrà essere compiuta dall'agente con consapevolezza del disvalore di cui essa è portatrice ed il finalismo rieducativo potrà realizzarsi solo calibrando la risposta sanzionatoria in modo da renderla "ragionevolmente" coerente con il sistema attuale di valori condivisi nella società, si comprende il motivo per cui sempre più di frequente il legislatore ricorre ad istituti deflattivi della punibilità. Essi possono operare in via "preventiva" come la recente codificazione dell'art. 131-*bis*, non punibilità per particolare tenuità del fatto, ovvero in via "successiva", quale la messa alla prova come forma di estinzione del reato, fondato sull'esito positivo del percorso rieducativo[264]; consapevoli di questa nuova tendenza legislativa acquisterebbe senso e significato una rinnovata ed unitaria configurazione del fenomeno condizionale, nella forma delle condizioni estrinseche, come limite edittale della punibilità[265]. Più esattamente, lungi dal vedere nelle condizioni di punibilità dei semplici espedienti di semplificazione dell'accertamento del dolo, l'istituto di cui all'art. 44 c.p. potrebbe essere valorizzato, alla luce delle considerazioni svolte sulla flessibilità delle strumento condizionale, per assicurare il necessario dinamismo al sistema

ravvedimento o recupero sociale (sent. 1998, n. 271). Per una precisa e completa analisi del finalismo rieducativo si veda, per tutti, G. DE VERO, *op. cit.*, p. 185 ss.; particolarmente significativa è l'espressione coniata dal suddetto A. nel descrivere tale finalismo quale «proiezione funzionale della sanzione punitiva intesa a distogliere il soggetto, che ha già delinquito, dalla reiterazione di comportamenti criminosi, attraverso un'azione che coinvolga e incida sulla capacità di entrare in relazione utile e responsabile con la vita associata». La pena, così intesa, viene a collocarsi tra la dimensione più propriamente etico-sociale (emenda) e quella empirico-sociale (risocializzazione in senso stretto) della prevenzione speciale positiva.

[264] In tema di messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto, cfr. per. 25 febbraio 2016 (dep. 6 aprile 2016), n. 13681 CED.

[265] Così E. ANTONINI, *op. cit*., p. 1211. L'A. è ferma sostenitrice dell'unitarietà della categoria delle c.o.p., alla luce della loro lettura in chiave di delimitazione della punibilità, evitando i conflitti con il principio di personalità che verrebbero ad originarsi dalle condizioni intrinseche, in conseguenza della loro "significatività" e anzi, garantendo autonomo spazio per l'istituto in esame - non venendo più configurato come un *alter* delle ipotesi di responsabilità oggettiva, di cui all'art. 42 comma terzo - si avrebbe piena realizzazione del proposito di rieducazione del reo. Infatti, le c.o.p. comporterebbero una sospensione della pretesa punitiva e condizionerebbero in modo favorevole la conseguenza giuridica, che infatti si trasforma da necessaria – secondo la regola – in eventuale, per essere subordinata all'avverarsi della condizione.

penale. Quest'ultimo, proprio per la sua potenziale incidenza sulla dimensione delle libertà fondamentali, dovrebbe, più di ogni altro settore giuridico, mostrarsi sensibile all'esigenza di un adeguato contemperamento tra i valori apicali del sistema che vengono in rilievo al momento dell'irrogazione della pena[266]. In tale logica potrebbero leggersi le condizioni di punibilità come «risultante di una valutazione tra interessi antagonisti, tecnicamente posti in una sorta di rapporto dialettico a gerarchia variabile»[267]; in definitiva, senza che ciò presenti il minimo attrito con il principio di personalità e nel pieno rispetto del valore della legalità, si conferirebbe nuova linfa a tali elementi che, estranei all'offesa, contribuirebbero a realizzare quelle esigenze di proporzione ed *extrema ratio* che governano la punibilità nel diritto penale.

Premessa tale teorizzazione, risulta ora indispensabile verificare la tenuta sul piano pratico della rinnovata costruzione delle condizioni obiettive di punibilità.

[266] Come si è accennato in apertura, spesso le c.o.p. sono state qualificate quale forma di semplificazione dell'accertamento del dolo nelle ipotesi dubbie, finendo per estendere surrettiziamente le ipotesi di responsabilità oggettiva espressa ovvero celare le ipotesi di responsabilità oggettiva occulta. In questo senso, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 456.

[267] Così N. D'ASCOLA, *op. cit.*, p. 665.

CAPITOLO IV

PROFILI APPLICATIVI DEL REATO SOTTOPOSTO A CONDIZIONE DI PUNIBILITÀ

SOMMARIO: 1. *Tempus commissi delicti*: la successione della legge nel tempo - 1.1 *Segue:* applicazione di amnistia ed indulto ai reati condizionati - 2 *Locus commissi delicti* - 3. La risarcibilità del danno nei reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità - 4. La configurabilità del tentativo nei reati condizionati - 5. Il diritto di proporre querela - 6. Le condizioni obiettive di punibilità, il principio della doppia incriminazione - 6.1 *Segue:* I reati condizionati ed il principio della doppia punibilità negli accordi Schengen.

1. ***Tempus commissi delicti*: la successione della legge nel tempo**

Nei capitoli precedenti si è approfondito il tema dei rapporti tra condizioni di punibilità – intrinseche ed estrinseche – e principio di colpevolezza nel tentativo di fornire una rilettura del fenomeno condizionale pienamente rispettosa del dettato costituzionale sulla responsabilità penale. Si è concluso a favore del mantenimento delle sole condizioni estrinseche, che, operando come filtri selettivi della punibilità, sfuggirebbero alle regole dell'imputazione colpevole, essendo chiamate ad intervenire solo sul piano degli effetti dell'illecito, in chiave deflattiva del contenzioso penale.

Detta soluzione, per potersi ritenere accettabile, necessita una verifica sul piano pratico, dovendo passare attraverso il vaglio di una molteplicità di istituti di carattere sostanziale ovvero processuale, che ne assicurerebbero la tenuta. Si tratta, in sostanza, di individuare le coordinate spazio-temporali in cui si colloca il reato condizionato per poi verificarne la resistenza ai mutamenti normativi (c.d. successione di leggi nel tempo).

Iniziando dal primo profilo, l'individuazione del *tempus commissi delicti* è tematica assai complessa e problematica tanto per l'assenza di un'espressa definizione normativa, quanto per la molteplicità di istituti che ne implicano l'accertamento e

la rilevanza delle conseguenze[268]. La loalizzazione il reato dal punto di vista temporale non ha rilievo solo ai fini dell'inizio del decorso della prescrizione ma si traduce nella realizzazione dei principi di legalità ed offensività: cristallizzando gli estremi del reato in un dato momento consente che la norma spieghi la propria funzione imperativa garantendo, allo stesso tempo, piena accessibilità e conoscibilità del precetto ai consociati[269].

L'esatta ubicazione temporale del reato rappresenta un'operazione complessa; occorre iniziare dall'analisi dell'espressione *tempus commissi delicti* nel tentativo di delinearne la portata e chiarire se essa vada identificata con il concetto di *commissione*, *realizzazione* ovvero *consumazione* del reato data la diversità contenutistica intercorrente tra i tre concetti, malgrado spesso vengano utilizzati in forma sinonimica e se, ai fini della sua determinazione, si debba guardare alla condotta ovvero all'evento[270].

---

[268] Molteplici i riferimenti *al tempo del reato* contenuti nel codice sia attraverso la previsione dell'istituto della continuazione, disciplinata dall'art. 81 primo comma, sia per la presenza una specifica disciplina dettata in tema di decorrenza del termine di prescrizione, distinguendo a seconda che si abbia riguardo al reato istantaneo, permanente, ad effetti permanenti ed a consumazione prolungata, di cui si tratterà nel prosieguo. Cfr. D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo: la scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, p. 15 ss.; A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 1063.; V. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti*, in *Studi Antolisei*, III, 1965, p. 231; C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 576.

[269] I termini accessibilità e prevedibilità sono mutuati dalla giurisprudenza della Corte EDU che ne fornisce una definizione, ravvisandone la base giuridica nell'art. 7 CEDU, che sancisce il principio del *nullum crimen sine lege*. Sul tema della accessibilità del precetto e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, v. cap. III, § 3. Quanto alla giurisprudenza, cfr. Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, Contrada c.Italia (n. 3), ric. n. 66655/13,§ 60 laddove – citando altri pr ecedenti – i giudici di Strasburgo ribadiscono che «*la loi doit définir clairement les infrac tions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciab le peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'int erprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef*».

[270] Sul punto si veda l'approfondita analisi condotta da A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale, parte generale*, a cura di T. Padovani, A. Pagliaro, C. F. Grosso, Milano, 2007, p. 331 ss. In tale opera l'A. traccia le differenze contenutistiche esistenti tra consumazione e i concetti affini di perfezione, commissione ed esaurimento. Con il primo s'intende «il momento in cui la realizzazione raggiunge, nel suo contenuto concreto, la sua massima gravità». Esempio, classico e d'immediata intuizione, di coincidenza tra momento consumativo e momento commissivo si ravvisa nel delitto

Sebbene, talvolta, non si può escludere la loro sostanziale coincidenza, la consumazione, da intendere, sotto il profilo valoriale, quale raggiungimento del massimo grado di disvalore nella fattispecie delittuosa, di regola, identifica un "momento" ben diverso da quello della commissione, che implica la venuta ad esistenza del complesso degli elementi che connotano la condotta esteriore richiesta per la sussistenza del reato[271]. Come efficacemente affermato da parte della dottrina, la commissione rappresenta il momento ultimo il cui la norma penale avrebbe potuto esercitare la sua efficacia di prevenzione generale negativa. Ne consegue che nella sua determinazione non assumono rilievo il tempo nel quale si è verificato l'evento, che potrebbe verificarsi anche dopo, senza che il momento commissivo ne venga influenzato, né le eventuali azioni tenute dall'agente successivamente alla condotta, idonee ad aggravare o diminuire il rimprovero penale.

Diversamente, perché un reato possa dirsi realizzato è sufficiente che vengano adempiuti i requisiti minimi della fattispecie penale di riferimento, senza che giungano a completamento l'azione o l'omissione prevista, risultando invece indispensabile il raggiungimento di quel livello minimo di offesa tipica (lesione o pericolo); in tal senso, perché il reato possa dirsi realizzato è necessario che si verifichi anche l'evento. Così definita, la realizzazione si lega strettamente alla

di omicidio (ex art. 575 c.p.) con contestualità di condotta dell'agente e morte del soggetto passivo (*ex adverso*, laddove tra i due momenti intervenisse un distacco temporale, verrebbe meno anche la coincidenza tra consumazione e commissione).Come osservato da G. NEPPI- MODONA, *op. cit.*, p. 11 «la nozione di *tempus commissi delicti* svolge differenti funzioni a seconda degli istituti cui si riferisce». Dello stesso avviso N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, p. 359 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema in generale cfr., per tutti, M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, III ed., Milano, 1965, p. 235 ss.

[271] Così A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 333. In modo più dettagliato, l'A. precisa che a differenza della "consumazione", espressione solitamente utilizzata in antitesi al delitto tentato, di commissione si può parlare sia con riferimento al delitto tentato, sia con riferimento al delitto consumato: anche in quest'ultimo, infatti, è riscontrabile un momento di esecuzione esteriore.

nozione di consumazione, coincidente con il massimo livello di approfondimento dell'offesa prevista dall'illecito.

È intuitivo che la diversità tra i predetti momenti non rappresenta questione di poco conto, finendo per influenzare l'operatività di diversi istituti; senza troppo anticipare, basta specificare che, se il momento della consumazione viene in rilievo in caso di decorrenza del termine di prescrizione, per il quale la cessazione della permanenza è richiamata esplicitamente dalla legge (art. 158 c.p.), per l'operatività dell'amnistia e l'indulto occorre guardare al momento della commissione, per la querela, invece, il termine "essenziale" d'esercizio non prende in riferimento la "commissione", quindi il completarsi dell'azione, bensì la "realizzazione" del reato[272].

In definitiva, l'insufficienza del solo dato linguistico, come spesso sottolineato, impone di compiere un'attenta disamina dei singoli e diversi istituti in cui viene, di volta in volta, in rilievo l'elemento temporale, mettendone anzitutto in evidenza le

[272] Si è in precedenza sottolineato (cfr. cap. I, §. 3) l'elasticità (e talvolta l'incoerenza) con cui il legislatore ricorra ad espressioni quali "fatto commesso e reato commesso", da cui discende l'impossibilità di rinvenire nel dato letterale un appiglio certo per l'esatta comprensione delle norme stesse. Ancora una volta, per supplire a tale incertezza, si renderà necessario ricorrere ad una lettura sistematica che metta in relazione le espressioni contenute nell'art. 2 c.p. con quanto disposto in materia di prescrizione, *ex* art. 158 c.p. che fa espresso riferimento, quanto a decorrenza del relativo termine, alle diverse tipologie di reato (rispettivamente: consumato, tentato e continuato). A differenza di quanto avviene con riguardo alla disciplina del *locus commissi delicti*, la cui problematica d'individuazione trova esplicita soluzione nell'art. 6 c.p., come si specificherà in seguito, le difficoltà in ordine al paradigma temporale non hanno ancora trovato una soluzione unitaria. Sul punto, infatti, si registrano diversi orientamenti dottrinali; ad una parte della dottrina (cfr., per tutti, N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, p. 210), che sostiene la necessità di una ricostruzione unitaria della nozione, se ne contrappone altra che privilegia una configurazione "variabile" del fenomeno a seconda dell'istituto cui si riferisce; cfr., *ex pluribus*, F. BRICOLA, *op. cit*., p. 604 e M. DONINI, *op. cit*., p. 480. Quest'ultimo orientamento si pone in favore della relativizzazione della nozione in parola, che dovrebbe essere dedotta dalla *ratio* sottostante i singoli istituti coinvolti e quindi tratta dal modo che caratterizza l'incidenza del tempo nella loro struttura, dalla peculiare disciplina cui rimangono assoggettati. Al fine di individuare il *tempus commissi delicti*, la dottrina ha individuato tre distinti criteri: la teoria della condotta che valorizza il reato commesso al momento del compimento dell'azione o dell'omissione, la teoria dell'evento, che privilegia il momento di verificazione dell'evento della condotta e, in ultimo, la teoria "mista", che guarda indifferentemente alla condotta o all'evento. A rendere ancora più complesso il quadro di riferimento è l'eterogeneità strutturale dei "tipi" di reato (istantaneo, permanente etc.) che condizionano l'eventuale momento di commissione del reato.

peculiari *rationes* sottese e senza mai dimenticare la necessità di "contestualizzare" la suddetta analisi all'interno della più ampia riflessione – precedentemente compiuta – sul fenomeno condizionale[273]. Fra l'altro, occorre precisare, che pochi sono gli ausili ermeneutici offerti dal codice per fare chiarezza sull'esatta "dimensione temporale" del reato; tra i riferimenti principali si annovera sicuramente l'art. 158 c.p., in tema di prescrizione, che, al di là della singola e specifica indicazione del *dies a quo* dipendente dalle diverse tipologie criminose, evidenzia la necessità che la collocazione temporale del reato sottenda un contemperamento tra il principio del *favor rei* - derivante dall'impossibilità di lasciare nell'incertezza a lungo la posizione giuridica dell'imputato - e la tendenziale irrinunciabilità dell'ordinamento alla pretesa punitiva[274].

Senza dimenticare, poi, che il *tempus commissi delicti* finisce per intersecarsi con l'ampia e complessa tematica della successione della legge nel tempo disciplinata all'art. 2 c.p., risultando determinante per la risoluzione degli eventuali conflitti intertemporali tra le norme dell'ordinamento.

---

[273] Nei capitoli che precedono si è svolta una riflessione sui molteplici interrogativi che si addensano attorno alle condizioni di punibilità, sia in ordine alla loro natura di "elementi accidentali", sia in relazione alla loro compatibilità con il principio di colpevolezza, che porta a "preferire" le condizioni estrinseche in luogo di quelle intrinseche, con le ovvie ripercussioni sulla loro *ratio* garantista. Il problema, infatti, si ripercuote sui rapporti con la successione della legge nel tempo, con riguardo all'individuazione della *lex mitior* (*ex* art. 2, comma terzo). Per tale ragione, in dottrina vi è chi individua soluzioni differenziate a seconda che si abbia riguardo a c.o.p. intrinseche ed estrinseche; infatti, si distinguerebbe tra «condizioni intrinseche rilevanti ai fini della consumazione e condizioni estrinseche, ininfluenti al suddetto fine» (così T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 379). Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr., *ex multis*, F. ANTOLISEI, Manuale, cit., p. 141 ss. e F. BRICOLA, *op. cit*., p. 604).

[274] Ferme restando le considerazioni già precedentemente svolte nel capitolo primo, l'art 158 c.p. richiamando e prevedendo termini di decorrenza diversi per la prescrizione (rispettivamente: il giorno della consumazione per il reato consumato; il giorno in cui è cessata l'attività del colpevole, per il reato tentato; per il reato permanente o continuato, il giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione; il giorno in cui la condizione si è verificata per il reato condizionato) mostra l'impossibilità di disgiungere nell'esame della prescrizione (ma un simile ragionamento vale per ogni altro istituto) l'interpretazione dalla dimensione assiologia (ravvisabile nella ragion d'essere dell'istituto). Alla luce di quanto appena detto si comprende, dunque, la scelta del legislatore di far decorrere la prescrizione di regola dalla consumazione del reato o, nel caso del reato sottoposto a condizione, dal verificarsi di quest'ultima che, per definizione, è idonea ad incidere sul momento d'irrogazione della pena.

L'art. 2 c.p., norma già prevista nell'originario corpo del codice penale, disciplinando la successione della legge penale nel tempo è stata di recente oggetto di un fitto dibattito tra la giurisprudenza interna ed internazionale (in particolare Corte EDU), che ne ha dilatato l'ambito applicativo in vista dell'effetto favorevole per il reo[275].

In tale prospettiva di favore occorre chiarire quale sia l'esatta portata dell'espressione "fatto commesso", ravvisabile all'interno della predetta norma, che, come si vedrà in seguito, rappresenta il momento di riferimento per la "scelta" della legge da applicare, distinguendola dalla espressione di significato profondamente diverso - sempre contenuta nel medesimo articolo - reato commesso.

Ed in effetti, come già evidenziato sopra nel differenziare i concetti di consumazione, realizzazione e commissione del reato, nell'elaborazione dottrinale della nozione di tempo del reato, talvolta si deve aver riguardo alla condotta, talaltra all'evento ovvero ad entrambe.

[275] Il delicato tema della retroattività della *lex mitior* è stato trattato a più riprese dalle Corti internazionali, prima fra tutte la Corte Edu, la quale ha duramente sanzionato l'Italia in molteplici pronunce. La pronuncia che ha dato la stura alla riflessione sulla portata del principio di retroattività della legge più favorevole è stato il c.d. caso Scoppola c. Italia, sent. 17 settembre 2009, in cui la Corte Edu, qualificando come sostanziali le disposizioni in tema di giudizio abbreviato, ha sancito l'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole allora introdotta. Per effetto di tale pronuncia la giurisprudenza italiana ha rivisto il fondamento assiologico del principio di retroattività: con le risalenti sentenze nn. 393 e 394 del 2006, la Corte Costituzionale aveva affermato che la rilevanza costituzionale del principio della *lex mitior* andava ricondotto al canone di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. e, per questo motivo, tollerava talune deroghe, come in occasione della riforma della prescrizione attuata dalla l. 5 dicembre 2005 n. 251 c.d. *ex* Cirielli. Rinviando ad un momento successivo la trattazione del problema della retroattività della c.d. *abolitio criminis*, la Corte costituzionale afferma che nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze legate alle modifiche *in bonam* della disciplina sanzionatoria: un potere del giudice dell'esecuzione, ricavabile dall'art. 30 della legge n. 87/1953, di rideterminare la pena a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio (cfr., ad esempio, quanto affermato nelle sentenze Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano e Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto). In questo senso Corte Cost., sent. 2013 n. 18 luglio 2013, n. 210.

Se il primo criterio, quello della mera condotta dell'agente, viene in rilievo per la determinazione del tempo di commissione dell'illecito, è all'evento che occorre guardare, di norma, per determinare la fase di consumazione del reato.

Andando ad analizzare specificamente le disposizioni contenute nell'art. 2 c.p., occorre distinguere diversi fenomeni "temporali". Il primo comma, prevedendo che «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato», disciplina il fenomeno delle nuova incriminazione o, meglio, del divieto di retroattività della legge penale e, pertanto, impedisce che gli effetti di una disposizione penale possano rivolgersi al passato, incriminando una condotta che, al momento del suo compimento, non costituiva ancora reato. Com'è evidente, tale divieto rappresenta la traduzione normativa del principio di irretroattività vigente nel diritto penale, che risponde ad esigenze garantiste, ponendo un solido argine rispetto ad eventuali abusi di potere nell'esercizio del magistero punitivo ed esso trova consacrazione in una norma di rango costituzionale, esattamente nel secondo comma dell'art. 25 Cost.[276]. Senza specificarne ulteriormente la portata, occorre riflettere sulla "reazione" che si innesca mettendo tale principio a contatto con il reato sottoposto a condizione di punibilità.

[276] L'art. 11, secondo comma, delle disposizioni preliminari c.c. prescrivendo che la legge non dispone che per l'avvenire, qualifica l'irretroattività come principio generale valevole per ogni branca ordinamento; nel diritto penale – data soprattutto la potenzialità d'incidenza sulla libertà personale, da porre al riparo da forme di "abusi" storicamente perpetrati dai detentori del potere – tale principio è stato consacrato anche in Costituzione; pertanto, accanto all'art. 2 c.p. – che rappresenterebbe un debole presidio per il cittadino, dal momento che, occupando il rango di legge ordinaria, potrebbe facilmente essere derogato – il legislatore costituente ha disposto l'introduzione dell'art. 25 Cost., per cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Invero, solo l'irretroattività trova esplicito ed immediato riferimento nella Carta fondamentale. Pertanto, avendo riguardo agli altri "fenomeni" successori della legge nel tempo, disciplinati dai commi secondo e quarto, non si avrà gioco facile nell'individuazione del rispettivo referente positivo.

Si ipotizzi nel periodo *t* il compimento di una data condotta, integrante gli estremi di un reato secondo un paradigma legale che prevede una condizione di punibilità non ancora avverata. Laddove nel successivo periodo t_1 venga espunta la componente condizionale con contestuale ampliamento della sfera di rilevanza penale del fatto, occorre valutare se sia possibile, stante l'avvenuta realizzazione della dimensione essenziale dell'illecito, giustificare l'applicazione retroattiva della nuova criminalizzazione. Nel caso di specie la retroazione deriva dall'eliminazione dal paradigma legale dell'elemento condizionale ed inoltre i due momenti *t* e t_1 ospitano segmenti temporali profondamente diversi, l'uno il compimento dell'azione poi divenuta tipica, l'altro, l'eliminazione dell'elemento condizionale. Vero è che non può dirsi che le condizioni di punibilità risultino sufficienti a coagulare l'intero disvalore della fattispecie - tanto più che l'evento condizionale potrebbe anche risultare estraneo alla sfera di controllo dell'agente - alla luce dell'impossibilità di attribuire all'istituto condizionale natura diversa da quella di elementi accidentali, ininfluenti sul disvalore dell'illecito il cui nucleo offensivo è insito nella condotta stessa, che, nell'ipotesi in esame, si è già realizzata[277].

Tuttavia, il fondamento e l'ampiezza della portata del principio di irretroattività della legge penale, tanto alla luce della prescrizione di cui all'art. 25 Cost. ed in base alle recenti acquisizioni della giurisprudenza comunitaria - in ordine alla prevedibilità ed accessibilità del precetto penale – impongono di ritenere preclusa

[277] Si presti attenzione alla denominazione scelta per aprire il suddetto capitolo, che appunto definisce *tempus et locus commissi delicti* quali "momenti di verifica" delle c.o.p.; in tal senso la ricostruzione degli istituti analizzati in queste pagine potrebbe corroborare la tesi delle condizioni obiettive quali elementi accidentali e di natura estrinseca rispetto al reato. Tuttavia, per esigenze di completezza, non si può non dar conto di quegli orientamenti che non soltanto danno consistenza alla distinzione tra condizioni intrinseche ed estrinseche, ma ritengono che tale distinzione condizioni gli esiti applicativi dei rapporti tra leggi nel tempo. Non si dimentichi, precisamente, che le condizioni intrinseche consisterebbero in una progressione dell'offesa espressa dal reato e che per questo sarebbero idonee ad incidere sul disvalore della fattispecie.

una simile applicazione retroattiva, come del resto dimostra la recente previsione contenuta nella legge 27 maggio 2015 n. 69. Quest'ultima, nel riformare la disciplina del falso in bilancio, prevede che le nuove disposizioni, che ampliano gli spazi di rilevanza penale delle condotte eliminando le soglie di punibilità, prevedendo un trattamento *in peius* rispetto al previgente sistema normativo, si applica solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della predetta legge, vale a dire dal 14 giugno 2015, sempre in ossequio al principio di irretroattività della legge penale[278].

Più problematico risulterebbe il caso in cui il legislatore intervenga sottraendo dal paradigma normativo una condizione di punibilità: in tal caso, a prescindere dalla natura attribuita a quest'ultima, ne deriverebbe una significativa riduzione dello spazio di liceità o, meglio impunità, delle condotte.

Da quanto appena detto ne consegue che, almeno in relazione al divieto di retroattività della norma penale, il momento di riferimento per l'accertamento del *tempus commissi delicti* va identificato in quello di commissione e non di consumazione del reato[279].

Passando all'analisi del comma secondo dell'art. 2 c.p., esso preclude che venga irrogata la sanzione per un fatto non più previsto come reato a seguito

[278] Per una disamina delle novità normative introdotte dalla legge n. 69/2015 cfr., per tutti, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 2015. Molteplici sono stati i profili di novità delle false comunicazioni sociali apportati dalla riforma del 2015. Sotto il profilo oggettivo, l'attuale disposizione si caratterizza per l'adesione al paradigma del pericolo, in luogo del danno, la scomparsa delle soglie di punibilità e la nuova connotazione dei fatti "materiali" rilevanti. Sul versante soggettivo, invece, si registra il mutamento del dolo: la connotazione del dolo da intenzionale diventa specifica. Sul nuovo volto delle false comunicazioni sociali a seguito dell'intervento di riforma della legge 27.5.2015 n. 69, v. F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *GDir.*, 2015, 53 ss.; C. SANTORIELLI, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino 2015, 10 ss.; C. Zaza, *I reati societari: la riforma delle false comunicazioni sociali*, Frosinone 2015, 9 ss.

[279] La precisazione sui rapporti tra commissione e consumazione con riguardo ai singoli istituti oggetto d'esame è variabile a seconda che si privilegi una ricostruzione unitaria del *tempus* o si propenda per una ricostruzione "a geometria variabile", quale quella proposta in questa sede.

dell'intervento di una legge successiva e si prevede, inoltre, che se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Tale disposizione reca la disciplina della *abolitio criminis* che, nella forma totale e parziale, implica il radicale mutamento del modo di percepire il disvalore di una condotta in un dato contesto temporale[280]. Ragione per cui, laddove fosse introdotta una norma abolitrice di un reato, essa non si limiterebbe solo a disporre per l'avvenire, rivolgendosi ai fatti futuri, piuttosto, si spingerebbe "nel passato" per paralizzare gli effetti delle pene già irrogate e persino delle condanne divenute definitive. Questa affermazione del principio di retroattività *in mitius*, corroborata da recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte Costituzionale, si spiega alla luce di una "configurazione oggettivista" ed egalitaria del diritto, per cui risulterebbe privo di senso e giustificazione discriminare tra quel soggetto che disobbedisce alla legge in un momento in cui essa prevede pene più gravi rispetto a quell'altro soggetto che la viola in un momento in cui l'ordinamento considera meno grave o addirittura irrilevante il fatto[281]. Tuttavia risulta diverso il fenomeno

[280] Non vi è dubbio sul fatto che la disciplina dell'*abolitio criminis* rappresenti una delle previsioni centrali del diritto penale (in termini di garanzie offerte al reo tali da determinare la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali di un'eventuale condanna), tuttavia non poche sono le incertezze interpretative a cui essa dà luogo, specie riguardo i rapporti con il successivo comma quarto che sancisce la retroattività della *lex mitior*. Per risolvere tali aporie si rende indispensabile ricorrere al criterio della specialità per vagliare i rapporti intercorrenti tra le diverse norme. Senza voler indugiare in una disamina completa delle problematiche sul punto, in questa sede è sufficiente specificare che il fondamento del suddetto principio è riconducibile al fondamentale diritto dell'uomo a non vedersi perseguito e punito […] per fatti che dopo essere stati commessi abbiano cessato di costituire reato; così G. VASSALLI, Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, vol. I, p. 277 ss.

[281] Così, da ultimo, Corte Costituzionale 22 luglio 2011, n. 236, in *www.penalecontemporaneo.it.* Così A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II ed., Padova 2004, p. 191. Quanto al summenzionato intervento giurisprudenziale, il riferimento è alla sent. 23 novembre 2006, n. 394 in cui la Corte Costituzionale ha specificato che il principio di retroattività è legato «ad una concezione oggettivistica del diritto penale […]; a fronte di essa la sanzione penale non rappresenta la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto, quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione con il presidio della pena». Particolarmente delicata è anche l'individuazione del fondamento normativo della retroattività della legge *in bonam*: a fronte dell'impossibilità di rinvenire il suddetto fondamento dell'art. 25 Cost. (che costituisce già la base giuridica dell'irretroattività delle fattispecie di nuova incriminazione) si è

normativo disciplinato dal terzo comma del citato articolo 2 c.p., che, sebbene sottenda la successione di leggi penali nel tempo, prevede effetti più contenuti. A differenza dell'abolizione di precedente incriminazione, la successione di legge di cui al comma quarto consiste nella mera modifica della disciplina sanzionatoria, cui talvolta, può accompagnarsi una lieve trasformazione strutturale dell'illecito, che, comunque, mantiene la medesima natura di illecito penale. La notevole differenza tra i predetti fenomeni si coglie anche sul piano delle conseguenze, dal momento che, se l'*abolitio* travolge persino gli effetti della cosa giudicata, la semplice modifica, invece, trova un ostacolo insormontabile proprio nella c.d. *firmitas* del giudicato[282].

Chiarita la diversità ontologica tra i predetti fenomeni, per comprendere appieno le interferenze tra le ipotesi di successione di leggi sopra evidenziate rispetto all'istituto condizionale, occorre premettere un'ulteriore considerazione: la *lex mitior* e, quindi, il trattamento sanzionatorio più favorevole vengono determinati a seguito di una valutazione compiuta dal giudice in concreto, tendendo conto delle circostanze specifiche del caso[283]. Ne deriva che le incertezze valutative si

rivolta l'attenzione, come precedentemente lasciato intendere, al principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Anche la prospettiva da ultimo menzionata, oggi, è progressivamente superata da una valorizzazione del principio di personalità della responsabilità penale (*rectius*: colpevolezza), sancito per tramite dell'art. 27 comma terzo in cui è consacrato il principio rieducativo della pena: sul tema, cfr., per tutti, G. DE VERO, *op. cit*., p. 159 ss.

[282] Per l'esatta delimitazione concettuale dei due fenomeni, anche alla luce del contributo della giurisprudenza internazionale, e delle loro conseguenze rispetto al principio dell'intangibilità del giudicato, v. G. de VERO, *Corso di diritto penale,* cit., p. 295 ss.

[283] Sul punto non vi è univocità di vedute soprattutto nella giurisprudenza: stando ad un orientamento, in vero maggioritario, «la ricerca della legge più favorevole al reo va fatta non in astratto o in via teorica bensì caso per caso, in rapporto al vantaggio che in concreto può derivare al reo, a seconda delle situazioni che si presentano e delle possibili determinazioni del giudice riguardo ad esse», così Cass. Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7215/06, in Cass. pen., 2007, p. 1676 ss; *contra* Trib. Treviso, sent. 22 marzo 1991, in Cass. pen., 1991, p. 2668. In dottrina, a favore di una valutazione in concreto della legge più favorevole al reo cfr., per tutti, E. MARINUCCI – G. DOLCINI, *op. cit.*, p. 11. Non è certamente da sottovalutare il dato della preventiva conoscenza del trattamento sanzionatorio riservato ad una determinata condotta di reato e ciò per due ordini di motivi: accanto ad una ragione oggettiva che è diretta espressione del principio di legalità come presidio da abusi del potere precostituito, se ne attesta un'altra che valorizza la dimensione soggettiva rivestendo una chiara funzione deterrente. La consapevolezza dell'agente che alla propria

moltiplicano quando si è chiamati ad operare su fattispecie contenenti condizioni di punibilità, sulla cui natura residuano dubbi non indifferenti anche alla luce della distinzione tra c.o.p. intrinseche ed estrinseche.

Come già esplicitato, l'intervento di una legge volta ad escludere la condizione di punibilità prevista dalla previgente disciplina, determinando l'immediata sanzionabilità di condotte ritenute prima non bisognose di pena, integrando una soluzione in *peius* nei confronti dell'agente, risulterebbe assoggettato al divieto di retroattività, di cui si è sopra detto. Pertanto, potrà aversi riguardo ad un fenomeno della retroattività della *lex mitior* solo in presenza di nuova legge modificativa che introduca una c.o.p. in una fattispecie di reato, precedentemente sprovvista, dal momento che, in un simile caso, le condizioni di punibilità operano nel senso di escludere la punibilità finché l'evento condizionale non si è verificata[284].

Più complesso, invece, si rivela comprendere se l'introduzione dell'elemento condizionale possa determinare una *abolitio* ovvero, più semplicemente, vada

condotta illecita sarebbe seguito un trattamento sanzionatorio più rigido rispetto a quello vigente al momento di commissione del fatto, tendenzialmente, avrebbe potuto produrre un'efficacia deterrente e, pertanto, impedire la commissione del crimine. Ragionando nei suddetti termini si tende a creare un modello di criminale assimilabile al c.d. *homo oeconomicus*, che fonda la decisione di commettere un reato su una valutazione benefici-costi. Il modello di analisi, di matrice spiccatamente economica, fra tanti, venne studiato da G. BECKER: per un approfondimento sul tema, per metterne in luce pregi e limiti, cfr. G. BECKER- W. M. LANDES *The Economics of Crime and Punishment*, New York, 1974. Sul punto non vi è univocità di vedute soprattutto nella giurisprudenza: stando ad un orientamento, in vero maggioritario, «la ricerca della legge più favorevole al reo va fatta non in astratto o in via teorica bensì caso per caso, in rapporto al vantaggio che in concreto può derivare al reo, a seconda delle situazioni che si presentano e delle possibili determinazioni del giudice riguardo ad esse», così Cass. Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7215/06, in Cass. pen., 2007, p. 1676 ss; *contra* Trib. Treviso, sent. 22 marzo 1991, in Cass. pen., 1991, p. 2668. In dottrina, a favore di una valutazione in concreto della legge più favorevole al reo cfr., per tutti, E. MARINUCCI – G. DOLCINI, *op. cit.*, p. 11.

[284] Sul punto si veda quanto scritto nel corso del capitolo III. Per una interpretazione conforme a quanto detto, cfr., fra tutti, M. ROMANO, *op. cit*., p. 482; F. BRICOLA, *op. cit*., p. 604; M. ZANOTTI, *op. cit*., p. 549; in giurisprudenza si veda, per tutte, la sentenza della Cass., sez. I, 22 giugno 1964, in *Giust. Pen*., 1965, p. 205. Per una lettura *contra*, cfr., per tutti, G. NEPPI-MODONA, *op. cit*., p. 11, il quale sostiene la necessità di ricondurre l'ipotesi sopra descritta all'art. 2 comma secondo; l'inserimento dell'elemento condizionale, infatti, determinerebbe il verificarsi di una decrimininalizzazione.

ricondotto alla mera modifica in senso stretto della disciplina con le ovvie conseguenze in tema di preclusione legata al giudicato.

Si tratta, ancora una volta, di capire l'effettiva natura dell'evento condizionale, se esso vada assimilato ad un elemento essenziale, in grado di incidere sull'offensività della fattispecie, ovvero se, conformemente a quanto detto in tema di condizioni estrinseche, esso condizioni solo la fase di efficacia del reato, vale a dire quella di irrogazione della sanzione. Nella prima ipotesi, salve le peculiarità della fattispecie, l'introduzione di un ulteriore elemento significativo ragionevolmente potrebbe comportare una modifica dell'incriminazione riconducibile al secondo comma dell'art. 2 c.p.; diversamente, invariata la cifra di disvalore dell'illecito, la semplice introduzione di una zona di non punibilità darebbe origine ad una mera modifica in senso stretto della disciplina.

Per comprendere il peculiare esito cui si perviene accedendo ad una qualificazione delle condizioni di punibilità come elementi essenziali, appare particolarmente utile il riferimento ad un istituto, che sia avrà modo di approfondire nel successivo capitolo, per molti versi analogo, quanto a funzionamento, all'istituto di cui all'art. 44 c.p., vale a dire le soglie di punibilità. Di recente la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi sulla nuova formulazione della fattispecie di omesso versamento delle ritenute di una soglia di punibilità, ha confermato la tradizionale tesi sulla natura costitutiva delle soglie[285]. La Corte ha, invero, specificato che le

[285] ***Il regime sanzionatorio di cui all'art. 2, comma 1*-bis *del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638 è stato modificato, di recente,*** dal decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8, attuativo della legge 28 aprile 2014 n. 67. La precedente formulazione puniva l'omesso versamento delle ritenute previdenziali a prescindere dall'entità delle somme non versate, salvo che il datore di lavoro provvedesse al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione. La recente formulazione prevede, invece, l'introduzione di una soglia quantitativa di rilevanza pari a euro 10.000. Discorso analogo può condursi riguardo all'illecito di cui all'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000, successivamente modificato dal d.lgs. n. 158 del 2015, che, intervenendo sulla soglia di punibilità, ne ha elevato a 150.000,00 euro l'importo, ampliando l'area d'irrilevanza penale. Quest'ultima fattispecie è stata oggetto di una recente pronuncia giurisprudenziale che ha

predette non valgono semplicemente ad introdurre un limite di "non punibilità" delle condotte lasciando inalterato, per il resto, l'assetto della precedente figura normativa, ma ha configurato tale superamento quale vero e proprio elemento caratterizzante il disvalore di offensività che viene a segnare il momento consumativo dello stesso illecito.

Diversamente, a favore della soluzione alternativa a quella appena prospettata può richiamarsi, pur in via analogica, dati gli effetti *in bonam*, quanto di recente affermato dalla giurisprudenza di merito, in ordine agli effetti, dal punto di vista della successione delle leggi penali nel tempo, derivanti dall'introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* c.p. trattandosi di un'ipotesi di non punibilità in senso stretto, il Tribunale di Milano ha sancito che la più favorevole disciplina introdotta dalla norma da ultimo richiamata, lungi dal comportare una *abolitio criminis*[286], soggiace al disposto del quarto comma dell'art. 2 c.p. e, quindi, non trova applicazione per fatti giudicati con sentenza definitiva.

Sebbene l'alternativa da ultimo prospettata risulti, quanto ad estensione degli effetti, meno favorevole rispetto a quella precedentemente esposta, essa, oltre a conformarsi alla costruzione dell'istituto condizionale sostenuta fin qui, appare maggiormente conforme alla complessità "decrescente" che connota l'art. 2 c.p. Dalla lettura del citato articolo si evince come il legislatore abbia volutamente declinato in tre differenti forme quell'esigenza di tutela del cittadino sottesa alla citata norma: dalla massima ampiezza del principio di irretroattività, destinato a

affermato che la nuova fattispecie di reato di cui all'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000, come modificata dall'art. 7, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 158 del 2015, ha determinato l'abolizione parziale del reato commesso in epoca antecedente che aveva ad oggetto somme pari o inferiori a detto importo. Ne è conseguito che, vertendosi in ipotesi di abrogazione parziale trovano applicazione gli art. 2, comma secondo, cod. pen., e 673, comma primo, cod. proc. pen.

[286] In questi termini Trib. Milano, decreto del 3.11.2015

ricomprendere ogni mutamento peggiorativo della legge penale, da intendersi in senso sostanziale, sino alla portata più limitata, rispetto alla abolizione di precedente incriminazione, della mera modifica in senso stretto, che soggiace alla preclusione del giudicato, non implicando alcun mutamento valoriale nel modo di percepire quella data condotta.

Del resto, ritenere che l'introduzione in di una condizione obiettiva di punibilità nella fattispecie dia luogo ad una mera modifica in senso stretto, e non invece ad un *abolitio criminis*, risulta una soluzione quasi "necessitata" oltreché coerente con una lettura del fenomeno condizionale come momento estrinseco al disvalore e, quindi, mero filtro delle condotte bisognose di pena.

Intervenendo su di un fatto già meritevole di sanzione, l'evento condizionale non comporterebbe alcuna rilevante sfasatura tra la dimensione formale della norma e la dimensione sostanziale dei valori, non potendosi, pertanto, rinvenire quella medesima logica che sorregge l'abolizione di precedente incriminazione. Se a fondamento della rigorosa disciplina di cui al secondo comma dell'art. 2 c.p. risiede il finalismo rieducativo della pena, che impone la rimproverabilità dell'agente solo a condizione dell'effettiva illiceità del suo comportamento, nel caso della mera modifica della disciplina, al momento del fatto, l'autore era già in grado di rendersi conto del disvalore della propria condotta: da qui l'impossibilità di scalfire l'eventuale giudicato, salvo il caso di abolizione in senso stretto dell'illecito penale. Laddove, come nel caso delle condizioni di punibilità, si assistesse ad una riperimetrazione degli spazi di punibilità, invece, rimarrebbe immutata la cifra di offensività di tutte le condotte, sussistendo motivi, anche di opportunità politico-

criminale, in base ai quali risulterebbe paralizzata la risposta sanzionatoria: motivi di opportunità, di cui le condizioni di punibilità stesse risultano portatrici[287].

1.1 Segue: applicazione di amnistia ed indulto ai reati condizionati

La determinazione del *tempus commissi delicti* è la problematica che sembra maggiormente impegnare la dottrina, soprattutto per via delle molteplici applicazioni che la coinvolgono; oltre a regolare i rapporti di successione tra leggi penali (come si è visto nel precedente paragrafo), l'accertamento del tempo del reato è presupposto indefettibile per delimitare il *range* d'operatività degli istituti clemenziali, anzitutto dell'amnistia[288].

In tanto in quanto essa rappresenta un'ipotesi di estinzione del reato, il legislatore, in tutte le disposizioni che presentano profili di disciplina della predetta, si preoccupa di soffermarsi sulle coordinate temporali dell'istituto in esame: dalla

[287] Essendosi escluso che fondamento normativo della retroattività possa essere il secondo comma dell'art. 25 Cost., che si limita solamente ad affermare il principio di irretroattività della legge penale, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si sono rivolte altrove per individuarlo. Il principio, infatti, trovando ampio riconoscimento e tutela a livello internazionale e comunitario grazie all' affermazione che ne fanno l'art. 15, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1968, nonché l'art. 49, comma 1, seconda parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha trovato la propria matrice nell'art. 3 Cost., più alta affermazione del principio di eguaglianza. Per un'ampia trattazione del tema cfr., per tutti, G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e ‹‹termini più brevi›› di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 4118. L'articolo da ultimo citato, infatti, impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalle circostanze che siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice; così Corte Costituzionale, sent. del 23 novembre 2006, n. 393, in *Giur. Cost*., 2006, p. 4151; nello stesso senso Corte Cost. 9 giugno 2008 n. 215, *ivi*, 2008, p. 2399; Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 236, cit. Più precisa e articolata è la soluzione avanzata da G. DE VERO, *op. cit*., p. 307 ss. che rinviene il fondamento dell'applicazione retroattiva della legge più mite nell'art. 27, comma terzo; si è precedentemente avuto modo di precisare che il finalismo rieducativo della pena – previsto dalla suddetta norma – rappresenta l'affermazione prima del principio di colpevolezza (dunque personalità della personalità della responsabilità penale) e, il medesimo fondamento giustificativo di favore può rinvenirsi in relazione al fenomeno della successione della legge nel tempo; l'esigenza che si risponda di condotte personali ed effettivamente colpevoli spiega l'applicazione della legge più favorevole anche a condotte poste in essere sotto la vigenza di una precedente legge.

[288] L'istituto dell'amnistia viene annoverato tra le cause di estinzione del reato – differenziandosi così dall'indulto e dalla grazia che costituiscono ipotesi di estinzione della pena – e trova la sua disciplina anzitutto in una disposizione di rango costituzionale, l'art. 79, a norma del quale «l'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge».

generica previsione costituzionale per cui l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge, alla specificazione contenuta nell'art. 151 c.p., a norma del quale l'estinzione del reato per effetto dell'amnistia è limitata ai reati commessi a tutto il giorno precedente la data del decreto, salvo che questo stabilisca una data diversa.

Da una preliminare, pur superficiale, lettura delle disposizioni, ancora una volta la questione sembra ruotare attorno alla ricostruzione del significato e della portata da attribuire all'espressione "fatto commesso" - ed in particolare, se essa vada intesa come sinonimo di momento consumativo - considerato che la stessa rappresenta l'unico appiglio cronologico contenuto nell'art. 151 c.p. per ricostruire lo spazio di efficacia dell'istituto in esame, rivelandosi assolutamente generico ed insufficiente a tal fine[289]. Il riferimento al termine di applicazione, che, secondo il dettato dell'art. 79 comma secondo Cost., deve essere espressamente indicato dal legislatore al momento della legge di amnistia, di per sé si rivela parziale e soprattutto poco "determinato" finché incerto resta il giorno di commissione del reato[290]. A quanto detto bisogna aggiungere che la suddetta analisi diventa ancor più complessa se messa in relazione ai reati che presentano, all'interno del loro modello legale, le condizioni obiettive di punibilità dal momento che, in via preliminare, occorrerebbe

[289] Già nel precedente paragrafo, in relazione al fenomeno della successione della legge nel tempo, si è messo in evidenza la problematicità del rapporto tra momento consumativo e commissivo del reato con il *tempus commissi delicti* per via dell'impossibilità di stabilire un legame monovalente tra i termini. Ancora una volta si tenterà di trovare un appiglio interpretativo e chiarificatore nel rapporto tra i due termini "fatto commesso" e "reato commesso"; non a caso, anche nell'art. 151 c.p. il legislatore fa ricorso all'espressione "reato commesso" come unico riferimento per comprendere l'estensione cronologica del provvedimento di amnistia.

[290] L'amnistia in quanto espressione della c.d. clemenza sovrana, intervenendo (come accade anche per l'indulto e la grazia) a disporre «di non dar corso al perseguimento e alla punibilità di taluni reati già commessi, o di soprassedere all'esecuzione o alla prosecuzione di pene già inflitte […]», così M. ROMANO, *Art. 151 c.p.*, in *Commentario*, cit., p. 21 ss.) necessita di una rigida determinazione dello spazio di efficacia, sia del *dies a quo* che del *dies ad quem*; pertanto, l'art. 79 Cost. prevede che i reati a cui amnistia ed indulto possono applicarsi devono essere anteriori al momento di presentazione del disegno di legge.

chiarire quale incidenza possiedano gli elementi condizionali sulla consumazione del reato. Sul tema, l'unico referente normativo è rappresentato dall'art. 158 c.p. che, specificamente, si occupa della decorrenza del termine prescrizionale, coincidente, almeno di regola, con il momento dell'effettiva consumazione dell'illecito e, nel caso delle c.o.p., con il momento della verificazione dell'elemento condizionale[291].

Non potendo far affidamento sul dato letterale, si rende necessario attuare un processo di risalimento che, partendo dall'analisi della ragion d'essere dell'amnistia, giunga ad una conclusione "ragionevole" ed in linea con i canoni del diritto penale.

Si è qualificata più volte l'amnistia come una causa di estinzione del reato, un istituto di clemenza cui risultano sottese ragioni di ordine politico, pertanto non assimilabile all'abrogazione di una fattispecie criminosa, dal momento che, immutato l'astratto giudizio di disvalore dell'illecito, si assiste ad una rinuncia da parte dello Stato alla propria pretesa punitiva. Essa, com'è stato rilevato, «interviene a porre nel nulla alcuni degli effetti dei reati già posti in essere»[292]:

[291] L'art. 158 c.p. nell'individuare il *dies a quo* dell'istituto della prescrizione, individua delle soluzioni "differenziate" che tengano conto delle differenti tipologie di reato: nel caso del reato consumato il termine *a quo* s'identifica con la stessa consumazione, nel delitto tentato si guarda al momento in cui è cessata l'attività del colpevole; nel caso del reato sottoposto a condizione, invece, è proprio il momento di avveramento della condizione a segnare l'avvio del termine prescrizionale. Rinviando alle considerazioni svolte nel primo capitolo per un approfondimento, in questa sede basta ricordare il carattere proteiforme dell'articolo in parola che, con riferimento alla qualificazione delle c.o.p. si presta a molteplici interpretazioni dal momento che la regola sancita al primo comma dell'art. 158 c.p. non implica necessariamente l'identificazione tra avveramento della condizione e consumazione del reato.

[292] Così G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*, Milano, 1974, p. 78. In particolare l'amnistia è stata oggetto di approfondite riflessioni dottrinali per via dei molteplici profili "problematici" che essa presenta, a partire dalla qualificazione del provvedimento che la dispone; la tesi prevalente in dottrina propende per la natura di atto formalmente legislativo ma non sostanzialmente normativo, non essendo caratterizzato da generalità ed astrattezza: in tal senso G. ZAGREBELSKY, *ivi*. Anche riguardo al piano dell'efficacia emerge una significativa incertezza: tesi ancora in prevalenza diffusa è «quella secondo cui l'amnistia abrogherebbe temporaneamente e retroattivamente la legge penale corrispondente ai reati amnistiati […], ma nell'amnistia non si compie alcuna apprezzamento nel senso dell'abolizione di un'incriminazione presente nell'assetto normativo vigente, non si innova proprio nulla, cioè, sul terreno dei valori», v. M. ROMANO, *op.*

molto più semplicemente, non incide sul piano della qualificazione del disvalore, ma opera "esteriormente" sul piano della produzione degli effetti che vengono paralizzati e sotto questo profilo l'amnistia presenta un *modus operandi* analogo a quello delle c.o.p., quantomeno quelle estrinseche.

Nonostante le incertezze e le divergenze sul punto, buona parte della dottrina tende ad affermare che al reato sottoposto a condizione risulterà applicabile il provvedimento di amnistia solo se il reato commesso si è realizzato nella sua intera carica di offensività e di disvalore sociale, divenendo punibile entro il periodo ricompreso nel provvedimento di clemenza[293]. Sebbene non ci siano grandi difficoltà ad ammettere una simile conclusione, i percorsi logico-argomentativi tramite cui, di solito, si perviene ad essa risultano i più svariati, come si vedrà di seguito.

Senza approfondire la posizione di quanti sostengono l'esigenza di differenziare il decorso del termine di efficacia dell'amnistia a seconda che si tratti di condizioni intrinseche ed estrinseche, bisogna dar atto che le principali correnti di pensiero sorte sul tema si confrontano sulla (im)possibilità di procedere ad un'estensibilità analogica della regola contenuta nell'art. 158 c.p., secondo comma, anche alle previsioni clemenziali[294]. La soluzione positiva, che, ai fini della delimitazione temporale del provvedimento di amnistia, guarda, al momento consumativo del reato, da fissarsi nel verificarsi dell'evento condizionale, valorizza la possibilità di individuare un'*eadem ratio* tra la prescrizione ed il provvedimento di clemenza.

---

ult. cit., p. 26. La riflessione da ultimo riportata acquista un'importanza particolare se si riflette sulle ripercussione che essa ha sul regime della responsabilità colpevole e sull'esigenza che il trattamento sanzionatorio sia rispondente e conseguente alla commissione di un fatto di reato effettivamente imputabile al reo.

[293] Così T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 380. A favore di tale ricostruzione si vedano anche i contributi di M. ROMANO, *op. cit.*, p. 482 e per la giurisprudenza Cass., sent. 21 febbraio 1972, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 686 ss.

[294] In tal senso cfr., per tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 162.

Tuttavia, detta soluzione ermeneutica, oltre ad obliterare le divergenti ragion d'essere sottese ai predetti istituti – l'uno legato al decorso del tempo, l'altro a ragioni pratiche, quali la riduzione del sovraffollamento carcerario - determinerebbe l'insorgenza del rischi di un'analogia *in malam* assolutamente contraria ai principi del diritto penale, senza considerare il carattere "eccezionale" proprio dei provvedimenti di amnistia, rispetto al carattere "ordinario" della prescrizione[295].

Precisamente, subordinare l'operatività dell'amnistia all'avveramento della condizione rischierebbe di restringere eccessivamente l'ambito applicativo del provvedimento di clemenza, facendolo dipendere dall'ulteriore filtro di punibilità, rappresentato appunto dalla realizzazione dell'evento condizionale.

Passando alla rassegna di ben altra dottrina, di avviso contrario alla soluzione interpretativa appena esposta, essa si fonda sull'affermazione per cui, prescindendo dalla distinzione categoriale tra "intrinseche ed estrinseche", le c.o.p., pur facendo parte di una nozione ampia di fattispecie, risultano estranee rispetto al fatto di reato. Ne consegue sul piano applicativo che, in accordo al prevalente orientamento della giurisprudenza di merito, laddove intervenga un provvedimento di amnistia in ordine ai reati condizionati occorre guardare alla commissione del fatto (*recte*: compimento della condotta) e non alla verificazione della condizione di punibilità:

[295] Sul punto si veda quanto scritto da F. BRICOLA, *op. cit*., p. 605. Ad ostare ad un'applicazione analogica di quanto espresso dall'art. 158 c.p. vi è la frequente evidenziazione del carattere di eccezionalità delle norme di amnistia che, in virtù di questo loro modo d'atteggiarsi, non possono che trovare in sé, senza doverli desumere altrove, i termini di disciplina sotto il profilo oggettivo, inerente la tipologia di reati interessati ed a quello temporale; fra l'altro è anche opportuno precisare che l'art. 151 c.p., all'ultimo comma, prevede la facoltà del legislatore di apporre termini e condizioni ai provvedimenti di amnistia: da qui le numerose fonti sulla produzione in materia di amnistia, fra cui l'art. 79 Cost.

ciò per ragioni soprattutto di equità, dal momento che risulterebbe irragionevole far dipendere l'amnistia da eventi, per definizione, estranei alla condotta dell'agente[296]. Mancando un'esplicita previsione a riguardo - e dovendosi escludere, per i motivi sopra esposti, l'estensione analogica del secondo comma dell'art. 158 c.p. – una risposta a quest'interrogativo si potrà rinvenire solo dall'analisi anzitutto teleologica degli istituti esaminati.

Evidentemente, la tesi che sostiene l'impossibilità di far dipendere l'operatività dell'amnistia da avvenimenti estranei alla condotta dell'agente, che ha esaurito la sua condotta illecita ponendo in essere tutti gli elementi costitutivi del reato si fonda sull'affermazione del *favor rei* nella sua duplice veste sia di principio generale conformativo del diritto penale, sia nella sua specifica connessione con il principio di legalità, *sub specie* di irretroattività della legge[297].

A ben altre conclusioni si arriverebbe suffragando quella posizione che in dottrina tende ad assimilare c.o.p. ed amnistia, quantomeno sul piano dell'ambito di

[296] È interessante notare che il *tempus commissi delicti*, soprattutto in relazione all'istituto dell'amnistia, rappresenta un significativo banco di prova per verificare la tenuta della costruzione della "estraneità" delle condizioni di punibilità rispetto al fatto di reato. Affermandone la loro intrinsecità non si avrebbero dubbi a far coincidere il *dies a quo* di efficacia del provvedimento di amnistia con il momento di avveramento della condizione ma, dal momento che si postula solitamente il loro carattere esterno nascono le suddette incertezze. Sul piano assiologico, infatti, si confrontano posizioni volte a valorizzare il principio del *favor rei* e di eguaglianza e soluzioni che, facendo leva sul carattere eccezionale delle ragioni giustificatrici l'amnistia, tendono a limitare lo spazio di operatività delle soluzioni di clemenza. Pertanto, chiarificatore potrebbe ancora una volta essere il riferimento all'analisi teleologica dei diversi istituti come auspicato anche dalla Corte Costituzionale. V. Corte Cost., sent. 14 luglio 1971, n. 175, in *Giust. cost*.., 1971, III, p. 319 e più di recente, ma in materia di grazia, si veda Corte Cost., sent. 3 maggio 2006, n. 200, in *Giur. cost*., 2006, p. 1988.

[297] Così T. PADOVANI, op. cit., p. 380. A favore della posizione sopra descritta cfr., *ex multis*, F. RAMACCI, *op. cit*., p. 235 ss. L'A. osserva che «l'indagine interpretativa si puntualizza così, nei termini di uno stretto collegamento all'oggetto del problema concreto, nell'individuazione delle diverse esigenze degli istituti, in quanto riferibili al fenomeno dei limiti edittali della punibilità […]. L'amnistia serve a precludere, in relazione al reato commesso, ogni futuro passaggio della al modo d'essere suriettivo, in forma di responsabilità penale, nei confronti del soggetto beneficiato. La rimozione dell'originario limite edittale, successivamente intervenuta col verificarsi della condizione richiesta per la punibilità del reato, non ha più modo di rilevare, perché è superata dall'avvenuta estinzione della punibilità, operante nel momento astratto della nuova valutazione legislativa sulla situazione di fatto costituente reato». Per un contributo più recente v. P. P. EMANUELE, *op. cit*., p. 1159.

operatività: secondo il suddetto orientamento, al pari delle condizioni di punibilità, l'amnistia interverrebbe solo a paralizzare l'irrogazione della pena senza incidere sulla valutazione di disvalore della condotta che, dunque manterrebbe la propria connotazione di illecito da perseguire e pertanto l'istituto di clemenza potrà quindi applicarsi solo qualora la punibilità sia supposta come sorta o sia effettivamente sorta prima del periodo beneficiato e, quindi, giammai prima del verificarsi della condizione di punibilità intrinseca od estrinseca[298]. Assolutamente lineare appare la riflessione appena proposta, sennonché essa mostra un vizio di fondo dal momento che sembra non tener conto dell'effettiva funzione dell'amnistia; senza che si entri nel merito della disciplina dell'istituto e si indugi sulla distinzione di qualificazione tra "propria ed impropria", basta in questa sede osservare che la funzione dell'amnistia va ravvisata sì nell'incidere sul piano prevalentemente degli effetti, ma essa rientra pur sempre tra le cause di estinzione del reato, che, per definizione implicano una valutazione a monte con cui lo Stato rinuncia all'esercizio della propria potestà punitiva[299].

[298] Così F. BRICOLA, *op. cit*., p. 605. Nel medesimo testo, tuttavia, è lo stesso A. ad evidenziare i rischi di incongruenze e contraddizioni che potrebbero sopraggiungere: riferendosi alla sentenza della Cassazione del'52, si evidenzia il caso di sue soci dichiarati falliti con sentenze diverse di cui uno può fruire dell'amnistia e l'altro no, perché il fallimento del secondo è stato pronunciato dopo la pubblicazione del decreto che concerne il beneficio: cfr. Corte Cass., sent. 18 novembre 1952, in *Giust. Pen*., 1953, III, p. 80. Particolarmente delicata è la tematica, sul punto, della dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta che, appunto, ha indotto la giurisprudenza della Suprema Corte ad elaborare la tesi della sentenza dichiarativa come elemento costitutivo del reato. Sul tema si tornerà nel prossimo capitolo.

[299] Consolidata era in dottrina ed in giurisprudenza la distinzione tra amnistia propria ed impropria in base alla quale solo l'amnistia propria comporterebbe un'estinzione della punibilità in astratto, mentre quella impropria si limiterebbe a neutralizzare la produzione degli effetti della sanzione concretamente irrogata. Diversi risulterebbero anche i momenti in cui le due tipologie interverrebbero: mentre la prima viene integrata allorché il provvedimento giunga prima della condanna definitiva, la seconda presuppone una condanna definitiva e pertanto si qualificherebbe come una vera causa di estinzione della pena. Tale distinzione inizialmente ampiamente radicata e diffusa, di recente ha perso buona parte del suo vigore a seguito della constatazione che entrambe le ipotesi, in realtà, sarebbero riducibili a mere cause di estinzione della pena la cui unica differenza consisterebbe nei più ampi effetti estintivi di tali conseguenze: così M. ROMANO, *Art. 150 c.p., Commentario* cit., p. 7. L'indebolimento progressivo della distinzione appena descritta ha chiare ripercussioni sul modo d'intendere l'amnistia e sulla sua applicazione ai reati condizionati; ciò, dunque, comporta la necessità di individuare a fondamento dell'analisi qui condotta nuovi argomenti

Per riprendere una terminologia risalente, si potrebbe affermare che l'amnistia comporta una rinuncia tanto alla punibilità in astratto quanto a quella in concreto: fra l'altro, anche adottando un criterio logico di analisi, laddove sussistesse un provvedimento di amnistia, foriero di esigenze straordinarie se non eccezionali, non avrebbe senso neppure investigare sulla presenza dell'elemento condizionale dal momento che il legislatore, all'art. 129 c.p.p., sancisce l'obbligo del giudice di immediata declaratoria delle cause di estinzione del reato.

In effetti, a corroborare la bontà della soluzione descritta per prima sono prevalentemente argomentazioni di carattere assiologico, ravvisabili anzitutto nell'esigenza di garantire la piena realizzazione del finalismo rieducativo della pena e soprattutto il principio di eguaglianza.

Iniziando dall'affermazione di quest'ultimo valore, sebbene l'amnistia, rappresentando, come tutti gli istituti di clemenza, una rinuncia eccezionale alla pretesa punitiva, vada ben circoscritta nella sua dimensione temporale, risulterebbe alquanto irragionevole laddove a condotte uguali, perché dotate dello stesso livello di disvalore, facesse seguire trattamenti sanzionatori diseguali perché dipendenti da fattori, quali le condizioni di punibilità, che spesso si pongono al di fuori della sfera di controllo e di signoria dello stesso agente[300]. Fra l'altro, sebbene siano innegabili

quali, appunto, l'affermazione del finalismo rieducativo della pena, espresso dall'art. 27 comma tre e dal principio di eguaglianza, *ex* art. 3 Cost.

[300] Sul punto molteplici sono state le questioni sollevate davanti alla Corte Costituzionale circa il presunto contrasto della disciplina dell'amnistia con il principio di uguaglianza. Tra tutte è opportuno soffermarsi sulla sentenza del 23 dicembre 1963, n. 171 in cui viene affermata l'infondatezza delle questioni di legittimità sollevate in riferimento all'art. 151 c.p.; la Corte, infatti, precisa che l'inconveniente relativo al fatto che, mentre chi è stato giudicato e condannato prima dell'amnistia viene a soffrire in tutto o in parte la pena, mentre nessuna pena sopporta, per contro, chi venga giudicato dopo l'amnistia, si risolve non in una disparità di diritto, ma in una mera e inevitabile disparità di fatto, cui rimane estranea la legge; inoltre si afferma che «nemmeno sussiste il preteso contrasto della legge e del decreto presidenziale impugnati con l'art. 24 della Costituzione. I riferiti provvedimenti legislativi si limitano a concedere clemenza per determinati reati. Gli effetti dei provvedimenti stessi e il modo di applicarli nel processo sono però regolati da disposizioni di carattere generale, contenute nel Codice penale e in quello di procedura penale, non impugnate in questa sede sotto il profilo in esame».

le perplessità e le posizioni dissonanti sul punto, si può osservare che la suddetta soluzione di favore discenderebbe anche dall'interpretazione *pro reo* a cui sarebbe tenuto l'interprete dinanzi ai dubbi applicativi generati dalla mancanza di un'esplicita disciplina del reato condizionato in relazione all'amnistia[301].

Ed è pur vero, inoltre, che il legislatore, laddove volesse, potrebbe intervenire "calibrando" e "modulando" gli effetti dell'amnistia, non solo sotto il profilo cronologico, ma apponendo eventuali termini e condizioni al provvedimento che la dispone: in tal modo si realizzerebbe l'intento clemenziale dell'ordinamento nel pieno rispetto dei canoni di legalità (*rectius*: riserva di legge)[302].

2. Segue: *il locus commissi delicti*

Nella traduzione dalla dimensione astratta della fattispecie alla realtà della concreta verificazione, al pari di ogni fenomeno naturale, il reato possiede una propria dimensione spaziale, oltreché temporale, che acquista consistenza al momento di radicare la competenza processuale del giudice chiamato ad esprimersi[303].

---

[301] Cfr., per tutte, Cass., 4 marzo 1952, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 705. In essa si afferma che nel caso di reato che la legge assoggetta ad una condizione di punibilità, il momento nel quale si verifica la condizione deve considerarsi come commissivo del reato agli effetti dell'applicazione dell'amnistia e dell'indulto. Tuttavia, l'argomentazione tramite cui la Corte giunge alla suddetta conclusione si rivela assai discutibile dal momento che si fonda su un'estensione, anche a tali istituti di clemenza, della disciplina prevista per la prescrizione sulla base della comunanza di natura di tali istituti quali cause di estinzione del reato.

[302] L'art. 151 c.p. al comma quarto prevede che l'amnistia può essere sottoposta a condizioni o ad obblighi; ne è un esempio la previsione contenuta nell'art. 2, comma 2, del d. P.R. n. 75 del 1990 a norma del quale sono amnistiati i reati di cui all'art. 2 comma 2 della legge 516 del 1982 «se il versamento delle ritenute è stato effettuato entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale del sostituto d'imposta». Dispone inoltre l'art. 672 c.p.p. che l'amnistia e l'indulto condizionati hanno per effetto di sospendere l`esecuzione della sentenza o del decreto penale fino alla scadenza del termine stabilito nel decreto di concessione o, se non fu stabilito termine, fino alla scadenza del quarto mese dal giorno della pubblicazione del decreto. L'amnistia e l`indulto condizionati si applicano definitivamente se, alla scadenza del termine, è dimostrato l'adempimento delle condizioni o degli obblighi ai quali la concessione del beneficio è subordinata.

[303] L'art. 25 Cost. sancisce che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge; sul punto la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che il principio della precostituzione del giudice naturale sancito dall'art. 25 Cost. deve ritenersi rispettato allorché l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non già in vista di specifiche controversie: così Corte Cost., sent. 5 maggio 1993, n. 217, in *Foro it.*, 1993, p. 712. Inoltre la Consulta ha precisato che «la nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale, ma si forma anche di tutte quelle

Per la determinazione della legge applicabile e del giudice chiamato ad applicarla si rende indispensabile il riferimento ai criteri della commissione-consumazione del reato, in modo da chiarirne la portata e realizzare una piena comprensione delle norme codicistiche che si occupano della "dimensione spaziale del reato". Come analizzato in relazione al tempo di commissione del reato, in materia di luogo, il legislatore per agevolare l'interprete nella "ubicazione" dell'illecito detta regole specifiche, fissate agli articoli 6 c.p. e 8 e 9 c.p.p., che, a fronte di un'apparente chiarezza espositiva, in realtà si pongono anch'esse al centro di vivaci dispute dottrinali, aventi, ancora una volta, ad oggetto l'esatta delimitazione della nozione di "reato commesso".

Il tema, naturalmente, si complica se l'illecito di cui debba individuarsi il tempo di commissione risulti sottoposto a condizione di punibilità, dal momento che occorre accertare in via preliminare come gli elementi condizionali possano incidere sulle coordinate spaziali dell'illecito.

Tradizionalmente, per l'individuazione del *locus commissi delicti* si ricorre a tre distinti criteri - il criterio della condotta, il criterio dell'evento ed il criterio dell'ubiquità - a seconda che si faccia coincidere il luogo di commissione del reato, rispettivamente con il luogo nel quale si sia realizzata la prevalente condotta, con il posto nel quale si siano verificate le conseguenze dell'azione criminosa o ancora, con la sede in cui alternativamente si siano verificate la condotta o l'evento[304].

disposizioni, le quali derogano a tale competenza sulla base di criteri che razionalmente valutino i disparati interessi in gioco nel processo»: Corte Cost., ord. n. 508/1989.

[304] La tematica del *locus commissi delicti* è stata oggetto di molteplici ed approfondite riflessioni in dottrina; cfr., fra tanti, M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, p. 1051; G. DEAN, *Norma penale e territori. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, p. 263; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 110. Come si è già avuto modo di precisare la questione della determinazione della dimensione temporale intreccia profili sostanziali e soprattutto processuali: è indubbio che le maggiori problematiche relative al tempo del reato si creino al momento di incardinare giurisdizione e competenza del giudice. Sul punto risulta interessante notare che la problematica merita oggi di essere approfondita

Stando alla lettera dell'art. 6 c.p., a norma del quale il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, «quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione», sembrerebbe che l'ordinamento interno abbia adottato proprio il criterio dell'ubiquità. In accordo a tale enunciazione, per radicare la giurisdizione nazionale non risulterebbe necessaria la realizzazione, complessiva ovvero anche solo parziale, della condotta, potendosi ritenere sufficiente che sul territorio dello Stato abbia avuto luogo il solo momento conclusivo dell'azione, la sua conseguenza, vale a dire la produzione dell'evento.

Così ragionando, si potrebbe quasi affermare che il legislatore abbia voluto creare una relazione di sinonimia tra il momento della commissione, come compimento della fase esteriore del reato, e quello della consumazione, dato dal raggiungimento del massimo grado dell'offesa prodotta dall'illecito.

In un simile ed articolato panorama va ad inserirsi l'ulteriore questione inerente il ruolo assunto dalle condizioni di punibilità nella determinazione del luogo di commissione del reato, riguardo il quale si possono rinvenire svariate posizioni dottrinali.

Sul punto, l'assunto di fondo da cui muove la dottrina prevalente per individuare il tempo del reato è rappresentato dall'affermazione per cui il reato condizionato si considera consumato al momento di verificazione della condizione di punibilità, in linea con quanto disposto dall'art. 158 c.p. in tema di prescrizione, e conseguentemente, si ritiene che a quest'ultimo risulti necessario rivolgersi per incardinare la competenza in capo al giudice italiano[305].

---

nella prospettiva di progressiva europeizzazione anche del settore della giustizia, nella prospettiva della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

[305] In dottrina tale posizione che guarda alla condizione di punibilità è sostenuta fortemente da F. BRICOLA, *op. cit*., p. 605 e M. ZANOTTI, *op. cit*., p. 549. Secondo gli autori dal momento che le

Mancando un'esplicita ed univoca presa di posizione del legislatore diventa imprescindibile il riferimento alla ragion d'essere che sottende i singoli istituti a cui si lega la tematica del tempo del reato.

Per cominciare, occorre rivolgere l'attenzione agli artt. 8 e 9 c.p.p. che, dettando le regole generali che governano la determinazione della competenza territoriale, creano un articolato sistema di tutela che lascia emergere il chiaro intento di creare un sistema giurisdizionale improntato all'obiettivo del più snello ed efficiente funzionamento degli organi di giustizia nell'accertamento del reato[306]. Garantire il corretto funzionamento della macchina della giustizia sembra, dunque, essere il criterio seguito dal legislatore, al di là delle specifiche disposizioni: ciò emerge con maggiore nettezza dall'art. 9 c.p.p. che, fissando delle regole suppletive per determinare la competenza fa esplicito riferimento al luogo in cui è venuta parte dell'azione o dell'omissione, dove l'imputato abbia il domicilio o la residenza ovvero, se neppure in tale modo è possibile l'individuazione del *locus commissi delicti*, si passa al luogo in cui ha sede il pubblico ministero che ha provveduto a iscrivere la notizia di reato[307].

---

condizioni esprimono un interesse concernente l'opportunità del processo, è del tutto logico che l'apprezzamento delle situazioni in cui esse si sostanziano venga demandato al giudice del luogo in cui esse si sono verificate infatti; *il locus commissi delicti* dovrebbe di conseguenza essere individuato con riferimento al luogo in cui si è verificata la condizione cronologicamente successiva al fatto. Del medesimo avviso è la giurisprudenza come testimoniano le numerose pronunce sul tema: cfr., fra tante, Cass. pen., sez. feriale, 20 agosto 1962, in *Cass. pen., Mass*., 1963, p. 301; Cass. pen., sez. I, 25 luglio 1973, in *Giust. pen*., 1974, p. 30. *Contra*, per tutte, Cass. sez. I, 11 luglio 1967, Cass. pen. Mass., 1968, p. 419

[306] Così T. PADOVANI, *op. cit*., p. 381, e aggiunge sul punto «obiettivo più prossimo (quello dell'efficienza del funzionamento della macchina giudiziaria, ndr), se si fa coincidere il luogo del commesso reato con quello in cui si verifica la condizione, in ragione del maggior grado di certezza probatoria congeniale all'avverarsi dell'elemento condizionale».

[307] L'art. 8 c.p.p. recita la competenza per territorio è determinata dal luogo in cui il reato è stato consumato. Se si tratta di fatto dal quale è derivata la morte di una o più persone, è competente il giudice del luogo in cui è avvenuta l'azione o l'omissione. Se si tratta di reato permanente, è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione, anche se dal fatto è derivata la morte di una o più persone. Se si tratta di delitto tentato, è competente il giudice del luogo in cui è stato compiuto l'ultimo atto diretto a commettere il delitto». Nel caso in cui neanche questi criteri fossero sufficienti ad individuare il giudice competente, il legislatore prevede dei criteri suppletivi che mostrano di prediligere, più che il reato in sé, l'azione o l'omissione o comunque il nucleo

È evidente che una simile soluzione risulta funzionale ad un rapido intervento degli organi di polizia giudiziaria e del p.m. stesso sul luogo di verificazione dell'evento e agevola le operazioni di ricostruzione del fatto ai fini del buon esito delle indagini e dell'eventuale procedimento che da esse scaturisce.

Se nessun dubbio sorge sulla bontà e validità delle premesse appena accennate, le perplessità invece interessano le conclusioni a cui si giunge per loro tramite: precisamente, non sembra pienamente condivisibile la soluzione, a dir vero ampiamente sostenuta anche dalla giurisprudenza, che afferma la sufficienza dell'avveramento delle condizioni di punibilità per fissare tanto la giurisdizione italiana – con conseguente determinazione della legge applicabile (se italiana o straniera) – quanto incardinare la competenza per territorio a livello interno. Come sottolineato ad inizio del paragrafo, solitamente si tende a risolvere il problema ricorrendo alla tradizionale distinzione tra commissione e consumazione e identificando, nei reati condizionati, quest'ultima con la condizione di punibilità. Ancora una volta però il riferimento ad un simile criterio non appare soddisfacente. Vero è che il legislatore fa esplicito richiamo al reato consumato nell'art. 8 c.p.p. ma, altrettanto vero è che ragionando in termini procedurali più che sostanziali risulterebbe anti-economico incardinare un processo sul suolo italiano per illeciti il cui nucleo essenziale di disvalore si sia verificato altrove. Il prendere in considerazione la semplice verificazione dell'evento condizionale non apparirebbe di per sé sufficiente al buon esito delle indagini dal momento che, salvi i casi in cui vi sia coincidenza tra luogo di realizzazione della condotta o dell'evento e il luogo della condizione, si arriverebbe ad instaurare il procedimento penale in luoghi che

essenziale del reato che abbia una consistenza e una rilevanza tale da integrare l'iscrizione dell'evento tra le notizie di reato.

nulla hanno a che vedere con quelli in cui sono stati realizzati gli elementi costitutivi del reato[308].

In conformità a quanto accennato in precedenza, pare che, al di là delle incertezze terminologiche date dall'utilizzo indifferenziato e pertanto inaffidabile delle espressioni *commissione* e *consumazione*, intervenga lo stesso legislatore ad indirizzare verso una simile conclusione come dimostrato dal secondo comma dell'art. 6 c.p., che funge da esplicazione del concetto di commissione, a norma della quale il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione di cui si compone è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione. Non sfugge poi come importanti spunti di analisi siano offerti dall'art. 7 c.p. dal quale si evince che il legislatore, qualora nutra un interesse irrinunciabile ad incardinare nel territorio nazionale i reati verificati all'estero, prende una posizione chiara ed incontestabile predeterminando la tipologia di illeciti penali da far soggiacere di necessità alla legge italiana (delitti contro la personalità dello Stato, di contraffazione di sigilli di Stato, falsità in monete etc.)[309].

---

[308] Così G. NEPPI-MODONA, *op. cit*., p. 12. L'A. in questione è portavoce di quella parte della dottrina contraria ad identificare il luogo di verificazione delle c.o.p. con il logo in cui incardinare la competenza: ciò infatti, non implica che si rigetti la tesi per cui le condizioni di punibilità si identifichino con il momento consumativo del reato piuttosto, ancora una volta, si sottolinea l'irriducibilità alla semplice opposizione categoriale consumazione/commissione del reato – contrapposizione non troppo chiara neppure allo stesso legislatore che fa ricorso ai due concetti in modo indifferenziato come dimostrano gli artt. 6 c.p. e 8 c.p.p. – e la necessità di guardare direttamente alla funzione a cui gli istituti (fra cui il *tempus commissi delicti*) sono preordinati. Da qui, l'esigenza di andare oltre ogni categoria e guardare solo all'interesse concreto dell'ordinamento in modo da incardinare processi che abbiano buone probabilità di giungere ad una pronuncia nel merito (come d'altronde dimostra la predisposizione del filtro processuale dell'archiviazione prima dell'esercizio dell'azione penale tramite il rinvio a giudizio); e certamente non risulterebbe in linea con questa finalità iniziare un procedimento in luoghi verosimilmente lontani da quelli in cui abbiano assunto consistenza gli elementi essenziali e di disvalore del reato, con conseguente dispendio di mezzi ai fini dell'attività d'indagine e tempo senza che si possa poi arrivare ad una conclusione.

[309] A norma dell'art. 7 c.p. «è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: 1) delitti contro la personalità dello Stato; 2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; 3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri

Oltre alla lettura a contrario della suddetta disposizione, interviene un ulteriore elemento che incoraggia a ritenere imprescindibile, per la determinazione del luogo del reato, il riferimento agli elementi essenziali piuttosto che a quelli accidentali. Sempre guardando all'art. 6 c.p. si nota il richiamo all'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione: sebbene talvolta il ricorso al termine evento abbia favorito l'adozione di letture tanto estensive da far ritenere che in esso potesse ricomprendersi anche "l'evento condizionale", tuttavia una simile scelta ermeneutica, in realtà, viene confutata dalla specificazione della natura del predetto termine. Probabilmente apparirebbe più corretto, perché in linea con la *ratio* degli istituti richiamati, ritenere l'evento non comprensivo delle condizioni, ma considerare come tale la mera conseguenza dell'azione o dell'omissione sanzionata[310]. E ciò, sulla scorta di ragioni di ordine formale e sostanziale: laddove il legislatore ha voluto prendere in considerazione le condizioni di punibilità, lo ha esplicitato, come nel caso dell'art. 158 c.p. in tema di prescrizione; inoltre, l'evento condizionale, come affermato, non sempre presenta un nesso di derivazione causale dall'agente, a differenza di quanto avviene per l'evento in senso stretto dell'illecito penale.

Un' ultima riflessione si potrebbe addurre a sostegno della tesi qui illustrata; non si può celare che anche il diritto penale stia risentendo della crescente influenza del

inerenti alle loro funzioni; 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»: evidentemente si tratta di ipotesi in cui, rispetto alle esigenze di carattere squisitamente processuale, viene considerata preminente e prevalente la tutela dell'interesse sostanziale dello Stato a vedere puniti tutti quegli illeciti che ne mettono a repentaglio la Personalità o che possano compromettere i rapporti con altri Stati o organismi internazionali. Ad ogni modo, ciò che è importante è l'espressa presa di posizione assunta in tali ipotesi dall'ordinamento.

[310] Quanto all'incidenza della condizione sull'individuazione del *locus commissi delicti* ai fini di determinare l'applicabilità della legge penale italiana o di quella straniera interpretando estensivamente l'art. 6, comma 2, si ritiene che il reato sia punibile in Italia se sul territorio nazionale si verifica anche la sola condizione di punibilità, posto che la locuzione evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione, che figura nel suddetto art. 6, ai fini che qui rilevano, è da intendersi comprensiva anche dell'evento condizionale; T. PADOVANI, op. cit., p. 381.

diritto dell' Unione Europea che, seppure entro margini ben delimitati e circoscritti che difficilmente raggiungeranno la fisionomia di un'universalità della giurisdizione, mira a valorizzare le forme di cooperazione in materia penale tra gli Stati membri con la conseguente semplificazione delle procedure di reciproco riconoscimento delle sentenze emesse[311]. L'emanazione di un'apposita normativa in tema di giurisdizione che, pur lasciando spazi di discrezionalità agli Stati, detta una disciplina particolareggiata - alla quale ormai è applicabile il metodo comunitario in luogo delle procedure intergovernative basate sull'assunzione delle decisioni all'unanimità – che mira all'armonizzazione delle legislazioni in materia di repressione degli illeciti, è spia del nuovo spirito di leale cooperazione che impronta i rapporti tra le Nazioni europee[312]. Fondare la competenza del giudice italiano solo sulla verificazione dell'elemento condizionale, qualora il fatto e

[311] Sebbene inizialmente esclusa dalle competenze dell'Unione e costruita come un autonomo pilastro, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, attualmente, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'abolizione dei pilastri, ha subito un'autentica "comunitarizzazione" con conseguente progressivo spostamento della suddetta competenza dagli Stati all'Unione in modo da attuare la piena realizzazione di uno "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". L'art. 82 TFUE – che unitamente al successivo art. 83 costituisce il fulcro normativo del Capo 4, Titolo V TFUE intitolato "Cooperazione giudiziaria in materia penale" – si apre affermando che «la cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione è fondata sul principio di reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (…)». Guardando più da vicino ed in modo specifico ai criteri di individuazione della competenza dei diversi ordinamenti, la decisione quadro gai 2008/841 stabilisce i criteri per determinare la giurisdizione dei singoli Stati dando prevalenza al luogo in cui si è avuta la perpetrazione del reato interamente o parzialmente e, solo in alternativa, guardando alla nazionalità del soggettivo attivo o passivo del reato, in modo da privilegiare lo Stato più vicino alla realizzazione del reato. Ciò che importa è che l'eventuale crimine sia perseguito e non lasciato impunito; ciò spiega perché fortemente voluta e dibattuta sia stata la problematica del riconoscimento delle decisioni emesse all'interno di altro Stato membro. Simile gerarchia di criteri per la determinazione della giurisdizione, vale a dire luogo di commissione dell'illecito ed in subordine nazionalità dell'autore del reato, si registra nella direttiva in materia di tratta di esseri umani (Dir. 2011/36UE del 5 aprile 2011) ed in quella in tema di lotta alla pedo-pornografia (Dir. 2011/92UE del 13 dicembre 2011).

[312] Previsto dall'art. 4 comma tre del TUE, il principio di leale cooperazione conforma l'intero ordine dei rapporti tra gli Stati membri e questi ultimi e l'UE, prevedendo che essi si rispettino e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Incrementato dal Trattato di Lisbona, sul piano "processuale", esso si traduce in istituti quali l'Ordine di indagine, il mandato di arresto ed il principio della sanzionabilità delle frodi fiscali ovunque commesse per tutelare gli interessi finanziari dell'UE, oggetto di trattazione nel prosieguo. In tema di principio di leale cooperazione cfr., G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2015, p. 40 ss.

l'evento si siano svolti altrove, potrebbe porsi in contrasto con il suddetto spirito di collaborazione e pertanto, oltreché per le predette ragioni di economia processuale, opportuno e ragionevole parrebbe radicare il concetto di *tempus commissi delicti* su elementi più consistenti della semplice condizione di punibilità. Valorizzando i profili del fatto di reato sia nella forma della condotta sia dell'evento, in linea con quanto affermato di recente dalla giurisprudenza, consentirebbe di riferirsi ad elementi sufficientemente precisati nei loro elementi oggettivi in modo che essi siano idonei «a fondare una notizia di reato che consenta all'autorità giudiziaria italiana l'immediato e contestuale esercizio dell'azione penale» e che, si aggiunge, permetta di arrivare ad una pronuncia nel merito[313].

3. La risarcibilità del danno nei reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità

Questione alquanto delicata e dibattuta, tanto in dottrina che in giurisprudenza, risulta l'azionabilità di una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale connessa ad un reato che sia ancora nella fase di pendenza della condizione di punibilità[314].

Il nodo cruciale del problema si rinviene, ancora una volta, nell'esatta delimitazione del concetto di reato: se, precisamente, *dum condicio pendet* l'illecito penale si

[313] Recente è la pronuncia della Cassazione in cui si afferma che «in tema di mandato d'arresto europeo sussiste il motivo di rifiuto previsto dall'art. 18, comma primo, lett. p della legge 69 del 2005, solo quando la consumazione dei reati oggetto del mandato di arresto europeo sia avvenuta in tutto o in parte nel territorio italiano e le relative condotte, sufficientemente precisate nei loro estremi oggettivi con riferimento a fonti specifiche di prova, siano idonee a fondare una notizia di reato che consenta all'autorità giudiziaria italiana l'immediato e contestuale esercizio dell'azione penale per gli stessi fatti per i quali procede il giudice estero». Corte Cass., sent. 25 febbraio 2011, n. 7580.

[314] La tematica della risarcibilità, nella fase di pendenza della condizione, del danno derivante da reato è questione assai complessa in cui s'intrecciano profili prettamente penali (nel caso di specie la configurazione delle condizioni di punibilità nella struttura di reato) e problematiche di matrice squisitamente civilistica inerenti la costruzione della categoria del danno non patrimoniale nelle sue diverse accezioni (dal danno morale a quello esistenziale, dal danno biologico a quello tanatologico) che, non trovando una chiara disciplina sostanziale, si è costruito su un impianto pretorio costantemente messo in discussione e fatto oggetto di *revirement*. Pertanto, anche nella presente trattazione sarà imprescindibile il riferimento alla pronunce giurisprudenziali che in tema di danno non patrimoniale sono diventate autentiche pietre miliari.

possa già considerare perfetto, ovvero se questo venga ad esistenza solo contestualmente all'avveramento dell'elemento condizionale[315].

A ciò va aggiunta l'incertezza che caratterizza il diritto civile sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale, che, in assenza a tutt'oggi di uno specifico intervento chiarificatore del legislatore, continua ad essere materia lasciata alla elaborazione della giurisprudenza.

Prima di passare in rassegna i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali emersi sul punto, è opportuno soffermarsi su alcune premesse di carattere generale, indispensabili ad inquadrare la materia della responsabilità civile nella sua dimensione sostanziale e nelle sue interrelazioni rispetto al sistema del diritto penale. Iniziando dall'analisi di quest'ultimo punto, emerge che, *traits d'union* tra le due branche del diritto vanno identificati negli artt. 185 c.p. e 2059 c.c., la cui interpretazione mostra di certo una "geometria variabile". Nonostante le molteplici pronunce della giurisprudenza sul tema, la categoria del danno non patrimoniale mostra una portata assolutamente incerta dal momento che il codice civile all'art. 2059 non fornisce una definizione in positivo della "non patrimonialità", la cui ricostruzione dunque viene demandata all'interprete, così come, sul versante penale, di matrice altrettanto pretoria risulta la nozione di reato[316].

---

[315] Il riferimento non può che intendersi fatto al modo in cui vanno intese le c.o.p. rispetto alla struttura del reato; come analizzato nel capitolo I, infatti, parte della dottrina tende a qualificare le condizioni come indispensabili ai fini della configurazione del reato, altra parte, rifiutando il rapporto di sinonimia tra reato e fatto punibile, ritiene le c.o.p. non necessarie ai fini del reato: il diverso orientamento a cui si aderisce comporta significative ripercussioni anche sull'ammissibilità del risarcimento del danno. La questione si complica qualora si ammetta la distinzione tra c.o.p. intrinseche ed estrinseche, evidentemente implicanti una diversa "natura", dal momento che le prime sarebbero partecipi dell'offensività del reato (dunque ne sarebbero parte integrante), le seconde invece, rappresentando solo ragioni di opportunità e convenienza di irrogazione della pena, sarebbero del tutto estranee all'illecito.

[316] Volendo analizzare il legame tra gli artt. 185 c.p. e 2059 c.c. si potrebbe dire che tra di essi vi sia un rapporto di continenza; infatti, non vi è dubbio che alludendo alla risarcibilità del danno non patrimoniale, l'art. 2059 c.c. ricomprende le ipotesi di danno cagionato in conseguenza del verificarsi di un fatto di reato, c.d. *pretium doloris*, la cui disciplina è ravvisabile nell'art. 185 c.p. che al secondo comma prevede: «ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili,

Senza aggiungere nulla al profilo sostanziale e guardando, per il momento, al profilo prettamente processuale, bisogna dar conto dei mutati rapporti tra processo civile e penale e delle loro reciproche combinazioni ed interferenze. Sul punto si registra un radicale mutamento di prospettive che ha visto il progressivo superamento del principio di unitarietà della giurisdizione a favore dell'autonomia e separazione dei due processi, nonché dell'attribuzione a ciascun giudice di una piena cognizione in ordine alle questioni giuridiche e di fatto rilevanti ai fini della decisione[317]. Questa precisazione si rivela ancor più importante se messa in relazione alla tematica dell'esperimento dell'azione di risarcimento del danno derivante da reato.

Non vi è dubbio che l'autonomia delle due branche del diritto in questione, ancor prima che su un piano processuale, assuma consistenza sul piano contenutistico, comportando la necessaria diversità del significato assunto dalle categorie

debbono rispondere per il fatto di lui». Tralasciando le incertezze che si registrano nella dottrina privatistica afferenti i limiti del danno non patrimoniale risarcibile, è indubbio che perplessità consistenti sorgono in riferimento alla portata stessa da attribuire al concetto di reato; si tratta, come in seguito si avrà modo di sottolineare, di capire se ai fini risarcitori sia sufficiente l'astratta configurabilità del reato o, piuttosto sia necessario il verificarsi di tutti gli elementi essenziali (soggettivi- oggettivi) del reato nonché di quelli accidentali (nel qual caso il risarcimento potrebbe essere ottenuto solo al momento di verificazione della condizione). Sul punto cfr. quanto scritto nel capitolo III. La questione a cui si allude nel presente paragrafo è se reato possa dirsi il fatto di reato in quanto punibile o semplicemente la condotta dotata di disvalore. In mancanza di un'esplicita presa di posizione in proposito, la soluzione è demandata all'interprete il cui compito diventa ancor più complesso laddove si faccia riferimento al reato sottoposto a condizione.

[317] Il definitivo superamento nell'ordinamento processuale vigente del principio di unità della giurisdizione, emergente dall'art. 3 dell'abrogato codice di rito penale e dal testo originario dell'art. 295 cod. proc. civ. è stato di recente ribadito in una pronuncia della Corte di Cassazione: in questo senso v. Cass. civ., sez. I, sent. 1º agosto 2012, n. 13828, in *www.cortedicassazione.it*. Confermando pienamente un orientamento ampiamente condiviso e consolidato, in tale sentenza si ribadisce come i due processi procedano in modo parallelo in modo che il giudice civile possa accertare autonomamente i fatti. Precisamente, la disciplina di cui all'art. 75 c.p.p. – che si occupa di regolamentare i rapporti tra azione civile e penale - ha natura eccezionale, erodendo le ipotesi di sospensione del giudizio civile per pregiudizialità: eventuale sospensione adottata dal giudice al di fuori dei casi indicati dalla legge risulterebbe inammissibile perché in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e di tutela del diritto di difesa, nonché con il canone della durata ragionevole del processo, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del novellato art. 111 Cost. Da ciò, dunque, consegue che il giudice civile che si trovi a dover risolvere una controversia il cui accertamento dipenda dalla previa risoluzione di una "questione" penale, potrà conoscere ed esprimersi, naturalmente in modo incidentale e senza che ne derivi efficacia di giudicato, sulla materia penale ai fini della decisione della propria causa.

giuridiche in ciascun ambito e degli interessi sottesi alle pronunce delle due giurisdizioni civile e penale: in termini pratici, quanto appena detto si traduce nell'esigenza di interrogarsi su quale sia la nozione di reato richiesta dal giudice civile ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento del danno e soprattutto, quale incidenza possano avere le condizioni di punibilità sulla realizzazione dell'illecito.

A tal fine sembra opportuno portare nuovamente ad evidenza elementi, dati ormai come acquisiti perché oggetto già di precedente analisi: si è avuto modo di precisare che è possibile utilizzare l'espressione reato tanto nel senso di fatto punibile, valorizzando l'inscindibilità del fatto rispetto alla dimensione sanzionatoria, quanto, confutando la relazione di sinonimia appena evidenziata, nel senso di condotta dotata di un particolare disvalore, avvertito all'interno dello stesso contesto sociale e rilevante per ciò stesso e a prescindere dall'irrogazione di un'eventuale sanzione "in concreto". Il punto è già abbastanza controverso in dottrina e la frammentazione giunge al suo culmine laddove si guardi alle condizioni di punibilità e alla loro natura: attribuendo ad esse valenza offensiva, dando risalto alla categoria delle condizioni intrinseche, ne seguirebbe l'impossibilità di ritenere esistente il reato *dum condicio pendet*; al contrario, ammettendo solo l'esistenza delle condizioni estrinseche, il reato esisterebbe già in fase di pendenza.

Da quanto detto ad apertura di paragrafo, focalizzando l'attenzione sulla dimensione prettamente penalistica - condividendo o, al contrario, rigettando una definizione di reato quale fatto illecito disgiunto dalla pena che esiste indipendentemente dalle condizioni di punibilità che in questa sede si ammette essere espressione di ragioni di mera opportunità - si finirebbe per adottare un'ottica

miope e fuorviante, che nulla potrebbe dire sulla fondatezza della pretesa risarcitoria di cui all'art. 185 c.p. Vero è che l'art. 2059 c.c., effettuando un mero richiamo ai casi determinati dalla legge sembra plasmarsi e adattarsi completamente al sindacato del giudice penale sull'esistenza del reato, ma, come già accennato, una simile soluzione contrasterebbe con il nuovo corso di rapporti tra giurisdizione civile e penale. È chiaro che, essendo il giudice civile legittimato ad esprimersi su una richiesta risarcitoria anche in via preliminare rispetto alla risoluzione di una questione penale e non avendo egli a disposizione adeguati strumenti istruttori, bisognerà semplificare l'accertamento dell'illecito anche e soprattutto alla luce della diversità di funzione del risarcimento rispetto alla pena, quale conseguenza dell'illecito penale[318]. Se, con l'irrogazione della conseguenza sanzionatoria si vuole rieducare il colpevole attraverso l'esperienza della limitazione fisica - nel caso della detenzione - e "materiale" nel caso della multa o dell'ammenda, il risarcimento - sia esso in forma generica che in forma specifica - assolve alla funzione di "ricucire" il tessuto sociale che si è logorato a seguito dell'illecito; con un processo di monetizzazione si tende a restituire alla vittima quanto egli ha dovuto patire e subire a seguito del crimine. Non si dimentichi, inoltre, che proprio la suddetta funzione rieducativa della pena è ormai diventata la consacrazione del

[318] Nel precedente capitolo si è tracciata a grandi linee l'evoluzione della funzione della sanzione penale, dalla finalità general-preventiva a quella di prevenzione speciale sino al finalismo rieducativa come consacrazione del principio di colpevolezza. Ben diversa, non vi è dubbio, risulta la *ratio* sottesa al risarcimento come conseguenza della violazione delle norma di diritto privato: «ciò che consente di tracciare una netta differenza tra risarcimento del danno in forma generica e pena pecuniaria è in realtà l'effetto in vista del quale la diminuzione del bene patrimoniale (denaro) è concepita dal legislatore nell'uno e nell'altro caso. Laddove si tratta di pena pecuniaria la diminuzione patrimoniale ha come obiettivo l'inflizione all'autore del fatto illecito della sofferenza o quantomeno del disagio conseguente l'esborso. Quando invece è in questione il risarcimento del danno arrecato attraverso l'illecito, il pagamento della prescritta somma di denaro è immediatamente ed esclusivamente funzionale alla reintegrazione, sia pure per equivalente, dell'assetto di interessi patrimoniali pregiudicato dalla perpetrazione del fatto illecito. Sotto questo aspetto rimane valida la tradizionale impostazione secondo la quale risarcimento del danno e pena costituiscono i prototipi di due distinte e irriducibili tipologie sanzionatorie»: così G. DE VERO, *op. cit.*, p. 5 ss.

principio di colpevolezza, caposaldo del diritto penale che, a differenza di quanto avviene nel diritto civile, coinvolgendo una dimensione prettamente individuale e inalienabile, quale la libertà dell'uomo, è tenuto all'osservanza di principi di rango costituzionale e incomprimibili: pertanto, non sorprende che il risarcimento del danno, a differenza dell'irrogazione della pena, risponda a garanzie diverse e sia uno strumento più "accessibile".

Fatte queste osservazioni e tornando al vero *punctum dolens* è utile compiere una rassegna delle molteplici posizioni dottrinali sorte nel tempo. Sicuramente più risalente è l'orientamento rappresentato da quanti in dottrina propendono per la non risarcibilità del danno finché non vi sia stato l'avveramento della condizione di punibilità[319]; tale soluzione non può che discendere dalla considerazione che non può esserci reato senza c.o.p. ma, essendo "figlia del suo tempo", risulta influenzata dalla relazione di pregiudizialità che legava il processo civile e quello penale e che, affermando come interesse prevalente quello all'accertamento dell'illecito, finiva per fagocitare, privandolo di autonoma consistenza, l'illecito civile che, a queste condizioni, in nulla si differenziava rispetto a quello penale. Con la progressiva e inesorabile evoluzione della scienza penalistica e contestuale emancipazione di quella civilistica, la soluzione appena illustrata ha cominciato a vacillare fino a perdere di solidità e fondatezza; si è riuscita a precisare la differenza, apprezzabile sul piano qualitativo e funzionale, tra il rimedio ripristinatorio-satisfattorio del

[319] Per un approfondimento delle argomentazioni a sostegno dell'appena menzionato orientamento cfr., *ex pluribus*, F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 591, per il quale «almeno per quanto attiene all'ordinamento penalistico, si deve aderire alla tesi secondo la quale non può riconoscersi la sussistenza di un reato là dove non sia in grado di scattare, per mancanza di taluni estremi, la reazione tipica di tale ordinamento. Ovvero laddove tale reazione difetti. L'identificazione del reato nell'illecito punibile trova, inoltre, conferma nel rilievo secondo cui la scienza penalistica non è fino ad oggi riuscita ad escludere una differenza qualitativa costante tra reato ed illecito civile. […] Infine il reato concepito come un *prius* rispetto alla condizione di punibilità, sarebbe privo di un autonomo rilievo giuridico- penale, in quanto inidoneo a comportare l'applicabilità delle stesse misure di sicurezza (…)». Sulla stessa linea il contributo di A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 396.

risarcimento del danno *ex* artt. 2043 e 2059 c.c. e le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione delle norme penali che, anche attraverso la sperimentazione della "sofferenza" (quale limitazione di libertà o degli averi), mira ad una progressiva acquisizione di coscienza della violazione compiuta in vista della rieducazione del condannato. Questa differenza sostanziale non può che riflettersi sulla dimensione processuale per cui si potrebbe affermare che a diversi fini corrispondono strumenti procedimentali diversi. Dal suddetto assunto deriva l'autonomia, già evidenziata, della cognizione del giudice civile rispetto al corrispettivo penale: il primo infatti può liberamente, salvo alcune eccezioni, conoscere incidentalmente del verificarsi del reato ai fini di emettere la propria decisione risarcitoria senza che ciò pregiudichi l'eventuale procedimento penale che segue il proprio autonomo corso, potendosi persino giungere ad un'ipotesi di contrasto tra giudicati[320].

Tutti questi spunti di riflessione permettono di arrivare ad una soluzione positiva che, dunque, riconosca ed ammetta la risarcibilità del danno prescindendo dall'avveramento della condizione ed emancipandosi dalla configurazione del reato (in linea con quanto si sta ormai consolidando anche nello stesso diritto penale) quale fatto concretamente punibile, senza dover ricorrere a prese di posizione in

[320] La separazione assoluta delle giurisdizioni ha un aspetto vantaggioso in quanto permette al processo penale di concentrarsi sul problema dell'accertamento sulla reità senza essere condizionato dalle conseguenze civilistiche derivante dalla decisione. Tra l'altro nel processo penale si applica il principio della presunzione di innocenza fino a che l'accusa non dimostra la reità al di fuori di ogni ragionevole dubbio. Nel processo civile avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno derivante dal reato la presunzione non opera e, anzi, vi sono delle norme che invertono l'onere della prova in merito all'accertamento della colpa. Il codice del rito penale del 1988 accoglie una soluzione di tipo misto. Da un lato pone come regola la separazione delle giurisdizioni; dall'altro prevede casi eccezionali in cui il giudicato penale ha efficacia su determinati oggetti accertati o soltanto contro determinati soggetti. Il codice contiene una disposizione generale secondo cui l'azione civile per il risarcimento del danno derivante dal reato può essere proposta davanti al giudice civile (art. 75, comma 2, c.p.p.) e sfugge all'efficacia extra penale del giudicato (art. 652 c.p.p.): in questo senso, P. TONINI, Manuale di procedura penale, Milano, XII ed., 2011, p. 902 e ss.

merito alla natura e al ruolo delle condizioni di punibilità (nel qual caso la soluzione sopra proposta ne uscirebbe maggiormente rafforzata)[321].

Bisogna dar atto che, malgrado le incertezze iniziali, la stessa giurisprudenza si sia attestata sulla medesima posizione fino ad affermare che, ai fini della concessione del risarcimento del danno, è sufficiente la sussistenza di un "fatto" astrattamente previsto dalla legge come reato[322]. Simile conclusione, elaborata inizialmente con riferimento alla risarcibilità del danno cagionato dal minore di anni quattordici, dunque da persona non imputabile in linea con quanto disposto dall'art. 97 c.p., è stata poi estesa anche ai casi – particolarmente frequenti nel settore degli illeciti in materia di circolazione stradale - in cui, in sede civile, la responsabilità dell'autore del fatto viene solitamente attribuita per effetto di una presunzione di legge, potendosi prescindere da qualunque accertamento in concreto della colpa. Evidentemente un simile criterio di attribuzione della responsabilità risulterebbe

[321]Affrontando la trattazione dei diversi temi, dal tempo al luogo del reato sino alla risarcibilità del danno, si è avuto modo di notare che l'adesione all'una piuttosto che all'altra conclusione dipende molto spesso dal modo con cui ci si approccia al fenomeno delle condizioni di punibilità; a seconda della loro configurazione quali elementi accidentali piuttosto che costitutivi, della loro natura estrinseca e "inoffensiva" piuttosto che intrinseca ne deriva una ricostruzione differente dell'istituto in esame. Tuttavia, si è cercato di trovare una soluzione "neutra" ed indipendente da simili variazioni interpretative, che si fondasse essenzialmente su basi generali quali le nuove acquisizioni sul concetto di reato ovvero l'autonomia e la separazione del regime processuale civile e penale. Chiaramente l'ammissibilità del risarcimento del danno, a cui si giunge già sulla base delle considerazioni scaturenti dai suddetti elementi, risulta maggiormente avallata laddove si accolga una ricostruzione delle c.o.p. quali elementi accidentali del reato, inidonei ad incidere sui profili di offensività perché espressione di mere esigenze e ragioni di opportunità nell'irrogare le sanzioni.

[322] L'orientamento originario secondo cui era necessario, ai fini del risarcimento, la concreta realizzazione della fattispecie criminosa e delle sue conseguenze sanzionatorie è stato definitivamente abbandonato nel 2003, a seguito di una sentenza della Corte Costituzionale e di alcune decisioni della Corte di Cassazione, nelle quali si afferma che i danni non patrimoniali risultano risarcibili nel caso in cui il comportamento lesivo integri astrattamente un reato: v., nel dettaglio, Corte Cost., sent. 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 e Corte Cass., Sez. III, 12 maggio 2003, n. 7281, n. 7282, n. 7283, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1480 ss. in esse si precisa che il riferimento al "reato" contenuto nell'art. 185 c.p. non postula più, come si riteneva in passato, la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato. Con la conseguente possibilità che ai fini civili la responsabilità sia ritenuta per effetto di una presunzione di legge. A mutare risulta il modo di intendere il concetto di accertamento del reato da parte del giudice civile dal momento che si interviene modificando quell'indirizzo consolidato secondo il quale appariva indispensabile appurare la sussistenza di tutti i presupposti necessari ad integrare la fattispecie criminosa, compresi gli aspetti soggettivi.

assolutamente inaccettabile in sede di accertamento della responsabilità penale, fondata sul principio di personalità e dunque colpevolezza[323]. In virtù di quanto detto finora, sembra preferibile condividere la soluzione, avallata dalla prevalente giurisprudenza che, riconoscendo la più ampia autonomia del sistema processuale civile da quello penale e valorizzando le rispettive logiche e strumenti di tutela, ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato *ex* art. 2059 c.c. – in combinato disposto con l'art. 185 c.p. - in tutte quelle ipotesi in cui il fatto sia riconducibile ad un'astratta figura di reato che, però, è assolutamente idonea ad incidere negativamente l'interesse concreto tutelato dalla norma e di cui è portatore la persona offesa.

[323] È interessante ripercorrere l'evoluzione delle pronunce della giurisprudenza in tema di risarcibilità del danno derivante da reato, *ex* art. 2059 c.c., per comprendere come sul punto vi sia stato un vero *reviremant* già anteriormente alla riforma del codice di procedura penale che, come si è ricordato, ha sancito il principio di separazione della giurisdizione civile e penale. Iniziando dalla materia dei reati commessi da persona incapace, occorre mettere in evidenza in mutamento di prospettive registratosi: dalla sentenza che, in linea con quanto previsto nell'art. 97 c.p., affermava la non rilevanza del danno non patrimoniale conseguente ad un'azione dannosa commessa da un minore di anni quattordici si arriva a concludere che il risarcimento del danno previsto dall'art. 2059 non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, ed un reato punibile, per concorso di tutti gli elementi a tal fine rilevanti per la legge penale, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come reato e sia conseguentemente idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma: cfr., segnatamente, Corte Cass., sez. III, sent. 26 luglio 1974, n. 2259 e Cass. civ., Sez. Un., 6 dicembre 1982, n. 6651. Simile evoluzione si registra in materia di danni cagionati nella circolazione stradale, in occasione dei quali l'accertamento dell'elemento soggettivo – rappresentato prevalentemente dalla colpa – può rivelarsi operazione difficoltosa per il giudice civile; e, dal momento che non sarebbe ragionevole far ricadere sulla persona offesa dal reato tali difficoltà di accertamento, preferibile appare garantire a quest'ultimo il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito. In tale direzione va letta la sentenza della Cassazione civile in cui espressamente si afferma che il riferimento, contenuto nell'art. 2059 c.c., al reato di cui al'art. 185 c.p. non postula la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente, nella sua oggettività, all'astratta figura di reato, così che il danno non patrimoniale potrà essere risarcito anche nell'ipotesi in cui, in sede civile, la responsabilità del fatto sia ritenuta per effetto di una presunzione di legge: così Corte Cass., sez. III, sent. 16 gennaio 2006, n. 720. E, ancora si presti attenzione a quanto disposto dalla Cassazione in un'ulteriore pronuncia, in cui si afferma che ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, il giudice civile, allorquando non sia vincolato dal giudicato penale ai sensi dell'art. 651 c.p.p., è tenuto ad accertare *incidenter tantum* l'effettiva sussistenza del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi, compreso l'elemento soggettivo, pur non ostando al risarcimento il mancato accertamento della colpa dell'autore se essa, come nel caso dell'art. 2054 c.c., debba ritenersi sussistere in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato. Così Corte Cass., sez. III, sent. 30 giugno 2005, n. 13972.

4. La configurabilità del tentativo nei reati condizionati

Finora ci si è preoccupati di precisare che, ai fini della concreta irrogazione della pena in presenza di un reato sottoposto a condizione di punibilità, è necessario attendere la verificazione di quest'ultima, dando naturalmente per scontato che si facesse riferimento ad un reato "consumato", dotato, cioè, di tutti gli elementi essenziali e che abbia raggiunto il massimo grado di lesività.

Occorre, invece, interrogarsi sull'ammissibilità e sulle condizioni per la configurabilità del tentativo di reato condizionale, ed in particolare sulla sanzionabilità degli atti idonei e diretti in modo non equivoco alla commissione di un dato delitto sottoposto a condizione di punibilità.

In considerazione della frammentarietà delle posizioni dottrinali sul tema e della carenza di univocità di pronunce della giurisprudenza è opportuno condurre alcune riflessioni preliminari sul delitto tentato in generale, *ex* art. 56 c.p., per poi passare ad una sua applicazione in combinato con l'art. 44 c.p.

Tradizionalmente annoverato tra le forme di manifestazione del reato, il delitto tentato, frutto della combinazione di una disposizione di parte generale, l'art. 56 c.p. e la disposizione di parte speciale posta in essere, normativamente consta di due componenti: idoneità degli atti e loro direzione non equivoca alla realizzazione del reato. Senza approfondire le problematiche sorte riguardo il modo d'intendere i suddetti elementi, è sufficiente evidenziare la necessità che, in un ordinamento fondato su un diritto penale del fatto, il tentativo merita una sanzione (seppure ridotta da un terzo a due terzi) in tanto in quanto comporta una seria e concreta esposizione a pericolo del bene tutelato dalla norma. L'osservazione appena fatta se, da un lato si rivela utile a comprendere la ragion d'essere del delitto tentato quale forma di manifestazione del reato, in realtà, rappresenta anche un valido appiglio

argomentativo per quanti sostengono un'inconciliabilità logica tra tentativo e reati condizionali[324].

Precisamente, si osserva che tale incompatibilità interesserebbe due distinti livelli. Sul versante "logico" si fa rilevare che quando la legge costruisce un illecito prevedendone la sottoposizione a condizione di punibilità, quest'ultima dovrebbe essere riferita al fatto di reato nella sua globalità (dunque al momento della consumazione) e non invece al momento del compimento dei soli atti idonei e diretti in modo non equivoco. Altra perplessità espressa dal suddetto orientamento si apprezza sulla dimensione prettamente assiologia e precisamente si fonda su un'asserita discrasia tra la *ratio* dell'istituto del tentativo che, evidentemente, comporta un'anticipazione del momento sanzionatorio e l'apposizione di condizioni di punibilità volte a "differire" l'irrogazione della pena, in base a ragioni di opportunità politica e contemperamenti d'interesse.

In risposta alle osservazioni appena descritte, la parte maggioritaria della dottrina ha buon gioco a sostenere la piena compatibilità tra gli istituti di cui agli artt. 44 e 56 c.p., tanto da poter configurare il "delitto condizionato tentato" sulla base della funzione estensiva della norma sul tentativo[325]; non può sicuramente sfuggire che,

[324] La tesi in esame *ab initio* sostenuta da una parte minoritaria della dottrina ed oggi quasi completamente priva di seguito, è sostenuta da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento* cit., p. 481. L'incompatibilità, per il menzionato A., poggerebbe su un duplice ordini di argomenti: anzitutto, quando la legge fa dipendere un fatto di reato dal verificarsi della condizione, quest'ultima va riferita al fatto nella sua interezza e non nella sua consistenza di tentativo. Inoltre apparirebbe quanto mai contraddittorio anticipare la punibilità al momento del compimento di atti idonei e diretti in modo non equivoco in relazione a fattispecie di reato contenenti condizioni di punibilità che, per definizione, tendono a "differire" il momento sanzionatorio.

[325] A favore della configurabilità del delitto tentato condizionato si schiera la parte più consistente della dottrina; particolarmente significativi sono sul punto i contributi di F. ANTOLISEI, *op. cit*., p. 163; F. MANTOVANI, *op. cit*., p. 163 e F. BRICOLA, *op. cit*., p. 606. Se vero è che i suddetti Autori concordano sulla piena compatibilità, anche logica, del tentativo al reato sottoposto a condizione di punibilità sulla base della funzione estensiva dell'art. 56 c.p., il quale estende la proibizione dei fatti descritti nelle varie fattispecie ai casi in cui l'agente non li realizza al completo, ma pone in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a produrli, è vero anche che altrettanta univocità di vedute non si registra nel modo di risolvere il rapporto tra condizioni estrinseche ed intrinseche rispetto al tentativo. Ancora una volta si arriverà a conclusioni diverse a seconda che si dia rilevanza alle sole condizioni estrinseche o si ammetta la configurabilità di quelle intrinseche.

prevedendo la sanzionabilità di condotte che non abbiano ancora raggiunto il culmine del disvalore, l'art. 56 c.p. opera come un "moltiplicatore" delle ipotesi di responsabilità, in perfetta linea con la sua tendenza a "combinarsi" con altra fattispecie incriminatrice realizzando una c.d. norma d'incriminazione di secondo grado[326]. Pertanto nessun problema di compatibilità logica dovrebbe sussistere rispetto all'estensione della disciplina generale contenuta nella norma citata all'istituto condizionale.

Ed inoltre, per confutare la validità del secondo assunto assiologico si può facilmente sostenere, che si rivela inconsistente anche la preoccupazione di un contrasto di *rationes* tra condizioni di punibilità e tentativo: è pacifico che anche nel caso di reato condizionato tentato il momento sanzionatorio coinciderà con il verificarsi della condizione e non certamente prima, come si potrebbe paventare[327].

Se, dunque, la dottrina è tendenzialmente unita nell'affermare che, in linea di principio, nessun'ostacolo sussiste all'elaborazione di reati condizionali tentati, le diversità di vedute emergono al momento di affrontare la *vexata quaestio* dei rapporti tra condizioni intrinseche ed estrinseche: affermare l'esistenza dell'una piuttosto che dell'altra presenta chiare ripercussioni sul modo di costruire il tentativo. Dal momento che le condizioni intrinseche rappresentano forme di progressione dell'offesa e, pertanto, partecipano del disvalore tipico del reato - da

[326] Così G. DE VERO, *op. cit*., p. 215 e L. RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali d'incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, p. 156 ss.

[327] Sul punto si veda quanto sostenuto da F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 445 e G. NEPPI- MODONA, *op. cit*., p. 12. L'A. da ultimo citato sostiene che nessun ostacolo si frappone all'ammissibilità del tentativo di un delitto sottoposto a condizione di punibilità, potendosi verificare situazioni in cui la condizione si verifica in un momento in cui l'*iter* criminoso non sia ancora giunto alla sua perfezione. In tali casi non si vede perché il fatto di essere il reato sottoposto a condizione dovrebbe precludere l'operatività dell'istituto del tentativo, posto che le ragioni di opportunità e convenienza che sottostanno alla condizione non incidono né sugli elementi costitutivi, né sull'offesa contenuta nel reato. È comunque evidente che, anche per la punibilità a titolo di tentativo, presupposto necessario per l'esercizio dell'azione penale è il verificarsi della condizione.

qui i dubbi di compatibilità con il principio di colpevolezza di cui si è già detto -, ragionando in senso opposto dovrebbe ammettersi che, durante la fase della loro pendenza, il reato non potrebbe ancora dirsi consumato: il bene giuridico tutelato non risulterebbe leso integralmente ma avrebbe subito semplicemente un'esposizione a pericolo.

Accogliendo una simile ricostruzione e combinandola con quanto detto in tema di delitto tentato, nonostante gli sforzi di adesione ad un'impostazione oggettiva, si correrebbe il rischio di ricondurre il tentativo allo schema dei reati di "pericolo del pericolo" con un'intollerabile anticipazione della tutela[328].

Dal momento che l'art. 56 c.p. consente l'incriminazione di condotte che non si sono ancora realizzate, o meglio consumate, nella loro interezza, ma che vengono valorizzate nella loro fase di potenzialità ed idoneità lesiva, è chiaro che quest'anticipazione di tutela apparirebbe eccessiva ed intollerabile se accompagnata dallo stato di pendenza della condizione che, se intrinseca, contribuisce a conferire disvalore alla fattispecie. Una prospettiva analoga si coglie in una figura, di recente approfondimento dottrinale, data dal tentativo di delitto circostanziato, in relazione al quale gli atti idonei e diretti in modo non equivoco riguardano non solo la condotta principale tipizzata, ma la stessa circostanza aggravante[329].

---

[328] Così F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 606.

[329] Occorre distinguere il tentativo di delitto circostanziato dal tentativo circostanziato di delitto: nella prima gli atti diretti ed idonei in modo non equivoco riguardano anche le circostanze, a differenza della seconda figura, in cui l'elemento circostanziale si è già compiutamente realizzato. Nessun dubbio esiste in ordine all'ammissibilità di quest'ultima, mentre serie perplessità interessavano, prima che la giurisprudenza di legittimità prendesse in via definitiva posizione, in ordine alla prima categoria. Le principali obiezioni riguardavano il rispetto del principio di legalità: si sostiene al proposito, da un lato, che l'art. 56 cod. pen. fa riferimento ai soli delitti, senza alcuna ulteriore specificazione, dall'altro, che le circostanze attengono al solo momento sanzionatorio, senza dar luogo a una autonoma fattispecie astratta. Inoltre, si osserva che le circostanze "tentate", non esistono nel nostro sistema penale, atteso che l'art. 59 cod. pen. ha prefigurato un meccanismo di imputazione delle circostanze fondato sul presupposto dell'effettiva esistenza delle stesse. Malgrado le numerose obiezioni, la Corte di Cassazione giunge ad una conclusione affermativa,

Le problematiche sopra evidenziate risulterebbero notevolmente attenuate prendendo in esame la categoria delle c.o.p. estrinseche che, inglobando ragioni di opportunità e convenienze di politica criminale, rimangono per definizione estranee all'offesa tipica, risultano incapaci di incidere sul disvalore della fattispecie. Così ragionando, non solo risulterebbe più agevole ammettere la configurazione del tentativo di un reato che sia sottoposto a condizione, ma si riuscirebbe a corroborare la ricostruzione dell'istituto di cui all'art. 44 c.p. in termini di condizioni di punibilità estrinseche.

Malgrado la soluzione appena esposta rafforzi la ricostruzione dell'istituto condizionale sostenuta nella presente trattazione, non possono tuttavia tacersi le criticità che si celano in essa. In particolare, occorre guardare alla contraddizione tra l'istituto condizionale e lo schema del delitto tentato: se quest'ultimo fonda, dal punto di vista normativo, la sanzionabilità degli atti idonei e diretti in modo non equivoco a realizzare il reato, senza dover attendere la completa realizzazione del reato, le condizioni di punibilità, invece, intervengono a "ritardare" l'irrogazione della sanzione, dovendosi attendere l'avveramento dell'evento condizionale. Ne deriva che, la finalità deflattiva dell'istituto condizionale risulta così poco compatibile con l'anticipazione sanzionatoria tipica del tentativo.

Da qui la necessità di giungere ad un approdo intermedio che, valorizzando le peculiarità dell'istituto condizionale, ne garantisca la massima espansione.

A fronte dell'incertezza, più volte evidenziata, sull'interpretazione dell'art. 44 c.p. che impedisce di prendere una posizione univoca e inconfutabile sul punto,

---

affermando la compatibilità del tentativo con le circostanze *quando sia possibile desumere con certezza, dalle modalità del fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico, che, ove l'azione delittuosa fosse stata portata a compimento, si sarebbe verificato il più grave esito preordinato, impedito solo per circostanze estranee alla volontà dell'agente (tra cui anche l'efficace reazione della vittima): cfr. Corte cass., SS. UU., sent. 28 giugno 2013, n. 28243.*

potrebbe essere utile cercare un riscontro sul piano pratico, guardando caso per caso a talune fattispecie subordinate a condizioni di punibilità, studiandone la loro compatibilità strutturale con il tentativo.

Prendendo in esame un'ipotesi di reato già oggetto di analisi, vale a dire l'art. 558 c.p., induzione al matrimonio mediante inganno, può rilevarsi l'impossibilità di configurare il tentativo, dal momento che l'avveramento della condizione di punibilità, ravvisabile nella sentenza di annullamento del matrimonio presuppone di necessità la consumazione stessa dell'illecito, identificabile con la celebrazione del matrimonio[330].

A conclusioni diverse si giungerebbe prendendo in esame la fattispecie di bancarotta prefallimentare, altro delitto in cui è presente la condizione di punibilità della declaratoria di fallimento. In relazione a tale illecito, la cui condotta può variamente consistere nella distrazione di risorse economiche ovvero nell'alterazione delle scritture contabili, si è ritenuta ammissibile la configurazione del tentativo pur in presenza dell'evento condizionale. Quest'ultimo non risulta di per sé ostativo, occorrendo, invece, guardare alla sola compatibilità logico-strutturale del tentativo rispetto ai requisiti del reato che viene in rilievo: del resto, in base ai principi regolatori del delitto tentato, non a tutte le tipologie di delitto

[330] La configurazione dell'annullamento del matrimonio quale condizione di punibilità e non evento di reato è riconosciuta in modo pressoché pacifico: in tal senso si veda, per tutti, A. CADOPPI, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. VI, 2009, p. 330. L'A., affrontando la problematica del tentativo afferma esplicitamente che si tende per lo più a negare la configurabilità del tentativo perché il fatto, a qualunque grado sia pervenuto, non è punibile se non si verifichi la suddetta condizione, la quale può aversi solo in relazione al delitto consumato. In dottrina, prevalente è la tesi che ritiene configurabile il **conatus** nel reato condizionato, che diviene punibile col verificarsi della condizione sempre che la struttura di tale reato, indipendentemente da quest'ultima, consenta il tentativo: si pensi al caso di amministratori di una società i quali si accingano a trasferire beni all'estero nell'imminenza del fallimento, in modo da non consentire ai creditori di soddisfarsi su di essi, e che vengano sorpresi mentre stanno iniziando il carico su di una nave, delle merci da involare: così A. BIANCHI, *La configurabilità del tentativo nelle diverse categorie di reato*, in *Diritto e Formazione – Studi di diritto penale*, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Milano, 2002, p. 939 e F. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 316 ss. C*ontra* C. PEDRAZZI in, *I reati commessi dal fallito* cit., p. 37 ss. Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. G. UBALDO-BALESTRINI, *La bancarotta e gli altri reati* cit., p. 37 ss.

risulta applicabile la disciplina di cui all'art. 56 c.p., come ad esempio nel caso dei c.d. reati a consumazione anticipata.

In definitiva, accantonando gli orientamenti opposti di cui si è già detto, risulterebbe preferibile aderire ad una terza tesi che, ammettendo la configurabilità in astratto del tentativo nei reati condizionati, ne subordina l'applicazione pratica ad una valutazione in fatto, che tiene conto della struttura dell'illecito. Semmai, a differenza di quanto avviene nella citata ipotesi del tentativo di delitto circostanziato, gli atti diretti ed idonei non possono riguardare l'evento condizionale ma la condotta in sé, al fine di non svuotare di significato l'istituto condizionale, dotato di una funzione deflattiva difficilmente conciliabile con la logica di anticipazione della tutela tipica dell'art. 56 c.p.

5. Il diritto di proporre querela

Un'ultima rilevantissima quanto incerta questione attiene all'esercizio della querela, naturalmente con riguardo a quei reati che siano procedibili a querela di parte; la dottrina s'interroga, infatti, se la legittimazione ad esercitare la querela sorga già precedentemente al verificarsi della condizione di punibilità ovvero se sia necessario attendere la verificazione di quest'ultima. Bisogna precisare che i profili di problematicità emergono in relazione all'operatività di istituti quali la rinuncia *ex* art. 339 c.p.p.[331]: precisamente il vero *punctum dolens* afferisce alla validità della rinuncia della querela prima dell'avveramento della condizione.

[331] L'art. 339 c.p.p. in tema di querela, oltre ad affermare che la rinuncia espressa deve essere fatta personalmente o a mezzo di procuratore speciale, con dichiarazione sottoscritta, rilasciata all'interessato o a un suo rappresentante, precisa che essa non produce effetti se sottoposta a termini o a condizioni. È il caso di notare che, in relazione al reato condizionato, la condizione non riguarda la querela bensì il reato nella sua interezza, non ostando, quindi, all'applicabilità del regime ordinario di disciplina della querela contenuto nel predetto articolo.

Sul tema in dottrina sembra ormai consolidato e generalmente accolto l'orientamento di chi, distinguendo tra semplice legittimazione ed effettivo esercizio del diritto, sostiene che il diritto di proporre querela sorga effettivamente solo con la realizzazione integrale della fattispecie criminosa, dunque sul presupposto che si sia già realizzata la c.o.p.: prima di tale momento si potrà solo far riferimento ad una potenziale legittimazione [332].

Stante l'assunto appena descritto ne conseguirebbe la negazione di ogni valore alla rinuncia precedente al verificarsi della condizione, inoltre, *ex* art. 124 c.p., il termine per l'esercizio del suddetto diritto decorrerebbe dal giorno in cui la persona offesa ha avuto notizia dell'avvenuta condizione di punibilità[333]. In mancanza di un intervento chiarificatore del legislatore sul punto, ancora una volta terreno di verifica della bontà della tesi ora esposta dovranno essere le disposizioni legislative esistenti a riguardo, nonché la *ratio* degli istituti in esame.

Si è già avuto modo di precisare che, malgrado i contrari orientamenti, la querela rientra nel novero delle condizioni di procedibilità quale manifestazione della

[332] Così F. BRICOLA, *op. cit*., p. 605. L'A. appena citato, infatti, sembra distinguere due differenti piani: quello della "potenzialità" o della mera legittimazione ad agire in cui vi l'interesse c'è ma non è ancora attuale e, quello dell'attualità, appunto, in cui la situazione giuridica da semplice interesse si evolve in diritto soggettivo pieno ed esercitabile. La legittimazione a proporre querela è potenzialmente determinabile prima del verificarsi della condizione, nel momento in cui si concreta l'offesa dell'interesse garantito dalla norma penale. Il diritto di proporre querela sorge però effettivamente con la realizzazione integrale della fattispecie criminosa.

[333] Così F. BRICOLA, *op. cit*., p. 605. Occorre inoltre considerare che l'art. 124 c.p. recita salvo che la legge disponga altrimenti, il diritto di querela non può essere esercitato, decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato. Il diritto di querela non può essere esercitato se vi è stata rinuncia espressa o tacita da parte di colui al quale ne spetta l'esercizio. Vi è rinuncia tacita, quando chi ha facoltà di proporre querela ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di querelarsi. La rinuncia si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato. Malgrado la lettera della disposizione citata faccia decorrere il termine per la proposizione della querela dalla verificazione del fatto che costituisce reato, BRICOLA sostiene l'utilizzo della suddetta espressione "impropria", dal momento che *dies a quo* dovrebbe coincidere con l'avveramento della c.o.p. In ordine all'articolo citato è interessante notare la costruzione stilistica adoperata: il legislatore optando per una definizione "in negativo" si preoccupa di fissare il termine massimo per la proposizione della querela - che non può essere esercitata decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato - senza fissare la soglia "a partire da cui" è possibile la sua proposizione. Dunque la soluzione di scindere il momento della legittimazione da quello dell'effettivo esercizio appare eccessivamente restrittiva, soprattutto se paragonata al favore con cui, di solito, il legislatore si riferisce alla persona offesa dal reato.

volontà del soggetto passivo che si proceda in ordine ad un determinato reato: non vi è dubbio, dunque, che essa si qualifichi quale forma di rimozione degli "ostacoli al promovimento dell'azione penale", in ciò differenziandosi dalle condizioni di punibilità[334]. Queste ultime, collocandosi in una dimensione prevalentemente sostanziale, esprimono ragioni di opportunità incidenti sul momento di irrogazione della pena che sono rimesse necessariamente al legislatore a differenza della querela di cui invece è titolare la persona offesa dal reato. Soprattutto alla luce della considerazione appena fatta, la pretesa dissociazione tra momento della legittimazione ed effettivo esercizio del diritto di querela potrebbe significare traslare sulla "vittima" un ulteriore costo dell'illecito, questa volta in termini di tempo, per cui la stessa potrebbe veder respinta e dunque frustrata la propria volontà che, in ogni caso, non è solo "processuale".

Vero è che, a differenza delle condizioni di punibilità, la querela nasce come istituto di rilevanza processuale tuttavia, non si possono nascondere le rilevanti implicazioni di ordine sostanziale che essa presenta.

Come più volte sostenuto, la querela risulta particolarmente significativa perché contenente una prima ricostruzione del fatto di reato, proveniente dalla persona offesa: problematico risulta comprendere se il diritto di proporre, ed eventualmente, rinunciare sorga prima ed a prescindere dal verificarsi delle c.o.p.[335].

---

[334] Così F. BRICOLA, *op. cit*. p. 605.

[335] Ciò che deve essere chiaramente contenuto nella querela è la manifestazione di volontà del querelante che il colpevole sia punito ma, essa deve contenere la descrizione in linea generale del fatto costituente reato, allegando anche eventuali notizie sull'autore e sulle prove: in tal senso si pone come primo e imprescindibile ausilio per il p.m. che dovrà coordinare le indagini. Infatti, al querelante non compete dare una qualificazione giuridica del fatto, dovendo procedere ad una esposizione sia pure succinta del fatto nel senso materialistico storico: in tal senso cfr. Cass. Pen., sentenza 29 aprile 1985, n. 4043. L'importanza sostanziale della querela si evince anche nel caso in cui il querelante abbia voluto limitare l'azione penale ad uno o ad alcuni dei reati punibili a querela, precludendo così al giudice di procedere anche per gli altri. Tuttavia, nel caso in cui il querelante si sia limitato ad esporre i fatti di cui chiede la sanzione, l'interpretazione della querela spetta al giudice di merito, che può individuare, con obbligo di motivare adeguatamente e logicamente, i reati per i quali è stata proposta la querela: v. Cass. Pen., sez. III, sentenza 7 febbraio 1984, n. 1075. E ancora

Da un lato, non può tacersi la difficoltà di far manifestare la volontà che si proceda in relazione ad un reato che, sottoposto a condizione, non è ancora idoneo a produrre i suoi effetti, anche solo sul piano sanzionatorio. Apparirebbe contraddittorio chiedere di perseguire un illecito connotato da una punibilità "differita" sebbene per l'effetto dell'evento condizionale. E ciò anche per motivi di economia processuale, che precluderebbero l'attivazione della macchina della giustizia prima che diventi attuale la lesione dell'interesse che giustifica la reazione dell'ordinamento.

Le argomentazioni appena descritte, per quanto suggestive, mostrano dei limiti soprattutto se rapportate alle disposizioni legislative dettate proprio in tema di querela.

Ammettere la proponibilità della querela prima della condizione risulterebbe maggiormente in linea con quanto richiesto dallo stesso legislatore che nell'art. 124 c.p., per l'individuazione del termine di proposizione della stessa, fa esplicito riferimento al giorno della notizia del fatto commesso come *dies a quo*, senza che si debba attendere l'integrale consumazione del reato. In accordo all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, tale disposizione richiede che il fatto risulti sufficientemente specificato nei suoi elementi costitutivi, nei suoi caratteri essenziali, entro il termine che la legge prescrive per la presentazione della querela[336].

---

riguardo all'idoneità della querela a rendere perseguibili tutti gli illeciti penali che si ravvisano nell'esposizione dei fatti, eccetto che essa sia espressamente limitata ad uno o ad alcuni reati in questo senso, la giurisprudenza ha stabilito che la formula denuncio ad ogni effetto di legge debba essere considerata quale manifestazione di volontà diretta a richiedere la persecuzione e la punizione dell'autore del reato e conferisce quindi all'atto valore di querela: v. Cass. Pen., sez. VI, sentenza 14 dicembre 2006, n. 40770.

[336] Sull'individuazione del termine *a quo* per la proposizione della querela cfr., per tutti, Cass., sent. del 24.11.2015 n. 3719, in *Ced. n. 26695.4*

Quanto appena detto sembra trovare conferma nell'art. 158 c.p. in materia di prescrizione che, date la sua formulazione e le norme in esso contenute, potrebbe interpretarsi come dimostrazione dell'irrilevanza della condizione di punibilità in relazione alla querela; diversamente da quanto previsto per i reati condizionati, la prescrizione dei reati procedibili a querela decorre dal giorno del commesso reato, in linea con quanto disposto nell'articolo prima esaminato, risultando irrilevante l'eventuale presenza di condizioni di punibilità.

In conclusione, esigenze di maggiore "aderenza" al dettato normativo e soprattutto ragioni di *favor* nei confronti della persona offesa dal reato indurrebbero a ritenere eccessivamente artificiosa la scissione tra legittimazione ed esercizio della querela e, piuttosto, preferire una configurazione unitaria del diritto per favorirne l'esercizio.

6. Le condizioni obiettive di punibilità, il principio della doppia incriminazione

Sebbene le condizioni obiettive di punibilità, previste all'art. 44 dal codice penale italiano, costituiscono quasi un *unicum* nel sistema penale internazionale, la loro presenza nella fattispecie finisce per avere notevoli ricadute sul versante giuridico europeo, come già accennato nel corso del primo capitolo.

Caratterizzando l'astratto paradigma normativo ed incidendo sull'irrogazione della sanzione, le condizioni di punibilità intersecano istituti di respiro sovranazionale quali l'estradizione, il mandato di arresto europeo (di seguito m.a.e.), l'ordine di indagine europeo (di seguito o.e.i.) ed il principio del *ne bis in idem* in area Schengen.

Principio di doppia incriminazione e doppia punibilità rappresentano i ponti mediante i quali le c.o.p. vengono veicolate nella dimensione del m.a.e. e del sistema di Schengen e che, pertanto, necessitano una preventiva disamina.

Già dal tenore letterale si comprende la diversa portata dei predetti concetti considerato che l'incriminazione, come concetto giuridico, attiene al momento dell'astratta previsione del paradigma normativo, alla tipizzazione della norma mentre la punibilità, come più volte precisato rappresenta la traduzione in atto della sanzione prevista in potenza dal legislatore. Essa veicola il concreto esercizio del magistero punitivo di cui risulta titolare lo Stato e, che, di regola, si attiva in automatico al compimento della condotta incriminata, salvo il ricorrere di elementi (cause di esclusione della punibilità ovvero condizioni di punibilità), che ne neutralizzano ovvero ne ritardino l'operatività.

Per una maggiore comprensione degli stessi, occorre far diretto riferimento all'estradizione, al mandato di arresto europeo ed al reciproco riconoscimento delle decisioni in area Schengen.

Estradizione e mandato di arresto europeo risultano essere due istituti particolarmente vicini, attesa l'analoga ragion d'essere: entrambe pensati come forma di cooperazione tra gli Stati, essi perseguono l'obiettivo semplificare la procedura di consegna del reo allo Stato di esecuzione. In ambo i casi, ricorrendo talune condizioni predeterminate, a fronte di un pronuncia di condanna emessa dallo Stato del commesso crimine, lo Stato in cui il reo abbia trovato rifugio si obbliga, a metterlo a disposizione dell'autorità straniera perché proceda nei suoi confronti sula base di un dato titolo esecutivo, di regola la sentenza che ne accerti la responsabilità.

Tratto differenziale è che l'estradizione consiste in una forma di cooperazione tra gli Stati di matrice convenzionale o pattizia, mentre il mandato di arresto europeo origina dal diritto europeo derivato (decisione quadro 2002\584\GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002), attuazione dei Trattati istitutivi l'Unione Europea.

Guardando alle disposizioni in tema di estradizione, contenute negli artt. 10 ultimo comma e 26 della Costituzione ed in taluni articoli del codice penale e di procedura penale, risulta significativo quanto disposto dall'art. 13 c.p., che sancisce il principio della doppia incriminazione. A norma della previsione appena citata, non può essere disposta l'estradizione se il fatto per cui si procede non è previsto contestualmente come reato dalla legge straniera e da quella italiana. La ragione pratica a fondamento di tale principio si coglie anzitutto nella necessità di giustificare l'esercizio di pretese "penalistiche" nello Stato destinatario della richiesta, altrimenti incomprensibile alla luce della separazione degli ordinamenti

Inoltre, esso contribuisce a creare un doppio filtro di meritevolezza della pena delle condotte incriminate, onde evitare di assecondare richieste di estradizione prive di fondamento o peggio pretestuose.

Si comprende pertanto il perché, nella richiesta di estrazione, ovvero di concessione della misura cautelare provvisoria (*ex* art. 715 c.p.p.), il Paese richiedente debba fornire un'analitica descrizione degli elementi necessari ad identificare esattamente la persona indagata, dei fatti per cui si procede e della specificazione del titolo di reato contestato. Sul corretto modo di intendere quest'ultimo profilo della qualificazione giuridica delle violazioni contestate ci si è a lungo interrogati, concludendo che esso debba essere letto alla luce del pacifico insegnamento della giurisprudenza secondo la quale, per soddisfare il requisito della doppia incriminabilità a fini estradizionali, non occorre che lo schema astratto della norma incriminatrice straniera trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano (c.d. *nomen iuris*), essendo sufficiente che lo stesso fatto

sia previsto come reato da entrambi gli ordinamenti nazionali, a nulla rilevando l'eventuale diversità del titolo dei reati[337].

Come precisato più volte, la sussistenza di un fatto di reato, rilevante ai fini dell'estradizione ovvero presupposto per l'applicazione della misura cautelare *ex* art. 715 c. 2 lett. *b)* c.p.p., va valutata sulla base della descrizione del fatto offerta dallo Stato richiedente prima che pervenga la documentazione e prescindendo dalla stessa. Sicché si è affermato che in tema di estradizione, la Corte d'appello non è tenuta a disporre l'assunzione di informazioni integrative presso lo Stato richiedente, quando il supplemento istruttorio sollecitato dall'estradando non incida direttamente sulla verifica della sussistenza delle condizioni legittimanti l'accoglimento della domanda di estradizione[338].

Se, pertanto, la doppia incriminazione rappresenta una garanzia ineliminabile per l'estradizione, fondata su un sistema multilaterale di accordi tra Stati sovrani, essa si ridimensiona notevolmente, pur senza scomparire, nel sistema del mandato di arresto europeo, nato con il precipuo intento di superare le criticità dell'estradizione (legate soprattutto alla complessità e alla lentezza della sua procedura) e creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra i paesi membri dell'U.E.[339].

---

[337] Per la posizione della giurisprudenza, cfr., fra molte: Cass. sent. 24 ottobre 2013, n. 45591; Cass., sent. 28 marzo 2013, n. 15927; Cass. Pen., sent. 14 settembre 1995 n. 4407. Escluso che per l'identità del fatto debba guardarsi al titolo formale di reato, al suo *nomen iuris*, occorre poi interrogarsi se la punibilità debba essere valutata in astratto, sulla base del raffronto strutturale degli elementi del reato, ovvero in concreto, tenendo conto della pratica possibilità di sussumere la data condotta nella sfera di operatività della disposizione invocata. Anche in tema di art. 715 c.p.p., le pronunce giurisprudenziali tendono a prediligere la tesi della valutazione in astratto, al pari di quanto avviene in relazione al tema di concorso di reati: v. Cass., 27 giugno 2008, n. 34624 e Cass., 18 giugno 2009 n. 36038 in tema di mandato di arresto europeo (valido evidentemente anche per l'estradizione extraconvenzionale). In esse si specifica che ai fini della consegna per l'estero è necessario che sia soddisfatto il requisito della doppia punibilità, se non attraverso la piena corrispondenza dello schema normativo straniero a quello nazionale, almeno sotto il profilo della concreta punibilità della fattispecie in entrambi gli ordinamenti.

[338] In tal senso, cfr. Cass. Pen., sent. del 19 novembre 2008 n. 3926.

[339] La legge 22 aprile 2005 n. 69 ha introdotto disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione Quadro 2002\584\GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Come si legge al "considerando" n. 5) della Decisione Quadro, "l'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia

L’art. 2 della decisione quadro istitutiva del m.a.e. prevede che possa procedersi a consegna indipendentemente dalla doppia incriminazione per trentadue categorie di reati, connotati da particolare gravità (quali terrorismo, partecipazione ad un’organizzazione criminale, traffico di sostanze stupefacenti, corruzione, sfruttamento sessuale dei bambini, omicidio etc.), purché in relazione ad essi il massimo della pena ovvero della misura di sicurezza sia pari o superiore a tre anni. Per le restanti fattispecie, invece, il criterio della doppia punibilità resta un valido presidio a favore del destinatario del provvedimento limitativo della libertà, tanto che la sua violazione integra uno dei motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d’arresto.

Così ricostruito il principio della doppia incriminazione, occorre verificare cosa accada laddove debba procedersi all’attuazione di richieste di estradizione ovvero mandati di arresto europeo in relazione ad un reato condizionato.

---

comporta la soppressione dell'estradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie”. L'introduzione di tale procedura è stata esplicitamente finalizzata alla eliminazione, fra gli Stati dell’Unione Europea, delle criticità proprie del sistema classico di estradizione. Essa si fonda su due distinti principi: il principio del reciproco riconoscimento e quello di proporzionalità: in tal senso vanno lette le soglie di pena per l’emissione dell’euro-mandato, come precisato dall’art. 2. Quest’ultima disposizione stabilisce che il m.a.e. «può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi». La peculiarità del mandato di arresto europeo, rispetto all’estradizione, si ravvisa nell’affievolimento del principio della doppia incriminazione, non più richiesto, salvo ipotesi tassativamente indicate, per la concessione del provvedimento. Ancor più snello risulta il funzionamento dell’ordine d’indagine europeo, previsto dalla direttiva 2014/41/UE, in relazione al quale si stabilisce che l’autorità giudiziaria emittente debba sempre controllare che l’emissione dell’o.e.i. sia necessaria e proporzionata (art. 6 §§ 1-2) e che l’autorità di esecuzione possa consultare quella emittente sull’importanza di eseguire l’o.e.i., qualora abbia motivo di ritenere che il controllo non sia stato effettuato, e che, dopo tale consultazione, l’autorità emittente possa decidere di ritirare l’o.e.i. (art. 6 § 3). In ordine ai motivi di non esecuzione del m.a.e., occorre far riferimento ai casi “Radu” e “Melloni” (CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, e CGUE, Grande sezione, 29 gennaio 2013, causa C-396/11). Senza pretesa di approfondimento, i due casi, che hanno interessato Paesi membri differenti risultano accomunati sotto il profilo oggettivo, in ordine alle questioni giuridiche oggetto dei rinvii pregiudiziali formulati alla CGCE. Recente è la pronuncia della Corte di Giustizia UE, sent. 25 gennaio 2017, Vilkas, causa C-640/15.

Ancora una volta viene in rilievo la distinzione tra le condizioni intrinseche ed estrinseche: queste ultime, intervenendo solo sul versante della irrogazione della pena, difficilmente potrebbero paralizzare l'operatività delle richieste di estradizione e m.a.e., presupponendo la rilevanza dei fatti perseguiti.

Diversamente, le condizioni intrinseche, incidendo sul disvalore della fattispecie, potrebbero interferire con il meccanismo della doppia incriminazione sopra evidenziato. Ammettendo che durante la pendenza della condizione il reato non sia ancora venuto ad esistenza, o comunque la condotta non risulti ancora giuridicamente rilevante, si porrebbe il dubbio se possa dirsi soddisfatta la condizione della doppia punibilità. Naturalmente la risposta non può che dipendere, a sua volta, dal modo di intendere la doppia incriminazione: se in astratto ovvero in concreto.

Accedendo alla prima soluzione, pur pendendo la condizione, la presenza di una norma incriminatrice assicurerebbe di per sé il rispetto del predetto requisito; ragionando in concreto, invece, il mancato avveramento dell'evento condizionale precludendo l'attuazione alla richiesta di estrazione o m.a.e. dovendosi, invece, affermare la liceità di quella determinata condotta nello Stato di destinazione.

È evidente che la declinazione della doppia incriminazione in astratto, valorizzando la complessiva cifra di disvalore del fatto, astraendo dalle singole condotte, risulterebbe più confacente allo spirito degli istituti sopra richiamati, i quali rappresentano la traduzione giuridica della reciproca fiducia e dello spirito di collaborazione che anima le relazioni internazionali, specie in ambito eurounitario.

A favore di una simile interpretazione depone, dal punto di vista formale, l'impiego del termine incriminazione in luogo di punibilità, previsto, come di vedrà in seguito, in relazione al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie nell'area di libero

scambio Schengen e alle preclusione del doppio giudizio. Già a livello di precomprensione, l'incriminazione afferisce ad un giudizio aprioristico, formulato al momento della costruzione astratta del paradigma normativo. Con esso, il legislatore effettua una valutazione sulla rilevanza penale di determinate condotte sulla scorta del grado di disvalore e, dunque, di offensività, che le connota. La punibilità, invece, attenendo al piano concreto delle conseguenze dell'illecito, presuppone detto giudizio di meritevolezza e guarda all'effettiva irrogazione della pena: alla doppia punibilità si fa riferimento nell'art. 54 degli accordi Schengen in tema di *ne bis in idem*.

6.1 *Segue:* i reati condizionati ed il principio della doppia punibilità negli accordi Schengen

Desumibile, nel sistema normativo interno, dal combinato disposto degli artt. 15 Cp. e 649 Cpp., il principio del *ne bis in idem* preclude la possibilità conoscere e pronunciarsi su un determinato fatto che sia già stato oggetto di accertamento in via definitiva. Molteplici risultano le questioni inerenti l'estensione ed i limiti di detto principio, specialmente alla luce della portata assunta dallo stesso nell'ambito sovranazionale. L'art. 4 del Protocollo 7 CEDU sancisce il divieto per ciascuno Stato di perseguire taluno per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva, salvo che non intervengano fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente che inficino la bontà della decisione adottata. Si tratta di un principio di rilevo fondamentale, come dimostrano l'impossibilità di derogarvi prevista dall'ultimo paragrafo del citato articolo ed il continuo dialogo tra le Corti interne e quelle sovranazionali.

Punti fortemente problematiche risultano la qualificazione sostanziale o processuale del *ne bis in idem* e la delimitazione della nozione di "medesimo fatto"

richiesta ai fini della sua configurazione. Senza pretesa di completezza, occorre evidenziare come il concetto di "medesimo fatto" non risulta di certo nuovo per l'ordinamento nazionale, dal momento che su di esso si fonda l'istituto giuridico del concorso di reati[340].

Per costante giurisprudenza, il "medesimo fatto", ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 Cpp., sussiste in caso di identità degli elementi costitutivi del reato, ravvisabili nella condotta, nell'evento, nel nesso di causalità, nonché nelle circostanze di tempo e di luogo[341]. Tale conclusione risulta oggi corroborata dagli approdi della giurisprudenza di Strasburgo, che valorizza l'*idem factum*, l'accadimento nelle sue connotazioni spazio-temporali, in luogo del paradigma legale cui esso risulta astrattamente riconducibile. Da qui l'ampliamento di matrice giurisprudenziale dell'ambito di applicazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p., cui risultano riconducibili anche le ipotesi di concorso

[340] A livello eurounitario, il tema l'esatta delimitazione della nozione di medesimo fatto è di recente al centro di un fitto dibattito in vista della risoluzione della annosa questione di ammissibilità del concorso tra illeciti punitivi penali ed amministrativi. Il c.d. "doppio binario" tra sanzione amministrativa e penale rappresenta oggi una questione fortemente controversa per via delle numerose pronunce emesse sul tema dalla giurisprudenza sovranazionale. A livello interno i rapporti tra l'illecito amministrativo e quello penale vengono risolti dalla presenza dell'art. 9 l. 24.11.1981, n. 689, a norma del quale, in caso di concorso tra sanzione penale ed amministrativa, trova applicazione la disposizione speciale. Malgrado la citata disposizioni e la presenza del criterio di specialità, il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto rappresenta oggi una questione particolarmente controversa ed in continua evoluzione. I termini della questione risultano oggi fortemente condizionati dall'intervento della giurisprudenza CEDU che, prescindendo dalla formale qualificazione giuridica, guarda alla gravità della disposizione. In accordo ai canoni della ormai celebre sentenza *Engel*, per stabilire la natura penale di una disposizione risulta necessario guardare al carattere effettivamente afflittivo della stessa, a prescindere dalla qualificazione penale ovvero amministrativa. Per giurisprudenza ormai costante della Corte EDU, gli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato possiedono valenza afflittiva e, pertanto, concorrono con le disposizioni penali ai fini di un'eventuale violazione del precetto del *ne bis in idem*: cfr. C.eur., sentt. 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*; 20.5.2014, *Nykanen c. Finlandia* e C.eur. GC, 15.11.2016, A e B c. Norvegia. Per la giurisprudenza comunitaria: v. C.G.UE, 26.2.2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*. Di contro, la giurisprudenza italiana assume un atteggiamento più cauto nell'applicare la preclusione del *ne bis in idem*. Per tutti Cass. S. U. 12.9.2013, nn. 37424 e 37425, in *RivGiurTrib* 2013, 935 ss. La Corte ha affermato l'impossibilità di individuare un rapporto di genere a specie tra art. 10-*ter* e art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000 in materia di omesso versamento IVA.

[341] In tal senso, Cass. 24.4.2013 n. 18376 e Cass. S. U. 28.6.2005 n. 34655, in *www.italgiure.it*. La stessa conclusione è stata di recente ribadita dalla Corte Costituzionale nella sent. 21.7.2016 n. 200, in *GCos* 2016, 4, 1420.

formale di reati: innanzi al compimento di un'azione che cagioni più violazioni contestualmente il giudice dovrà aver cura di accertare la diversità dei fatti per cui si procede dal punto di vista storico-empirico, pena la violazione del divieto di un secondo giudizio[342]. Accedendo ad una ricostruzione su base storica e non meramente giuridica del medesimo fatto, può facilmente immaginarsi che la compresenza di previsioni sanzionatore volte a perseguire condotte analoghe, se non identiche, rischia di violare non soltanto il principio del *ne bis in idem* processuale, ma anche quello sostanziale, che, a prescindere da una pregressa pronuncia, vieta di conoscere e sanzionare, anche a titolo diverso, le medesime condotte[343].

Così chiarito, il principio del *ne bis in idem* pone già in astratto ed all'interno dei singoli Stati membri una preclusione significativa alla perseguibilità di reati derivanti dal medesimo fatto: occorre invece comprendere cosa avvenga adottando una prospettiva di più ampio respiro, quale le relazioni tra i diversi Paesi comunitari

[342] La pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016 già citata in tema di *ne bis in idem* prende le mosse dalla vicenda *Eternit*, conclusasi, almeno per il filone Piemontese, con la dichiarazione di prescrizione del reato di disastro contestato ai molti imputati. L'avvio di un altro corso processuale fondato sulle nuove accuse di omicidio nei confronti degli imputati del primo processo ed assolti per intervenuta prescrizione ha fatto sorgere la necessità di riflettere, alla luce delle pronunce della Corte di Strasburgo, sull'effettiva portata del divieto di nuovo giudizio sancito dall'art. 649 Cpp. sul piano interno. Occorreva interrogarsi se il divieto di nuovo procedimento interessasse solo il medesimo fatto giuridico, vale a dire il *nomen iuris* del fatto per cui si procede, ovvero risultasse governato dal fatto nella sua dimensione storica di evento naturalistico. Il giudice delle leggi ha privilegiato quest'ultima accezione, che tiene conto della ***triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, assunti in una dimensione empirica in luogo del semplice idem legale.***

[343] Sul tema è stato più volte sollecitato l'intervento del legislatore interno, specie a seguito della nota pronuncia della Corte dei Diritti dell'Uomo *Grande Stevens*. Investita della questione, la Corte Costituzionale con la sentenza del 12.5.2016 n. 102, anzitutto, aderisce ad una nozione processuale di *ne bis in idem*, che consente agli Stati di comminare sanzioni di diversa natura a condizione che ciò avvenga nel corso di un unico procedimento ovvero di procedimenti coordinati. Ne consegue che, il passaggio di un significativo lasso di tempo dalla conclusione di un procedimento preclude l'avvio del successivo. Sempre sul tema *ne bis in idem* si è espressa di recente la Corte di Cassazione: cfr. Cass. 22.6.2016 n. 25815 e Cass. civ., ord. 15.11.2016 n. 23232/16, in *www.italgiure.it*. Nella sentenza da ultimo citata, il Giudice di ultima istanza sollecita l'intervento della Corte di Giustizia in ordine all'estensione del principio del *ne bis in idem* a livello comunitario, chiedendo se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, precluda al giudice nazionale l'avvio o la prosecuzione di un ulteriore procedimento finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative.

dell'area del regolamento della Commissione di applicazione dell'accordo di Schengen (di seguito CAAS)[344]. Il citato Trattato, malgrado l'attuale crisi legata al massiccio afflusso di migranti, che ne ha determinato la sospensione in molti Paesi, resta una fonte di grande rilievo per la regolamentazione del libero scambio tra i Paesi della zona UE. Si tratta di un sistema basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali e soprattutto sulla abolizione dei controlli alle frontiere, in cui, fra le altre disposizioni, risulta centrale la previsione di all'art. 54, che sancisce il principio del *ne bis in idem*.

Detto principio, come sopra accennato, connota tanto l'ordinamento interno, quanto quello internazionale: nell'accordo Schengen, esso viene declinato nella forma della doppia punibilità in concreto. Si stabilisce che una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Paese membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita.

In definitiva, l'articolo 54 della CAAS differisce, quanto al testo, dall'articolo 50 della Carta di Nizza, per il fatto di subordinare l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alla condizione di esecuzione[345].

[344] Trattato internazionale che regola l'apertura delle frontiere tra i paesi firmatari, è stato siglato inizialmente il 19 giugno 1990 da Benelux, Germania Ovest e Francia, in applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985, prevendendo la successiva adesione di Italia, Spagna e Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia e Svezia. L'Accordo e la Convenzione di Schengen, insieme a tutte le regole adottate sulla base dei due testi uniti agli accordi connessi formano l'*acquis* di Schengen, che dal 1999 è integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea in virtù di un protocollo allegato al trattato di Amsterdam.

[345] Come chiarito dalla Corte di Giustizia, nella causa C-129/14 (c.d. caso *Spasic*) Ne consegue che la condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta di Nizza, in quanto tale limitazione rientra nell'ambito delle spiegazioni relative alla Carta con riferimento a quest'ultimo articolo alle quali rinviano direttamente le summenzionate disposizioni degli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta. In ogni caso e

Infatti, la suddetta condizione risponde alla ragion pratica di garantire l'effettività delle sanzioni penali in area CAAS. Si vuole evitare che un soggetto, giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente, non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato quando il primo Paese di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta, restando così impunito[346].
Del resto, obiettivo della disposizione in parola è l'implementazione dello spazio di libertà giustizia e sicurezza, evitando che possano residuare lembi di impunità nello spazio europeo[347]. In questo senso, come esplicitato dalla Corte di Giustizia, l'art. 54 degli accordi di Schengen si pone come eccezione rispetto alla regola stabilita nell'art. 50 della Carta di Nizza, rientrando in quelle legittime limitazioni previste al comma secondo del successivo art. 52 della Carta.
Fatta questa ampia premessa, si comprende quali siano i profili di rilevanza del principio contenuto nell'art. 54 CAAS rispetto al reato sottoposto a condizione di punibilità, dal momenti che, postergando l'applicazione della sanzione in concreto, lascia un ampio margine per l'operatività della descritta clausola di esecuzione[348].

indipendentemente dai termini contenuti nelle spiegazioni relative al predetto Catalogo di valori con riferimento al suddetto articolo 50, la condizione di esecuzione, la quale subordina ad un requisito supplementare la protezione più ampia offerta da tale articolo 50, costituisce una limitazione del diritto sancito dal suddetto articolo, ai sensi dell'articolo 52 della Carta di Nizza.

[346] Cfr. in tal senso si è espressa la Corte di Giustizia della Comunità Europea nella causa C-288/05.

[347] Fa da paio la previsione contenuta nella decisione quadro 2008/909, che rende possibile l'esecuzione di una pena detentiva in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede il giudice che ha pronunciato tale condanna. Tale facoltà è subordinata al consenso della persona condannata nonché al fatto che lo Stato membro che ha pronunciato la condanna abbia acquisito la certezza che l'esecuzione della condanna da parte dello Stato di "destinazione" sortirà il duplice obiettivo di sanzionare il colpevole in vista di un suo reinserimento nel società.

[348] In una recente pronuncia, la corte di Cassazione fornisce chiarimenti sul modo d'intendere il MAE: il giudice di legittimità, nel respingere il ricorso presentato da un cittadino rumeno, che si opponeva all'esecuzione della sua consegna in Romania, sostenendo la violazione della disciplina della doppia punibilità, afferma la necessità d'interpretare in modo ampio il criterio dell doppia punibilità. Nel caso di specie, il reato contestato era la guida in stato di ebbrezza ed il ricorrente lamentava la diversità di accertamenti con etilometro tra i due Paesi, che, oltretutto, prevedono soglie diverse di rilevanza delle condotte. Pur riconoscendo la diversità, la Corte di Cassazione conferma la necessità di eseguire il mandato di arresto, concludendo nel senso della irrilevanza di dette discrasie, dovendosi, invece, guardare all'esistenza in sé del reato in ambo gli ordinamenti: cfr. Corte Cass. sent. 27.09.2016 n. 40254. A favore di un approccio flessibile della nozione di doppia incriminazione, cfr. Corte di Giustizia causa 289/15: in essa si afferma che, anche se in mancanza

Come già evidenziato, il meccanismo operativo delle c.o.p. risulta assimilabile a quello delle cause di non punibilità in senso stretto ovvero all'ulteriore istituto delle soglie di punibilità delle condotte.

L'importanza di una simile previsione si coglie ancor di più avendo riguardo ai reati sottoposti a soglia di punibilità, rispetto ai quali, a fronte di una condotta che acquista rilevanza penale e diventa punibile solo in caso di superamento del valore limite previsto dalla fattispecie, è ben possibile che il medesimo fatto risulti parimenti offensivo in altro Stato membro. Paese che, non prevedendo la soglia di punibilità o prevedendola in misura inferiore, in line teorica, potrà procedere all'irrogazione della sanzione malgrado l'esistenza di un ulteriore procedimento pendente per gli stessi fatti in altro luogo[349]. E ciò risulta a maggior ragione vero, laddove si considera che, nell'ordinamento nazionale, la gran parte dei reati

di corrispondenza tra le componenti del reato o identità di denominazione, detto requisito può ritenersi soddisfatto, dovendosi limitare i casi di non riconoscimento o di non esecuzione.

[349] Il settore degli illeciti tributari si pone oggi al centro di un ampio dibattito che, dalla tematica del doppio binario arriva al cuore dei rapporti tra ordinamenti, quello interno e quello europeo, come è accaduto con la vicenda Taricco, avente ad oggetto la disapplicazione del limite di durata massima della prescrizione nei reati di frode IVA. Tale soluzione sancita dalla Corte di Giustizia nella predetta causa, ha suscitato una viva reazione della giurisprudenza e della dottrina italiana, con la conseguente prospettazione dell'applicazione della dottrina dei contro-limiti. Le criticità appena sintetizzate sono state poste dalla Corte Costituzionale all'evidenza della Corte di Giustizia con l'ordinanza di rinvio n. 24/2017. Sulla nozione di frode grave nella giurisprudenza interna, cfr. Cassazione Penale, Sez. III, 14 marzo 2017, n. 12160. Particolarmente interessante risulta, sul tema, la questione pregiudiziale sollevata dal g.i.p. di Varese con ordinanza n. 588/16, avente ad oggetto la causa di non punibilità di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 (investita anche da una recentissima questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Treviso), ritenuta potenzialmente confliggente con il secondo corollario del principio di leale collaborazione, quello di efficacia-proporzionalità GIP di Varese. Sulla scorta del disposto dall'art. 4 della direttiva Mae, il criterio della doppia punibilità non osta all'esecuzione del mandato indeterminate materie fra cui si individuano tasse ed imposte, quindi il settore in cui, a livello interno, si fa il più ampio ricorso all'istituto delle soglie di punibilità. Sul caso Taricco e sulle sue ricadute interne ed internazionale, cfr., A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017. Per la Giurisprudenza della Corte di giustizia, v. Grande sezione, sentenza 8 settembre 2015 nella causa C-105-14 (Taricco I) e sentenza 5 dicembre 2017 nella causa C-42/17 (Taricco II); per la giurisprudenza interna: cfr., per tutti, Corte Cost., sent. 10 aprile 2018 (dep. 31 maggio 2018) n. 115, in *www.cortecostituzionale.it.*

sottoposti a soglia di punibilità attiene la materia tributaria, ed in particolare, l'omesso versamento delle ritenute IVA, settore in cui si sta registrando il fittissimo dialogo tra Corte di Giustizia e Corti interne, pronte ad attivare il rimedio dei contro-limiti.

In conclusione, l'istituto dell'estradizione e la clausola c.d. di esecuzione evidenziano quanto, anche a livello sovra nazionale, la punibilità assuma un ruolo fondamentale, fungendo da fondamento e limite, allo stesso tempo, tra i diversi ordinamenti interni. Le diversità strutturali che fisiologicamente connotano ciascuno di essi, trovano la loro sintesi nel momento del concreto esercizio del magistero punitivo, prerogativa con cui ciascuna Nazione manifesta la propria sovranità, sempre con il limite inviolabilità delle garanzie fondamentali dell'individuo e nella prospettiva di implementazione delle tutele, già prevista all'art. 2 Cost. e consacrata nell'art. 53 della Carta di Nizza.

Alle soglie di punibilità, alla loro natura ed ai loro rapporti con le condizioni obiettive di punibilità è dedicato il successivo capitolo.

CAPITOLO V

QUESTIONI ATTUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Condizioni di punibilità e soglie di punibilità a confronto: vecchi e nuovi dilemmi - 1.1. *Segue:* lo stato dell'arte delle soglie di punibilità nelle pronunce della giurisprudenza - 1.2. *Segue*: le soglie di punibilità e la disciplina dell'errore - 2. La sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta - 2.1. La sua ascrizione tra le condizioni obiettive di punibilità - 3 La dichiarazione di fallimento nel dibattito giurisprudenziale: a) la sentenza Corvetta - 3.1 *Segue: b)* la posizione della Corte di Cassazione nel caso Parmalat: più ombre che luci - 4. Le condizioni obiettive di punibilità estrinseche come garanzia dell'unitarietà del sistema dei reati di bancarotta: il ravvedimento della giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 13910/17 - 5. I progetti di riforma del codice penale: quale sorte per le condizioni obiettive di punibilità – 6. Considerazioni conclusive: la riscoperta delle condizioni obiettive di punibilità come crocevia tra esigenze di deflazione del sistema e razionalizzazione del ricorso alla tutela penale.

1. Condizioni di punibilità e soglie di punibilità a confronto: vecchi e nuovi dilemmi

È innegabile che le condizioni obiettive di punibilità, pur essendo un istituto che interessa un numero assai ristretto di fattispecie normative, continui oggi a suscitare un ampio e vivo interesse tra gli studiosi di diritto penale. Le ragioni di tanta attenzione evidentemente non risposano solo su quanto precedentemente detto in merito alla loro compatibilità con il principio di colpevolezza, ed in genere sulle criticità che potrebbero ravvisarsi rispetto ad altri principi di rango costituzionale, venendo, piuttosto, in rilievo la grande attualità dell'impiego normativo delle soglie di punibilità[350].

[350] Il tema delle soglie di punibilità è oggi al centro di un fitto dibattito dottrinale soprattutto in relazione alla natura giuridica da attribuire al suddetto istituto; in particolare, incerta è la relazione che intercorre con l'analogo fenomeno delle condizioni di punibilità, se sia possibile ravvisare tra essi un rapporto di *species ad genus* o piuttosto di estraneità, dovendosi qualificare le soglie quali elementi essenziali del reato. Sul punto si guardi quanto scritto in dottrina da M. ROMANO, *Osservazioni sul nuovo diritto penale tributario*, in *Dir. pen. trib*., 1983, p. 740 ss. A sostegno dell'assimilazione delle soglie alle c.o.p. cfr., fra tanti, A. PATRONO-B. TINTI, *Contravvenzioni e delitti tributari nella l. 7 agosto 1982 n. 52*, Torino, 1988, p. 10; E. MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. teor. dir. pen. ec*., 2000, p. 119 ss. e M. PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, in *Giur. Dir*., 2000, p. 14 ss. In senso opposto ad una simile ricostruzione si vedano i contributi di P. VENEZIANI, *L'art. 3 del D. Lgs. 74/2000*, in *Dir. proc. pen. trib.*, a cura di Caraccioli-Giarda-Lanzi, Padova, 2001, p. 159 ss. Per la giurisprudenza: si veda Cass. S.U., 13 dicembre 2000, n. 35, in *Cass. pen.* 2001, p. 2054 ss e più di recente: Cass. 11 novembre 2015, n. 6105, in CED Cass. n. 267203; Cass., sent. del 11 maggio 2017, n. 34362, in CED Cass. n. 270961 in merito alla natura costitutiva delle soglie di punibilità; Cass., 24 novembre 2015 n. 48843, in CED Cass. n. 265218 sulla compatibilità con la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis*.

Istituto ampiamente utilizzato dal legislatore in materia di diritto penale tributario, le soglie di punibilità, fungendo da spartiacque tra l'area delle condotte penalmente rilevanti da quelle irrilevanti, presentano una struttura ed un meccanismo di funzionamento che inevitabilmente finisce per assimilarle alle c.o.p. Da qui l'esigenza ampiamente avvertita dalla dottrina di investigare sull'istituto in esame nel tentativo di comprenderne la portata e le eventuali implicazioni, prevalentemente sotto il profilo della conformità alla dimensione della personalità della responsabilità penale, con il più generale fenomeno condizionale previsto dall'art. 44 c.p. Non sfugge, infatti, che le conseguenze della configurazione di simili valori quali condizione di punibilità piuttosto che elementi costitutivi ha notevoli ripercussioni non soltanto in termini di necessaria estensione dell'elemento psicologico e, dunque, della disciplina della scusabilità dell'errore, ma anche sotto il profilo della successione temporale delle leggi penali contenenti le soglie[351].

Per comprendere quali siano i termini della questione e prima di passare in rassegna i principali orientamenti ermeneutici emersi sulla natura giuridica dei suddetti limiti, è necessario precisare che, a differenza di quanto avviene in materia di c.o.p., il legislatore ha avuto cura di dare un'esplicita qualificazione delle soglie di punibilità specificando, nella Relazione di accompagnamento al D. lgs. n. 74/2000, che esse sono «da considerarsi alla stregua di elementi costitutivi del reato e, in quanto tali debbono essere investite dal dolo».

[351] Come evidenziato già nella parte iniziale della trattazione, la differenza tra elementi costitutivi e condizioni di punibilità si apprezza prevalentemente sul piano del regime soggettivo, soggezione ai criteri d'imputazione soggettiva ed applicabilità della disciplina dell'errore, e sotto il profilo della successione della legge penale del tempo. Tali questioni sono state di recente risolte dalla giurisprudenza, che, inserendosi in un solco ben definito, ha affermato la natura costitutiva delle soglie e la configurazione di un'*abolitio criminis* nel caso di mutamento quantitativo del valore soglia. Sui temi accennati si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Tuttavia, questa "interpretazione autentica" non è servita a ricondurre ad unità le molteplici e variegate posizioni dottrinali formatesi circa la natura giuridica del fenomeno in questione.

Ormai priva di seguito si rivela la tesi che qualificava le soglie di punibilità come presupposti del reato: tale assimilazione garantirebbe la rispondenza al regime soggettivo sopra indicato, data la natura di elementi costitutivi dei presupposti del reato[352]. Tuttavia, la principale obiezione mossa a tale ricostruzione è di carattere logico dal momento che così ragionando si compirebbe l'inaccettabile inversione logica di costruire come necessari antecedenti del reato elementi che, piuttosto, sembrano rilevare in un momento successivo al fatto, al punto da potersi ritenere eventi del reato stesso. Del resto, richiamando i principi dettati in tema di interpretazione, non può tacersi il riferimento, contenuto già nella denominazione dell'istituto, alla punibilità, fase che si colloca dopo

[352] Per una disamina delle diverse ricostruzioni della nozione di presupposto di reato, v., per tutti, A. PAGLIARO, *Il reato* cit., p. 229 ss. Sulla relazione tra presupposti del reato e soglie di punibilità, cfr. D. FALCINELLI, *Il tempo del reato* cit., p. 37 ss. La ricostruzione delle soglie come presupposti del reato ebbe una modesta diffusione durante la vigenza della legge n. 429/82, come modificata dalla successiva legge n. 516/82 - che però facevano riferimento unicamente all'imponibile sottratto - per poi essere in seguito definitivamente abbandonata a vantaggio della ricostruzione in termini di condizioni di punibilità ovvero elementi costitutivi. In dottrina la tesi dell'identità tra soglie di punibilità e presupposti del reato è stata sostenuta inizialmente da L. STORTONI, *La nuova disciplina dei reati tributari*, in *Giur. Comm*., 1983, vol. I, p. 388 ss. e da A. TRAVERSI – S. GENNAI, *I nuovi reati tributari*, Milano, 2000, p. 126 ss. Precisamente, simile orientamento emerge immediatamente dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1982, n. 516 (c.d. manette agli evasori) in cui viene frustata l'aspettativa di una prima definizione di soglie di punibilità, prevedendo solamente all'art. 1 lett. g che nel novero delle soglie di punibilità, vengono inclusi anche i crediti non spettanti indicati in dichiarazione. Tuttavia, dal momento che la logica della norma sarebbe dunque quella di passare dalla punizione delle violazioni prodromiche all'evasione (comportamenti che lasciano presagire ad intenti evasivi) alla punizione dei soli comportamenti che sfociano effettivamente in evasione d'imposta, al centro della quale ci sono le dichiarazioni, già allora emergeva il contrasto con una costruzione delle soglie come presupposti della condotta. Il fatto che comunque si trattasse di elemento essenziale si comprendeva dalla previsione contenuta nell'art. 8 ai sensi del quale doveva escludersi la punibilità per un reato tributario nel caso in cui la violazione dipenda da errore sulle norme che disciplinano le imposte sui redditi e sull'imposta sul valore aggiunto a causa del quale l'agente abbia tenuto il comportamento vietato.

l'accertamento dell'esistenza dell'illecito penale e che, di solito, attiene al concreto esercizio dello *ius puniendi* da parte dell'ordinamento[353].

Proprio sulla ricostruzione delle soglie di punibilità in termini di evento del reato si fonda il primo degli orientamenti dottrinali rilevanti e su cui è indispensabile soffermarsi – soprattutto data l'aderenza all'orientamento qualificatore espresso dal legislatore nella Relazione succitata – per verificarne la bontà e metterne in rilievo gli eventuali aspetti poco persuasivi[354].

Iniziando dalla rassegna delle argomentazioni a sostegno della natura "costitutiva" delle soglie di punibilità, va segnalata la tendenza a riconoscere l'imprescindibilità di queste ultime nel tracciare il nucleo di disvalore della condotta per cui «l'entità dell'[infrazione], punto di focalizzazione della lesione giuridicamente rilevante, struttura *ab imis* l'offesa»[355]. L'afferenza delle soglie di punibilità alla offensività, stando alla ricostruzione sostenuta dall'orientamento appena citato, conduce all'ulteriore conseguenza che, il superamento dei valori fissati dal legislatore andrebbe ad integrare il diretto risultato dell'azione compiuta e voluta dal soggetto attivo e da ciò discenderebbe la necessità che essi siano coperti dal dolo[356]. Pertanto, i reati sottoposti a soglie

---

[353] Cfr., sul tema, Cap. 3.

[354] Assodata l'inammissibilità della ricostruzione delle soglie in chiave di presupposti della condotta, gli orientamenti più accreditati circa la natura giuridica delle soglie di punibilità sono riducibili a due: da un lato quanti affermano che si è in presenza di elementi essenziali del reato (precisamente di eventi del reato), dall'altro quanti ne attribuiscono l'essenza di condizioni di punibilità. Focalizzando dapprima l'attenzione sulla tesi menzionata in apertura, essa è fortemente sostenuta da P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 159 ss., sulla base di argomentazioni che si avrà modo di analizzare nel prosieguo della trattazione.

[355] Così D. FALCINELLI, voce "*Punibilità (soglie di)*", in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2005, p. 1259.

[356] Precisamente, è ampiamente condivisa la tendenza a ravvisare nelle soglie di punibilità l'evento del reato. Tralasciando per il momento i profili relativi al modo in cui tali "eventi" debbano essere intesi (se in senso naturalistico, quali conseguenza della condotta, o piuttosto in senso prettamente giuridico), bisogna sottolineare che la conseguenza dell'adesione ad una simile ricostruzione ha come corollario la riconducibilità dei suddetti elementi all'agente e la necessità che essi siano attribuiti quantomeno a titolo di colpa, se non di dolo. Per la precisione, passando all'analisi delle principali ipotesi di reato dotate di soglie di punibilità - si guardino a titolo esemplificativo gli artt. 2 ss. del d. lgs. 10 marzo 2000 n.74 che sanzionano rispettivamente

di punibilità si atteggerebbero a reati di evento e di danno patrimoniale, che ai fini della consumazione richiedono l'avvenuto superamento di tali valori con due conseguenze ulteriori, apprezzabili sia sul piano dell'individuazione del bene giuridico, sia sul piano della rilevanza, in termini di scusabilità, dell'errore che ricada sull'elemento relativo alla punibilità.

A titolo esemplificativo, prendendo in esame la fattispecie di reato rappresentata dalla omessa dichiarazione, *ex* art. 5 del d. lgs. n. 74 del 2000, come modificato dal D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 158**,** si avrebbe che le soglie di punibilità ivi previste concorrerebbero a integrare il disvalore del fatto, selezionando le condotte che risultino concretamente offensive, conformemente ai principi di frammentarietà e determinatezza che connotano le norme penali. In effetti nell'introduzione dei valori limite e nella previsione dell'elemento di dolo specifico di evasione consisterebbero gli elementi di novità rispetto alla previgente contravvenzione di omessa dichiarazione prevista dal d. lgs. 516 del 1982 e poi abrogata dal summenzionato decreto del 2001[357].

---

le diverse tipologie di dichiarazione fraudolenta, la dichiarazione infedele e l'omessa dichiarazione, tutte ipotesi di reato la cui configurazione richiede il superamento di valori soglia; si nota che per la sussistenza dei reati di evasione è necessario che il soggetto attivo agisca con il fine specifico di evadere le imposte sui redditi (IRE/IRES) ovvero l'imposta sul valore aggiunto (IVA). Così G. RISPOLI- C. BUSATO, in *Reati tributari. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, p. 3 ss. Sul punto si veda quanto sostenuto da F. ANTOLISEI, in *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2008, p. 231 ss.

[357] Oggetto di ampia analisi della dottrina e molteplici pronunce della giurisprudenza è stata la vicenda relativa ai rapporti tra la contravvenzione di omessa dichiarazione prevista dal d. lgs. 516 del 1982 e l'apparentemente affine previsione del reato di cui all'art. 5 del d. lgs. 74 del 2000: nello specifico, il punto nodale della questione consisteva nel chiarire se le suddette fattispecie si ponessero in continuità reciproca o se piuttosto ci si trovasse innanzi ad un caso di *abolitio criminis*. A dare soluzione al problema è intervenuta la Corte di Cassazione, che a Sezione Unite con sentenza 15 gennaio 2001, n. 35, precisando che a differenza del previgente reato contravvenzionale (*ex* art. 1 d. lgs. 516/1982), il nuovo delitto di omessa dichiarazione (ex art. 5 d. lgs. 74/2000 ndr.) prevede il dolo specifico dell'evasione dell'imposta nell'ammontare stabilito dalla legge, che deve formare oggetto di contestazione specifica. Ciò impedisce la possibilità di valutare a posteriori se il fatto, già integrante una contravvenzione punibile sia a titolo di colpa che di dolo, sia stato posto in essere allo scopo di perseguire un risultato di evasione, non potendosi attribuire rilevanza ad un elemento costitutivo del reato non previsto dalla originaria fattispecie. Ciò posto, è impraticabile l'orientamento giurisprudenziale che sostiene la continuità tra le due fattispecie, considerato che detta continuità concerne ipotesi di

Ed infatti, i profili di diversità tra fattispecie normative appena citate risiederebbe anzitutto nel mutato atteggiamento del legislatore che con il D. Lgs. del 2000 avrebbe rinunciato a sanzionare condotte prodromiche rispetto all'evasione ricorrendo al modello del danno rispetto al precedente paradigma di pericolo (rispetto alla lesione del bene finale), introducendo una normativa che si caratterizza per essere incentrata sull'evasione come momento di disvalore penale[358].

Come più volte sottolineato in precedenza, affermare che un elemento sia essenziale nella struttura di un reato comporta rilevanti conseguenze, soprattutto, sulla compatibilità (*recte*: applicabilità) della disciplina dell'errore: la divergenza tra il voluto e il realizzato che cada sul quanto previsto dai valori di soglia comporta la sua eventuale scusabilità e, dunque, l'esclusione del dolo.

A soluzioni evidentemente antitetiche si arriverebbe aderendo all'orientamento volto ad attrarre le soglie di punibilità nell'orbita dell'art. 44 c.p.[359]. Al pari degli

---

passaggio da una norma speciale a una norma generale ove quest'ultima comprenda il contenuto tipico della precedente, ma non l'ipotesi contraria costituita dal passaggio, come nel caso in esame, da una norma generale ad una norma speciale che introduce elementi nuovi caratterizzanti non previsti dalla norma previgente. Quanto espresso in motivazione, dunque, costituirebbe conferma ulteriore della natura delle soglie quali elementi costitutivi del reato e pertanto idonei ad incidere sul fatto di reato tanto da determinarne una nuova fattispecie, e dunque una nuova incriminazione. Di recente, con il decreto legislativo n. 158 del 24.09.2015, il legislatore è intervenuto a riformare la disciplina degli illeciti tributari, specialmente delle fattispecie di cui all'art. 3, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, dichiarazione infedele ed omessa dichiarazione, innalzando le rispettive soglie di punibilità da cinquantamila a centocinquantamila. Per una completa disamina del sistema sanzionatorio tributario si veda AA. VV., *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, in *Trattato Teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017.

[358] Così P. VENEZIANI, *op. cit*., pp. 168-169. L'analisi condotta dall'A. circa la diversa impostazione che ha ispirato rispettivamente i decreti del 1982 e del 2000 presuppone anzitutto una diversità di atteggiamento rispetto al bene giuridico tutelando: le fattispecie di cui al d. lgs. 516 dell'82 – quali fattispecie di pericolo – non comportano di per sé la lesione del bene finale, da identificare nell'interesse dello Stato alla percezione del tributo, come avviene per i reati tipizzati nel D. Lgs. 74 del 2000 quali reati di danno. In questi ultimi, infatti, tramite il superamento delle soglie di punibilità comportamenti in sé non sufficientemente significativi in termini di disvalore o non abbastanza lesivi in rapporto al bene giuridico finale divengono meritevoli di quella severa pena prevista: così A. LANZI, *La riforma del falso in bilanci: la nuova frontiera del diritto penale societario* in *Le società*, 2002, p. 269.

[359] In contrasto con quanto espresso nella Relazione governativa di accompagnamento al decreto n. 74/2004, parte della dottrina suffragata da non sporadiche pronunce giurisprudenziali assegna

elementi condizionali, anche le soglie, si collocherebbero all'esterno del fatto, incapaci di incidere sul disvalore del reato ed indipendenti dalla condotta dell'agente. Il reato, dunque, si realizzerebbe a prescindere dal raggiungimento del valore limite e pertanto le soglie si tradurrebbero in mere ragioni di opportunità che rilevano solo al momento dell'irrogazione della pena, al fine di selezionare le condotte che siano effettivamente offensive.

Da ciò discenderebbe non solo la configurabilità dei reati con soglie di punibilità quali reati di pericolo e non di evento, ma, soprattutto, la non applicabilità della rispettiva disciplina in caso di errore sulle soglie di punibilità, sul presupposto che esse non debbano essere oggetto di rappresentazione e volontà da parte dell'agente[360].

Pur ribadendo l'esplicita presa di posizione del legislatore sulla natura delle soglie, non pare superfluo – anche per i contrasti dottrinali esistenti ancora sul punto – riflettere sulla bontà della loro costruzione in termini di elementi essenziali o condizioni di punibilità. Per tentare di fornire una risposta a tale quesito preliminarmente è opportuno chiarire quale siano la natura e la funzione da attribuire alle soglie di punibilità nelle diverse fattispecie; guardando al dato

alle soglie di punibilità la valenza di condizione obiettiva di punibilità dal momento che esse risultano esterne agli elementi costitutivi del fatto criminoso, e quindi, non oggetto della colpevolezza, non sussistendo la necessità di inserire nell'elemento psicologico la coscienza e la volontà di superare dette soglie; così Cass. sez. III, sent. 3 luglio 2000, n. 7589, in *Cass. pen.*, 2000, p. 7589. Malgrado l'intervento a sezioni unite della corte di Cassazione – evidentemente successivo alla pronuncia appena citata – l'orientamento qui esposto continua ad essere condiviso. Sul punto si veda il contributo di L. CERQUA, *Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità dei delitti in materia di dichiarazione*, in *Il Fisco*, 2001, p. 8961.

[360] Naturalmente esclusione del dolo e inescusabilità dell'errore dell'agente hanno fondamento a condizione di ammettere l'esistenza delle sole c.o.p. "estrinseche". Laddove si attribuisse alle soglie di punibilità natura di condizioni intrinseche, infatti, permarrebbe il problema della loro imputabilità "psichica" all'agente. Nel senso appena descritto va la ricostruzione proposta da G. SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 131 ss.; a fondare una simile soluzione, secondo il suddetto A., starebbero la natura valutativa tipica delle soglie di punibilità e l'intrinseca vicinanza più alla colpa che al dolo.

positivo emerge che le soglie sono costruite come valori numerici percentuali che devono congiuntamente ricorrere perché il reato possa integrarsi[361].

Facendo solo un breve cenno quella parte della dottrina che solleva dubbi sulla stessa ammissibilità che eventi del reato siano identificabili come dati numerici (precisamente percentuali), occorre comunque evidenziare come la costruzione delle soglie di punibilità quali elementi essenziali del reato non convinca pienamente per molteplici ordini di motivi, sussistendo molteplici punti di contatto rispetto all'istituto di cui all'art. 44 c.p.[362].

Anzitutto, valorizzando il profilo puramente "strutturale" del complesso delle disposizioni che prevedono le soglie di punibilità, in linea di massima, è possibile ravvisare una particolare accuratezza da parte del legislatore nella loro costruzione, sia dal punto di vista della condotta, sia da quello dell'elemento

[361] Tanto nell'art. 3 quanto nell'art. 4 del d. lgs. 74/2000 si richiede il superamento congiunto delle suddette soglie di punibilità: a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque, è superiore a euro un milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, è superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila. Significativa, invece, è stata la recente decisione del legislatore di espungere le soglie di punibilità dalla fattispecie di false comunicazioni sociali, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. Diversamente, si è assistito all'introduzione della soglia di 10.000 euro annui nel reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali, ai sensi dell'art. dell'art. 2, co. 1-*bis* della legge n. 638/1983. In relazione a quest'ultima fattispecie, occorre differenziare le due diverse ipotesi, rilevanti come illecito penale ed amministrativo, a seconda che il versamento omesso risulti superiore ovvero inferiore a 10.000 euro: scelta che cela non poche perplessità dal momento che la criminalizzazione delle condotte, a livello penale o amministrativo, dovrebbe rispondere ad esigenze di razionalità. Sul punto, a titolo esemplificativo, può richiamarsi la recente sentenza della Corte Costituzionale in tema di illeciti ambientali, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 181comma 1-*bis* del T.U. ambiente. Significativa è la motivazione addotta dal Giudice delle legge per motivare la declaratoria: «si è dunque in presenza di una legislazione ondivaga, non giustificata né da sopravvenienze fattuali né dal mutare degli indirizzi culturali di fondo della normativa in materia; e già questo è sintomo di irragionevolezza della disciplina attuale. Tale irragionevolezza è resa poi manifesta dalla rilevantissima disparità tanto nella configurazione dei reati (nell'un caso delitto, nell'altro contravvenzione), quanto nel trattamento sanzionatorio, in relazione sia alla entità della pena che alla disciplina delle cause di non punibilità ed estinzione del reato».

[362] In dottrina simili dubbi sono stati avanzati da G. SALCUNI, *op. cit*., p. 153. Precisamente l'A. nota la dissonanza tra la natura dell'evento dei reati quale complemento oggetto di predicato riferibile all'agente soggettivamente e l'estraneità alla condotta dei valori percentuali; da qui anche la difficoltà di richiedere che simili dati siano oggetto di volizione e rappresentazione da parte dell'agente.

soggettivo. Un'attenzione alla tipizzazione che si traduce nella minuziosa descrizione delle modalità di lesione del bene, che pare lasciare sullo sfondo l'indicazione quantitativa dello scostamento tributario.

A titolo esemplificativo può richiamarsi la fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici *ex* art. 3 del d. lgs. 74/2000 che, ai fini dell'integrazione dell'illecito, a seguito dell'intervento di riforma, richiede non solo la rappresentazione non veritiera dei fatti, ma esige che essa risulti particolarmente insidiosa, consistendo in operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, quindi tale da rendere quanto mai difficile la fase di accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria o comunque tale da sostenere con l'inganno i dati indicati nella dichiarazione. A ciò si aggiunge la necessità di un elemento soggettivo complesso, dato dal dolo generico che sorregge la condotta sopra descritta e dal un dolo specifico di evasione.

Considerata la rigorosa struttura oggettiva del predetto reato, accompagnata dalla caratterizzazione dell'elemento soggettivo, richiedere inoltre non solo il superamento delle soglie di punibilità, ma che esso avvenga in modo cosciente e volontario, risulterebbe probabilmente eccessivo e difficilmente sostenibile dal momento che, così facendo, si arriverebbe a far dipendere da meri indicatori numerici l'esistenza/inesistenza del reato e si rischierebbe di ridurre notevolmente l'operatività delle disposizioni sottoposte a soglia[363].

[363] Critiche sull'irragionevolezza di subordinare l'esistenza del reato al superamento di limiti quantitativi sono stati avanzate da quanti, specialmente in materia societaria ed in relazione all'art. 2621 c.c., prima della recente riforma, rilevavano l'assoluta arbitrarietà di limiti espressi in termini relativi e per ciò capaci di generare riflessi perversi proporzionalmente crescenti all'ingrandirsi delle dimensioni imprenditoriali; in breve una fascia di impunità disegnata sulla base della redditualità dell'ente; così D. FALCINELLI, *op. cit.*, p. 12639. Sul punto si guardino

Si potrebbe obiettare a quest'ultima affermazione che essa non tiene conto della eminente esigenza di *favor rei* che suggerirebbe al legislatore di adottare le scelte legislative più favorevoli al reo: la presenza di soglie da imputare soggettivamente concorrerebbe a restringere l'area della punibilità. Tuttavia ciò sarebbe vero solo in parte; rivolgendo lo sguardo ad altra fattispecie ci si accorge che la *ratio* di favore è più apparente che reale.

A titolo esemplificativo, prendendo in esame l'art. 2621 c.c. in tema di false comunicazioni sociali nella previgente formulazione, accanto ed in aggiunta alle soglie quantitative percentuali, il citato articolo prevedeva l'operatività di un indice di carattere qualitativo rappresentato dalla "sensibilità" dell'alterazione della documentazione e delle altre comunicazioni sociali, idonea ad estendere l'area del penalmente rilevante e fondare un giudizio di colpevolezza della condotta dell'agente che comporti l'irrogazione delle misure sanzionatorie, contravvenendo così alla ratio di favore che animerebbe la fattispecie.

Ai fini di una corretta valutazione della funzione delle soglie all'interno della fattispecie normativa non si può prescindere dalla disamina dei rapporti del suddetto elemento con il bene giuridico: evidentemente essenziale è quel dato che compone o contribuisce a comporre il disvalore della norma. Sul punto, richiamando il ragionamento sviluppato dalla Corte Costituzionale in riferimento all'espressione misura rilevante contenuta nell'ormai abrogato decreto 516/82 (oggi sostituito dal d. lgs. 74/2000), il dato quantitativo delle soglie sembrerebbe più atteggiarsi ad un *quid pluris* attraverso il quale il

gli approfondimenti condotti da S. SEMINARA *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Diritto Penale e Processo*, 2002, pag. 681 ss.. Orientato a rinvenire nel parametro qualitativo un criterio extralegale di ragionevolezza messo a disposizione del giudice è D. PULITANO', *False comunicazioni sociali*, in AA. VV. *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p.159 ss.

legislatore seleziona l'ambito delle frodi punibili, lasciando che il contenuto offensivo del fatto risieda interamente nella carica negativa intrinseca alla condotta, puntualmente descritta[364].

Già il confronto tra le fattispecie tipizzate dal testo normativo del 2000 – precisamente dalla comparazione tra gli artt. 2 e 3 – indurrebbe a rigettare l'idea delle soglie come elementi essenziali: il legislatore nel costruire il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, prevista dall'art. 2 del d. lgs 74/2000, non prevede alcun elemento quantitativo da affiancare al disvalore della condotta, incentrata sull'indicazione di elementi passivi fittizi nelle dichiarazioni dei redditi o IVA, e ciò non fa tuttavia dubitare dell'offensività della fattispecie.

Senza considerare che, considerando le soglie alla stregua di elementi essenziali, risulterebbe poco comprensibile che dalle predette si faccia dipendere il disvalore delle condotta prevista dall' art. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante

[364] Nella sentenza del 15 maggio 1989 n. 247, la Corte Costituzionale, con riguardo alla questione di legittimità sollevata con riguardo all'eventuale violazione dei principi di sufficiente determinatezza e tassatività dell'art. 4 d. lgs. 516/82 (fattispecie ormai "storica data l'abrogazione ad opera del d. lgs. 74/2000), ebbe modo di precisare: «vanno qui proposte alcune osservazioni, dalle quali s'evince che la predetta "misura rilevante" non è, per sé, giuridicamente configurabile quale momento del contenuto d'un elemento costitutivo del reato: essa, infatti, non solo non fa parte del dolo (e ciò sarebbe già sufficiente per non poterla configurare quale parte del contenuto d'un elemento costitutivo del delitto in esame) ma neppure fonda, e tantomeno esaurisce, il contenuto offensivo del fatto: tal contenuto risulta, infatti, già tipicamente individuato attraverso il disvalore della condotta e dell'evento (per chi lo configuri) a prescindere dalla "misura rilevante" dell'alterazione della dichiarazione. Tutto sta a ben individuare il puntuale contenuto di disvalore della condotta del delitto in esame ed a non far gravitare, assurdamente, sulla "misura rilevante" dell'alterazione tutto o gran parte del contenuto offensivo del fatto››. Vero è che l'introduzione del decreto del 2000 ha comportato una chiara presa di posizione del legislatore circa la configurazione dei reati in materia di dichiarazione quali fattispecie di danno e non più di pericolo – come previsto sotto vigenza del decreto c.d. "manette agli evasori"- ma, sembrerebbe comunque eccessivo far dipendere il suddetto intento dalla mutata funzione delle soglie e non piuttosto dalla maggiore precisione e puntualità della condotta offensiva. Come sostenuto dalla Corte nella sentenza summenzionata ‹‹il contenuto offensivo del fatto [dovrebbe] risulta[re], infatti, già tipicamente individuato attraverso il disvalore della condotta e dell'evento (per chi lo configuri) a prescindere dalla misura rilevante dell'alterazione della dichiarazione. Tutto sta a ben individuare il puntuale contenuto di disvalore della condotta del delitto in esame ed a non far gravitare, assurdamente, sulla misura rilevante dell'alterazione tutto o gran parte del contenuto offensivo del fatto».

altri artifici) che, per definizione legislativa costituisce ipotesi meno grave della precedente, operante solo - come dimostra la clausola di riserva - fuori dei casi previsti dall'articolo 2. Maggiormente aderente alla finalità di elemento discretivo della diversa "gravità" delle fattispecie, nonché filtro selettivo delle condotte con la finalità di restringere l'area della punibilità potrebbe, invece, essere la soluzione che ravvisi nei dati quantitativi delle condizioni di punibilità che incidano sull'operatività delle pena lasciando intatta l'offensività della condotta.

Un'ultima riflessione, utile ai fini dell'inquadramento delle soglie di punibilità e, più in generale, ai fini di una corretta comprensione delle fattispecie tributarie in esame, merita la previsione del dolo di evasione che caratterizza le attuali fattispecie in materia di dichiarazione[365].

Non può sicuramente tacersi la difficoltà di conciliare il dolo specifico - che l'agente dovrà perseguire ma non necessariamente realizzare - con un elemento che, se ritenuto essenziale, non potrà che sussistere, dovendo quindi essere realizzato[366].

---

[365] Si è avuto precedentemente modo di sottolineare che tra le novità principali introdotte dal decreto del 2000 va segnalata sicuramente l'introduzione del dolo specifico ai fini della realizzazione delle fattispecie di reato; infatti nell'art 2 così come nelle successive disposizioni del suddetto decreto compare la formula al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Una rigida interpretazione naturalmente comporterebbe che i reati di dichiarazione non verrebbero ad integrarsi laddove l'agente agisse per un fine diverso da quello di evasione, ovvero laddove agisse per evadere un tributo diverso da quello previsto o ancora per consentire l'evasione a terzi. Le maggiori perplessità, ad ogni modo, ineriscono la compatibilità del dolo specifico con le soglie di punibilità; infatti, come sottolineato trasversalmente dalla dottrina «non si spiega come mai sia stato previsto quale oggetto di dolo specifico un elemento essenziale della fattispecie che, ai fini della punibilità, è necessario che si realizzi»: così G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 131 ss.

[366] Le aporie a cui dà luogo la previsione del dolo specifico di evasione e le conseguenze sulla qualificazione delle soglie di punibilità sono tanto evidenti da indurre parte della dottrina ad affermare che l'elemento soggettivo in questione sia un «dolo solo apparentemente specifico; per via della particolare tecnica di formulazione della fattispecie […]. La locuzione in realtà comporta la pratica conseguenza di restringere la rilevanza del dolo alla sola forma intenzionale (in rapporto all'evento occorre che materialmente vi sia l'imposta evasa)»: così P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 170.

I rilievi appena compiuti – oltreché esigenze di conformità rispetto al dettato normativo – sembrerebbero ancora una volta scoraggiare l'assimilazione delle soglie di punibilità alle condizioni di punibilità in favore, per l'appunto, della soluzione condizionale; simile conclusione sarebbe suffragata anzitutto dal fatto che non vi è alcun legame causale diretto tra la condotta (consistente nella presentazione della dichiarazione) e la soglia (che quantifica il tributo non versato). Ed inoltre, la configurazione dell'evasione quale evento del reato, tenuto presente che il pagamento dell'imposta di solito è cronologicamente anteriore alla presentazione della dichiarazione, porterebbe ad anteporre l'evento alla condotta da cui invece dovrebbe originare[367].

Prima di trarre le dovute conclusioni sul tema, è opportuno dar conto di una terza via interpretativa del fenomeno delle soglie di punibilità.

Qualificando le soglie non come componente del fatto ma semplice elemento tipizzato dalla fattispecie e da questo estraibile, quindi figura intermedia non assimilabile agli *essentialia delicti* e pur tuttavia non collocabili all'esterno del reato, parte della dottrina ha finito per ravvisare nei valori soglia degli strumenti di specificazione della descrizione generica di un elemento o di un settore della fattispecie[368].

[367] Tale conclusione in dottrina è sostenuta, fra gli altri, da G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 1. L'A. citato, infatti, è dell'avviso che il superamento delle soglie non implichi la lesione effettiva ed irreversibile del bene giuridico – essendo comunque necessario che il superamento sia portato ad evidenza dall'accertamento del Fisco – ma, piuttosto, esso sia necessario ad evidenziare tra quelle condotte tutte offensive (meritevoli di pena), quelle che sono davvero bisognose di pena.

[368] Così D. FALCINELLI, *op. cit.*, p. 1275. L'A. precisa, infatti che le soglie di cui si discute, in quanto elementi normativi giuridici definitori, palesano così da un lato un'identità descrittiva numerica, il cui significato può essere compreso con immediatezza, senza chiamare direttamente in causa il senso del divieto penale, ovvero indipendentemente dalla *ratio legis* della disposizione in cui risultano concretamente contenute. D'altro lato a questa essenza se ne affianca una peculiarmente giuridica. Consistono in affermazioni legali che estraggono dalla realtà economica o scientifica un certo frammento, rendendolo rilevante ed operante nel mondo del diritto ai sensi della norma penale senza attendere la mediazione dell'interprete.

Aderire alla suddetta ricostruzione consentirebbe non soltanto di conferire al fatto il tipico spessore oggettivo – necessario ai fini del pieno rispetto del principio di offensività - ma, soprattutto, garantirebbe la convivenza delle soglie con il dolo specifico: all'agente non si richiederebbe «che esse siano percepite nella loro esatta rappresentazione tecnica, quale potrebbe essere quella del chierico […] essendo piuttosto sufficiente che l'agente si prefiguri, ad esempio, un'evasione nel senso di divergenza tra il dichiarato e il dovuto e a tanto finalizzi il proprio comportamento»[369].

Detta tesi, sebbene animata dalla necessità di mediare rispetto alle estreme ricostruzioni delle soglie quali elementi essenziali ovvero condizioni di punibilità, finisce per ricostruire le predette come un *tertium genus* - al pari di come si è verificato in relazione alla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta – difficilmente inquadrabile nelle tradizionali categorie giuridiche con notevoli difficoltà nella individuazione del regime che le regolamenta. Senza considerare le eventuali implicazioni causali rispetto all'agente, le principali difficoltà si possono apprezzare sul terreno dell'elemento soggettivo, quindi delle difficoltà relative al suo accertamento, e soprattutto su quello della disciplina dell'errore, come si vedrà nel prosieguo.

1.1 *Segue:* lo stato dell'arte delle soglie di punibilità nelle pronunce della giurisprudenza

Malgrado la soluzione sopra proposta occorre dar conto che principale e maggioritaria rimane la ricostruzione delle soglie come elementi costitutivi,

[369] Così G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, I, *Lineamenti generali*, Napoli, 1965, p. 130 ss.

come si evince dalla soluzione offerta dalla giurisprudenza a molteplici questioni sorte in relazione all'istituto in esame.

Ed infatti, l'adesione alla configurazione delle soglie quali elementi essenziali reca con sé notevoli ripercussioni in ordine al fenomeno della successione di leggi nel tempo nel caso di modifica apportata al valore soglia, al titolo di assoluzione nel caso di condotte sotto soglia ed infine alla applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* ai reati sottoposti a soglia[370].

Iniziando dal primo profilo d'interesse, occorre comprendere la rilevanza, ai sensi dell'art. 2 c.p., assunta da eventuali vicende modificative delle soglie di punibilità: sia nel caso della loro espunzione, sia in quello della loro introduzione in una fattispecie già esistente.

Come noto, l'art. 2 c.p. disciplina nel dettaglio il fenomeno della successione della legge penale nel tempo, prevendo al comma primo il divieto di retroattività della fattispecie incriminatrici ed ai commi secondo e terzo il principio della retroattività della *lex mitior*, vale a dire la retroazione del trattamento di favore, tanto nel caso di abolizione di precedente incriminazione, quanto in quello di mera modifica del trattamento sanzionatorio[371].

---

[370] Di recente, il legislatore è intervenuto ampliando il novero dei reati sottoposti a soglia con l'introduzione della soglia di 10.000 euro annui, di cui al d. lgs. n. 8 del 2016. Come precisato dalla giurisprudenza, intervenuta sul punto, il legislatore così intervenendo non si è limitato semplicemente ad introdurre un limite di "non punibilità" ma ha configurato tale superamento, strettamente collegato al periodo temporale dell'anno, quale vero e proprio elemento caratterizzante il disvalore di offensività che viene a segnare, tra l'altro, il momento consumativo dello stesso. Ricorre, in realtà dunque, a ben vedere, alla stessa stregua di altre figure criminose (come, ad esempio, le fattispecie di corruzione o di usura), una fattispecie caratterizzata dalla progressione criminosa nel cui ambito, una volta superato il limite di legge, le ulteriori omissioni nel corso del medesimo anno si atteggiano a momenti esecutivi di un reato unitario a consumazione prolungata la cui definitiva cessazione viene a coincidere con la scadenza prevista dalla legge per il versamento dell'ultima mensilità, ovvero, come noto, con il termine del 16 del mese di gennaio dell'anno successivo: così Cass., sent. 4 settembre 2017 n. 39882.

[371] Cfr. quanto ampiamente descritto nel capitolo IV, § 1

Ricostruendo le soglie di punibilità come elementi essenziali di fattispecie, aderendo così alla tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, dovrebbe desumersi l'impossibilità di far retroagire gli effetti di una disposizione incriminatrice da cui siano state espunte le soglie di punibilità. La presenza di queste ultime all'interno della norme assicura la creazione di uno spazio di irrilevanza penale delle condotte, sicché l'eventuale rimozione dalla disposizione produrrebbe il sicuro effetto di ampliare l'area di disvalore delle condotte, ricomprendendo violazioni di qualsivoglia entità. Sebbene non si registrano pronunce di legittimità che cristallizzino l'assunto, esso risulta facilmente dimostrabile ricorrendo ad argomentazioni contrarie.

Precisamente, numerosi appaiono i casi in cui la giurisprudenza ha chiarito gli effetti, sul piano della sussistenza dell'illecito, dell'introduzione della soglia di punibilità all'interno di una data fattispecie: detta modifica, comportando una rilevante riduzione della sfera di rilevanza delle condotte, espungendo quelle "sotto-soglia", si tradurrebbe in un'ipotesi di *abolitio crimisis*, sebbene parziale, rilevante ai sensi del secondo comma dell'art. 2 c.p.[372]. Tale conclusione è stata ampiamente affermata e ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2004, anno di introduzione delle soglie di punibilità nella fattispecie, invero

[372] In tema di reati societari, la nuova formulazione delle norme che prevedono i delitti di false comunicazioni sociali (articoli 2621 e 2622 cod. civ.) ad opera dell'art. 1 del D.Lgs. n. 61 del 2002 non ha determinato l'abolizione totale dei reati precedentemente contemplati ma una successione di leggi con effetto parzialmente abrogativo in relazione ai fatti, commessi prima dell'entrata in vigore del predetto D.Lgs. n. 61 del 2002, non riconducibili alle nuove fattispecie criminose. La Corte di cassazione - al fine di stabilire se gli elementi richiesti dalla legge sopravvenuta per la persistente configurabilità del fatto come reato abbiano costituito oggetto di accertamento giudiziale - deve fare riferimento alla decisione impugnata e qualora, come nella fattispecie, il giudice di merito non abbia eseguito gli accertamenti necessari a stabilire se la condotta concretamente tenuta dall'imputato integri la nuova fattispecie astratta introdotta dalla nuova disciplina, determinandosi per l'assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve rigettare il ricorso proposto dal P.M. *per saltum*, considerato che tale accertamento non può essere effettuato in sede di rinvio, bensì necessariamente innanzi al giudice di secondo grado. Così Cass., sent. 4.11.2004 n. 4899, *Rv.* n. 231280.

foriera di numerose perplessità, di false comunicazioni sociali. A fronte di una sostanziale persistenza del nucleo di disvalore delle due tipizzazioni dell'illecito, l'introduzione dei valori soglia, quali elementi costitutivi addizionali del nuovo illecito, comportavano l'irrilevanza valoriale di tutte quelle violazioni che si collocavano al di sotto delle predette soglie, con ciò determinandosi l'impossibilità di irrogarvi una sanzione e, la necessità, laddove vi fosse stata condanna definitiva, che ne cessassero gli effetti, ricorrendo, se del caso, alle disposizioni di cui agli artt. 673 c.p.p. in tema di giudizio di esecuzione[373].

Del resto, diretto corollario della ritenuta natura costitutiva delle soglie si coglie anche nella scelta del titolo di assoluzione formalmente impiegato dalla giurisprudenza nel caso di condotta che, seppur conforme al tipo descritto dalla fattispecie, non determini il superamento dei valori di rilevanza previsti. Naturalmente, la scelta della formula non risulta di poco momento, riverberandosi sul piano dell'efficacia della pronuncia in ambito civile.

Nel novero delle alternative previste dall'art. 530 c.p.p., vengono in rilievo l'assoluzione "perché il fatto non sussiste" ovvero "non è previsto dalla legge come reato": titoli collocabili in una ideale parabola discendente, utilizzando come parametro la loro idoneità ad incidere sul piano civile[374].

In base alla tradizionale ricostruzione processualpenalistica, la prima qualificazione ricorre in caso di mancanza di elementi costitutivi del reato, mancando la possibilità logica ed ontologica di sussumere le condotte al

[373]Cfr., per tutti, Cass., sent. 05.04.2004 n. 26859, in *Rv*. 229864

[374] Cfr. sul tema, M. DANIELE, voce *Proscioglimento (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Ann.* II, t. I, 2008, p. 902 M. CHIAVARIO, *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esigenza di scelte etico-politiche, in Ieri oggi e domani delle formule di proscioglimento*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 666; E. FASSONE, *Formule di proscioglimento: teoria, prassi e condizionamenti dal contesto, in Ieri, oggi e domani delle formule di proscioglimento*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 646 ss.

paradigma oggettivo descritto dalla norma, la seconda interviene nel caso in cui il fatto non corrisponda ad una fattispecie incriminatrice in ragione dell'assenza di previsione normativa o di una successiva abrogazione della norma o di un'intervenuta dichiarazione integrale d'incostituzionalità. La profonda differenza tra le due ipotesi, in base alle disposizioni contenute nel codice di procedura penale, come già anticipato, si coglie la possibile rilevanza del fatto in sede civile: la formula "il fatto non sussiste" esclude ogni possibile rilevanza in sede diversa da quella penale a differenza di quanto avviene in relazione a "il fatto non è previsto dalla legge come reato"[375].

La maggiore conseguenza applicativa, significativa per via della frequenza con cui essa si riscontra nella prassi, riguarda la possibilità di invocare la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis rispetto ai reati sottoposti a soglia di punibilità[376].

Introdotta dal d. lgs. 16 marzo 2015 n. 28, l'art. 131-*bis* disciplina la non punibilità per particolare tenuità del fatto, riconducibile ormai in modo pacifico

[375] Nell'esaminare una questione relativa ad una sentenza di condanna per il reato di omesso versamento Iva di importo inferiore alla soglia normativa di punibilità, la Corte di cassazione ha osservato che la formula "il fatto non sussiste" è preferibile a quella "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", ritenendo che quest'ultima possa essere adottata "qualora il fatto non corrisponda ad una fattispecie incriminatrice", in ragione: dell'assenza di una previsione normativa *ad hoc*, della successiva abrogazione della norma, dell'intervenuta dichiarazione d'incostituzionalità (integrale e non parziale, come nel caso di specie), permanendo in tutti i predetti casi la possibile rilevanza del fatto in sede civile. Differentemente, la formula "il fatto non sussiste", che "esclude ogni possibile rilievo anche in sede diversa da quella penale", va invece adottata "quando difetti un elemento costitutivo del reato", come, appunto, nel caso in esame. Si veda inoltre **Corte Cassazione, sentenza 13 gennaio 2016 n. 891 e** Cass. 36859 del 26.6.2014.

[376] G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 661; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto* boomerang, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20; C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2015, p. 518 ss. In ordine alla compatibilità della causa di non punibilità rispetto ai reati sottoposti a soglia si veda Corte **Cass., SS. UU. 6 aprile 2016, nn. 13681 e 13682**; Corte Cass. 20 dicembre 2016, n. 53905 in tema di rapporti tra 131-bis e reati tributari; Cassazione Penale, Sez. III, 19 ottobre 2016, n. 44319 sulla applicabilità ai reati edilizi di cui agli artt. 44 e 95 del d. lgs. 380/01.

al *genus* delle cause di non punibilità in senso stretto, vale a dire a quel novero di situazioni di opportunità politico-criminale, in presenza delle quali il legislatore "abdica" al proprio potere punitivo. L'adesione alla qualificazione sopra indicata, attesa la differenza rispetto alla categoria della cause di giustificazione ed alle c.d. scusanti, si apprezza sul piano degli effetti giuridici: pur permanendo l'antigiuridicità e la colpevolezza del fatto compiuto, in definitiva la piena offensività delle fattispecie, viene paralizzata la fase della concreta irrogazione della pena. In definitiva, riprendendo una bipartizione già ampiamente utilizzata, la condotta, ancorché meritevole, non risulta bisognosa di pena.

La coppia concettuale meritevolezza-bisogno di pena appare un valido punto di partenza per comprendere ed analizzare la complessa questione della compatibilità tra l'istituto della non punibilità per tenuità del fatto con le fattispecie con soglie di punibilità, non solo quelle di natura tributaria bensì anche in relazione a talune disposizioni sanzionatorie previste dal codice della strada.

Due gli orientamenti emersi sul punto, evidentemente legati al diverso modo di intendere le soglie di punibilità.

Minoritaria risultava la tesi che negava ontologicamente la compatibilità tra la suddetta causa di non punibilità ed i reati con soglia, argomentando sulla scorta della impossibilità di demandare all'interprete il giudizio sul bisogno di pena effettuato già a monte dal legislatore. Le soglie, accedendo a condotte ritenute già a monte meritevoli di sanzione e condizionandone la punibilità, rappresentano elementi estrinseci che, al pari di quanto avviene con le condizioni obiettive di punibilità, attengono al piano dell'efficacia del reato, lasciando

intatta la dimensione valoriale dell'illecito. Laddove si ammettesse la possibilità di invocare l'art. 131-*bis* ne deriverebbe una triplicazione delle valutazioni dell'illecito, finendo per ridurne notevolmente l'ambito di applicazione: a quella effettuata a monte in fase di costruzione del reato, si affiancherebbero quella di opportunità legata al superamento delle soglie previste già dalla norma ed un'ultima demandata all'interprete circa l'esiguità delle conseguenze pregiudizievoli del reato.

Fra l'altro, si fa notare come il quadro fosse ancora più complesso nel caso dei reati tributari attesa la presenza della circostanza attenuante di cui all'art.13, oggi 13-bis, che prevede una rilevante riduzione di pena laddove l'agente intervenga ad elidere le conseguenze dell'illecito[377]. Ne deriva una notevole riduzione degli spazi disvalore o meglio di punibilità dei reati tributari.

Di avviso opposto, a favore dell'applicabilità della soglia di punibilità ai reati con soglie di punibilità si schiera la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, anche di legittimità. La tesi in parola si fonda sula natura delle soglie come elementi costitutivi dell'illecito, in grado di connotare il disvalore della fattispecie. Qualificando dal punto di vista valoriale le condotte, al pari degli altri elementi essenziali, le soglie di punibilità strutturano l'illecito *ab imis* facendo sì che rilevante ed offensiva, quindi effettivamente meritevole di sanzione penale, possa definirsi solo la condotta che superi il valore fissato a

[377] L'articolo 12 decreto legislativo 158 del 2015 ha introdotto nel decreto legislativo 74 del 2000 l'articolo 13-*bis*, il quale, sostanzialmente, "recupera", con qualche modifica, la circostanza attenuante ad effetto speciale che, prima della riforma, era contenuta nel vecchio articolo 13, all'interno del quale oggi è disciplinata la nuova causa di non punibilità. Dispone l'art. 13-bis che «fuori dai casi di non punibilità, le pene per i delitti di cui al presente decreto sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'articolo 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie».

monte dal legislatore, dovendosi considerare irrilevante il *range* sotto-soglia. Del resto, la sostanziale irrilevanza penale ed anche civile, come già dimostrato in relazione alla scelta della formula di assoluzione sopra indicata, dei fatti sotto-soglia lascia aperta la possibilità logica ed ontologica di un ulteriore giudizio di opportunità di perseguire condotte che, ancorché meritevoli di sanzione in astratto perché superiori alle soglie, risultino in concreto di scarsa rilevanza.

Ed in effetti, come fatto notare dalla giurisprudenza, obiettivo del legislatore con l'introduzione dell'art. 131-*bis* consiste nell'espungere dal circuito penale fatti a rilevanza marginale: da qui la necessità di differenziare il fatto storico ed il fatto tipico. Anche la condotta conforme al tipo astrattamente descritto potrebbe risultare non punibile in base ai criteri espressamente previsti dall'art.131-bis[378].

La conclusione appena esposta ha effettivamente trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità, che a sezioni unite, ha affermato, tanto in relazione ai reati tributari, quanto a quelli edilizi e stradali, la possibilità di invocare la causa di non punibilità per tenuità del fatto, non risultando «incompatibile con il giudizio di particolare tenuità la previsione di diverse soglie di rilevanza penale all'interno della fattispecie tipica»[379].

Pur rapida, la rassegna giurisprudenziale fin qui condotta ha evidenziato l'adesione ad un unitario modello di soglia di punibilità, quale elemento essenziale del reato, la cui mancanza va cristallizzata nella formula "il fatto non costituisce reato" e la cui presenza non preclude la possibilità di formulare un giudizio di irrilevanza ai sensi dell'art. 131-*bis*. Eppure, la compattezza della posizione descritta non riesce completamente a fugare tutte le perplessità relative

[378] Si veda quanto previsto all'art. 131-bis, che sancisce la necessità di subordinare l'applicabilità della causa di non punibilità a criteri quali, le modalità del comportamento, l'esiguità del danno o del pericolo cagionato dalla condotta, tutti indici valutati ai sensi dell'art. 133 c.p.
[379] Così SS. UU, **6 aprile 2016, nn. 13681.**

alla natura costitutiva delle soglie, i cui limiti emergono con evidenza nell'affrontare il tema dei rapporti con la disciplina dell'errore.

1.2 *Segue:* le soglie di punibilità e la disciplina dell'errore

La disciplina dell'errore è stata, e probabilmente lo è ancora, al centro di una rigorosa e costante attività ermeneutica, cui non ha mancato di affiancarsi il contributo giurisprudenziale. Emerge un sistema multilivello, che accanto alla tradizionale coppia antinomica errore di fatto-errore di diritto, il primo scusabile, inescusabile il secondo, si arricchisce di nuovi componenti e significati[380].

Senza indugiare sull'analisi delle problematiche inerenti l'interpretazione della complessa disciplina dell'errore, in questa sede, occorre vagliare quale spazio di rilevanza possa avere quest'ultima in relazione ai reati sottoposti a soglie di punibilità. Punto di riferimento, nella presente analisi, risulterà il sistema dei reati tributari attesa la loro complessità, per come risulta dal decreto legislativo n. 74/2000 che ne reca la normativa, e la conferma della presenza delle soglie malgrado la recente riforma.

Come già anticipato, anche alle disposizioni sanzionatorie tributarie può ritenersi applicabile la disciplina generale dettata dagli artt. 5 c.p. e 47 c.p. Tuttavia, accanto alle citate disposizioni si colloca una disposizione "speciale" contenuta all'art. 8 del d. lvo. 429/1982 convertito dalla legge n. 516/1982, a tenore della quale «l'errore sulle norme che disciplinano le imposte sui redditi e sul valore

[380] Cfr. quanto già affermato al capitolo I. In particolare occorre dar conto della complessità crescente contenuta nell'art. 47 c.p., che al primo comma sancisce la scusabilità dell'errore di fatto sul fatto, c.d. essenziale perché incidente sugli elementi essenziali del fatto. Al terzo comma, invece, si trova la disciplina dell'errore su legge extrapenale, che si differenzia da quello previsto all'art. 5 c.p. per due ragioni: si tratta di un'erronea o difettosa conoscenza delle norme diverse da quella penale invocata e diventa scusabile ogniqualvolta si traduca in errore sul fatto. Perché ciò avvenga, tuttavia, la dottrina in uno con la giurisprudenza ha chiarito che l'errore deve interessare la portata di una norma non integratrice del precetto, rilevando il diverso errore su norma integratrice ai sensi dell'art. 5 c.p.

aggiunto esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sui fatti che costituiscono reato a norma del presente decreto»[381].

Si è ampiamente dibattuto sulla natura della disposizione appena richiamata e sui suoi rapporti con le disposizioni in tema di errore dettate dal codice penale al fine di individuarne gli spazi applicativi.

Ed infatti, malgrado gli sforzi di tipizzazione adottati dal legislatore nella costruzione delle fattispecie incriminatrici, la principale complessità delle disposizioni tributarie risiede nella complessità e nel tecnicismo della materia tributaria che, esige il costante confronto con gli istituti e soprattutto con le fonti dell'amministrazione finanziaria, e che, pertanto, risulta difficilmente conoscibile da parte del contribuente.

Scorrendo pur rapidamente il novero dei reati previsti dal d lg.s. n. 74/2000, frequente risulta il ricorso a concetti quali elementi attivi, elementi passivi o anche solo alla nozione di evasione, in apparenza, dotati di significato chiaro e ben definito, e che risultano particolarmente insidiosi. Ed in effetti, la sensazione che si avverte leggendo dette disposizioni, è che i veri destinatari non vadano identificati nei contribuenti, piuttosto nei commercialisti o comunque tecnici che curano la contabilità delle dichiarazioni di elevato valore (in linea, del resto, con il *target* delle omissioni rilevanti data la presenza dei limiti soglia).

Pertanto, è ben possibile che la difettosa o mancata conoscenza della norma tributaria riguardi taluni presupposti o comunque elementi costitutivi della disposizione ovvero investa l'intera portata del precetto, risultando oscura o

[381] Detta disposizione era già presente all'art. 15 del precedente sistema normativo d.vo n. 74/2000, pur presentando un ambito applicativo parzialmente diverso da quello attuale, connotato in primo luogo dalla presenza di una "clausola di riserva", prevedendo la sua operatività «al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'art. 47, terzo comma, del codice penale».

comunque difficilmente accessibile il senso di essa per via dell'elevato numero di regolamenti, circolari o direttive dettate dall'Agenzia delle Entrate. Parimenti, l'erronea rappresentazione può riguardare i valori soglia previsti dal legislatore nelle diverse fattispecie.

In definitiva, si tratta di comprendere se nei casi sopra indicati, la carente rappresentazione possa tradursi in specifiche ipotesi di errori di fatto ovvero di diritto e quale sia il relativo regime, sempre nella consapevolezza che la loro rilevanza non deve trasformarsi in un comodo alibi per aggirare la disciplina fiscale o, peggio, un invito a frodare con senso della misura.

Iniziando dall'erronea conoscenza del precetto, già a livello di precomprensione, essa potrebbe essere ricondotta al paradigma dell'art. 5 c.p., eppure tale affermazione potrebbe risultare affrettata laddove non si consideri l'autonoma rilevanza della previsione di cui all'art. 15 del d. lgs. 74/2000, che esclude la punibilità delle violazioni tributarie che derivano da oggettive condizioni di incertezza sulla loro portata[382].

[382] La disposizione citata risulta ispirata ad un criterio di maggior favore rispetto a quanto accade in altre branche del diritto penale, laddove si considerino le numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità in tema di errore (in)escusabile. Come affermato di recente, l'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità. In tal senso Corte Cass, sent. 24.11.2016 n. 2506, Rv. 269074. Ed ancora si è precisato che, in materia di abuso d'ufficio, non è escluso l'elemento soggettivo allorquando una prassi diffusa si sia inserita in un contesto giuridico amministrativo, se non contrario, incerto in ordine alla possibilità di realizzare l'attività contestata, dovendo il pubblico dipendente, o comunque la persona addetta ad un pubblico servizio, astenersi dal porre in essere comportamenti dubbi ed acquisire dai competenti organi amministrativi le necessarie informazioni ed assicurazioni circa la legittimità dell'attività svolta, in modo da adempiere a quell'onere informativo che può rendere scusabile l'errore sulla legge penale: così Corte Cass., sent. del 4.11.2015 n. 33039, Rv. 868120.

Come affermato da illustre dottrina, le «condizioni obiettive di incertezza» ricomprendono un ventaglio di situazione profondamente diverse rispetto a quelle riconducibili al *genus* dell'errore scusabile sul divieto, ex art. 5 c.p.. Quest'ultima disposizione comprende il complesso delle circostanze di tipo oggettivo o di tipo soggettivo che impediscono all'agente di conoscere il divieto e rendono, quindi, scusabile il suo errore, facendo venir meno la colpevolezza. Rilevanti ai sensi dell'art. 15, invece, dovrebbero risultare i casi «di oscurità del precetto medesimo, venendo in rilievo una situazione antecedente a quella dell'errore perché è proprio il divieto ad essere non riconoscibile. E la non riconoscibilità del divieto impedisce al cittadino-contribuente di poter seguire i dettami dell'ordinamento». Situazione questa difficilmente verificabile, specie laddove l'ordinamento, in virtù del principio sancito all'art. 53 Cost. pone precisi obblighi di informazione al cittadino contribuente in relazione alla necessità che ciascuno partecipi alla spesa pubblica secondo la propria capacità contributiva.

Interessante però appare il riferimento contenuto nel predetto articolo alla disposizione di cui al terzo comma dell'art. 47 c.p. dal momento che, particolarmente ampia risulta la casistica in cui viene invocata la non punibilità per errore su norma extra penale. Come noto, la disciplina ora richiamata trova applicazione sul presupposto che l'errore sul precetto si traduca in un errore sul fatto, caso che si verifica, secondo la giurisprudenza prevalente, laddove oggetto di difettosa percezione risulti una norma c.d. non integratrice. Scusabile si considera l'errore che ricade su norme extra-penali non integrative della fattispecie, risultando necessario anzitutto indagare la natura integratrice o meno delle singole disposizioni invocate, con la conseguenza di creare ulteriore incertezza nell'applicazione della rispettiva disciplina.

Più complesso risulta il discorso in relazione all'istituto delle soglie di punibilità, dal momento che, ammettendone la natura costitutiva, occorre verificare se l'eventuale errore che ricada su di esse possa rilevare ai sensi dell'art. 5 c.p., dell'art. 47 comma terzo c.p. ovvero ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. 74/2000. In mancanza di pronunce tanto di merito che di legittimità, occorre procedere in via interpretativa, considerando preclusa l'applicazione dell'art. 47 c.p., in considerazione del riferimento solo alle norme extra-penali. Non potendosi neppure invocare la speciale "esimente" di cui al citato decreto, atteso il riferimento ad oggettive condizioni di incertezza, che non sussisterebbero nel caso delle disposizioni tributarie, che cristallizzano in modo rigoroso e definitivo i valori di soglia, rimarrebbe come unica disposizione quella di cui all'art. 5 c.p., demandandosi all'interprete il compito di valutare caso per caso la sussistenza della inevitabilità dell'errore. Ben potrebbe sul punto ipotizzarsi l'adozione di un atteggiamento di particolare rigore, nel senso dell'esclusione quasi aprioristica della scusabilità, in considerazione dell'obbligo di matrice costituzionale di concorrere in ragione della propria capacità contributiva alle spese pubbliche e quindi di un dovere per il singolo contribuente di informarsi con diligenza sulla normativa esistente.

Eppure malgrado la soluzione sul piano teorico, è sul piano pratico che si manifestano e si apprezzano principalmente le deviazioni cui si giungerebbe ammettendo la operatività dell'errore sulle soglie di punibilità: in tal modo, si avrebbe il riconoscimento di una fascia di "liceità" ulteriore rispetto a quella fisiologicamente rappresentata dalle condotte sotto soglia, rappresentata dai fatti rilevanti in astratto perché al di sopra delle soglie, ma non punibili per l'incidenza dell'errore. Con ciò concretizzandosi il rischio, in termini di

prevenzione generale, che il messaggio normativo, orientando il divieto alla sola alterazione "in misura rilevante" della dichiarazione, si risolverebbe in una sorta di invito a frodare con senso della misura[383].

Senza considerare che, sebbene la tesi costitutiva delle soglie appaia più confacente alla volontà del legislatore, che li ha espressamente qualificati come elementi normativi giuridici, non può tacersi che altrettanto opportuna e per alcuni aspetti preferibile sarebbe la loro costruzione quali condizioni di punibilità. Ed infatti, al di là delle considerazioni strutturali ed assiologiche sopra condotte in ordine alla sostanziale sovrapponibilità delle soglie rispetto al meccanismo di funzionamento delle c.o.p., per via della loro rilevanza estrinseca rispetto all'offensività complessiva della fattispecie, tale ricostruzione apparirebbe pienamente armonizzata con il panorama penalistico-tributario internazionale[384].

---

[383] Così Corte Costituzionale, sent. del 15 maggio 1989 n. 247, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1194. Tuttavia, è necessario precisare che alla pronuncia appena citata ne sono seguite altre in cui la Corte ha mostrato un orientamento assolutamente contrastante con quello sopra citato. Recentemente la Corte ha infatti affermato che «alla stregua dell'opinione largamente maggioritaria, le soglie di punibilità contemplate nell'art. 2621 c.c. integrano requisiti di tipicità del fatto: e la stessa ordinanza di rimessione non esita, del resto, a qualificarle come "elementi costitutivi" del fatto»: corte Costituzionale, sentenza 16 maggio 2004, n. 161, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 3938.

[384] Nella relazione al decreto legislativo del 2000 si legge che la scelta «di ancorare la sanzione penale all'offesa degli interessi connessi al prelievo fiscale ha portato a concentrare l'attenzione sulla dichiarazione annuale prevista ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, quale momento nel quale si realizza, dal lato del contribuente, il presupposto obiettivo e definitivo dell'evasione d'imposta: sicché le violazioni tributarie "a monte" della dichiarazione medesima, quali, per esempio, le omesse fatturazioni o annotazioni in contabilità di corrispettivi, e a maggior ragione le irregolarità nella tenuta delle scritture contabili, che erano autonomamente incriminate (art. 1 del D.L. 429/1982), restano prive, *ex se*, di rilievo penale». Ampia parte della dottrina è solita ravvisare in tale passo il fondamento e la dimostrazione dell'impossibilità dell'integrazione del reato senza il previo superamento delle soglie: infatti l'intenzione del legislatore sarebbe quella di costruire le nuove fattispecie di reato quali illeciti di danno e non di pericolo. Tuttavia, non si può far a meno di sottolineare una certa incoerenza interna alla posizione del legislatore: il fatto che non si vogliano punire condotte prodromiche all'evasione non equivale ad affermare l'impossibilità di costruire fattispecie di pericolo né, tanto meno, implica che la "pericolosità" denoti mancanza di offensività della condotta. Infatti, ammettendo che bene giuridico tutelando sia la correttezza dell'accertamento e del prelievo fiscale, esso risulterebbe pienamente compromesso già con la realizzazione delle modalità di lesione previste, a prescindere dall'effettivo sforamento dei valori-soglia. Ed inoltre, è interessante notare che una ricostruzione in chiave di pericolo degli illeciti in parola sarebbe avallata anche dalla previsione dell'art 6 del suddetto decreto che esclude la punibilità nel caso di tentativo dei delitti previsti

Del resto, come di recente messo in evidenza nelle conclusioni sostenute dall'Avvocato Generale nel caso Taricco, dall'analisi dell'attuale sistema penal-tributario nazionale emerge con forza l'esistenza di un rischio sistematico di impunità, in grado di compromettere l'effettività stessa del diritto[385].

Ed infatti, la costruzione delle soglie di punibilità come la traduzione normativa di ragioni di opportunità politico-criminale soggiace anche a ragioni di tipo assiologico. Gli illeciti tributari, ed un discorso analogo potrebbe farsi rispetto agli ulteriori reati sottoposti a soglia, si connotano ontologicamente per l'elevatissimo grado di disvalore posseduto, data l'afferenza all'interesse pubblico ad una contribuzione effettiva e proporzionata, risultando irragionevole che si faccia dipendere il giudizio di offensività dal mero superamento di un

dagli articoli 2, 3 e 4 non sono comunque punibili a titolo di tentativo: in linea l'interpretazione generale in tema di art. 56 c.p., il tentativo non è ammissibile in relazione alle fattispecie di pericolo.

[385] Così L. FOFFANI, *Verso una europeizzazione del diritto penale dell'economia: la sentenza della corte di giustizia delle comunità europee sul falso in bilancio*, in *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruna*, 2008, p. 333. Tale orientamento di critica alla previsione delle soglie di punibilità è assai condiviso in dottrina specialmente a seguito della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 3 maggio 2005 e risuona con maggiore vigore a seguito del caso Taricco. Significativa risulta la chiosa dell'Avvocato generale Bot al caso Taricco. In dottrina, sul punto si veda anche quanto affermato da A. PAOLINI, *False comunicazioni sociali*, Milano, 2007, p. 187 ss. Mettendo in evidenza come la disciplina dei reati tributari e societari, evidentemente prima della riforma, appaia farraginosa ed inadeguata, lasciando, a differenza che in altri Paesi, spazi così ampi sul mancato rilievo delle infedeltà delle comunicazioni sociali e degli illeciti fiscali, l'A. prosegue con argomentazioni di ordine comparato, secondo cui «in Germania le sanzioni penali si riconnettono a "false informazioni" o al tacere su circostanza rilevanti in dati atti o in specifiche operazioni (è sufficiente un agire falsificatore per integrare il reato in oggetto); nel Regno Unito si punisce chi, con l'intento di ingannare soci e creditori, pubblichi una dichiarazione o un'informativa che è o può essere fuorviante, falsa o ingannevole riguardo ad un particolare significato; negli USA, le regole federali stabiliscono criteri generali chela giurisprudenza ha poi qualificato…». Si fa inoltre notare il tentativo di rinvenire il fondamento delle soglie di punibilità nella Raccomandazione SEC (Documento SAB, n. 99): il dato quantitativo previsto nella suddetta raccomandazione si configura, in tema di significatività dello scostamento valoriale, solo come assunzione preliminare dell'indagine, non certo quale parametro unico e stabile di giudizio, evidenziando l'importanza di una compiuta analisi di tutti i possibili fattori rilevanti. Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda G. MARINUCCI, *Depenalizzazione del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?*, in *Dir. pen. proc*., n. 2, 2002, p. 266 ss. La Corte Costituzionale è stata investita di talune questioni di legittimità relative agli art. 2621 e 2622, dirette ad espungere dai suddetti articoli i riferimenti alle soglie di punibilità; tuttavia la Corte ha finito con non prendere posizione sul tema, limitandosi semplicemente a ricostruire i principali orientamenti invalsi sul punto, accedendo alla loro qualificazione in termini di requisiti essenziali di tipicità del fatto, talaltra come condizioni di punibilità.

indice numerico, anche a fronte di condotte che si siano estrinsecate in modo spiccatamente fraudolento e lesivo degli interessi finanziari. Tanto più che, come messo in evidenza, già a monte il legislatore ha sancito la non punibilità in caso di errore derivante da oggettivi motivi di incertezza sulla portata delle norme tributarie, prevedendo una disciplina suppletiva rispetto a quella prevista agli artt. 5 e 47 del codice.

Piuttosto, la rinuncia all'esercizio del magistero punitivo rispetto a tale categoria di illeciti ben si potrebbe comprendere se giustificata da ragioni di ordine pratico, quali l'economia processuale, che imporrebbe di attivare la macchina della giustizia solo per scostamenti considerevoli nelle dichiarazioni, e soprattutto in considerazione del criterio dell'*extrema ratio* della tutela penale, che suggerisce di prediligere in via prioritaria i rimedi di carattere fiscale o comunque amministrativo, ricorrendo allo strumento penale solo laddove esso risulti strettamente necessario per garantire l'effettività del rimedio sanzionatorio.

2. La sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta

Invero, per comprendere appieno l'importanza dell'esatta qualificazione da assegnare alla declaratoria di fallimento, sembra imprescindibile condurre un breve *excursus* dei molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali succedutisi su questa materia. I poli attorno cui si articola il dibattito interpretativo sono rappresentati dalla ricostruzione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato, ovvero come condizione obiettiva di punibilità. L'ascrizione nell'una o nell'altra categoria non costituisce una questione puramente nominalistica, dal momento che diverse sono le

posizioni e funzioni di ciascuna e di conseguenza, il regime giuridico che le regola.

Già a livello di precomprensione, si definisce costitutivo quell'elemento che partecipa della struttura del reato, delineandone la fisionomia essenziale, che lo differenzia dagli altri tipi. A loro volta, gli elementi costitutivi andrebbero classificati a seconda del loro contributo alla lesività del fatto giuridico. Si distinguono dunque elementi costitutivi significativi e non significativi: solo i primi oltre a strutturare il reato incidono sulla dimensione valoriale, conferendo ovvero attualizzando l'offesa al bene oggetto di tutela[386].

La distinzione appena illustrata tra elementi costitutivi e significativi viene recepita dalla stessa giurisprudenza, che ne fa applicazione in relazione alla sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta.

La pronuncia giurisdizionale con cui viene formalizzato il dissesto, in accordo alla lettura da ultimo richiamata, integrerebbe un elemento costitutivo, ma non significativo della fattispecie, rivelandosi del tutto "indifferente" rispetto alla complessiva cifra di disvalore del reato. Ciò si traduce, sotto l'angolo visuale della disciplina da applicare, nell'irrilevanza delle indagini a livello psichico ed eziologico, indispensabili, invece, nel caso di elementi significativi della fattispecie[387].

Una simile soluzione consente agevolmente di qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento nella fattispecie di bancarotta post fallimentare, dove funge da presupposto del reato, privo di alcuna implicazione rispetto all'offensività e alla colpevolezza, ma dotato di una peculiare funzione: il

[386] Sulla distinzione tra elementi costitutivi significativi e non significativi cfr. R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale: parte speciale*, Milano 2008, 533. In giurisprudenza, invece, tale discrimine è stato tracciato dalle SS. UU. della Corte di Cassazione, sent. 25.1.1958.
[387] Cfr. quanto già argomentato nel corso del terzo capitolo.

provvedimento giurisdizionale segnerebbe il termine iniziale di rilevanza penale delle condotte (di per sé) offensive senza influenzarne il disvalore.

Ad esiti non così immediati si giunge nel caso dei reati di bancarotta pre-fallimentare, nei quali la sentenza si pone come conseguente, almeno da un punto di vista cronologico, rispetto alle condotte di distrazione e alterazione documentale, oggetto d'incriminazione. Rispetto a tali fattispecie l'indagine sulla reale natura della declaratoria di fallimento diventa operazione alquanto problematica ed incerta, come evidenziano le discordi posizioni assunte dalla giurisprudenza sul punto[388].

Nel novero delle sentenze in materia di bancarotta, una recente, seppur isolata, pronuncia ha rinvenuto nello stato d'insolvenza societaria l'evento dei reati di bancarotta, richiedendo per esso l'esistenza tanto del nesso causale, quanto di quello psichico[389]. Evidenti sono le ragioni che si celano dietro tale ricostruzione: il rigoroso accertamento dell'esistenza del nesso materiale e psichico offre adeguata garanzia della riferibilità oggettiva e soggettiva della condotta all'agente. In altre parole, esso garantirebbe la conformità della fattispecie di bancarotta alla coppia valoriale materialità-offensività.

---

[388] Molteplici sono state le qualificazione attribuite alla sentenza dichiarativa di fallimento: l'orientamento maggioritario configura la stessa quale elemento costitutivo improprio: Cass., Sez. V, 12.10.2004; Cass., sez. V, 12.02.2013, n. 27993 e Cass., Sez. V, 7.05.2014, n. 32031. Talatra la declaratoria di fallimento viene ricondotta al novero delle condizioni di esistenza del reato (Cass., Sez. un., 25.1.1958, n. 2 e SS. UU., 27.1.2011 n. 21039) ovvero come elemento costitutivo del reato diverso dall'evento ed idoneo a conferire rilevanza penale a condotte altrimenti lecite (Cass., sez. I, 25.3.2010, n. 21872; Sez. I, del 23.2.2011, n. 33019) ovvero evento del reato (Cass. sez. V, 24.9.2012, n. 47502). Una dettagliata rassegna delle predette posizioni si rinviene nella sentenza sul dissesto della clinica San Raffaele emessa dalla quinta sezione penale della Corte di Cassazione in data 21.7.2014, n. 32031: cfr. nota 65.

[389] Con una sentenza che costituisce un *unicum* sul punto, la Corte di Cassazione ha statuito che lo stato di insolvenza prodromico al fallimento costituisce elemento essenziale del reato di bancarotta, in qualità di evento del reato, e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere altresì sorretto dalla volontà. A conclusioni diverse, nel senso della non essenzialità di un nesso di derivazione causale e psichica, si potrebbe giungere considerando il fallimento come condizione obiettiva di punibilità, uniformando così tutti i reati fallimentari: così, Cass., sez. V, 24.9.2012, n. 47502.

E tuttavia, malgrado la pregevolezza dei fini, siffatta ricostruzione giurisprudenziale presenta dei limiti evidenti: anzitutto, viene a realizzarsi una discutibile sovrapposizione tra la sentenza dichiarativa di fallimento come pronuncia giurisdizionale e la condizione economica di insolvenza, concetti, in realtà, profondamente diversi. Inoltre, non sembra tenersi in debita considerazione il diverso modo con cui, almeno sul piano letterale, vengono costruite le ipotesi di bancarotta, meritevoli di separata ed autonoma analisi: talvolta il legislatore ricorre alla formulazione di tipo condizionale "se è dichiarato fallito", talaltra si avvale dell'utilizzo preciso, e inequivocabile, del predicato "cagionare", che solitamente introduce l'evento del reato.

Tentare la via di una ricostruzione unitaria in chiave offensiva dell'elemento condizionale potrebbe rivelarsi del tutto fuorviante, sicché la cura offerta potrebbe risultare peggiore del male, conducendo ad esiti contraddittori e inaccettabili. Guardando alle diverse ipotesi di bancarotta si arriverebbe ad ammettere che la sentenza dichiarativa di fallimento fungerebbe d elemento costitutivo tanto in fattispecie qualificate da un elevato grado di tassatività della condotta incriminata e caratterizzate da indiscutibile lesività, come quelle previste al n. 2 dell'art. 223 l. fall., quanto nell'ipotesi di bancarotta semplice.

Quest'ultima, costruita su condotte prive di un intrinseco disvalore (es. l'aver effettuato spese personali o familiari eccessive), finirebbe per concentrare la sua offensività sulla declaratoria di fallimento, atto proveniente da un'autorità terza ed imparziale per definizione, ponendosi in potenziale conflitto con il canone dell'offensività[390].

[390] Ad affidare l'offensività delle condotte di bancarotta alla sola dichiarazione di fallimento si correrebbe il rischio di avere fattispecie scarsamente offensive. E ciò anche alla luce della ricostruzione dei reati di bancarotta quali illeciti di pericolo astratto. Così ragionando, potrebbe affermarsi l'esistenza del reato di bancarotta sul solo presupposto dell'avvenuta dichiarazione di

Per ovviare a queste difficoltà, la giurisprudenza ha elaborato una terza soluzione, ravvisando nella sentenza di fallimento un "elemento anomalo", che determina l'esistenza dei reati di bancarotta, ma del tutto sganciato dal nesso eziologico e dal legame psicologico[391].

La declaratoria di fallimento, pur non fungendo da evento del delitto, non sarebbe per ciò stesso qualificabile come condizione di punibilità. Elemento costitutivo "atipico" è la formula coniata, da dottrina e giurisprudenza, per riassumere l'essenza della declaratoria di fallimento nei reati di bancarotta[392].

2.1 La sua ascrizione tra le condizioni obiettive di punibilità

Come è evidente, le qualificazioni della dichiarazione di fallimento come evento del reato o come elemento essenziale "atipico" si pongono in forte contrasto con la riconduzione di detta pronuncia nell'orbita dell'art. 44 c.p.[393] Due sono gli ordini di motivi opposti: l'uno legato all'individuazione del momento

fallimento. Precisamente, il giudice, effettuando un percorso di accertamento a ritroso, finirebbe per ritenere rilevanti tutte le condotte compiute anche quando l'impresa era *in bonis.* Questa tesi, in dottrina, è sostenuta da A. MANNA, *op. cit*., 65, secondo cui i reati di bancarotta vanno ricondotti al paradigma del pericolo astratto o presunto. Differente è, invece, la posizione di M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare,* a cura di D. PULITANÓ, *Diritto penale, parte speciale,* II, Torino 2013, 370. L'A., ravvisando nella fattispecie di bancarotta un reato di pericolo concreto, precisa che, sebbene la sentenza di fallimento faccia stato nel giudizio penale, sarà necessario prosciogliere l'imprenditore per tutte quelle condotte che non si siano rivelate pericolose in concreto per la massa dei creditori.

[391] A fare da apripista all'orientamento in questione è stata l'ormai risalente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 25.1.1958. V. *supra* nota 6.

[392] La tesi della declaratoria di fallimento come *tertium genus* tra elemento essenziale e condizione di punibilità è stata sostenuta tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. V., a titolo esemplificativo, A. PAGLIARO, *op. cit.,* p. 39 ss., secondo il quale, nella fattispecie di bancarotta, reato proprio del fallito, la qualità di fallito assurge ad elemento del reato. Pertanto, la dichiarazione di fallimento non rappresenta l'azione tipica del reato di bancarotta, data la sua non attinenza al fatto, né integra una condizione obiettiva di punibilità. Piuttosto, assumendo una natura procedurale, essa integra una pronuncia su questione pregiudiziale rispetto al processo di bancarotta, da cui discende l'attribuzione della qualità di fallito. Ne consegue che l'azione penale rimane sospesa sino alla pronuncia definitiva di accoglimento o rigetto dell'opposizione fallimentare e quest'ultima fa stato nel processo penale.

[393] In termini di elemento essenziale "atipico" si esprimono R. BRICHETTI – R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano 1998, 148.

consumativo del reato, l'altro relativo all'esercizio dell'azione penale nei reati di bancarotta.

Quanto al primo profilo, la disposizione in tema di prescrizione contenuta nell'art. 158 c.p. impone di far coincidere la consumazione del reato condizionato con l'avveramento della condizione. Nel caso della bancarotta, ritenere che l'emissione della sentenza di fallimento comporti la consumazione dell'illecito condurrebbe all'assurdo di dover emettere condanna definitiva e irreversibile anche in caso di revoca del fallimento[394].

Inoltre, contro la ricostruzione in chiave condizionale si evidenzierebbe la portata della disposizione dell'art. 238 l. fall., a norma della quale, per i reati di bancarotta il procedimento penale può aver inizio prima della comunicazione della dichiarazione di fallimento. Si argomenta che, ammettere l'avvio dell'azione penale prima dell'avveramento delle condizioni di punibilità sarebbe un *non-sense*, dal momento che esse stesse danno innesco alla irrogazione della pena. Mancando la condizione, la condotta non si potrebbe ancora definire bisognosa di pena[395]. Simili questioni non avrebbero ragione di porsi adottando la tesi della natura costitutiva della dichiarazione di fallimento.

Le prospettazioni da ultimo illustrate, relative all'individuazione del momento consumativo del reato di bancarotta e all'esercizio dell'azione penale, non possono però ritenersi sufficienti a dimostrare il carattere di *essentiale delicti*

---

[394] Cfr. G. UBALDO-BALESTRINO, *op. cit.*, p. 116. Negli stessi termini si esprime la Corte di Cassazione con le sentenze complementari n. 50975/14 e n. 50979/14.

[395] Sebbene l'art. 238 l. fall. disponga che l'azione penale per il reato di bancarotta possa esercitarsi dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, in modo granitico, dottrina e giurisprudenza ammettono la possibilità di avviare il processo per bancarotta prima della stessa declaratoria fallimentare. Per un approfondimento sulle implicazioni processuali dei reati di bancarotta, v. U. GIULIANI BALESTRINO, *op. cit.*, 27. Precisamente il citato A. sostiene la tesi della natura processuale e non sostanziale della declaratoria di fallimento. Quest'ultima, nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 238 l. fall., opererebbe come condizione di proseguibilità dell'azione dei reati di bancarotta, in quanto essa interverrebbe in presenza di un reato già perfetto in tutti i suoi elementi essenziali.

della sentenza di fallimento. Le stesse finiscono per fornire un valido supporto teorico anche a sostegno della natura condizionale di detto elemento.

Un'attenta lettura dell'art. 238 l. fall. evidenzia la presenza di un duplice e differenziato regime di "procedibilità" dei reati di bancarotta. Al primo comma, esso dispone che l'esercizio dell'azione penale, nei casi previsti dagli artt. 216, 217, 223 e 224 l. fall., si colloca posteriormente alla declaratoria di fallimento; solo al comma successivo e, in via eccezionale per la presenza di gravi motivi, si può procedere ad un'anticipazione dell'avvio del procedimento penale. Trova così conferma anche per i reati fallimentari il regime processuale ordinario disposto per i reati condizionali, che continua a costituire la regola, restando eccezionale l'ulteriore ipotesi di esercizio anticipato, prevista non a caso per ipotesi peculiari: latitanza, fuga, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo. Senza considerare che la possibilità di avviare il procedimento penale anteriormente alla declaratoria di fallimento fornirebbe un valido argomento contro la costruzione della dichiarazione d'insolvenza in chiave essenziale[396].

L'orientamento che ravvisa nella sentenza dichiarativa di fallimento una condizione di punibilità individua una preziosa argomentazione nel ricorso all'inciso «se è dichiarato fallito». Detta espressione condizionale, caratterizzata dall'insussistenza del nesso di causalità e psichico, ricalca la struttura tipica delle condizioni, che per definizione integrano eventi futuri ed incerti, indipendenti dalla volontà e dal controllo materiale dell'agente[397].

---

[396] V. nota precedente.

[397] La qualificazione della sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità si mostra particolarmente diffusa in dottrina. All'interno di quest'ultima, però, assume rilevanza un'ulteriore distinzione tra condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche. Non appare superfluo evidenziare che il ricorso alla categoria delle condizioni intrinseche di punibilità sia stato giustificato dall'esigenza di qualificare proprio la sentenza dichiarativa di fallimento, la cui natura costituisce ancora una questione irrisolta. In tal senso si veda il risalente contributo di P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955,

La consapevolezza di quanto impreciso ed equivoco possa essere il solo dato letterale deve indurre l'interprete ad individuare ulteriori criteri su cui fondare la ricostruzione della sentenza di fallimento in chiave di condizione obiettiva di punibilità.

Lasciando per ultimo il criterio strutturale-grammaticale, che si rivelerebbe tautologico e di certo non dirimente, un valido ausilio può ricercarsi sul piano assiologico, sul presupposto della sostanziale estraneità delle condizioni rispetto al bene giuridico tutelato, con un'evidente funzione politico–criminale di restringimento della punibilità[398].

Quando si ha riguardo ai reati in tema di fallimento, si commette frequentemente l'errore di creare un rapporto di progressione criminosa tra la bancarotta ed il fallimento. Rivolta ad una generica tutela dei creditori, la dichiarazione di fallimento interverrebbe a conferire disvalore alle condotte fraudolente di cui agli artt. 216 e 217 l. fall., e di riflesso a quelle di cui all'art. 223 l. fall. Tuttavia, la ricostruzione ora accennata si rivela particolarmente fuorviante, se si considera che alla dichiarazione di fallimento potrebbe giungersi anche in presenza di condotte che, ‹‹poste in essere quando l'impresa era *in bonis*, ben difficilmente potranno di per sé integrare fattispecie criminose, perché tutt'al più potranno costituire un addebito di scarsa perizia a livello imprenditoriale››[399].

---

14 ss. Più di recente, detta posizione è stata ribadita da D. PULITANÓ, *op. cit.*, 364: l'Autore argomenta la riconduzione della sentenza di fallimento al novero delle condizioni intrinseche sul presupposto che solo la dichiarazione di insolvenza attualizza la tutela dell'interesse protetto, prima solo potenziale.

[398] In questa direzione si orienta il pensiero di T. PADOVANI, *op. cit.*, 373, per il quale l'art. 44 c.p. rappresenta solo un caso di imputazione obiettiva e non di responsabilità obiettiva. L'evento condizionale rimane estraneo alla dimensione degli elementi costitutivi dell'offesa, quindi del fatto, e pertanto non può concorrere a costituire l'oggetto del dolo. Per un approfondimento sul ruolo delle c.o.p. nell'attuale sistema penale si vedano: V. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2004, 663 e 664 e M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *SI*, 1997, 593.

[399] In tali termini si esprime A. MANNA, *op. cit.*, p. 67, che, riflettendo sul dato comparatistico fa notare che ‹‹il fallimento non necessariamente può dar luogo a fattispecie criminose, tant'è

La dichiarazione di fallimento assume una qualificazione assolutamente neutra nell'ambito delle relazioni imprenditoriali; senza implicare alcun giudizio di illiceità delle condotte poste in essere dall'imprenditore, essa fa emergere esclusivamente l'impossibilità di tener fede alle obbligazioni contratte.

Ad essere precisi, la sentenza di fallimento è conseguenza della mera condizione di insolvenza in ragione della quale l'esposizione debitoria risulta eccessiva rispetto alle capacità dell'impresa e l'intervento dell'ordinamento si limita ad assicurare un'ordinata soddisfazione dei creditori sociali. Nulla esclude che, malgrado il fallimento, le ragioni dei creditori risultino pienamente soddisfatte con la procedura di liquidazione. E un'ulteriore prova della neutralità della dichiarazione di insolvenza, di per sé non foriera di disvalore, si trae dall'art. 236 l. fall., che prevede l'applicabilità delle norme sulla bancarotta impropria ai casi di concordato preventivo, istituto ben diverso dalla procedura fallimentare. Sebbene il concordato preventivo sia alternativo al fallimento, l'estensione ad esso delle norme in tema di bancarotta implica che il fondamento dell'incriminazione sia qualcosa di diverso dalla dichiarazione giudiziale di dissesto, dovendo essere rinvenuta *aliunde*. A risultare meritevoli di sanzione sono le condotte che, per come tipizzate, risultano di per sé particolarmente intrise di disvalore. Se così non fosse, parrebbe difficile ipotizzare un rimprovero penale all'imprenditore che si preoccupa di evitare il fallimento ricorrendo all'istituto del concordato preventivo. Invero, la bancarotta, tanto nella forma propria quanto in quella impropria, è volta all'incriminazione di condotte dell'imprenditore, rilevanti in quanto espressione della violazione, volontaria o

che, ad esempio, nel diritto spagnolo, si usa distinguere tra fallimento cagionato con dolo, con colpa, oppure determinato da caso fortuito, per cui soltanto i primi due, e non certo il terzo, possono dar luogo a fatti penalmente rilevanti››.

negligente, dei rapporti creditori e della c.d. *par condicio creditorum*, nonché del principio di responsabilità patrimoniale contenuto nell'art. 2740 c.c.[400]. Ne consegue che, al momento della declaratoria di fallimento, il bene giuridico protetto dalla norma risulta già compromesso.

La bancarotta integrerebbe un reato pienamente offensivo, nell'ambito del quale la sentenza di fallimento, conformemente alla finalità riconosciuta alle condizioni di punibilità, consentirebbe che la condotta, già meritevole di pena, ne diventi anche bisognosa[401].

---

[400] In tema di responsabilità patrimoniale, l'art. 2740 c.c., disponendo che il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i beni presenti e futuri, rappresenta una norma cardine in tema di responsabilità patrimoniale, venendo qualificata come norma di ordine pubblico: v. M. BIANCA - G. CAPALDO, *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010, p. 110 ss.

[401] V. A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in AA.VV., a cura di A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013, p. 288: l'A. sostiene la natura condizionale della dichiarazione di fallimento. L'esclusione della pronuncia giurisdizionale di insolvenza dal novero degli *essentialia delicti*, e precisamente l'impossibilità di identificare in essa l'evento del reato, discende dalla valutazione complessiva di disvalore del delitto di bancarotta. L'offensività non risiede certamente nella pronuncia di insolvenza, quanto nel paradigma di realizzazione delle condotte, estrinsecantesi in operazioni di distrazione, sottrazione, falsificazione etc. Anche nell'eventualità in cui il fallimento venisse dichiarato successivamente alle condotte incriminate, non potrebbe costituire evento del reato; piuttosto, veicolando sul piano normativo ragioni di opportunità politica esso esaurisce la propria operatività esclusivamente sul piano della punibilità, attualizzando la risposta sanzionatoria dell'ordinamento. Spostandosi dalla dimensione penale a quella economica, si veda A. CALAMANTI, *I valori dell'impresa ed il sistema penale*, Ancona, 1996, p. 87. L'A., condividendo la ricostruzione della sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, ne evidenzia il carattere estrinseco; essa non attiene alla meritevolezza di pena dell'agente, ma semplicemente alla opportunità di sottoporlo a sanzione penale. Precisamente, la ragione di opportunità politica veicolata dalla dichiarazione di fallimento viene individuata nella necessità di evitare che l'interruzione della vita dell'impresa a seguito di procedimento penale possa avere ricadute negative sull'intero mercato economico. Poche sono le pronunce della giurisprudenza che condividono tale orientamento: cfr. Trib. Foggia, ord. 5.4.2004, in *Cass. pen.*, 2005, 196, n. 137, che ha ravvisato nella declaratoria di fallimento uno strumento di bilanciamento tra la tutela dell'interesse dei creditori al corretto soddisfacimento dei propri crediti e dell'imprenditore alla libera esplicazione dell'iniziativa economica e di gestione dell'impresa. Infatti, l'attività imprenditoriale assume una coloritura illecita solo quando si concreta nella violazione di regole gestionali, entrando in conflitto con l'interesse dei creditori.

3 La dichiarazione di fallimento nel dibattito giurisprudenziale: *a)* la sentenza Corvetta

Dopo aver tracciato le coordinate entro cui si muove l'elaborazione dottrinale, diventa imprescindibile passare alla dimensione dell'applicazione giurisprudenziale.

A riguardo, non ci si può esimere dall'analisi della soluzione cui è pervenuta la Suprema Corte nella sentenza Corvetta[402].

Oggetto della citata pronuncia giudiziaria è il fallimento della società Ravenna Calcio S.r.l., al cui *default* è conseguita la condanna, a titolo di bancarotta, dei componenti della famiglia Corvetta, vertici del *club* calcistico. A questi ultimi sono stati mossi gli addebiti di aver distratto ingenti somme di denaro dal patrimonio del predetto *club*, al fine di finanziare la Misano navigazione S.p.A., altra impresa riconducibile ai Corvetta. Già dalla succinta descrizione dei fatti, si comprende che il capo d'imputazione formulato nei confronti degli imputati riguarda l'illecito di bancarotta per distrazione, previsto all'art. 223, comma primo, l. fall.

Al di là delle conclusioni cui giunge la Cassazione, disponendo l'annullamento con rinvio delle sentenze di condanna irrogate dalla Corte d'Appello di Bologna nei confronti di tre dei quattro imputati, interessante è il percorso argomentativo tessuto dal supremo consesso. Segnando una netta rottura rispetto al tradizionale orientamento della giurisprudenza, la declaratoria di fallimento è considerata non solo elemento costitutivo del reato di bancarotta, ma anche evento dello stesso con l'inevitabile implicazione del necessario accertamento del nesso eziologico e psicologico tra questo e l'agente. Difficilmente accettabile, a quanto

[402] Il riferimento è da intendersi alla sentenza della Corte di Cassazione, 24.9.2012 (dep. 6.12.2012), n. 47502, in cui la Suprema Corte si è pronunciata sulla penale rilevanza del dissesto della società calcistica Ravenna s.r.l.

si legge dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame, è l'ambiguità di un elemento che, seppur costitutivo, non soggiace alle regole della causalità e dell'imputazione psicologica. Proprio tale anfibologia della dichiarazione di fallimento, continua la Suprema Corte nella sua argomentazione, comporta l'impossibilità di procedere ad una ricostruzione unitaria delle diverse fattispecie di bancarotta e genera evidenti incongruenze anche sotto il profilo sanzionatorio. Anzitutto, dal modo d'intendere la sentenza di fallimento nelle ipotesi di cui agli artt. 223 ss. l.fall. discende l'ascrivibilità delle relative fattispecie nel novero dei reati di evento o di condotta, facendone variare il momento consumativo.

A riguardo, tre sono le tesi che si contendono il campo e che vengono schematicamente riportate nel corpo della pronuncia sul Ravenna Calcio. La bancarotta come reato di condotta, che si consuma con il semplice compimento della condotta descritta; la bancarotta come reato di "pericolo astratto", al cui perfezionamento è sufficiente il potenziale danno per l'ordine dei creditori; la bancarotta come reato di evento, da identificare nell'insolvenza della società, formalizzata nella declaratoria di fallimento. L'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica fa assumere alla dichiarazione di fallimento un ruolo diverso: condizione obiettiva di punibilità nel primo caso, elemento essenziale "atipico" nel secondo ed evento del reato nell'ultima prospettazione. Alla giurisprudenza di legittimità l'arduo compito di individuare la corretta interpretazione, che sia rispettosa dei principi del diritto penale, colpevolezza ed offensività anzitutto. Condividendo con il resto della giurisprudenza, di merito e legittimità, le difficoltà iniziali, la pronuncia Corvetta si discosta in modo netto dai consueti approdi ermeneutici. Nell'identificare la declaratoria di fallimento come evento del reato, i Giudici nel caso Ravenna calcio S.r.l. seguono un

percorso logico-argomentativo lineare e rigoroso, che prende avvio dall'analisi delle ragioni per cui la giurisprudenza rifugge dal qualificare la dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità; ragione individuata proprio nelle perplessità che l'istituto di cui all'art. 44 c.p. genera nei confronti del principio di personalità. Detto atteggiamento di "prudenza" ha spinto all'approdo ad una soluzione alternativa dai profili altrettanto discutibili: la dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo non necessitante, tuttavia, di collegamento causale e psichico rispetto all'agente. Il rischio di una "truffa delle etichette" appare evidente.

Consapevole di questi profili di criticità, la sentenza Corvetta segue l'alternativa più volte descritta: la dichiarazione di fallimento è considerata evento del reato e, come tale, in conformità alle prescrizioni degli artt. 40 e 43 c.p., bisognevole di un rigoroso accertamento causale e psicologico. L'importanza della soluzione appena descritta si comprende con maggiore nettezza, calandola nella vicenda concreta da cui essa origina. Prima del *default*, la società calcistica del Ravenna era stata soggetta ad amministrazione controllata, che aveva sottratto la concreta gestione economica della stessa alla amministratrice famiglia Corvetta. La gestione controllata, pur rappresentando una breve parentesi nella vicenda dell'ente, si era inserita di fatto nella sequenza causale, dal quale è poi derivato il dissesto. In termini strettamente giuridici, si tratta di verificare se l'amministrazione controllata abbia rappresentato una concausa di per sé sufficiente a cagionare l'evento, *ex* art. 41 c.p. Nel dubbio, in mancanza di uno specifico accertamento sul punto, la Corte di cassazione sceglie di annullare la pronuncia di condanna, rinviando al giudice di appello per l'approfondimento istruttorio.

Va da sé che, affermata la necessità della derivazione causale del fallimento, si rende altrettanto indispensabile che l'evento sia riconducibile al dominio psichico dell'agente; occorre, in definitiva, accertare che l'imprenditore abbia orientato la propria azione al verificarsi del dissesto, secondo i canoni dell'art. 43 c.p. Anche sotto questo versante la sentenza della Corte d'Appello di Bologna risulta carente e, pertanto, viene censurata dalla Corte di Cassazione. L'esclusione della declaratoria di fallimento dal regime d'imputazione soggettivo ne determina un accostamento alla struttura tipica delle condizioni obiettive di punibilità, in evidente contrasto con la sua prescelta e consolidata ricostruzione in termini di *essentiale delicti.* Si comprende, dunque, la presa di posizione della sentenza Corvetta; in qualità di evento del reato, la declaratoria di fallimento è legata a doppio filo, eziologico e psicologico, alla condotta dell'imprenditore soggetto attivo della bancarotta.

Per quanto pregevole nei fini, la posizione mostrata nella sentenza in commento lascia aperti, forse volutamente, molteplici nodi problematici - dai rapporti tra le diverse ipotesi di bancarotta alla natura di ciascuna di esse - la cui soluzione rimane in carico alla giurisprudenza successiva.

3.1 *Segue: b)* la posizione della Corte di Cassazione nel caso Parmalat: più ombre che luci.

Per quanto dirompente, la posizione assunta dall'organo nomofilattico nel caso Corvetta non ha incontrato i favori della giurisprudenza successiva, come dimostrano le conclusioni cui perviene la Corte di cassazione nella nota vicenda del *default* Parmalat[403].

[403] Sul caso Parmalat si è pronunciata la quinta sezione della Corte di Cassazione con la sentenza del 7.3.2014, n. 32352.

Sebbene tragga la propria denominazione dalla più nota azienda coinvolta, l'*affaire* Parmalat ha assunto le sembianze di una fittissima ragnatela, ordita contemporaneamente da una molteplicità di soggetti, persone fisiche e giuridiche. Sedici imputati e una galassia di società, tutte riconducibili alla famiglia Tanzi o a terzi in funzione di prestanome, si sono fraudolentemente adoperati nella creazione di un sofisticato sistema economico, destinato poi ad implodere. Innumerevoli e tutte differenti le condotte illecite poste in essere a tale scopo, ricondotte dalla Corte di legittimità, per semplicità d'esame, a tre distinti gruppi: condotte di falsificazione di bilanci (iscrizione in contabilità di fatti non rispondenti al vero, totale assenza di informazioni relative a fatti economicamente rilevanti); operazioni dolose causatrici del dissesto (i c.d. giri dei concessionari al fine di creare meccanismi si autofinanziamento); condotte di distrazione di cespiti attivi volte ad aggravare il complessivo stato economico societario.

Soggetti ed azioni distinti, accomunati dall'aver tutti contribuito alla realizzazione dei fatti di bancarotta impropria fraudolenta, secondo quanto previsto dall'art. 223 l. fall[404].

Respingendo i ricorsi presentati dagli imputati, la Corte di legittimità conferma le condanne loro inflitte dalla Corte d'Appello di Bologna, arricchendo la pronuncia con la trattazione di alcuni profili dogmatici particolarmente significativi ed altrettanto problematici. Non vi è dubbio che, in materia di reati

[404] A norma dell'art. 223, commi 1 e 2, l. fall. «si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile; 2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società».

bancarotta, la questione di maggiore rilievo riguarda la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento, come dimostra il risalente e fitto dibattito sorto a riguardo[405].

Scorrendo i ricorsi presentati dai vari imputati, il motivo principale di doglianza riguarda, appunto, l'erroneo accertamento, da parte delle corti di merito, del dolo e del rapporto di causalità tra le singole condotte poste in essere ed il generale evento del dissesto finanziario[406]. Precisamente, i giudici avrebbero errato nel trattare in modo generale il profilo relativo al dissesto del gruppo, senza analizzare l'effettiva connessione con le singole condotte incriminate, compiendo un'erronea applicazione dell'art. 40 c.p. relativamente al nesso di causalità e dell'art. 43 c.p. con riguardo all'elemento soggettivo[407].

Tali doglianze risultano particolarmente significative laddove si consideri il triplice assioma, che ne costituisce il fondamento: la bancarotta quale fattispecie di evento e non di pericolo; il dissesto quale evento del reato; la sentenza di fallimento quale mera estrinsecazione formale di detto dissesto. Ne discende la necessità che il dissesto e, dunque, la sentenza di fallimento siano coperti dal

[405] V. *supra* nn. 2 e 2.1.

[406] Sul punto sono necessarie talune precisazioni. Benché in massima parte i capi d'imputazione formulati dalle corti di merito fossero riconducibili al *genus* bancarotta fraudolenta impropria *ex* art. 223 l. fall., la presenza di un così ampio numero di imputati ha notevolmente esteso la sfera delle contestazioni. Sicché, occorre tener conto della differenza, anche sul piano della formulazione normativa, tra bancarotta fraudolenta documentale e distrattiva e altresì della diversità, quanto ad elemento soggettivo di questa ipotesi, rispetto alla previsione della bancarotta semplice, di cui al n. 2 dell'art. 224 l.fall. Quest'ultimo, infatti, disponendo che «si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali: 2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge», postula una natura tipicamente colposa, che, pertanto, esige il rispetto delle peculiari forme di accertamento della causalità colposa. In tal senso, gli imputati, cui è stato ascritta l'imputazione *ex* art. 224 n. 2 l.fall., hanno lamentato il carente accertamento da parte della Corte d'Appello di Bologna, la quale si sarebbe limitata a muovere un rimprovero di colpa generica e non specifica. Per un approfondimento sul tema della natura intrinsecamente colposa della bancarotta semplice, v. U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, p. 352 ss.

[407] Come si è già anticipato, di altro avviso si mostra la Corte, aderendo alla tesi della indipendenza causale della dichiarazione di fallimento (*rectius:* dissesto) rispetto alle condotte tipizzate.

dolo e rappresentino la diretta ed ineliminabile conseguenza delle condotte compiute[408].

Ad una ricostruzione diametralmente opposta perviene la Corte di Cassazione nella sentenza in commento. I giudici di legittimità decidono di aderire al tradizionale orientamento in tema di bancarotta, tracciato a partire dalla sentenza "apri-pista" del 1958[409]. In accordo a detto orientamento, la dichiarazione di fallimento, non costituendo evento del reato, identificabile nell'insolvenza societaria, non necessiterebbe una riconduzione alla volontà o al dominio fisico dell'agente, risultando irrilevante il relativo accertamento.

Tuttavia, nella sentenza Parmalat, la Suprema Corte propone un avanzamento nell'approccio ermeneutico appena descritto, offrendo una ricostruzione maggiormente articolata. Consapevole della complessità del quadro dei reati di bancarotta, il Supremo Collegio approda ad una soluzione differenziata, che tiene conto principalmente del tenore letterale delle singole fattispecie di riferimento. Nel ragionamento sviluppato dalla Corte, i due estremi sono rappresentati dagli artt. 216 e 223 l. fall. Senza dubbio, la principale differenza tra le norme risiede nella diversa qualità dei soggetti attivi autori della condotta: imprenditore nel primo caso, amministratore o altro soggetto dotato di potere di gestione, nella seconda ipotesi, con una ripercussione sull'individuazione del relativo *nomen iuris,* rispettivamente di bancarotta propria e bancarotta impropria. Tuttavia, l'elemento di differenziazione più rilevante tra le due ipotesi risiederebbe nella struttura della fattispecie. Sebbene l'art. 223 l. fall. sia

[408] La difesa degli imputati ha buon gioco a fondare la propria strategia difensiva nelle risultanze della sentenza "Corvetta", che si pone "coraggiosamente" in contrasto rispetto all'ormai consolidato e granitico orientamento giurisprudenziale, che sembra prescindere da simili indagini: vedi *supra, sub* n. 3.
[409] V. *supra*, nota 4.

costruito prevalentemente sul rinvio all'art. 216 l. fall., differente si presenta la costruzione adottata per le due fattispecie a seguito della riforma legislativa dei reati societari del 2002[410].

L'attuale formulazione richiede esplicitamente che, ai fini dell'incriminazione, gli organi di amministrazione-gestione abbiano «cagionato o concorso a cagionare il dissesto» della società. È evidente che la specifica tipizzazione "causale" inferisce la necessità che intercorra un doppio legame, psichico e causale, tra l'agente e il dissesto, quale evento del reato. Più incerta, invece, si profila la stessa questione, se rapportata alla sentenza dichiarativa di fallimento.

La risposta fornita in proposito dalla Corte si rivela tutt'altro che unitaria, atteggiandosi in modo differente a seconda della fattispecie considerata e recando con sé taluni profili di contraddittorietà[411].

---

[410] Per un'approfondita analisi delle problematiche interpretative legate alla formulazione dell'art. 223 l.fall. pre-riforma si veda il contributo di A. D'AVIRRO-E. DE MARTINO, *i reati di bancarotta societaria: distrazioni, infedeltà ed operazioni dolose,* collana *Teoria e Pratica del Diritto,* Milano 2013, 6 ss. Sul punto, gli Autori osservano che l'assenza di un nesso eziologico tra i reati societari ed il fallimento, tipica della precedente formulazione dell'art. 223 l. fall., legittimava a chiedersi se il reato di bancarotta configurasse un'autonoma fattispecie di reato, ovvero un'ipotesi aggravata per effetto dell'intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento, operante come una circostanza dei reati richiamati dall'art. 223. A sostegno della natura aggravante della dichiarazione di fallimento si richiama il contributo di A. CADOPPI, secondo il quale uno dei pochi settori sganciati dal requisito della colpevolezza era quello delle circostanze, pertanto, la natura di circostanza aggravante della dichiarazione di fallimento discendeva dal fatto che quest'ultimo non doveva essere ricondotto al dolo o alla colpa dell'agente: A. CADOPPI, *La natura giuridica dell'ipotesi di fallimento di cui all'art. 223 cpv n.1 legge fallimentare,* in *Il fall.,* 1981, p. 824. La ricostruzione ora ricordata, avversata già ai tempi dalla giurisprudenza, non sarebbe più condivisibile per via dell'avvenuta riforma del regime d'imputazione delle circostanze aggravanti, che, a seguito della l. n. 19/90, possono essere imputate all'agente solo se conosciute dallo stesso o ignorate per colpa. L'attuale formulazione dell'art. 223 l. fall., frutto della riforma *ex* d. lgs. n. 61/2002, dispone che «si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile».

[411] L'impossibilità di procedere ad una ricostruzione unitaria dei reati di bancarotta emerge con nettezza dagli oscillanti orientamenti manifestati dalla giurisprudenza nelle differenti pronunce. Un'efficace sintesi delle diverse ricostruzioni in tema di fallimento è condotta dalla Corte di Cassazione nella sentenza sul *crac* della clinica San Raffaele: Cass., 21.7.2014, n. 32031. Nella citata pronuncia, il giudice di legittimità ribadisce il tradizionale orientamento secondo cui la dichiarazione di fallimento non costituisce l'evento del reato di bancarotta, e pertanto non va ricercato alcun nesso eziologico tra la condotta, consistente in un atto di disposizione sul patrimonio di un'impresa commerciale, e il fallimento. Unica ipotesi in cui, in senso opposto, assume rilevanza la relazione di causalità fra le condotte vietate e il rispettivo evento naturalistico

Con riguardo all'art. 216 l. fall., vale a dire all'ipotesi di bancarotta fraudolenta propria, il fallimento rappresenta un elemento rispetto al quale non si può immaginare un'efficienza causale.

Diversa è la conclusione cui giunge la Corte in relazione all'art. 223 l. fall., cioè l'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria. Secondo i giudici di legittimità, in tale fattispecie, la sentenza dichiarativa del fallimento, cui si riconosce una natura costitutiva, necessita di una copertura soggettiva, in termini di previsione e volontà, e di una connessione con la condotta dell'agente.

4. Le condizioni obiettive di punibilità estrinseche come garanzia dell'unitarietà del sistema dei reati di bancarotta: il ravvedimento della giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 13910/17

Nella seppur breve trattazione sin qui condotta si è cercato di mettere in evidenza la molteplicità e la diversità degli orientamenti sorti al fine di chiarire il rapporto tra dichiarazione di fallimento e bancarotta. Esemplificativo si mostra, in tal senso, il *revirement* effettuato dalla giurisprudenza di legittimità nel confronto tra le citate pronunce Corvetta e Parmalat.

Con la sentenza Parmalat, la Corte di Cassazione si riallinea nel solco tracciato nel lontano '58, dopo la deviazione realizzata in occasione del *default* del Ravenna Calcio s.p.a.: la sentenza dichiarativa di fallimento integra un elemento costitutivo dei reati di bancarotta, ma prescinde da qualunque nesso psichico ed eziologico. E, anche nel caso di un'esplicita previsione di tali legami, come nelle ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 223 l. fall., il ricorso al dolo eventuale, elemento soggettivo dagli incerti confini, e alla combinazione tra le clausole d'incriminazione suppletiva, di cui agli artt. 40 c.p. e 110 c.p., consente un

del dissesto del fallimento è rinvenibile nella bancarotta impropria da reati societari e da operazioni dolose, ai sensi dell'art. 223, comma secondo, nn. 1 e 2, l. fall.

agevole *discessus* sul piano processuale. Malgrado la breve distanza cronologica fra le sentenze sopra citate corre una profonda differenza, rappresentata dalle "sconcertanti" ripercussioni, sul piano economico e ancor più sociale, derivate dallo scandalo Parmalat: centinaia di migliaia tra azionisti e risparmiatori ridotti sul lastrico ed un'economia messa a dura prova. Tuttavia, la gravità dei costi sociali non può sostituirsi ai principi di stretta legalità, frammentarietà e colpevolezza, che fondando il diritto penale. In questa prospettiva si colloca il dibattito sulla natura della sentenza dichiarativa fallimento.

Si è già avuto modo di evidenziare le perplessità, che su un piano prettamente assiologico si rinvengono in ordine alla considerazione del fallimento come elemento costitutivo, ma di natura "estrinseca"; la sua inidoneità a conferire disvalore alle condotte tipizzate impone, evidentemente, di ricercare la loro offensività altrove.

Ad esiti altrettanto paradossali conduce l'eventuale attribuzione di una carica negativa alla declaratoria di insolvenza. Affermare che le fattispecie di bancarotta siano costruite su condotte tendenzialmente "neutre" implica la necessità di individuare ulteriori elementi su cui si accentri il profilo offensivo; ciò, per scongiurare il rischio di sanzionare meri atti dispositivi del privato patrimonio, assolutamente leciti. La declaratoria di fallimento, elemento indipendente dalla condotta dell'agente interverrebbe come "trasformatore di carica", conferendo offensività a condotte di per sé neutre. La soluzione però solleva talune perplessità poiché pare non tenere in sufficiente considerazione la profonda diversità strutturale che intercorre tra i diversi tipi di bancarotta. A condotte descritte in modo pregnante e dettagliato, quale la bancarotta fraudolenta, si affiancano ipotesi incentrate su bassi profili di offensività.

Attribuire alla dichiarazione di fallimento il compito di qualificare in termini di disvalore le fattispecie conduce ad esiti paradossali. Le condotte di bancarotta semplice integrano forme di "imprudenza" nelle spese personali o nelle operazioni economiche effettuate. Diversamente, la precisa tipizzazione delle ipotesi di bancarotta fraudolenta possiede già *in nuce* una connotazione di disvalore, a prescindere dalla dichiarazione di fallimento ovvero dall'evento del dissesto[412]. Così ragionando, la dichiarazione di fallimento, nel primo caso, accentrerebbe su di sé l'intera offensività del delitto, nel secondo, invece, si rivelerebbe un elemento superfluo rispetto ad un solido sostrato di disvalore. Eppure, paradossalmente, la bancarotta fraudolenta si presta, sotto il profilo letterale, ad una lettura della declaratoria di fallimento come evento del reato; la bancarotta semplice, invece, con l'espressione "se dichiarato fallito" incoraggia ad una ricostruzione in termini di condizione di punibilità.

Lasciando momentaneamente da parte l'evidenziata diversità strutturale, potrebbe risultare interessante vedere a quali esiti condurrebbe una lettura in chiave di condizioni di punibilità della declaratoria di fallimento.

Nel novero delle norme che caratterizzano il fallimento, spesso sottovalutata si rivela la disposizione di cui all'art. 217-*bis*, che prevede alcune ipotesi scriminanti del reato di bancarotta[413]. Essa possiede un ambito di applicazione

[412] La mera realizzazione delle condotte tipizzate non può dirsi di per sé sufficiente a fondare un'imputazione realmente colpevole del reato di bancarotta fraudolenta. Ad esse va affiancato l'accertamento dell'effettiva esistenza dell'elemento psicologico dell'agente; altrimenti, si ricadrebbe nella tecnica di accertamento processuale del *dolus in re ipsa,* di cui si sono già evidenziati i profili problematici.

[413] A norma dell'art. 217-*bis* «le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinquies*». L'art. 217-*bis* costituisce una disposizione recentemente introdotta nel titolo VI della legge fallimentare ad opera dell'art. 48, co. 2 del D.L. n.78 del 2010, convertito

ben delimitato, riconducibile alle ipotesi di cui agli artt. 216 terzo comma e 217, relative, rispettivamente, alla bancarotta fraudolenta preferenziale e alla bancarotta propria semplice. Nessun riferimento viene esteso alle ulteriori tipologie di bancarotta, fra cui quella impropria. Benché a tale carenza parte della dottrina abbia ovviato ricorrendo ad un'analogia *in bonam partem,* non pare superfluo indagare sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad individuare in modo circoscritto l'ambito di operatività dell'art. 217-bis[414].

Occorre anzitutto precisare che l'ipotesi scriminante in questione non appartiene all'originario impianto normativo; essa è stata introdotta solo di recente, con il frammentario intervento normativo attuato con la legge n. 122/2010, che ha convertito con modifiche il d.l. n. 78, con l'intento di sopperire alla costituzione scarsamente offensiva dell'art. 217 e del terzo comma dell'art. 216 l. fall., la cui fragilità strutturale favorisce il ricorso a correttivi ermeneutici, con grave pregiudizio dello stesso principio di legalità[415]. Sebbene la peculiare denominazione dell'art. 217-*bis* abbia innescato un dibattito circa la natura della

con la l. n. 122/2010 e come modificato dalla legge 6 agosto 2016 n. 132. Il provvedimento normativo in questione, emblematicamente, titolava "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica" ed era finalizzato a rendere più funzionali gli strumenti di risanamento previsti dalla legge fallimentare.

Per degli approfondimenti sull'art. 217 *bis* si vedano R. LOTTINI, *Il nuovo articolo 217-bis l. fall: una riforma che tradisce le aspettative,* in *Fall.*, 2012, 1366; G. ANDREAZZA, *Art. 217 bis,* in *La legge fallimentare, Commentario teorico pratico²,* a cura di P. FERRO, Padova 2011, 2449. G. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis l. fall: qualcosa è cambiato?* in *LP*, 2011, 7 ss. Sulle problematiche legate all'incerta natura dell'art. 217-*bis*, se causa di esclusione del tipo o causa di non punibilità *stricto sensu,* si veda G. CHECCACCI, *Art. 217-bis,* in AA. VV., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Commento per articoli*, A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di) Torino 2014, 577 ss.

[414] Autorevole dottrina ritiene che, in virtù del richiamo agli artt. 216, comma terzo, e 217 l. fall., anche le fattispecie di bancarotta impropria, *ex* artt. 223 e 224 primo comma, possano beneficiare della causa di esenzione dell'art. 217-*bis*. Si veda quanto argomentato in proposito da A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari,* Torino 2014, p. 117. In senso contrario potrebbe affermarsi che, data la natura eccezionale della causa di esenzione, l'estensione analogica sarebbe impedita dal disposto dell'art. 14 delle Preleggi.

[415] Così A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 115.

scriminante in essa contenuta, se causa di esclusione del tipo ovvero causa di non punibilità, con la previsione di un'apposita causa di esenzione dai reati di bancarotta il legislatore, verosimilmente, ha inteso perseguire una duplice finalità, l'una di natura economica, l'altra giuridica.

Sul primo versante, non sembra superfluo evidenziare che l'art. 217-*bis* l. fall s'inserisce nel solco di un'opera di valorizzazione delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: non a caso, la sua introduzione nella legge fallimentare è avvenuta ad opera di un provvedimento normativo recante le misure di stabilizzazione economica e competitività del Paese. Ragioni di politica economica suggeriscono al legislatore di scongiurare, piuttosto che sanzionare, le crisi d'impresa, i cui effetti negativi potrebbero ripercuotersi sulle vicende dell'intera economia nazionale. Nel novero delle attività lecite, ma caratterizzate da una spiccata componente di rischio, il settore imprenditoriale reclama la concessione di più ampi spazi di liceità, con una conseguente ridefinizione dei confini tra le condotte consentite e quelle da sanzionare. In tal senso vanno intese le numerose norme, tra cui lo stesso art. 217-*bis*, inserite nella legge fallimentare per favorire soluzioni di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento aziendale.

In un'ottica prettamente giuridica, poi, la previsione di una scriminante del reato rappresenta la concretizzazione dell'esigenza di deflazionare il contenzioso rispetto a tutte quelle vicende di crisi che, pur rappresentando momenti di patologia, sono contingenti al ciclo imprenditoriale e non meritano un rimprovero penale.

Provando ad applicare alle condizioni di punibilità gli argomenti appena riferiti all'art. 217-*bis*, dato il loro *modus operandi* speculare, si potrebbero trarre conclusioni non dissimili.

La sentenza dichiarativa di fallimento come c.o.p. interverrebbe come filtro selettivo della punibilità delle condotte di bancarotta che siano autenticamente bisognose di pena. Far dipendere l'innesco del momento sanzionatorio dal verificarsi di un evento esterno al piano dell'offesa, quale la declaratoria di fallimento, consente di riservare la punibilità alle sole ipotesi di illecito superamento del rischio, evitando forme di controllo penale generalizzato sull'attività di impresa. In tal modo, viene fornita adeguata risposta ad una concreta necessità, manifestata dagli stessi protagonisti della scena economico-imprenditoriale ed "imposta" dal sistema europeo: incoraggiare le soluzioni alternative alle crisi d'impresa, con un conseguente restringimento dell'area dei rimedi penali, che mal si conciliano con la realtà e la libertà imprenditoriale[416]. Infatti, nel tentativo di effettuare una ricostruzione unitaria del sistema degli illeciti di bancarotta, tanto il legislatore, quanto la giurisprudenza finiscono per confondere dei "fenomeni" profondamente diversi: il fallimento e il dissesto.

[416] La correlazione tra la previsione dell'art. 217-*bis* e la valorizzazione dei piani di risanamento della *twilight zone* (c.d. zona prodromica al rischio di insolvenza) è stata attentamente evidenziata da P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e concorsuale*, in *Riv. dir. soc*, 2012, 820. L'A, sul punto, osserva che il legislatore ha abbozzato i lineamenti di un istituto di prevenzione con il piano attestato *ex* art. 67, terzo comma lett. d), legge fall., anche se rimasto monco sino alla recente microriforma del diritto penale fallimentare. Il tassello fondamentale deve infatti individuarsi nella recente disposizione di cui all'art. 217-*bis*, che ha sancito l'esenzione dai reati di bancarotta, in particolare in relazione al piano attestato *ex* art. 67, terzo comma. Quanto alla dimensione europea, particolarmente densa di implicazioni è stata l'emanazione del regolamento comunitario n. 848/2015 in tema di insolvenza transfrontaliera, seguita dal pacchetto di misure per modernizzare tale disciplina sull'insolvenza e dalla proposta attualmente al vaglio dei ministri in sede di Consiglio UE perché diventi legge. I citati assetti normativi si prefiggono il comune obiettivo di incrementare le possibilità di salvataggio delle imprese in difficoltà finanziaria, ridurre i termini di riabilitazione degli imprenditori e favorire le procedure di ristrutturazione imprenditoriale.

Soluzione questa, che rischia di penalizzare il fisiologico svolgimento dell'attività d'impresa.

Il dissesto e la declaratoria di fallimento, all'interno del diritto penale, rivestono il ruolo di elementi normativi extra penali di fattispecie e, pertanto, una loro analisi non può prescindere dall'ausilio interpretativo del diritto commerciale[417]. Nell'ambito del diritto commerciale, la necessità di differenziare i due fenomeni si rivela sul piano sostanziale, prima ancora che formale: l'intervallo intercorrente tra dissesto e dichiarazione di fallimento rappresenta l'unico e fondamentale periodo in cui possano trovare spazio eventuali accordi di ristrutturazione dei debiti, in grado di scongiurare l'apertura della procedura fallimentare. Se, dunque, il dissesto rappresenta il necessario presupposto della dichiarazione di fallimento, non è altrettanto certo che al dissesto segua inevitabilmente la procedura fallimentare[418]. L'attività imprenditoriale risulta intrinsecamente connotata da una spiccata componente aleatoria e dal c.d. rischio

[417] Sebbene si tratti di materia penale le norme incriminatrici in materia fallimentare sono particolarmente ricche di elementi normativi extrapenali, quali il dissesto ovvero la dichiarazione di fallimento. I due fenomeni, che lo stesso legislatore della legge fallimentare tiene distinti sul piano terminologico, assumono un significato differente, in quanto diversa si mostra la loro rilevanza all'interno della procedura fallimentare. Dense di significato sono le osservazioni, che autorevole dottrina riserva agli errori compiuti dalla scienza penalistica nell'interpretare le norme in tema di bancarotta. Tale dottrina evidenzia che, applicando le attuali norme penali sulla bancarotta pre-fallimentare, spesso si finisce per incriminare ed irrogare una sanzione anche nel caso in cui il dissesto prescinda dal compimento di taluna delle fattispecie di bancarotta, sul presupposto che esso sussista nel momento in cui il fatto criminoso risulti commesso e per il sol fatto che sia idoneo ad aggravare il dissesto: cfr. V. BUONOCORE – A. BASSI, *Trattato di diritto fallimentare, gli organi, gli effetti,* Padova, 2010, p. 547.

[418] Per un approfondimento sui rapporti tra dissesto, fallimento e concordati v. S. CARDINALI, *La crisi e lo stato d'insolvenza,* in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, Milano, 2011, p. 407 ss.

d'impresa, che rappresenta la particolare lente attraverso cui valutare ogni attività dell'imprenditore[419].

Nel caso Parmalat risulta difficile pensare che il *default* del gruppo di Collecchio sul Reno sia stato un fisiologico e spontaneo sviluppo dell'attività d'impresa. L'essenza delle incriminazioni a titolo di bancarotta dei vertici societari risiede in quella perversa e fraudolenta eterogenesi della società, che, da colosso finanziario si è trasformata in un'autentica "fabbrica di debiti". Nel complesso sistema dei reati di bancarotta, vero punto dolente si rivela, dunque, individuare l'esatto discrimine tra attività d'impresa "fisiologica" e "patologica", che diventa capo e fondamento dell'imputazione penale. Solo una precisa delimitazione del detto confine tra il terreno economico e quello del penalmente rilevante scongiura il rischio di una trasformazione del diritto penale dell'economia in diritto dell'economia penale, in cui la scelta di punire consegue al bilanciamento tra passività ed attività aziendali, in linea con l'antico, ed ormai desueto, adagio *decoctor, ergo fraudator*[420].

---

[419] L'evento del fallimento tende ad assumere una connotazione profondamente diversa nel passaggio dal settore penale a quello prettamente economico. Nella logica imprenditoriale, come osservato da attenta dottrina, la crisi d'impresa non assume i connotati di un evento accidentale o marginale ma immanente nella logica del ciclo produttivo. Nell'ottica dell'imprenditore individuale essa rispecchia il naturale rischio dell'attività d'impresa; nella dimensione macroeconomica il fallimento s'inserisce naturalmente come conseguenza del mercato concorrenziale «manifestando a livello atomistico l'effetto generale di quel movimento, dato dalla selezione dei competitori»; così F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa,* Milano, 2011, p. 36. In dottrina non manca chi mette in relazione il fallimento con il fisiologico funzionamento del mercato, evidenziando come il ricorso alle procedure concorsuali costituisce il mezzo per l'eliminazione dal mercato delle imprese più deboli e poco competitive, con l'obiettivo di effettuare una nuova allocazione dei capitali in esse impiegati, a favore di imprese più efficienti. In questi termini, B. LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori,* in *Dir. giust.,* 2010, 10. Sul versante penale significativo è il contributo di A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'economia,* Padova, 2001.

[420] Si veda quanto sostenuto da V. BUONOCORE – A. BASSI, *Trattato di diritto fallimentare, gli organi, gli effetti,* Milano 2010, 706. Tra l'altro, l'esigenza di un intervento di ristrutturazione che dia coerenza all'intero sistema dei reati fallimentari è stata manifestata nella Relazione di accompagnamento alla l. n. 211 del 2012, emanato al fine di coordinare i diversi settori dell'ordinamento, assicurando liceità penale alle operazioni di salvataggio delle imprese in crisi. Sul punto, si veda A. FIORELLA – M. MASUCCI, *op. ult. cit.,* 111 ss.

Una duplice conferma di quanto detto si può trarre dalla lettura in combinato disposto con l'art. 236 l. fall., che estende la punibilità per i fatti di cui all'art. 223 l. fall. anche alla procedura del concordato preventivo e dalla nuova posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza 13910/2017[421]. Poiché il concordato preventivo rappresenta una procedura alternativa rispetto a quella fallimentare, se ne desume che elemento costante e ontologicamente rilevante per l'imputazione è il dissesto, senza il quale non potrebbe aversi una fattispecie pienamente offensiva. La dichiarazione di fallimento in sé, quale formalizzazione del *default*, pare operare su un piano puramente estrinseco all'assetto di interessi tutelato dalla norma e, pertanto, risulta particolarmente difficile comprendere come possa strutturare *ab imis* la fattispecie[422]. Valorizzando la diversità semantica ed ontologica che intercorre

[421] Di recente la giurisprudenza di legittimità è tornata sull'annosa questione della qualificazione della sentenza di fallimento nei reati di bancarotta affermandone, senza lasciare spazio ad interpretazioni difformi, la natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca. Tale conclusione, già ventilata dagli *obiter dicta* delle S.U. del 31.03.2016 n. 22474, arriva dopo un lungo *excursus* delle principali posizioni assunte dalla giurisprudenza nel tempo e si fonda su argomenti di ordine letterale e assiologico. La dichiarazione di fallimento – si legge nelle motivazioni – non aggrava in alcun modo l'offesa che i creditori soffrono per effetto delle condotte dell'imprenditore; ne consegue che, in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, rappresenta una condizione estrinseca di punibilità che restringe l'area del penalmente illecito, imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento. A conferma di ciò si richiamano il dettato dell'art. 238 l. fall. e l'art. 274 c.p.p. in tema di misure cautelari: il primo lega l'esercizio dell'azione penale alla declaratoria di fallimento, dal momento che dall'emissione della sentenza la condotta diventa bisognosa, e non soltanto meritevole, di pena. L'altra disposizione, invece, secondo la prevalente interpretazione giurisprudenziale, impone di guardare al momento di commissione dei singoli episodi di distrazione per valutare la sussistenza delle esigenze cautelari: cfr. Cass. 9280/2014 e Cass. 263586/2015.

[422]Già *ictu oculi* si può desumere il carattere estrinseco della sentenza dichiarativa di fallimento: si tratta di un provvedimento proveniente da autorità giudiziaria e può essere sollecitata dall'istanza di soggetto diverso dall'imprenditore o amministratore: in tal senso, G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, n. 4, pp. 1021-1063; *contra*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica,* Milano, 2008, p. 77 ss. Secondo l'A. appena citato, la sentenza dichiarativa di fallimento assume una valenza speciale nell'economia del reato di bancarotta; essa "conferisce" il crisma dell'illiceità agli atti dispositivi compiuti dall'imprenditore sui propri beni. Con l'accertamento giudiziale dell'insolvenza si attualizza e diventa effettiva e reale l'offesa agli interessi dei creditori, oggetto di tutela delle fattispecie fallimentari.

tra i due momenti si otterrebbe un duplice beneficio; accomunati dal minimo comune denominatore della declaratoria di fallimento, le ipotesi di bancarotta manterrebbero inalterata la loro autonomia, come emerge dal dettato normativo scelto dal legislatore per ciascuno di esse. Simile soluzione, se ancora non pienamente idonea a fugare i dubbi di scarsa offensività di talune fattispecie, risulterebbe particolarmente rispondente alle esigenze di legalità e ricorso alla sanzione penale come *extrema ratio*. In fondo, la necessità di un ripensamento della tradizionale interpretazione dei reati di bancarotta è già stata esplicitata nelle argomentazioni della sentenza Corvetta e ne risulta rafforzata proprio dalla pronuncia Parmalat. In essa, a fronte dell'ampiezza e della gravità della vicenda, si stagliano le fragilità di una ricostruzione che prevede l'imputazione oggettiva di un elemento considerato essenziale, la dichiarazione di fallimento, e che finisce per aderire ad un modello di responsabilità "a cascata", fortemente improntato ai canoni della responsabilità di posizione, costruito sui labili confini tra dolo eventuale e colpa cosciente e, ancor peggio, rimesso alle oscillazioni delle interpretazioni giurisprudenziali.

5. I progetti di riforma del codice penale: quale sorte per le condizioni obiettive di punibilità

Dall'anno della sua entrata in vigore nel 1931, il codice penale è rimasto pressoché invariato, specialmente nella sua "parte generale"; ciò tuttavia non può sempre considerarsi prova della bontà e lungimiranza delle scelte compiute nella codificazione delle "origini" dal momento che l'intervento chiarificatore del legislatore, in taluni casi, avrebbe sicuramente contribuito a dipanare dubbi ed incertezze sedimentatisi attorno ad alcuni istituti, primo fra tutti le condizioni obiettive di punibilità.

Si è già fatto riferimento alle dispute sorte attorno alla corretta interpretazione dell'art. 44 c.p. ed invero, è innegabile che oggi ci si debba muovere tra questioni da tempo dibattute, e tutt'ora insolute, e prospettive di riforma che sembrano sempre più distanti.

In attesa di una loro definitiva consacrazione formale, si ritiene doveroso condurre una panoramica delle proposte di riforma avanzate di recente.

Sul punto, occorre anzitutto evidenziare come vi sia stata unità di vedute da parte delle Commissioni di riforma circa la necessità di mantenere l'istituto condizionale, che ricorre in tutti gli articolati redatti. Ciò che va attentamente esaminato, perché affrontato e risolto in modo difforme, va ravvisato nel profilo della disciplina, nonché della collocazione della disposizione che la contengono[423].

Mettendo a confronto i diversi Progetti, appare chiaro che due sono le preoccupazioni che muovono i potenziali riformatori nell'approccio al delicato tema delle condizioni di punibilità: garantire la massima compatibilità con il principio di colpevolezza e prestare rigorosa osservanza al principio di legalità.

Per la realizzazione del primo fine le soluzioni prospettate risultano molteplici e variano dalla configurazione degli elementi condizionali quali accadimenti

[423] Iniziando dalla proposta di riforma più risalente, il Progetto Pagliaro del 1992 all'art. 13 (inserito nel libro secondo "del reato") prevedeva in tema di condizioni di punibilità che esse fossero operanti oggettivamente solo accadimenti estranei all'offesa tipica del reato; il Progetto Grosso del 2000 disponeva invece all'art. 33 che «condizioni oggettive di punibilità possono essere previste con disposizione espressa di legge, che utilizzi tale definizione. Al verificarsi di una condizione oggettiva di punibilità non possono essere collegati aumenti di pena» (optando per l'inserimento dell'istituto nell'ambito della colpevolezza). Nel Progetto Nordio (2004) si legge - alla sezione quarta «le condizioni di punibilità e le cause di non punibilità», art. 99 - che «la legge determina i casi nei quali la punibilità del reato commesso è subordinata al verificarsi di una condizione. Le condizioni sono denominate tali dalla legge. Le condizioni operano oggettivamente». La Commissione Pisapia del 2006 tra le disposizioni del titolo V "punibilità. Estinzione della pena, all'art. 40 specifica che la legge «determini i casi nei quali la punibilità del reato sia subordinata al verificarsi delle condizioni estranee all'offesa, nominandole espressamente condizioni di punibilità; che le c.o.p. operino oggettivamente.

indifferenti rispetto all'offesa tipica del reato - avanzata dalla più recente Commissione Pisapia del 2006 in cui si legge che talvolta la punibilità del reato può essere subordinata al verificarsi di condizioni estranee all'offesa - alla "più insidiosa" formula proposta dalla Commissione Grosso per la quale «al verificarsi di dell'evento condizionale non possono essere collegati aumenti di pena»[424]. Con tale previsione si è ulteriormente voluta evidenziare l'estraneità degli elementi condizionali ad ogni profilo di offensività, dovendosi escludere che essi possano comportare incrementi sanzionatori, che, invece, si realizzano in presenza delle circostanze aggravanti del reato, idonee a calibrare la risposta punitiva determinando un'eventuale variazione in aumento al verificarsi di una maggiore pericolosità dell'agente sulla scorta di un bilanciamento demandato all'organo giudicante.

Ben consapevoli dei profili di incertezza che potrebbero ancora residuare, dal dato normativo appena illustrato non pare azzardato affermare che il legislatore della riforma, con ciò, abbia preso posizione sulla natura delle condizioni di

[424] La suddetta formula, in effetti, si rivela alquanto sibillina se non accompagnata da talune precisazioni: si potrebbe pensare che la summenzionata formulazione miri a tracciare una netta linea di confine tra le c.o.p. e le circostanze del reato, attribuendo solo a queste ultime la capacità di incidere sul profilo di disvalore del reato; infatti, solo al verificarsi di circostanze aggravanti è possibile ricollegare aumenti di pena. Sul punto si guardi quanto ha precisato dalla Corte di Cassazione SS. UU., sent. 27.5.2010, n. 35738, in *Diritto e giustizia*, 2010. Il Giudice di legittimità afferma che in tema di recidiva –prevista dal legislatore quale circostanza aggravante – che l'impossibilità di «introdurre una sorta di automatismo punitivo che risulta del tutto incompatibile con i fondamenti costituzionali della materia penale, poiché l'irrigidimento della risposta sanzionatoria non verrebbe ad essere agganciato ad una maggior colpevolezza e pericolosità dell'agente accertata in concreto dal giudice». Evidentemente con tale previsione non contrasterebbero la natura delle condizioni di punibilità come elementi assolutamente ininfluenti sull'offesa del reato e inidonei a comportare per l'agente delle conseguenze *in malam partem*. Si legge nella relazione di accompagnamento all'articolato Grosso. La disposizione vigente (art. 44) è una formula tautologica, che equivale ad una sorta di riconoscimento dell'esistenza di condizioni oggettive di punibilità, ma non pone limiti contenutistici espliciti alla possibilità del legislatore di prevedere condizioni 'operanti oggettivamente', e nemmeno indica all'interprete delle disposizioni di parte speciale criteri idonei a far riconoscere le condizioni oggettive, distinguendole da altri presupposti della punibilità. A livello di parte generale, una disposizione sulle condizioni obiettive di punibilità può avere un concreto significato normativo in quanto indichi un criterio di identificazione degli elementi riconducibili a tale categoria.

punibilità per consacrarne definitivamente l'estraneità al momento dell'offesa, potendo da quanto detto trarsi due conseguenze[425].

Anzitutto, una simile presa di posizione non lascerebbe alcuno spazio per la duplice configurazione dell'istituto considerato nella forma di condizioni intrinseche ed estrinseche - bipartizione attualmente resa possibile dall'ambiguità della formula contenuta nell'art. 44 c.p. e incompatibile con l'esplicita previsione che «l'estraneità [delle c.o.p.] deve riguardare ognuno dei momenti essenziali del disvalore materiale del reato›› - inducendo ad espungere dall'istituto in questione tutti quegli accadimenti che «costituiscano l'offesa tipica del reato; quindi anche le c.d. condizioni di punibilità in senso improprio». Inoltre, naturale corollario di tale soluzione si ravviserebbe nella piena riabilitazione del regime obiettivo che governa l'operatività delle condizioni, che risulterebbe conforme e coerente al canone della colpevolezza ed anzi consentirebbe il corretto riallineamento tra natura e regime dell'istituto condizionale, a differenza di quanto avviene con la vigenza dell'attuale articolo 44 c.p., in cui la natura di elementi accidentali è funzione necessaria (*rectius*: soluzione necessitata) dell'obiettiva imputazione all'agente e non piuttosto viceversa.

Del resto, tutte le proposte di riforma avanzate, come sopra illustrate, presentano come tratto comune il mantenimento del regime obiettivo, prevedendo come

[425] Nella Relazione al Progetto Pagliaro si affronta specificamente la difficoltà di rinvenire una formulazione idonea a descrivere in modo pieno e senza incertezze le c.o.p. e pertanto si afferma: «non è sembrato agevole individuare una terminologia adatta a definire in modo compiuto l'ambito delle condizioni oggettive di punibilità (art. 13). La formula è stata scelta perché è parsa richiamarsi in modo diretto ed espressivo alla non inerenza dell'accadimento al contenuto di disvalore materiale del fatto. L'art. 13 non parla di evento offensivo, ma più ampiamente di offesa, per significare che l'estraneità deve riguardare ognuno dei momenti essenziali del disvalore materiale del reato. *Ex adverso* l'art. 13, avendo per obiettivo la piena attuazione del principio costituzionale di colpevolezza, esclude dal novero delle condizioni oggettive di punibilità tutti quegli accadimenti che costituiscano l'offesa tipica del reato; quindi anche le c.d. condizioni di punibilità in senso improprio».

regola l'attribuzione dell'evento condizionale a prescindere dalla volontà dell'agente e non sembra aprioristico interpretare detta impostazione come una interpretazione "autentica" sulla natura delle condizioni.

Fra l'altro, al fine di attenuare le possibili incertezze interpretative, il compilatore dei progetti di riforma illustrati, per la nuova descrizione del reato condizionato si avvale, in linea di massima, di formule linguistiche "monovalenti": in luogo dell'equivoco riferimento all'espressione evento – che potrebbe intendersi talvolta in senso squisitamente giuridico, talaltra in senso naturalistico – si preferisce ricorrere ad una generica, ma sicuramente indubbia ed efficace, espressione del seguente calibro "casi nei quali la punibilità del reato commesso è subordinata al verificarsi di una condizione"[426]. Siffatta formulazione evidenzia in modo univoco l'assenza di legami causali (di derivazione materiale e, a maggior ragione, psichica in termini di "coscienza e volontà" dell'evento) tra l'agente e la condizione di punibilità, sciogliendo ogni riserva sulla non necessità di un nesso di causalità.

Tanto premesso, la descrizione normativa delle c.o.p. come sopra proposta avrebbe il pregio certamente di garantire la piena rispondenza al principio di colpevolezza, ma non consentirebbe ancora di scongiurare possibili "ambiguità", che si verrebbero a creare rispetto agli elementi essenziali del reato, facendo sì che la qualificazione ancora una volta venga demandata all'interprete chiamato

[426] In tal senso si esprime il progetto di articolato proposto dalla Commissione Nordio (sulla stessa linea si esprimono anche gli altri articolati). Come avuto modo di precisare nella parte iniziale della trattazione, *punctum dolens* nella lettura delle c.o.p. è il corretto significato da attribuire al termine evento (contenuto nell'art. 44 c.p.): esso potrebbe intendersi tanto quale evento del reato (conseguenza della condotta) quanto come evento naturalistico e dunque semplice accadimento "storico", assolutamente dissociato dalla condotta e dalla volontà dell'agente. Le nuove formulazioni proposte, prendendo coscienza di tali difficoltà, ma soprattutto, pienamente consapevoli dell'esatta portata da attribuire alle c.o.p. propongono espressioni "neutre" (prive di qualunque riferimento al polisenso evento) che scoraggino qualunque connessione tra condizione e agente (sia in termini di derivazione materiale che psichica).

all'applicazione di quella fattispecie; il tutto con ripercussioni evidenti sui principi di legalità ed eguaglianza, posto che, ad oggi, la soluzione a tale inconveniente è stata ravvisata nell'utilizzo congiunto di alcuni criteri discretivi, che, muovendo dal piano letterale a quello assiologico, permettono di risolvere i casi dubbi.

Da quanto detto, in particolare dalla rassegna degli articolati redatti dalle diverse Commissioni di riforma del codice penale, ne consegue che unico argine alle perplessità interpretative può ravvisarsi nella massima valorizzazione del piano letterale come indice d'individuazione delle condizioni di punibilità: dovrà essere il legislatore di volta in volta a specificare quando si è in presenza di una condizione di punibilità, risultando pertanto necessario rivedere tutte le fattispecie di parte speciale contenenti elementi condizionali che, attualmente, non prevedono in nessun caso una loro esplicita qualificazione[427].

Prima facie, la previsione manifesta della presenza di una condizione di punibilità recherebbe notevoli vantaggi quanto certezza del diritto e garanzie di legalità ma, come notato da illustre dottrina, «*quid iuris* nel caso in cui dovesse emergere che il legislatore delegato, nel trattare la parte speciale, ha costruito come condizione di punibilità elementi che in realtà condizionano l'offesa tipica?»[428].

[427] Nei diversi articolati si ripete costante l'inciso che le c.o.p. siano «previste con disposizione espressa di legge, che utilizzi tale definizione» (Progetto Grosso); nel Progetto Nordio si legge «le condizioni sono denominate tali dalla legge»; che la legge «determini i casi nei quali la punibilità del reato sia subordinata al verificarsi delle condizioni» è previsto nel Progetto Pisapia.
[428] Un simile interrogativo è stato sollevato da C. F. GROSSO, *Il principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Cass. pen. Mass. Ann*., 1995, p. 3131. L'A. si chiede se, in caso di non corretta qualificazione normativa, «si tratterebbe di una norma costituzionalmente illegittima perché in contrasto con la delega, ovvero l'interprete potrebbe recuperare sul piano ermeneutico la compatibilità con gli enunciati costituzionali affermando che si tratta, in realtà, di elemento intrinseco al reato».

Per evitare di fornire risposte affrettate all'interrogativo appena enunciato, non sembra errato introdurre una breve riflessione proprio sulla funzione che le condizioni dovrebbero svolgere nell'intenzione del legislatore e sulla posizione che esse ricoprirebbero all'interno della fattispecie.

Quanto al fondamento giustificativo delle c.o.p., il legislatore non assume una posizione chiara lasciando trasparire un'incertezza di fondo che attiene anzitutto alla ragion d'essere dell'istituto; in merito non sono d'aiuto neppure le diverse collocazioni prescelte per la norma in esame nei diversi progetti di riforma. La disposizione viene collocata in alcuni casi nella sezione della colpevolezza e in altri – esattamene nelle costruzioni più recenti – tra le "conseguenze" del reato, precisamente, nella fase di produzione delle conseguenze sanzionatorie. Mancando un intervento chiarificatore al riguardo, non rimane che giungere ad una conclusione con un ragionamento *a contrario* partendo dagli unici appigli normativi a disposizione vale a dire dalla valorizzazione del profilo di non incidenza sulla lesione tipizzata dalla fattispecie incriminatrice e dalla loro "obiettività": elementi che non incoraggiano certo un loro inquadramento nella sfera della colpevolezza (di modo che non si debba neppure parlare di imputazione delle condizioni, piuttosto di una loro verificazione), apparendo esse più confacente la prospettiva della produzione degli effetti (*recte*: delle conseguenza punitive) dell'illecito.

Quanto poi alla scelta di una formulazione che privilegi il generico riferimento all'espressione condizione (non esprimendosi in termini di evento), essa incentiverebbe un'ulteriore assimilazione, quanto a meccanismo di funzionamento, alla condizione - elemento incidentale conosciuta dal diritto civile, assolvendone la medesima funzione selettiva. La condizione di diritto

privato, come visto in precedenza, consente di portare all'interno della fattispecie un equo contemperamento degli interessi coinvolti, garantendo in tal modo l'elasticità del sistema; parimenti, nel diritto penale, si è soliti individuare nelle c.o.p. diretta espressione di ragioni di opportunità politica ed economia processuale idonee a selezionare, tra tutte, quelle condotte che siano effettivamente bisognose (e non solo meritevoli) di essere assoggettate a pena[429]. Da qui, quindi, la volontà del legislatore di conservare la previsione delle c.o.p. nonostante le resistenze di una parte della dottrina, convinta della loro "superfluità", potendo le condizioni intrinseche ben assimilarsi agli elementi essenziali del reato (ad essi equiparati anche quanto ad imputazione psichica), mentre quelle estrinseche venendo ricondotte alle condizioni di procedibilità[430]. Quanto poi alla sufficienza del solo dato letterale per l'individuazione delle c.o.p., pur non potendosi mettere in dubbio che in tal modo si semplificherebbe notevolmente, non può neppure nascondersi le numerose perplessità sulla bontà del suddetto indice che, da strumento di realizzazione del pieno principio di legalità, devierebbe a veicolo di "*summa iniuria*".

L'ipotesi che la qualificazione adottata dal legislatore di un determinato elemento di fattispecie non sia condivisa da dottrina e giurisprudenza è tutt'altro che peregrina, ben potendosi richiamare quanto già evidenziato a proposito delle soglie di punibilità[431]. Ed inoltre, non possono neppure sottovalutarsi i rischi

[429] Sul punto si veda quanto già scritto nel capitolo II, in cui si è descritto il fenomeno condizionale in modo analogo alle c.d. sopravvenienze nel diritto civile.

[430] Scrive V. MORMANDO sul punto (*op. cit*., p. 632): «come la querela che non toglie né aggiunge niente all'offesa del reato ma ne condiziona l'accertamento selezionando i fatti procedibili, le c.o.p. all'interno delle fattispecie selezionerebbero tra i fatti costituenti reato quelli e solo quelli che effettivamente bisognano della sanzione penale, sulla base di una valutazione svolta una volta per tutte dal legislatore».

[431] Nonostante nella Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 74/2000 il legislatore abbia specificato che le soglie di punibilità vadano "trattate" al pari di elementi essenziali del reato, si è messa in luce la rimostranza di buona parte della dottrina verso una simile conclusione, ritenendosi più opportuna la loro assimilazione alle condizioni di punibilità.

insiti nel linguaggio stesso che, come accade di frequente nel sistema normativo, pecca di determinatezza e precisione e richiede, dunque, che si ricorra allo strumento dell'interpretazione per colmare eventuali lacune ed insufficienze linguistiche.

Dinanzi a tale problematica eventualità, rimedio potrebbe essere tentare il raggiungimento di un equilibrio tra le istanze di certezza e tassatività da un lato e garanzia del rispetto del principio di colpevolezza (per evitare che elementi significativi del reato possano imputarsi obiettivamente) dall'altro: pertanto, preferibile sarebbe porre comunque come regola la esplicita denominazione dell'elemento condizionale, malgrado simile soluzione possa portare ad una compressione degli spazi di intervento del giudice. Nel caso "patologico" in cui il legislatore cadesse in errore nel qualificare un elemento come condizione di punibilità in luogo di essenziale, malgrado il principio dell'interpretazione in *bonam partem*, si finirebbe non tanto per avallare un'*interpretatio abrogans* quanto, piuttosto, per mettere a rischio la stessa applicazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza e imponendo, in ultima analisi, l'intervento del giudice delle leggi[432].

[432] La proposta di prevedere con espressa denominazione gli elementi condizionali è questione tutt'altro che superflua dal momento che coinvolge molteplici profili: verrebbero ad essere garantite legalità e certezza normativa ma ne discenderebbe anche il rischio di "impoverimento" dello strumento dell'interpretazione. In accordo ai tradizionali canoni dell'ermeneutica e come sottolineato con riguardo alle stesse condizioni di punibilità l'interpretazione è operazione che coinvolge più piani: non essendo sufficiente semplicemente la dimensione letterale-formale (dalla lettura della norma *sicut littera iacet* alla valorizzazione dei nessi logico-grammaticali) si rivela molto spesso indispensabile l'analisi assiologia, fondata sulla valutazione del bene giuridico tutelato dalla norma (dalla comparazione dei rapporti del bene giuridico con i singoli elementi di fattispecie si risale alla loro "essenzialità"). Dinanzi ad una esplicita presa di posizione del legislatore che definisca erroneamente un elemento quale c.o.p. – sebbene l'atteggiamento generale di *favor rei* in linea di massima induce a preferire una "subiettivizzazione" degli elementi come visto in relazione alle soglie di punibilità – e, conseguentemente, ne preveda un regime d'imputazione obiettiva (integrandosi quindi un'ipotesi di responsabilità obiettiva) l'interprete si troverebbe ad applicare la fattispecie senza poter ricorrere ad interpretazioni correttive: l'esplicita previsione osterebbe persino alla formazione del c.d. diritto vivente e unica soluzione sarebbe l'intervento della Corte Costituzionale.

Fatta questa rapida disamina dei progetti di riforma proposti a partire dagli anni ’80 emergono con chiarezza alcuni profili di disciplina sulle c.o.p. che, malgrado ad oggi nessuno dei suddetti articolati abbia ancora trovato realizzazione, la loro disamina potrebbe comunque essere utili ad interpretare correttamente l’attuale art. 44 c.p. In effetti sono proprio le acquisizioni (anche giurisprudenziali) sui principi fondanti il diritto penale ad imporre una lettura del fenomeno condizionale nel senso sopra descritto: elementi estranei a qualunque profilo di offensività (neppure nella forma delle condizioni intrinseche) e dunque operanti a prescindere dalla volontà e coscienza dell’agente, idonee a fungere da filtri selettivi delle condotte ritenute bisognose di sanzione penale in base a valutazioni di opportunità di politica criminale.

5.6 **Considerazioni conclusive: la riscoperta delle condizioni obiettive di punibilità come crocevia tra esigenze di deflazione del sistema e razionalizzazione del ricorso alla tutela penale.**

Con il percorso argomentativo condotto nelle pagine precedenti si è cercato di dimostrare come l’istituto delle condizioni obiettive di punibilità si connota per una notevole complessità: da un lato la coesistenza sotto la medesima denominazione e disposizione normativa, quale l’art. 44 c.p., di condizioni *intrinseche* ed *estrinseche,* dall’altro la necessità di distinguere ciascuna delle menzionate categorie, rispettivamente, dagli elementi essenziali del reato e dalle condizioni di procedibilità. Il tutto, nel contesto dell’attuale assetto di principi che governano il diritto penale: primo fra tutti il canone della personalità della responsabilità.

Si è cercato di fornire una sistemazione di ciascuna delle categorie sopra menzionate, differenziandole per funzione e disciplina, in modo da garantirne un’autonoma collocazione nel sistema e soprattutto un’utilità pratica.

Ed in particolare, considerando la fattispecie come una proposizione ipotetica complessa, un primo e fondamentale livello viene occupato dagli elementi essenziali che strutturano il precetto – inteso come insieme di fatto e di sanzione - costituendone l'ossatura; accidentali possono definirsi quelle componenti che presuppongono l'esistenza di un piano di disvalore e, quindi, intervengono apportando un incremento di offensività ovvero influenzando l'irrogazione della pena.

Non vi è dubbio che esempio del primo tipo è ravvisabile nel *genus* delle circostanze del reato come, fra l'altro, si evince dalla riforma del '90 sul loro regime di imputazione; più variegata e complessa la seconda categoria, ove, sulla scorta delle argomentazioni spiegate nei capitoli precedenti, potrebbero ricondursi le condizioni obiettive di punibilità estrinseche, valorizzando il dato letterale dell'art. 44 c.p., la cui formulazione è rimasta immutata dalla sua introduzione.

Ed invero, rinviando alle considerazioni contenute nel capitolo terzo circa i rapporti tra condizioni obiettive *intrinseche* ed *estrinseche*, è in questa sede sufficiente riaffermare le perplessità sull'utilità della prima categoria, sovrapponibile, per funzione e regime, agli elementi essenziali e la cui presenza consentirebbe di supplire al *deficit* di offensività che si riscontra in talune fattispecie, con l'agevolazione del ricorso ad un criterio di imputazione determinabile solo in via interpretativa, non potendo più sopravvivere forme di responsabilità oggettiva nell'attuale sistema penale[433].

Diverso il discorso relativo alle condizioni obiettive di punibilità estrinseche che, non intervenendo sul versante dell'offensività, sarebbero naturalmente

[433] Cfr. quanto argomentato nel corso del capitolo terzo.

soggette ad un regime oggettivo, come previsto dall'art. 44 c.p. e rivestirebbero un'indubbia funzione pratica.

Consentendo di azionare la risposta penale solo in presenza di condotte bisognose di pena oltreché meritevoli, il filtro selettivo rappresentato dalle condizioni di punibilità consentirebbe di ricollocare la risposta penale al suo primigenio ruolo di *extrema ratio*, posto che al pari della *meritevolezza* di pena, anche il *bisogno* della sua irrogazione è frutto di una valutazione comparata di interessi effettuata a monte dal legislatore.

Oltretutto, una simile lettura del fenomeno condizionale, sul piano teorico, favorirebbe il progressivo recupero del canone della frammentarietà sotto il profilo qualitativo e quantitativo, assicurando che, una volta determinato chiaramente il *cosa punire*, venga fissato *da quale livello punire*, stabilendone appunto le soglie di punibilità, come già avviene nell'ambito del diritto penale tributario. In detta materia le soglie, valutate non come elementi essenziali ma in termini di limiti quantitativi di opportunità della risposta sanzionatoria, lungi dall'apparire come un paradossale monito al "frodare con senso della misura", assicurano l'azionarsi della macchina penale solo in presenza di lesioni apprezzabili del bene giuridico con l'effetto di deflazionare il possibile contenzioso tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria, il cui interesse risulta comunque il recupero delle somme non versate al di là dell'irrogazione della sanzione penale[434].

[434] Non è un caso che lo strumento delle soglie di punibilità trovi il maggiore ambito applicativo nel settore tributario: ramo del diritto connotato da maggiore tecnicismo ed in cui più facilmente può verificarsi l'errore e soprattutto caratterizzato da autonomi meccanismi di accertamento dell'illecito e recupero delle somme non versate, tali da rendere effettivamente la sanzione penale un'*extrema ratio.*

In tale prospettiva, le condizioni di punibilità (al pari delle soglie) potrebbero rappresentare un valido strumento di razionalizzazione della tutela penale in linea con la recente tendenza alla depenalizzazione: un'operazione che il legislatore non ha mai condotto espressamente in modo radicale, talvolta demandandone il compito all'interprete, talaltra aumentando le forme di procedibilità a querela.

Richiedere la verificazione di un ulteriore requisito che, inserito nella fattispecie, definisce il limite quantitativo di rilevanza di un fatto già strutturalmente illecito, consentirebbe di filtrare l'accesso alla giustizia penale a quei soli casi in cui la sanzione risulterebbe bisognosa, attribuendo nuova linfa ad un istituto che, altrimenti, rischierebbe di apparire superfluo se non obsoleto anche in virtù del regime obiettivo d'imputazione, che ne imporrebbe una reinterpretazione in chiave costituzionalmente orientata.

Il tutto nella consapevolezza della necessità di una riconciliazione delle teorie sull'essenza dell'illecito penale per cui, il cui tratto caratterizzante è indubbiamente la potenziale incidenza sulla libertà personale della pena, ma tale invasività non può che rispecchiare la gravità qualitativa e quantitativa della lesione verificatasi, di tal che risulta più attuale che mai l'antico adagio per cui la giustizia penale è un male necessario, e si potrebbe aggiungere proporzionato; tolta la necessità resta solo il male[435].

[435] C. ROXIN, *Fragwùrdige Tendenzen in der Strafrechtsreform* in Radius,1966, p. 37.

A

A. ALESSANDRI, *Art. 27 comma 1 Cost.* in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna, 1991;

A. ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, Artt. 27-28,* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1991, p. 1 ss.

F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938;

F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989;

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, XV ed. aggiornata ed integrata da L. CONTI, Milano, 2000, p. 760

E. ANTONINI, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, p. 1203.

G. AZZALI, voce *Insolvenza fraudolenta,* in *Enc. dir.*, XXI, Milano, p. 200,

B

R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in AA.VV., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive,* a cura di G.A. De Francesco, Torino, 2002, pp. 101-113,

R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione* Torino, 2005

R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 2015,

BECCARIA, *La conseguenza non voluta*, Milano, 1963, p. 108

G. BECKER- W. M. LANDES *The Economics of Crime and Punishment*, New York, 1974

R. BELFIORE, *Mandato di arresto europeo e segnalazioni nel SIS: quali atti possono essere richiesti all'autorità di emissione?* in *Cass. pen.*, 2006, p. 4118 ss.;

E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* Tübingen, 1906, p. 47 ss., p. 51 ss

M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572 ss

K. BINDING, *Die Normen und ihrebBertretung: eine untersuchung ber die rechtm ssige handlung und die arten des delikts*, p. 233 ss

K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Engelmann, 1916.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (Franco Venturi a cura di), Milano, 2008, p. 12F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 588

D. BRUNELLI, *Incesto,* in S. Preziosi, *Delitti contro la famiglia,* Napoli, 2011, p. 120 ss.

C

A. CADOPPI – L. MONTICELLI, *Incesto*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir.), *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, Torino, 2009, p. 333 ss.

A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalit*à, 2014, Torino, p. 39 ss

A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II ed., Padova 2004, p. 191.

S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vo. XII, 1997, p. 107 ss.

S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 125 ss

A. CARMONA, *I reati contro il patrimonio,* in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2016, Torino

F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, pp. 614-615

A. R. CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale,* in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, p. 303,

D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato,* Roma, 2012

D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 5 ss.

F. G. CATULLO, *Diritto penale della famiglia,* Padova, 2012; R. BARTOLI, *Modelli di tutela penale contro la violazione degli obblighi familiari*, in *Pol. dir*., 2008, p. 481

M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*. Torino, 1998, p 56.

G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 367 ss.

G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, p. 106 ss.,
L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760.

D

R. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, p. 652
V. D'ASCOLA, *I tempi ragionevoli del processo penale. Un dibattito sospeso tra irrinunciabili garanzie e malcelate tentazioni punitive*, in *Arch. pen*., 2015, 41
V. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, pp. 663 e 664
G. DEAN, *Norma penale e territori. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, p. 263
G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Milano, 2016, p. 11 ss
G. A. DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-sistematici*, in *Leg. Pen.*, 2002,
G. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica del codice penale. Codice penale* (a cura di F. Bricola-G.Zagrebelsky), Torino, 1982
G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave", alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 501 ss.
G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1996, p. 21 ss.,
G.A. DE FRANCESCO, *I reati aggravati dall'evento, Studium Iuris, 1996*, p. 554
G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale"*, Milano, 1927, p. 61
T. DELOGU, *Il reato condizionale*, in *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, Cagliari, 1933, p. 98 ss.
G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1668
G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale Riv. It. dir. proc. pen*., 4, 2013, pag. 1654
A. DI MAJO, *Gli elementi accidentali del contratto: condizione, termine e modo*, in M. BESSONE (a cura di) *La disciplina generale del contratto: dalle Istituzioni di Diritto Privato*, Torino, 2013, p. 168 ss
A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p. 128 ss
A. DI TULLIO D'ELISIIS, *L'applicazione della messa alla prova per gli adulti e i minori*, Bologna, 2016, p. 25 ss.
G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115;
G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e ‹‹termini più brevi›› di prescrizione dei reati*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 4118
R. DOLCE, *Incesto*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 973;
E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979, p. 755 ss.,
M. DONINI – D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoratore*, Padova, 2007
M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. dir. pen. cont.*, n. 4, 2013, p. 4 ss.
M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. Pen*., 2003, p. 76 ss.
M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *St. Iur*., Padova, 1997, p. 592.
M. DONINI, *Il dolo eventuale, fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*/2014, n. 1, 70 ss.,
M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 420,
M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 1 ss
M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità, in Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 397.
E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863 ss.

E

P.P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004,

F

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi del fatto giuridico*, Milano, 1941 p. 25 ss.

L. FERLA, *Truffa e altre frodi*, in *Diritto penale: Parte speciale. Volume II. Tutela penale del patrimonio* (a cura di D. Pulitanò), 2013, Torino

G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale* (a cura di A. Cadoppi), Milano, 2010, p. 207 ss..

G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale*, in *Foro it.*, 1988, p. 1385 ss

G. FIANDACA, *Concezione e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in A. Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, p. 22 ss

C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen*., 1994, p. 279 ss.,

A. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione: Le strutture del diritto penale*, 2016, Torino, p. 58 ss,

D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 438.,

L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 570;

G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, in Dizionario di diritto pubblico (diretto da S. Cassese), vol. II, Milano, 2006, p. 968 ss.

G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990

R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. II, Milano, 1958, pp. 295 ss

F. FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, Bari, 2004, p. 62

G

M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 22 ss

E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Studi Vassalli*, I, Napoli, 1991, p. 359,

A. GARGANI, *I reati contro l'incolumità pubblica, I reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO – T. PADOVANI A. PAGLIARO, Milano;

G. L. GATTA, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee-guida della Procura di Lanciano*, in *dir. pen. cont.*, 2015, p. 28 ss.

G. L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*.

M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, p. 259 ss.

F. GIANNELLI - M.G. MAGLIO, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Riv. Pen.*, 2009, p. 1351;

F. GIANNELLI - M.G. MAGLIO, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Riv. Pen.*, 2009, 12, 1351,

U. GIULIANI- BALESTRINO, *Le condizioni di punibilità sono istituti sostanziali o processuali?*, in *Arch. Pen*., 1986, p. 3 ss

F. GIUNTA- D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003

C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall' evento*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 1963, p. 492

C. F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale* in AA. VV. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale* (a cura di G. Vassalli), Napoli, 2006, p. 3 ss.

P. GUALTIERI, *Mandato d'arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?* in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 115 ss.;

G. GUARNERI, *voce Misure di sicurezza (diritto penale)*, in *Nss. dir. it*., 1968, vol. X,

H

I

K

H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1967, p. 189.

L

M

M. G. MAGLIO- F. GIANNELLI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. dir. proc. pen*., 2003, p. 183 ss.,

L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, vol. IV, p. 281.

S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2004, p. 789,

V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, IV, p. 477 ss.

A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personale*, in *Dir. infor.* 20003,

A. MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. pen., 2011*

A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994

F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977

F. MANTOVANI, Ignorantia legis *scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379 ss.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1933, p. 633.

G. MARINUCCI- E. DOLCINI, in *Manuale di diritto penale, Milano*, 2012 p. 376*Costantino Mortati*, Milano 1977.

G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 564

G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. giur*., Ann. XXVIII, 1978, p. 950,

E. MASSARI, in *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto, 1928, pag. 67 e *Lavori Preparatori* cit., pag.147

A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, 2000, Padova, p. 69 ss.

I. MERZAGORA, *Incesto*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 326

S. MOCCIA, *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza*, in AA. VV. (a cura di Giostra ed Insolera), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale,* Milano, 1998, p. 11 ss.

V. MORMANDO, *L'evoluzione storico- dogmatico delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen* , 1996, p. 610 ss.

E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir. Agg.*, 1997, p. 137, Id., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978,

MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1993, p. 361 ss.;

G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo, colpa*, Palermo, 1939, p. 89

N

G. NEPPI-MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, 1988, p. 2 ss.;

A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, in *Itinerari di diritto penale* (a cura di E. Dolcini – G. Fiandaca – E. Musco – T. Padovani – F. Palazzo - F. Sgubbi), Torino, 2012, p. 83 ss.;

B. NOTARO, Le singole *misure* di *sicurezza*, in Le conseguenze sanzionatorie del reato, in Trattato teorico/pratico di diritto penale (E. Palazzo-C. E. Paliero), Torino, 2011

P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 14 ss.

O

F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, p. 129.

P

T. PADOVANI, *l'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. Pen.*, 1998, p. 449 ss.,

T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20.

A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.
A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967
A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, 2009, 41.
A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle cause estintive di reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 1967, p. 472
A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale, parte generale*, a cura di T. Padovani, A. Pagliaro, C. F. Grosso, Milano, 2007, p. 331 ss
F. PALAZZO, Ignorantia legis: *vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.,
C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa* (a cura di R. Bartoli), Firenze, 2010, p. 520 ss.;
G. PANEBIANCO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. I: *La legge penale. Il reato. Il reo. La persona offesa* (a cura di G. de VERO), Torino, 2010, p. 262.
F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, in *Ind. Pen*., 2005, p. 147 ss
G. PAVAN, *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sost.)*, in *Dig. pen.*, voce di aggiornamento IX, Torino, 2016, p. 500.
C.PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II, Bologna, 2003, 1148
C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1277.
M. PELISSERO, *Principi di politica criminale*, in AA. VV. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2013, p. 67 ss.,
M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008;
Id., Il potenziamento delle *misure di sicurezza*, in Dir. pen. proc., 2008,
E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764 – 1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, (E. Noseda a cura), Milano, 1906, p. 542.
L. PICOTTI, *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993
C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, 2004, Milano
C. PIERGALLINI, *Il paradigma della* ***colpa*** *nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684¸
G.D. PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 501;
G. D. PISAPIA voce *Famiglia (dir. pen.)*, in *Nov. Dig. it., App.*, 1982, p. 640,
G. PECORELLA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, p. 790 ss.;
L. PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare*, in *Diritto penale della famiglia* (a cura di S. Riondato), Milano, 2011, p. 430 ss.
D. PULITANÓ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 183 ss.
D. PULITANÓ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Riv. Trim. dir. pen. cont*., n. 1/2016
D. PULITANÓ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647.
D. PULITANÓ, voce *Offensività (principio di)*, in *Enc. Giur.*, Ann. II, 2015, p. 666 ss.
D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.
D. PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it*., 1983, p. 1811 ss.;
M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 87 ss

Q

R

L. Della RAGIONE, *Insolvenza fraudolenta*, in *I reati contro il patrimonio* (a cura di S. Fiore), 2010, Torino;
F. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971,
S. RIONDATO, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano* in *Diritto penale della famiglia* (a cura di ZATTI), Milano, 2011, p. 3 ss.
L. RISICATO, *La colpa*, in AA. VV. *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, in *Trattato Teorico/pratico di diritto penale* (a cura di F. Palazzo - C. E. Paliero), Torino, 2010, p. 209 ss.

A. ROCCO, *Relazione preliminare al codice penale, sub Art. 47,* cit. p. 89.
M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, pp. 789-805;
M. ROMANO, *Art. 44 - Condizioni obiettive di punibilità*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3 ed., Milano, 2011,
M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora sui limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim.*, 2011, p. 43
M. ROMANO, in *Comm Sist* I, voce *pre-art. 59*, p. 634; F. BASILE, *Commento all'art. 59 – sub B) Circostanze*, in (Dolcini-Marinucci a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, pagg. 1036 ss.,
C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68,* 2015, Torino,

S

C. SANTORIELLI, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino 2015, 10 ss.; C. Zaza, *I reati societari: la riforma delle false comunicazioni sociali*, Frosinone 2015, 9 ss
M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2012,
E. SELVAGGI, *Le condizioni per l'esecuzione del mandato di arresto europeo* in *Cass. pen.*, 2006, p. 3149 ss.;
S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform.*, 1998
S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012
M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, III ed., Milano, 1965, p. 235 ss.
M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, p. 1051
A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale* (C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro a cura), Milano, 2012;
A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato, Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss.
L. STORTONI in *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen*., vol. IV, 1990, p. 342
L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla 'punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 399 ss.,

T

F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento, Profili storici e prospettive di riforma*, Napoli, 1979, p. 63 ss.,
M. del TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale: Parte speciale. Tutela penale della persona* (a cura di D. Pulitanò), vol. I, 2014, p. 427 ss.
A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1951, p. 85.

U

V

O. VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, in *Sse*, 1929, p. 77.
O. VANNINI, *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. pen*., 1930, p. 1025
G. VASSALLI, Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, vol. I, p. 277 ss.
P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato, Padova 1992*, p. 28 ss.
P. VENEZIANI, *Motivi e Colpevolezza***,** Torino, 2000, p. 23
G. de VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, p. 655 ss
G. de VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. II, p. 670 ss.
ID., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 93 ss.;
G. de VERO, *Compartecipazione criminosa e personalità della responsabilità penale,* in *ST. Juris*, 1998, p. 253 ss.
G. de VERO, *Nesso Causale e diritto penale del rischio,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 694 ss.
G. de VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, p. 65 ss.,
F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XX ed., Berlino, 1914, p. 196

Z

G. ZAGREBELSKY, *Obbligatorietà dell'azione penale e ruolo del pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, p. 7.
G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*, Milano, 1974, p. 78
M. ZANOTTI, *Le Condizioni obiettive di punibilità*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. X, 1996, p. 550
R. ZANOTTI, *I reati contro la persona nei rapporti familiari, economici, ambientali*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto*, 2016 p. 265