

APPUNTI MARINUCCI DOLCINI – DIRITTO PENALE

Questi appunti sono il frutto del lavoro di un collega che, con grande spirito di solidarietà, ha voluto dividerli con tutti.

Se vuoi contribuire con i tuoi appunti, riassunti o schemi puoi scrivere a lagiuristaonline@gmail.com

Principio di legalità: *nullum crimen, nullum poena sine lege*. Già previsto agli artt. 1 (reato) e 199 (misura di sicurezza) codice penale del '30. Poi acquista forza in Costituzione agli artt. 25 co 2 Cost. (legge) e 25 co 3 Cost. (misure di sicurezza).

Ratio: la scelta dei fatti da incriminare deve essere rimessa all'organo maggiormente rappresentativo della volontà popolare (quindi Parlamento). Principio che quindi assume forza vincolante nei confronti del legislatore, che non può spogliarsi del monopolio nella creazione di norme penali, per quanto riguarda precetto e pena (riserva di legge formale tendenzialmente assoluta).

Il legislatore poi: è tenuto a formulare in modo chiaro le leggi penali (principio di precisione); non deve incriminare fatti insuscettibili di essere provati nel processo (principio di determinatezza); deve imporre al giudice divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici ed a sua volta deve formulare le norme incriminatrici nel rispetto del divieto di analogia (principio di tassatività).

Riserva di legge formale:

Poiché la *ratio* della riserva di legge è quella di garantire che a decidere quali fatti punire e come sia il Parlamento, che è l'organo maggiormente rappresentativo, dovremmo escludere che il Governo possa intervenire in materia penale con dl e dlgs. La prassi è però tutt'all'opposto.

Si è sempre fatto ricorso al dl in materia penale, soprattutto prima che la Corte Cost nel '96 sancisse il divieto tendenzialmente assoluto di reiterabilità del d.l.

non convertito. Anche della delega legislativa si fa nella prassi sempre più ricorso.

Per giustificare il d.l. si dice che nel caso in cui questo non venga convertito, allora decade ex tunc (art. 77 Cost) e quindi è come se non fosse mai stato adottato; se invece viene convertito in legge il problema non si pone, perché la previsione normativa sarà contenuta in un testo di legge. Invece per giustificare il dlgs si dice che nella legge di delega è il Parlamento a dover dettare i criteri direttivi che l'esecutivo dovrà rispettare, quindi questo requisito è in grado di salvaguardare il monopolio del Parlamento in materia penale.

Critiche a queste giustificazioni: in caso di dl non convertito non sono più reversibili gli effetti sulla libertà personale prodotti dal dl che ha disposto nuova incriminazione o inasprito la pena. Quanto invece al dlgs la prassi è ben lontana dal dare deleghe precise, analitiche e chiare.

Legge regionale: non può essere fonte di norme incriminatrici; art. 117 co 2 lett. l) Cost. e comunque corollario del principio di riserva di legge art. 25 co 2 Cost perché come si è detto solo il Parlamento può legiferare in materia penale. Il divieto non riguarda le scriminanti, che non sono norme penali; tuttavia in questo caso la Regione è tenuta a rispettare i principi fondamentali stabiliti dalla legge dello Stato (art.117 co 3 Cost) e dunque non può modificare la disciplina di quelle cause di giustificazione che sono espressione di principi generali dell'ordinamento (legittima difesa; consenso dell'avente diritto etc).

Diritto dell'UE: la competenza UE in materia penale rimane, anche con il Trattato di Lisbona, soltanto indiretta e dunque competenza a richiedere agli Stati membri di adottare norme incriminatrici necessarie a tutelare gli interessi Ue. Ciò non toglie che comunque l'incidenza del diritto Ue sul diritto penale sia notevole. Gli Stati tendono infatti in larghissima parte ad uniformarsi spontaneamente agli obblighi di penalizzazione richiesti dall'Ue, anche al fine di evitare procedura di infrazione (art. 258 TFUE).

Vincoli per il giudice penale: anzitutto (1) trattati, regolamenti e direttive dettagliate per le quali sia scaduto il termine di adozione possono paralizzare l'applicazione di una norma penale nazionale che si ponga del tutto o in parte in contrasto con queste. L'inapplicabilità della norma può essere totale o anche solo parziale. Eccezione alla disapplicazione della norma interna contrastante con UE: contro-limiti, cioè quei principi che appartengono alla struttura fondamentale dello Stato, tra i quali rientrano il principio di legalità ed il principio di irretroattività penale (caso Taricco). Inoltre (2) il giudice deve dare alla norma nazionale un'interpretazione conforme alla normativa europea; nel farlo però non deve superare il limite della lettera della legge (principio di tassatività). (3) Se il giudice nazionale è in dubbio sul significato da attribuire alla norma Ue egli potrà (o dovrà se è giudice di ultima istanza) sollevare questione interpretativa alla CGUE ex art. 267 TFUE.

Cedu e diritto penale: nessuna fonte internazionale può prevedere responsabilità penale a carico di un individuo. Cionondimeno il legislatore deve esercitare la potestà legislativa nel rispetto degli obblighi internazionali ed il giudice dovrà interpretare le leggi nazionali in maniera conforme alla lettera ed alla ratio degli obblighi internazionali. In caso di contrasto insuperabile tra norma interna e norma internazionale, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna invocando come norma parametro l'art. 117 co 1 cost e come norma interposta la disposizione internazionale che si assume violata.

Il legislatore all'art. 630 c.p.p. ha aggiunto la revisione europea per le ipotesi in cui, dopo l'intervento di una sentenza irrevocabile di condanna, la CEDU abbia riscontrato violazione di una disposizione convenzionale. Le Sezioni Unite nel caso Contrada hanno detto che la sentenza CEDU può produrre effetti anche nei confronti di soggetti diversi dal destinatario se ricorre una di queste tre condizioni: (1) si tratta di una sentenza pilota, cioè di una sentenza che individua violazioni seriali da parte dello Stato e fissa un termine allo Stato autore della

violazione perché adotti adeguati rimedi strutturali; (2) La Corte Edu deve aver individuato espressamente una violazione di carattere strutturale o sistemico imputabile allo Stato italiano la cui rimozione impone l'adozione di misure di carattere individuale o generale adeguate; (3) la Corte Edu deve aver riconosciuto implicitamente una violazione di portata generale, purché la sentenza possa dirsi espressione di una giurisprudenza consolidata.

In virtù dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto internazionale pattizio (effetto espansivo), il giudice penale dovrà in primo luogo interpretare restrittivamente le norme esimenti che sottraggono classe di fatti alla sanzione penale (es/la causa di giustificazione della legittima difesa deve essere interpretata dal giudice nel senso che non consente l'uccisione o il ferimento grave di chi attentati esclusivamente a beni patrimoniali xk prevale la tutela del diritto alla vita ex art. 2 Cedu). Inoltre (effetto riduttivo) l'interpretazione conforme alla Cedu impone al giudice di arricchire il contenuto precettivo delle norme costituzionali, determinando un innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali.

Consuetudine e diritto penale: il principio di riserva di legge (art. 25 co 2 Cost) preclude la creazione di norme incriminatrici da parte della consuetudine. Non c'è posto neanche per la c.d. consuetudine integratrice, cioè la legge non può rinviare ad una consuetudine per individuare un elemento di reato.

Il principio di gerarchia delle fonti impedisce poi alla consuetudine di produrre l'abrogazione di norme legislative incriminatrici (c.d. consuetudine abrogatrice). Le consuetudini possono invece essere fonte di causa di giustificazione solo se richiamata da norma di legge, perché riserva di legge si riferisce solo a norme incriminatrici; il richiamo operato dalla legge è necessario per il principio di gerarchia delle fonti.

Corte costituzionale e legge penale: le riserva di legge non preclude il controllo di costituzionalità delle norme incriminatrici quando ne derivi un effetto in bonam

partem. È invece escluso che la Corte Costituzionale possa produrre effetto in malam partem, cioè allargare le maglie del penalmente rilevante o inasprire il trattamento sanzionatorio; unica eccezione è che la Corte faccia rivivere un reato abrogato perché questo reato è frutto di un obbligo costituzionale espresso di incriminazione (es/art. 608 c.p. abuso di autorità contro arrestati o detenuti non può essere abrogato xk attua l'obbligo espresso di incriminazione dettato dall'art. 13 co 4 Cost. Comunque anche in quest'ipotesi la disposizione abrogata e poi fatta rivivere dalla Corte Cost si applicherebbe ai fatti commessi dopo la pronuncia della Corte e non anche a quelli commessi prima).

Da tempo invece la Corte Cost ritiene di poter sindacare la legittimità delle norme penali di favore. In ogni caso il sindacato di legittimità su norme penali di favore non può essere il veicolo attraverso il quale la Corte sostituisce le proprie valutazioni politico-criminali a quelle del legislatore (es/in merito all'art. 649 co 1 c.p. la Corte ha detto che spetta al ponderato intervento del legislatore decidere se questa norma di favore abbia ancora un senso di esistere).

La riserva di legge è tendenzialmente assoluta: ciò significa che la legge può rinviare ad atti generali ed astratti del potere esecutivo per specificare in chiave tecnica elementi già previsti dal legislatore (es/stupefacenti). Quanto ai provvedimenti concreti ed individuali del potere esecutivo la riserva di legge non è violata se è sanzionato l'inadempimento di classi di provvedimenti della p.a. (es/art. 650 c.p.) o di provvedimenti dell'autorità giudiziaria (es/art. 388 co 2 c.p.).

Norme penali in bianco: sono illegittime. La norma non può lasciare in bianco il precetto e rimandare ad un generale ed astratto atto del potere esecutivo (a meno che questo sia solo di carattere tecnico) (es/dichiarata incostituzionale norma anti Covid che configurava contravvenzione in caso di mancato rispetto di non meglio identificate misure di contenimento disposte dal Governo con

decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o con ordinanza dei Sindaci o dei Presidenti di Regione).

Corollari del principio di legalità: principio di precisione, determinatezza e tassatività.

Principio di precisione.

Funzioni: garanzia di sicurezza e libertà per il cittadino; assicura funzione general-preventiva della pena ed assicura il diritto di difesa. Si è infatti detto in proposito che il soggetto che viola il precetto penale non può essere considerato colpevole se il testo di legge era assolutamente oscuro.

Tecniche di formulazione delle norme penali: (1) tecnica casistica sicuramente assicura il rispetto del principio di precisione (es/lesioni personali gravissime); il costo però è quello dell'elefantiasi del codice penale; (2) clausole generali certamente comportano rischio di imprecisione, ma sono legittime a condizione che i termini sintetici usati dal legislatore consentano di individuare in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili sotto la norma incriminatrice (es/omicidio); (3) ricorso a definizioni legislative, rese necessarie in ragione dei molteplici significati dei termini impiegati dal legislatore (es/dolo); (4) ricorso a concetti o termini descrittivi, a volte possono essere imprecisi e non consentono di capire a cosa esattamente si stia riferendo la norma (es/incesto non si capisce se deriva dalla sola congiunzione carnale o da qualsiasi atto sessuale); (5) ricorso a concetti normativi, cioè concetti che fanno riferimento ad altra norma giuridica o extragiuridica; tendenzialmente il riferimento a norma giuridica è compatibile con il principio di precisione (es/altruità); quanto invece alla norma extragiuridica questa è compatibile con il principio di precisione se fa riferimento comunque a norme tecniche (es/violazione delle regole dell'arte per l'imperizia), mentre non è compatibile con il principio di precisione se le norme sono etico-sociali (es/morale familiare nella diffamazione a mezzo stampa).

In giurisprudenza: principio di precisione valorizzato come criterio interpretativo delle norme penali, che impone al giudice di optare tra i diversi significati della norma per quello che meglio soddisfa le esigenze di precisione (es/riferimento al vivere onestamente nel codice antimafia).

Il principio di determinatezza.

Le norme penali possono incriminare solo fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo. Pqm dichiarato incostituzionale reato di plagio, perché non era possibile provare in processo lo stato di soggezione richiesto dalla norma incriminatrice.

Il principio di tassatività.

Anzitutto principio di tassatività è vincolo per il giudice: divieto di analogia a sfavore del reo. La linea di confine tra l'interpretazione della norma (concessa) e l'analogia (vietata) è segnata dal tenore letterale della legge. Non sono mancati comunque casi in cui la Cassazione, in modo aperto o occulto, ha di fatto violato il principio di tassatività (es/in tema di appropriazione indebita ha esteso il concetto di bene mobile ai dati informatici, ed in particolare ai file presenti su pc). Divieto di analogia riguarda anche le circostanze aggravanti (es/prima della l. 69/2019, che ha integrato appositamente art. 577 co 1 n. 1 c.p. non poteva estendersi l'aggravante dell'omicidio commesso in danno del coniuge all'omicidio commesso in danno del convivente di fatto).

Principio di tassatività è poi vincolo per il legislatore: anzitutto il legislatore non può eliminare le norme che vietano al giudice applicazione analogica delle norme incriminatrici; a fortiori poi il legislatore non può introdurre norme che facoltizzino l'analogia nel diritto penale. Infine il legislatore non può creare norme ad analogia espressa: quindi non va bene la norma che contenga la locuzione "e casi analoghi" se preceduta da casi eterogenei (es/servitù e casi analoghi alla servitù non va bene); va bene invece se la locuzione "casi analoghi"

è preceduta da un elenco di ipotesi omogenee (es/art. 434 c.p. “altro disastro” è ok).

Analogia a favore del reo: possibile. Divieto di analogia non si estende a norme che escludono o attenuano la responsabilità. Sono necessarie però tre condizioni: (1) la norma non deve già ricomprendere il caso posto all’attenzione del giudice, nemmeno se estensivamente interpretata; (2) la lacuna individuata dall’interprete non deve essere stata volontaria e dunque frutto di una precisa scelta del legislatore; (3) la norma favorevole non deve avere carattere eccezionale, cioè non deve essere una norma che deroga alla normale disciplina prevista dall’ordinamento o da un settore dell’ordinamento (art. 14 preleggi).

Attenzione: il divieto di analogia in bonam posto dall’art. 14 preleggi non abbraccia le cause di giustificazione, che non sono infatti norme penali ma sono situate in ogni luogo dell’ordinamento e non sono nemmeno norme eccezionali perché anzi sono espressione di altrettanti principi generali dell’ordinamento.

No applicazione analogica delle cause di esclusione della punibilità perché sono norme eccezionali, perché determinate da scelte di carattere politico-criminale (es/art. 649 co 1 c.p.).

Non applicazione analogica delle circostanze attenuanti, perché sono frutto di una precisa scelta politico-criminale del legislatore e quindi manca in questo caso il requisito della lacuna non volontaria.

Principio di legalità delle pene.

La riserva di legge si riferisce non solo al precetto ma anche alla pena. Principio di legalità della pena vincola anzitutto il giudice ed in seconda battuta il legislatore. Attenzione: in materia di pene la Corte Costituzionale ha precisato che la riserva di legge ha carattere assoluto (non tendenzialmente assoluto), quindi nessun’altra fonte può intervenire, nemmeno per regolare aspetti marginali. Ne consegue allora che deve essere la legge a determinare il tipo/i tipi di pena applicabile dal giudice per ciascuna figura di reato; il contenuto delle sanzioni penali e la loro misura.

Principio di legalità delle misure di sicurezza: art. 199 c.p. Deve essere il legislatore ad individuare il tipo di misura di sicurezza applicabile dal giudice. Presupposti per l'applicazione di misure di sicurezza: (1) fatto previsto dalla legge come reato o quasi reato (per quasi reato si intendono art. 49 co 2 e 4 c.p.; art. 115 co 1 e 2 c.p.; art. 115 co 4 c.p.); (2) pericolosità sociale del reo, che deve essere sempre accertata in concreto dal giudice.

Attenzione: a differenza di quanto avviene per le pene, la riserva di legge tollera di per sé misure di sicurezza indeterminate nel massimo, perché appunto la mds va parametrata in relazione alla pericolosità sociale del soggetto. Però limitatamente alle mds detentive il legislatore ha invece scelto di ancorarne la durata massima al massimo edittale della pena detentiva comminata per il reato oggetto della sentenza.

LIMITI TEMPORALI ALL'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE PENALE

Irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente: duplice la ratio di questo principio (1) il soggetto agente deve essere libero nelle scelte di azione, quindi deve essere in grado di sapere prima se dalla sua condotta potrà o meno derivare l'applicazione di una norma penale; (2) garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del legislatore, che se non potrebbe spesso essere tentato di inasprire il trattamento sanzionatorio dopo la commissione del fatto.

Irretroattività sfavorevole: prevista già nel codice del 1930 all'art. 2 c.p. Successivamente è diventato principio di rango costituzionale art. 25 co 2, quindi non modificabile dal legislatore. Portata costituzionale riconosciuta anche all'art. 117 co 1 perché irretroattività sfavorevole anche all'art. 7 Cedu e 49 Carta di Nizza.

Ripercussioni irretroattività sfavorevole: (1) consente alla funzione general preventiva della pena di operare; (2) è corollario del principio di colpevolezza, nel senso che non può essere mosso all'agente alcun rimprovero per colpa se quel fatto, quando lo ha commesso, non era preveduto dalla legge come reato.

Art. 2 co 1 c.p. irretroattività sfavorevole in caso di nuova incriminazione; locuzione che ricomprende sia una figura di reato interamente nuova, sia l'ampliamento di una figura di reato preesistente. È altresì vietata (giurisprudenza in tal senso) l'applicazione retroattiva di un'interpretazione giurisprudenziale data ad una norma penale che non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione fu commessa → coerente con il principio di colpevolezza.

Art. 2 co 4 c.p.: irretroattività anche in relazione a leggi che comportino trattamento sanzionatorio più severo; la disposizione in esame fa quindi riferimento alle norme che incidono sulla pena principale, sulle pene accessorie o sugli effetti penali della condanna ed in generale agli istituti che incidono in vario modo sul trattamento sanzionatorio (es/circostanze del reato). per stabilire se la nuova legge è sfavorevole, il giudizio deve essere sempre condotto in concreto.

Principio di irretroattività e misure di sicurezza: si discute e il principio di retroattività valga anche per le misure di sicurezza. Il dubbio si è posto in ragione del fatto che art. 25 co 3 Cost. fissa per le mds il principio di legalità ma non il principio di irretroattività. Allo stesso modo art. 200 c.p. dice che se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la mds è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione. Secondo M-D in deroga a quanto previsto dall'art. 2 c.p., quando a venire in rilievo è una mds l'art. 200 c.p. è da leggere nel senso che può applicarsi la disciplina "sfavorevole" solo se cmq la legge già prevedeva una mds e ad essere più sfavorevole è solo la modalità di esecuzione.

Attenzione: in assenza di copertura costituzionale l'art. 200 c.p. potrebbe essere comunque derogato dal legislatore. Questo ci espone ad un rischio di frode delle etichette, che può aversi quando il legislatore qualifica come mds una sanzione che abbia i connotati sostanziali di una pena → consapevoli di tale rischio sia la C Cost che la Cass hanno detto che è vietata l'applicazione retroattiva di norme che,

pur avendo etichetta di mds siano sostanzialmente vere e proprie pene (art. 117 co 1 Cost per art. 7 Cedu).

Principio di irretroattività e norme processuali penali: quando ad entrare in gioco non è una norma di diritto sostanziale, ma di diritto processuale, non si applica il principio di irretroattività sfavorevole ed invece vige il principio del tempus regit actum: gli atti processuali già compiuti conservano la loro validità anche dopo mutamento della disciplina legislativa.

Se la natura giuridica della norma è controversa, e dunque non è chiaro se questa appartenga al diritto sostanziale o a quello processuale, per stabilire se applicare o meno il principio di irretroattività sfavorevole occorre guardare alla funzione che tale principio riveste (in tal senso anche Corte Cost 2020).

Ipotesi dubbie: (1) prescrizione = se interviene una norma che allunga il tempo necessario alla prescrizione, ed il reato non si è ancora prescritto, questa non potrà trovare applicazione perché la prescrizione è – secondo giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costit – istituto di natura sostanziale. Diversa invece l'opinione della dottrina e dalla Corte Edu e CGUE, che considerano la prescrizione quale istituto di natura processuale, perché l'agente ha diritto di sapere prima se la sua condotta integra o meno reato e non invece per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo la commissione di un reato; (2) esecuzione della pena = se interviene una legge che restringe la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione (mad) in passato si diceva che si trattava di norma processuale e che quindi doveva trovare applicazione il principio del tempus regit actum (approccio formalistico); invece oggi la Corte Cost. ha chiarito che è costituzionalmente illegittima la disciplina che preveda applicazione retroattiva di una legge (riferimento alla Spazzacorrotti) che comporta radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale rispetto a quella prevista al momento del reato (stesso discorso vale per liberazione condizionale e divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione); se invece la modifica riguarda le sole modalità esecutive della

mad e quindi non fa venir meno la sostanziale dimensione intramuraria della misura stessa, allora troverà applicazione il principio del tempus regit actum.

Principio di retroattività delle norme favorevoli all'agente:

Principio di retroattività favorevole non trova fondamento all'art. 25 co 2 Cost, ma comunque ha rango di norma costituzionale ex art. 3 Cost (principio di eguaglianza/ragionevolezza) ed anche per il tramite dell'art. 117 co 1 c.p. perché l'art. 7 Cedu riconosce anche il principio di retroattività favorevole. Attenzione però perché non avendo fondamento nell'art. 25 co 2 Cost, il principio di retroattività favorevole è derogabile dal legislatore, purchè la deroga comunque sia finalizzata a tutelare interessi contrapposti di analogo rango costituzionale. Che il principio di retroattività sia derogabile ed incontri dunque il limite del giudicato è stato altresì confermato dalla Corte Edu (Ruban v Ucraina), che ha affermato che nonostante l'art. 7 sancisca il principio di retroattività favorevole, l'eventuale cedevolezza del giudicato rispetto alla lex mitior è consentita solo in quanto prevista dall'ordinamento interno e non perché imposta dall'art. 7 Cedu.

Art. 2 co 2 c.p. = la norma che prevede abolitio criminis si applica retroattivamente e quindi se non è stata ancora pronunciata sentenza di condanna il soggetto deve essere prosciolto; se invece c'è stata sentenza definitiva di condanna, la sentenza deve essere revocata. Abolitio criminis ha, come si è detto, retroattività illimitata: se è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, questa dovrà essere revocata e dunque dovranno cessare l'esecuzione della pena principale, delle pene accessorie nonché gli effetti penali della condanna. Restano ferme invece le obbligazioni civili nascenti da reato.

Art. 2 co 3 e 4 c.p. invece si occupano di mutatio criminis. Ai sensi del co 3 se la pena è trasformata da detentiva a pecuniaria, la legge sopravvenuta si applica senza incontrare il limite del giudicato. Ai sensi del co 4 invece se la legge successiva è più favorevole per il reo, allora questa troverà applicazione (anche quando sia legge intermedia) ma non potrà travolgere il giudicato (rapporti

esauriti). Nello stabilire quale sia la legge più favorevole il giudice comunque non potrà combinare disposizioni dell'una e dell'altra creando una terza legge, altrimenti violerebbe riserva di legge. Comunque il giudizio deve essere fatto in concreto: il legislatore deve tenere conto della specie e della misura della pena principale, delle pene accessorie, delle circostanze del reato, delle misure di sicurezza, degli effetti penali della condanna, delle cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità, cause di estinzione del reato e della pena.

Sanzioni amministrative punitive: retroattività della *lex mitior*, perché sono sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente ascrivibili alla materia penale. Si tratta di una conclusione imposta sia dal principio di ragionevolezza art. 3 Cost, sia dall'art 117 co 1 cost quale norma interposta dell'art 7 Cedu.

Abolitio criminis: l'abolizione del reato può essere totale o parziale e quindi può ricorrere abolitio sia quando viene integralmente soppressa una figura di reato, sia quando ne viene ristretta l'area applicativa.

Attenzione: legge abolitrice del reato può essere anche una legge intermedia e quindi una legge che, intervenuta dopo la commissione del reato, risulti poi abrogata al momento del giudizio (il fatto non costituisce reato secondo "una legge" posteriore).

Abrogatio sine abolitione: ci sono casi in cui l'abrogazione del reato non coincide con la sua abolizione, perché il fatto è comunque ricompreso in un'altra legge penale che diventa applicabile per effetto di quella modifica (es/abolito omicidio d'onore è comunque applicabile omicidio), oppure contestualmente alla modifica è stata introdotta una nuova legge che ricomprende anche la fattispecie abrogata. Questa situazione ricade allora nell'art. 2 co 4 c.p. (successione meramente modificativa).

Abolizione del reato e successione di norme integratrici e non integratrici.

Qualora la norma incriminatrice faccia riferimento ad una norma giuridica o extragiuridica per il tramite di un elemento normativo, la norma richiamata non integra il precetto e quindi non sarà applicabile l'art. 2 co 2 c.p. Esempi: (1) furto; se cambiano i modi di acquisto della proprietà, non c'è abolitio criminis perché comunque il delitto rimane definito dalla sottrazione di cosa altrui; (2) calunnia; il delitto in esame non viene meno se Tizio accusa Caio di aver commesso un reato che dopo non è più previsto come reato; sarebbe abolitio criminis parziale se invece ad esempio la norma dicesse non più "reato", ma "delitto" e Tizio avesse accusato Caio di una contravvenzione; (3) per la Cassazione invece c'è abolitio criminis quando sono depenalizzati i reati scopo dell'associazione per delinquere, che in questo modo diventa una normale associazione; la dottrina non è d'accordo perché ritiene si dovrebbe adoperare lo stesso ragionamento della calunnia; (4) omicidio colposo non viene meno se cambia la regola cautelare sottesa alla colpa; ci sarebbe abolitio criminis parziale se invece che prevedere omicidio colposo, il legislatore prevedesse omicidio con colpa grave.

Sono invece norme integratrici del precetto penale, la cui modifica dà quindi luogo ad abolitio criminis, le norme definitorie cioè quelle norme penali o extrapenali che chiariscono il significato dei termini usati dal legislatore in una o più norme penali (es/sottrazione di minore; cambia la definizione di minore che non è più chi ha meno di 21 anni, ma chi ne ha meno di 18; viene meno il disvalore giuridico della condotta se Tizio sottrae Caio che di anni ne ha 20). Norme integratrici sono anche le norme che colorano il precetto delle norme penali in bianco (es/TU stupefacenti che cancella una droga dall'elenco delle droghe).

Ultrattività delle leggi eccezionali e temporanee (art. 2 co 5 c.p.): il principio di retroattività della legge penale più favorevole non opera quando entrano in gioco leggi eccezionali e leggi temporanee. Si parla di ultrattività nel senso che tanto le leggi eccezionali quanto quelle temporanee continuano a produrre i loro effetti anche dopo che sono state abrogate da una norma più favorevole.

Con legge eccezionale si identifica quella legge emanata dal legislatore per far fronte ad una situazione oggettiva di carattere straordinario → una volta finita l'emergenza il legislatore potrà quindi decidere di abrogare quella legge o di prevedere un trattamento più mite ma non lo farà come espressione di una diversa valutazione politico-criminale, bensì perché quella situazione di emergenza è cessata → ne consegue allora che la nuova disciplina non è applicabile ai fatti commessi mentre la legge eccezionale era in vigore.

Ragioni analoghe giustificano l'ultrattività delle leggi temporanee. Con legge temporanea si identifica quella legge che contenga la predeterminazione espressa del periodo in cui avrà vigore.

Comunque la regola derogatori per la quale non trova applicazione il regime di retroattività favorevole non riguarda anche più leggi eccezionali o temporanee che si siano succedute durante il periodo di permanenza dello stato di emergenza/durante il periodo di vigenza.

Decreto legge decaduto o non convertito. Il problema sorge quando il dl decaduto o non convertito conteneva abolizione di un reato o una disciplina penale più favorevole all'agente. Ai sensi dell'art. 77 co 3 Cost il dl non convertito perde efficacia ex tunc. Occorre però distinguere tra fatti pregressi al dl non convertito e fatti concomitanti allo stesso.

Fatti pregressi rispetto all'introduzione del dl: il dl non avrà nessun impatto sul reo, che sarà punibile in base alla legge vigente al momento del fatto.

Fatti concomitanti alla vigenza del dl: il principio di irretroattività impone di applicare la disciplina più favorevole contenuta nel dl non convertito.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge penale non è riconducibile alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo. La dichiarazione di incostituzionalità è un fenomeno patologico, mentre la successione di leggi nel tempo è un meccanismo fisiologico.

In presenza di dichiarazione di incostituzionalità troverà applicazione l'art. 30 co 4 l. 87/1953 in virtù del quale "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali". Infatti art. 673 c.p.p. prevede revoca della condanna quando dichiarata incostituzionale norma incriminatrice. La giurisprudenza ha poi precisato che l'ambito di applicazione dell'art. 30 co 4 l. 87/1953 si applica anche quando la dichiarazione di incostituzionalità ha riguardato una circostanza aggravante o comunque norme relative al trattamento sanzionatorio: in questo caso il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena.

Quando ad essere dichiarata incostituzionale è una norma penale di favore occorre distinguere. Se si tratta di fatti commessi prima della dichiarazione di incostituzionalità, troverà applicazione la norma penale di favore. La disciplina più sfavorevole risultante dalla pronuncia della Corte Costit. andrà invece applicata ai fatti commessi a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte.

Il tempo del commesso reato: in assenza di una disposizione legislativa che affronti espressamente questo problema, la soluzione più persuasiva sembra quella di far riferimento per i reati commissivi al tempo in cui è stata tenuta la condotta vietata e per quelli omissivi al tempo in cui è stata omessa la condotta doverosa → c.d. teoria della condotta. Argomentazione: funzione generalpreventiva della pena; il soggetto non può essere chiamato a rispondere per un evento che si sia verificato dopo un lungo intervento temporale rispetto alla condotta (non può quindi accogliersi la teoria dell'evento).

In ragione di quanto appena esposto, nei reati permanenti il reato si considera commesso nel momento in cui il soggetto compie l'ultimo atto con cui volontariamente mantiene la situazione antiggiuridica. Stessa soluzione deve darsi con riferimento ai reati abituali, ove il tcd coincide dunque con l'ultima condotta tipica tenuta dall'agente.

LIMITI SPAZIALI ALL'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE PENALE ITALIANA:

la disciplina dettata dal c.p. dimostra tendenziale adesione al principio di universalità della legge penale italiana: applicabile a tutti fatti previsti come reato dalla legge italiana, commessi da chiunque, dovunque e contro chiunque, ad eccezione di una ristretta gamma di reati che sono per lo più di limitata gravità (per i fatti commessi all'estero ed il principio della doppia incriminazione v infra).

La legge penale italiana si applica ai reati commessi nel territorio dello Stato (art. 6 co 1 c.p.), cioè nel territorio della Repubblica (art. 4 c.p.); dunque suolo, acque e lidi del mare, sottosuolo e spazio aereo e mare territoriale (quest'ultimo fino a 12 miglia marine dalla costa) + navi a aeromobili italiani ovunque si trovino salvo che, in base al d. internazionale, siano soggetti a legge territoriale straniera.

Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta del tutto o in parte, ovvero se ivi si è verificato l'evento conseguenza dell'azione od omissione.

Per una vasta gamma di reati commessi integralmente all'estero dal cittadino o dallo straniero, che offendono beni di preminente rilievo sia pubblici che pvt, l'applicazione della l. penale ita è incondizionata (non subordinata ad alcuna condizione di procedibilità).

La legge penale ita è poi applicabile ai delitti politici (cioè delitto che offende oggettivamente un interesse politico dello stato, o un diritto politico di un cittadino o un delitto comune commesso del tutto o in parte per motivi politici) commessi all'estero da cittadino o straniero ai danni di un interesse politico dello Stato italiano o di un diritto politico di un cittadino italiano (art. 8 c.p.) → però applicabilità condizionata: deve esserci richiesta da parte del Ministro della giustizia o querela della p.o. se si tratta di delitto perseguibile a querela.

Delitti comuni commessi all'estero dal cittadino (art. 9 c.p.): sono assoggettati alla legge penale ita i delitti comuni puniti con pena detentiva e commessi da

cittadino ita all'estero; devono però a tal fine ricorrere determinate condizioni. Inoltre è previsto regime particolare quando il reato sia commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di un cittadino straniero.

Anche se non espressamente previsto dalla legge, deve ritenersi che l'assoggettamento alla legge penale ita di un reato commesso all'estero da cittadino ita sia altresì sottoposto alla condizione di procedibilità della doppia incriminazione. Argomentazioni: (a) questo emerge dai lavori preparatori del cp; (b) tale soluzione è richiesta anche dal principio di legalità e colpevolezza: non si può pretendere che il cittadino italiano si conformi alla legge ita anche quando è in uno Stato estero; la stessa cosa vale per il cittadino che soggiorni solo occasionalmente all'estero e sappia che l'ordinamento di quello Stato non prevede un determinato fatto come reato.

Delitti comuni commessi all'estero dallo straniero (art. 10 c.p.): si trova qui la massima espansione del principio di universalità della legge penale italiana. La legge penale italiana si applica ai delitti commessi all'estero dallo straniero a danno dello Stato o del cittadino italiano quando la pena sia non inferiore nel minimo ad 1 anno. Applicabilità però sottoposta alle seguenti condizioni: (a) presenza dell'agente sul territorio dello Stato; (b) proposizione della querela se richiesta; (c) se invece reati perseguibili d'ufficio a danni di un cittadino italiano serve o istanza della p.o. o in mancanza richiesta del Ministro della giustizia; (d) se reato perseguibile d'ufficio a danno dello Stato italiano è necessaria richiesta del Ministro della giustizia.

Se invece il delitto è commesso dallo straniero all'estero in danno di Comunità europee, di uno Stato estero o di un cittadino straniero il delitto commesso deve prevedere una pena non inferiore nel minimo ad anni 3. In questo caso condizioni necessarie sono: (a) presenza dell'agente sul territorio dello Stato; (b) richiesta del Ministro della Giustizia; (c) non concessione da parte del Governo ita all'extradizione dello straniero/non accettazione dell'extradizione da parte

del Governo dello Stato straniero; (d) per tutti i delitti comuni richiesta doppia incriminazione del fatto.

Rinnovamento del giudizio: per i reati commessi nel territorio dello Stato, la riserva di giurisdizione è piena ed incondizionata, di tal che il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato anche se è già stato giudicato all'estero (art. 11 co 1 c.p.).

Invece per i delitti commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero, il rinnovamento del giudizio in Italia è subordinato alla richiesta del Ministro della giustizia.

Secondo il codice del '30, infatti, il ne bis in idem non opera nei rapporti internazionali. Attualmente, però, il principio del ne bis in idem è stato previsto tra Stati Membri dell'UE, che si sono impegnati a non rinnovare il giudizio quando lo stesso fatto sia stato giudicato in altro Paese Ue.

Riconoscimento delle sentenze penali straniere (art. 12 c.p.): nel codice del '30 era prevista tendenziale irrilevanza delle sentenze penali di condanna straniere → ineseguibili in Italia per quanto riguarda pena principale inflitta dal giudice dello Stato estero. Possibilità di riconoscimento circoscritta a determinati effetti secondari della sent di condanna es/recidiva; dichiarazione abitudinalità, professionalità o tendenza a delinquere + taluni effetti di diritto civile (es/risarcimento del danno o indegnità a succedere).

I paesi membri del Consiglio d'Europa hanno poi ampliato la portata del riconoscimento delle sentenze penali straniere, al fine di meglio contrastare la criminalità; ed in particolare (a) può essere eseguita in Italia la pena principale inflitta da un giudice straniero; (b) consentita la confisca disposta dal giudice straniero di beni che si trovano nello Stato, sempre che tali beni siano confiscabili anche secondo la normativa italiana + consentita confisca dei valori provenienti da reato.

Nell'ambito Ue alcune decisioni quadro hanno impegnato gli Stati membri al reciproco riconoscimento di sentenze (a) che irrogano pene detentive; (b) che sospendono condizionalmente la pena; (c) che irrogano sanzioni pecuniarie; (d) dei provvedimenti che dispongono la confisca; (e) dei provv che dispongono misure cautelari.

Comunque in base al sistema penale italiano, affinché si possa procedere al riconoscimento di una sentenza straniera, è richiesto il principio della doppia incriminazione del fatto (art. 733 cp.p.); occorre, in particolare, che la legge italiana lo preveda come delitto (art. 12 cp). È poi necessario che tra l'Italia e lo Stato estero esista un trattato di estradizione, anche se non è necessario che il delitto rientri tra quelli per i quali è concessa estradizione; CMQ in mancanza di trattato di estradizione, può procedersi al riconoscimento di sentenza straniera se c'è richiesta del Ministro della giustizia.

Estradizione: è la più antica e vitale forma di cooperazione internazionale nella lotta alla criminalità. In particolare estradizione è il procedimento attraverso il quale uno Stato consegna ad altro Stato una persona che si trova nel suo territorio affinché questi nello Stato richiedente (o) sia sottoposto a giudizio (estradizione processuale) (o) si dia esecuzione ad una pena già inflitta (estradizione esecutiva).

Si parla poi di estradizione attiva o passiva a seconda che la si guardi dal pvd dello Stato che chiede l'estradizione o che la concede.

Fonti dell'estradizione sono, ex art. 13 c.p., la legge penale italiana, le convenzioni e gli usi internazionali. Ai sensi dell'art. 696 c.p.p. prevalgono le convenzioni internazionali e le norme di diritto internazionale.

Nella Costituzione si rinviene limite invalicabile all'estradabilità del cittadino per i reati comuni: questa può essere consentita solo qualora espressamente prevista dalle convenzioni internazionali.

Condizione per l'extradizione (art. 13 co 2 c.p.) è la doppia incriminazione. Attenzione: è irrilevante che il fatto abbia una diversa qualificazione giuridica nei due ordinamenti, che siano diversi gli elementi richiesti per la configurazione di quel reato o che il reato sia punito con pene diverse. Inoltre, ai fini dell'incriminazione, la giuri è pressochè pacifica nel ritenere che occorra guardare non soltanto al fatto tipico, ma anche alla sua antiggiuridicità e colpevolezza.

È invece irrilevante, ai fini dell'extradizione, che sia previsto nei due ordinamenti un diverso regime di procedibilità; tali condizioni incidono infatti solamente sull'opportunità di instaurare un procedimenti.

È poi previsto, sia per l'extradizione attiva che passiva, il principio di specialità dell'extradizione (art. 669 c.pp.): lo Stato che chiede l'extradizione non può sottoporre l'extradato a restrizione della libertà personale per fatti anteriori o diversi da quello/i per il quale estradizione è stata concessa né può consegnare l'extradato ad un altro Stato; ratio è evitare estradizione fraudolenta.

Attenzione però: il divieto di sottoporre estradato a restrizione libertà personale per fatti antecedenti e diversi rispetto quello/i cui l'extradizione si riferisce, viene meno in quattro casi (a) estradizione suppletiva = lo Stato ha chiesto e ottenuto estensione dell'extradizione per perseguire i succitati fatti anteriori e differenti; (b) quando estradato si è volontariamente trattenuto sul territorio dello Stato che ha ottenuto l'extradizione per oltre 45 gg dalla sua definitiva liberazione; (c) quando estradato dopo aver lasciato lo Stato al quale era stato consegnato vi abbia fatto volontariamente ritorno; (d) quando l'extradato abbia manifestato consenso ad essere processato per reato anteriore e diverso da quello per il quale estradizione è stata concessa.

Infine l'extradizione è regolata dai principi di sussidiarietà e ne bis in idem. Per il principio di sussidiarietà l'extradizione non può essere concessa se per lo stesso fatto e nei cfr della stessa persona è in corso un procedimento penale nello Stato italiano. Invece per il principio del ne bis in idem l'extradizione è impedita quando per lo stesso fatto e nei cfr della stessa persona è stata pronunciata in

Italia sentenza irrevocabile (conta l'identità sostanziale dei fatti oggetto dei relativi procedimenti).

Limiti personali all'estradizione: cittadino estradabile per reati comuni solo se estradizione prevista espressamente nelle convenzioni internazionali (art. 26 co 1 Cost.). Inoltre sia il cittadino che lo straniero non possono essere estradati per reati politici (art. 26 co 2 e 10 co 4 Cost + art. 698 c.p.p.).

V'è più: tanto in caso di reato comune quanto in caso di reato politico l'estradizione non può essere concessa se c'è motivo di temere atti persecutori o discriminatori, ovvero la violazione di un diritto fondamentale della persona; divieto che, in relazione al divieto di estradizione per reati politici, è poi delineato con maggior precisione all'art. 698 c.p.p. (es/no estradizione se motivo di temere che soggetto sarà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per ragioni di razza, religione, sesso o lingua).

È infine vietata l'estradizione da parte dell'Italia per reati per i quali l'ordinamento dello Stato richiedeva la pena di morte; non importa che lo Stato de quo assicuri che la pena di morte non verrà irrogata o che, se già comminata, non verrà eseguita.

Il divieto di estradizione nel caso in cui vi sia un serio rischio che il soggetto venga altrimenti sottoposto a pena di morte, tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti è poi sancito alla dalla Carta di Nizza (carta fondamentale dei diritti Ue).

Infine, pur in assenza di espresso riferimento all'estradizione, un divieto analogo si rinviene all'art. 3 Cedu, ai sensi del quale nessuno può essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il mandato d'arresto europeo: regola oggi la consegna di persone imputate o condannate all'interno dell'UE. Tratti salienti del mae: (a) collaborazione diretta tra le autorità giudiziarie dei paesi Ue; non serve l'intervento di alcun organo politico (quindi no Ministro della giustizia, come invece per

estradizione); (b) per un'ampia gamma di reati di gravità medio/alta è stato eliminato il requisito della doppia incriminazione.

La consegna della persona nei cui cfr è stato emesso il mae può essere rifiutata in una serie di casi previsti dall'art. 18 l. 69/2005 es/no consegna per reati politici, eccetto genocidio o reati di terrorismo; tra l'altro possibile rifiuto consegna anche per ne bis in idem e quindi se risulta che la persona ricercata è già stata giudicata con sentenza irrevocabile per lo stesso fatto da uno degli Stati Membri Ue purchè, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro che ha pronunciato la condanna; anche in questo caso occorre avere riguardo all'identità sostanziale dei fatti.

LIMITI PERSONALI ALL'APPLICABILITÀ DEL DIRITTO PENALE

Talune categorie di soggetti sono eccezionalmente sottratte all'applicabilità della legge penale italiana; eccezioni che possono trovare fonte nel diritto pubblico o in quello internazionale e vengono definite "immunità". In quanto eccezioni, delle immunità deve darsi interpretazione restrittiva.

Si distingue tra immunità di diritto sostanziale, che esclude l'applicabilità della sanzione penale (ed eventualmente di quelle extrapenali) e di diritto processuale, che esclude la giurisdizione penale (o anche extrapenale). Si distingue poi tra immunità funzionali ed extrafunzionali, a seconda che riguardino i soli fatti compiuti nell'esercizio della funzioni da cui deriva l'immunità o anche da fatti estranei all'esercizio di quella funzione.

Le immunità di diritto pubblico interno

È prevista immunità funzionale di diritto sostanziale:

- (a) In capo al Presidente della Repubblica. L'art. 90 Cost. prevede infatti che PdR non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, eccetto che per altro tradimento o attentato alla Costit. Si tratta di una causa di giustificazione. In caso di alto tradimento e attentato alla

Costit è competente la Corte Costit (art. 134 Cost.). Nessuna immunità invece per i reati commessi prima dell'assunzione della carica, ovvero al di fuori dell'esercizio di tali funzioni → di tali reati conosce l'a.g. ordinaria.

- (b) I membri del Parlamento hanno immunità sostanziale funzionale circoscritta alle opinioni espresse ed ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni (art. 68 co 1 Cost.). Si tratta di una causa di giustificazione. In caso di dichiarazioni rese extra moenia la giuri ne richiede la piena coincidenza con gli atti tipici della funzione parlamentare. Nel 2018 la C. Cost. ha ribadito che l'immunità non ricomprende gli insulti (Calderoli che nel corso di una manifestazione pubblica aveva detto "quando vedo la Kyenge non posso non pensare ad un orango").
- (c) I consiglieri regionali godono di immunità sostanziale analoga a quella dei parlamentari (art. 122 co 4 cost). Si tratta quindi sempre di una causa di giustificazione.
- (d) I giudici della Corte Costit godono di immunità sostanziale funzionale "per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni" (art. 5 l. 1/1953); è causa di giustificazione.
- (e) Infine anche i membri del CSM godono di immunità sostanziale funzionale per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni o concernenti l'oggetto della discussione (art. 32 bis l. 195/58); però in questo caso l'esonero riguarda solo la responsabilità penale e non anche quella amministrativa o civile → quindi è causa di esclusione della punibilità.

Hanno invece immunità processuali:

- (a) Il presidente del CdM ed i ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni (immunità processuale sostanziale). A norma dell'art. 96 Cost. il giudizio sui reati ministeriali è infatti subordinato all'autorizzazione a procedere da parte della camera di appartenenza. La valutazione con la quale la Camera nega l'autorizzazione a procedere è,

tra l'altro, insindacabile. Dei reati ministeriali si occupa la magistratura ordinaria, ed in particolare il Tribunale dei Ministri, istituito presso Tribunale del distretto di Cd'A competente per territorio.

- (b) I parlamentari godono di limitata immunità processuale penale extrafunzionale (riguarda quindi tutti i comportamenti del parlamentare, anche svicolati dalla sua funzione ed anche precedenti all'assunzione della carica); il compimento di taluni atti processuali (es/perquisizione) e l'adozione di misure restrittive della libertà personale devono essere autorizzate da parte della Camera di appartenenza. Il parlamentare può però essere privato della libertà personale in esecuzione di una condanna definitiva e nei casi di arresto obbligatorio in flagranza.

Le immunità di diritto internazionale.

Soggetti che godono di immunità sostanziale e processuale assoluta.

- (a) immunità di diritto sostanziale e processuale sia penale che extrapenale (tutti i rami dell'ordinamento) è prevista per il Sommo Pontefice. Si tratta di una causa personale di esclusione della punibilità (non estensibile ai concorrenti). Analoga immunità anche per gli enti della Curia romana che svolgono attività con fini prevalenti di governo religioso della Chiesa.
- (b) Il capo di Stato ed i suoi familiari godono di immunità sostanziale e processuale, penale ed extrapenale, anche per atti compiuti fuori dall'esercizio delle funzioni.

Godono di immunità sostanziale funzionale (solo gli atti compiuti nell'esercizio della funzione) sia penale che extrapenale (causa personale di non punibilità):

- (a) I capi e i membri di governi stranieri che si trovino in territorio italiano;
- (b) i componenti delle missioni speciali inviate in Italia da uno Stato estero;
- (c) ed i rappresentati degli Stati esteri i conferenze internazionali ed in organizzazioni intergovernative.
- (d) I funzionari e gli impiegati consolari stranieri. Attenzione: per gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni, invece, non possono

essere arrestati o assoggettati a custodia cautelare in carcere, a meno che non si tratti di un crimine grave, cioè punito con la reclusione non inferiore nel massimo ad anni 5 (art. 3 l. 804/1967).

(e) I membri del Parlamento europeo (previsto dal Protocollo di Bruxelles del 1965).

Godono invece di immunità dalla giurisdizione:

- (a) Immunità dalla giuris civile, penale ed amministrativa: gli agenti diplomatici stranieri, anche per atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni.
- (b) Immunità dalla giuris civile, penale ed amministrativa: i membri del personale tecnico ed amministrativo per quanto riguarda gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni. Invece per il resto sono esonerati solo dalla giurisdizione penale.
- (c) Immunità processuale extrafunzionale: concessa ai parlamentari europei per la durata delle sessioni dell'assemblea.

Fonte di tutte le immunità esaminate sono le norme consuetudinarie di diritto internazionale generalmente riconosciute e quindi rilevanti ex art. 10 Cost.

Ratio immunità: non turbare i rapporti tra Stati ovvero non ostacolare l'attività di organismi internazionali nel territorio dello Stato → non si tratta, quindi, di cause di giustificazione ma di cause personali di esclusione della punibilità (non estensibili ai concorrenti).

Gli appartenenti alle forze armate di uno Stato estero che in tempo di pace si trovino in territorio dello Stato italiano, quando si tratta di reati commessi in servizio sono soggetti alla sola legge dello Stato di appartenenza.

Disciplina speciale dettata per gli appartenenti alle forze armate dei Paesi partecipanti alla NATO (convenzione di Londra 1951):

c'è giurisdizione esclusiva dello Stato di origine per i fatti non punibili in base alla legge italiana;

del pari c'è invece esclusiva dello Stato italiano per i fatti non punibili secondo la legge dello Stato d'origine;

per i fatti che invece sono previsti come reato sia dalla legge italiana sia dalla legge dello Stato di appartenenza del militare, tali fatti sono sottoposti alla giurisdizione concorrente di entrambi gli Stati, con attribuzione di sfere di giurisdizione prioritarie a ciascuno di essi; priorità cui comunque lo Stato beneficiario può rifiutare. In particolare c'è priorità dello Stato di appartenenza, ad esempio, per i reati che attentano esclusivamente alla sicurezza di quello Stato (tradimento, spionaggio etc) → Attenzione: in questo caso la sentenza definitiva di proscioglimento o di condanna pronunciata dallo Stato di appartenenza preclude il giudizio per i medesimi fatti da parte dello Stato italiano.

Per ogni altro reato commesso nel territorio dello Stato italiano è prioritaria la giurisdizione del nostro Stato.

UN SISTEMA PENALE SOVRASTATAUALE

Il diritto penale internazionale: al diritto penale "classico" si affianca un corpus normativo autonomo: il diritto penale internazionale, in relazione al quale non trovano applicazione i limiti personali, spaziali ed in una certa misura temporali fin qui elencati. Il d.p.i. è dotato di efficacia vincolante sugli individui, senza necessità di mediazione del diritto interno → questo si giustifica in ragione dell'estrema gravità dei comportamenti incriminati, in relazione ai quali si parla di "crimini internazionali", che a loro volta si articolano in (a) crimini contro l'umanità; (b) crimini di guerra; (c) genocidio; (d) aggressione (in passato definito "crimine contro la pace"). Si parla in relazione a questi delitti, di "crimina iuris gentium".

La svolta in materia di giustizia penale internazionale è segnata dall'adozione e dall'entrata in vigore nel 2002 dello Statuto di Roma, che ha istituito la Corte

penale internazionale (ICC), con sede all'Aja. Si tratta del primo esempio di giurisdizione penale permanente, indipendente e sovrastatuale, competente a giudicare dei crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale → superato il modello di Tribunale penale internazionale istituito ad hoc ex post ed imposto dalle potenze vincitrici o dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU.

La ICC ha competenza complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali: si attiva solo se lo Stato non può o non vuole procedere nel caso specifico.

Competenza territoriale: crimini commessi sul territorio di uno degli Stati membri o da parte di un loro cittadino + in casi particolari previsto meccanismo di segnalazione (cd referral) all'ICC da parte del CdS dell'ONU, che prescinde da qualsiasi criterio territoriale o di nazionalità.

L'importanza dello Statuto di Roma risiede anche nell'aver operato per la prima volta una sorta di codificazione del diritto penale internazionale. Accanto ai singoli reati lo Statuto prevede infatti una parte dedicata ai principi generali del diritto penale (es/irretroattività, legalità, personalità della resp penale).

Postilla: una prima e fondamentale distinzione con il diritto penale interno attiene proprio al principio di legalità: il sistema delle fonti di diritto penale internazionale è un sistema aperto, incompatibile quindi con la nostra riserva di legge formale tendenzialmente assoluta.

NOZIONE DI REATO e DISTINZIONE TRA DELITTI E CONTRAVVENZIONI= v. schema cartaceo.

PRINCIPIO DI OFFENSIVITA' E LA PARTICOLARE TENUITA' DEL FATTO.

Principio di offensività: non vi può essere reato senza offesa ad un bene giuridico, cioè ad un situazione di fatto o giuridica, carica di valore modificabile e dunque offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. La Corte Costituzionale ha precisato non solo che il principio di offensività ha rango

costituzionale, ma anche che questo costituisce un vincolo tanto per il giudice quanto per il legislatore. Il legislatore è tenuto ad incriminare solo quei fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (offensività in astratto). Il giudice invece dovrà evitare che nel paradigma punitivo astratto ricadano comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (offensività in concreto).

Da ultimo la Corte Costit ha precisato che principio di offensività vale anche per le circostanze aggravanti, che non potranno in nessun caso essere espressione di una "generale e presunta qualità negativa dell'autore della condotta illecita.

Particolare tenuità del fatto:

Previsioni in tema di particolare tenuità del fatto sono da tempo presenti nel diritto penale minorile e nella legislazione del giudice di pace. Proprio con riferimento ai rapporti con il giudizio instaurato presso il gdp ci si è chiesti se l'art. 131 bis c.p. potesse trovare applicazione anche nelle ipotesi di competenza di quest'ultimo → al quesito si è data risposta negativa perché il processo innanzi al giudice di pace è caratterizzato da una peculiare logica conciliativa, che verrebbe invece frustrata nel caso in cui si consentisse l'applicazione della norma in esame.

L'art. 131 bis c.p. è rubricato "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto" ed è anzitutto ancorato alla cornice edittale; il reato consumato o tentato oggetto di incolpazione deve infatti prevedere cornice edittale non superiore nel massimo a 5 anni di detenzione, sola o congiunta a pena pecuniaria che invece non ha limiti in quanto ad ammontare. Per i 5 anni di pena detentiva non si tiene conto delle circostanze, eccetto quelle autonome e ad effetto speciale, in presenza delle quali invece non dovrà tenersi conto del giudizio di bilanciamento di tali circostanze (art. 131 bis co 4 c.p.).

L'art. 131 bis c.p. è applicabile anche quando la particolare tenuità del danno rileva quale circostanza attenuante (es/danno patrimoniale particolarmente

tenue) ed anche quando la tenuità è elemento essenziale di autonoma fattispecie di reato (es/art. 73 co 5 Tu stupefacenti).

L'art. 131 bis c.p. è applicabile anche ai reati con soglia quali la guida in stato di ebbrezza ed i reati tributari.

Al fine di accertare la particolare tenuità del fatto il giudice dovrà tener conto anzitutto dell'offesa, che deve essere particolarmente tenue e dunque essere, nel caso concreto, tale da non legittimare il ricorso alla pena.

Rilevano poi ai fini dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. particolari modalità della condotta. Al co 2 infatti la norma citata individua una serie di situazioni incompatibili con la particolare tenuità del fatto, con un elenco che richiama alcune delle aggravanti del 61 c.p. (es/sevizie).

Per potersi applicare l'art. 131 bis c.p., la condotta del reo non deve essere abituale (esigenza di prevenzione speciale della pena); attenzione comunque perché la valutazione di non abitualità deve essere riferita al singolo comportamento dell'agente e non invece all'intera storia personale dell'agente (es/se è furto deve guardarsi se ha commesso più furti e non rileva se invece ha spacciato droga). Sempre in relazione al carattere non abituale del comportamento, l'art.131 bis co 4 c.p. detta alcune preclusioni, dalle quali si ricava che: non è applicabile la norma in esame al reato continuato; è invece possibile in astratto applicare il 131 bis c.p. al reato permanente, sempre che la permanenza sia cessata al momento del giudizio e comunque la particolare tenuità dell'offesa sarà tanto più difficilmente rilevabile quanto più a lungo si sia protratta la permanenza.

La causa di non punibilità dell'art. 131 bis c.p. è rilevabile anche d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo, sempre che non sia intervenuto giudicato esplicito o implicito. È quindi possibile rilevare d'ufficio l'art. 131 bis c.p. anche in Cassazione, a condizione che i presupposti per la sua applicazione siano immediatamente ricavabili dagli atti e non siano necessari ulteriori accertamenti fattuali.

Cassazione ha poi precisato che l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. agli amministratori della società non comporta l'automatica esclusione della responsabilità della società stessa → conclusione che trova conferma nel principio di autonomia della responsabilità dell'ente, statuito all'art. 8 dlgs 231/2001.

Effetti penali art. 131 bis c.p.: la sentenza che dichiara non punibilità del fatto è iscritta al casellario ed nel giudizio civile ed amministrativo ha efficacia di giudicato per l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua illiceità ed affermazione che l'imputato ha commesso il fatto. Se invece il 131 bis porta ad archiviazione in sede di indagini preliminari (ha ritenuto la Suprema Corte) non risulterà al casellario giudiziale, ma dovrà farsene menzione nei certificati richiesti dall'interessato, dalla p.a. e dal datore di lavoro.

LA SISTEMATICA DEL REATO: TEORIA QUADRIPARTITA. Per bipartita e tripartita v. appunti.

In base alla tesi quadripartita possiamo affermare che il reato è un fatto (umano), anti-giuridico, colpevole e punibile.

Fatto: è l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa ad uno o più beni giuridici. Compongono il fatto tutti e solo quegli elementi oggettivi che concorrono a descrivere quella forma di offesa. In particolare: (1) condotta, cioè azione od omissione; (2) presupposti della condotta, cioè le situazioni di fatto o di diritto che devono preesistere o coesistere con la condotta (es/precedente matrimonio valido agli effetti civili per il reato di bigamia); (3) evento, cioè l'accadimento temporalmente e spazialmente separato dalla condotta e da questo causato; (4) nesso di causalità tra condotta ed evento; (5) oggetto materiale, cioè cosa o persona sulla quale incide l'azione (cosa mobile altrui nel furto) o l'omissione (denuncia di reato nei delitti di omessa denuncia) o l'evento (persona umana vivente nell'omicidio); (6) qualità o relazioni giuridiche o di fatto richieste per il

soggetto attivo del reati nei reati propri; (7) offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, che può tradursi in un danno o in un pericolo.

Attenzione: non tutti gli elementi menzionati ricorrono in ogni reato, ma devono certamente sempre ricorrere la condotta (nella forma dell'azione o omissione) e l'offesa (nella forma del danno o del pericolo).

Nella grande maggioranza dei casi gli elementi del fatto di reato sono individuati dal legislatore sotto forma di elementi positivi, dunque elementi la cui presenza è necessaria perché il reato possa dirsi integrato. A volte però il legislatore prevede alcuni elementi negativi, che dunque devono essere assenti perché si possa configurare il reato in trattazione (es/assenza del consenso della donna nel delitto di procurato aborto).

Per individuare gli elementi del fatto di reato il legislatore può fare ricorso sia a concetti descrittivi, sia a concetti normativi.

Antigiuridicità: è il rapporto di contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico. Antigiuridicità è esclusa quando anche una sola norma presente all'interno del nostro ordinamento facoltizza o rende doveroso il comportamento tenuto dall'agente → si parla di cause di giustificazione, che sono dotate di efficacia universale; questo significa che se il fatto è commesso in presenza di una causa di giustificazione, è lecito e dunque non assoggettabile a nessun tipo di sanzione (civile, penale o amministrativa che sia).

Colpevolezza: il fatto antigiuridico posto in essere dall'agente deve essere anche colpevole. Requisiti che compongono la colpevolezza sono: (1) dolo, colpa o dolo misto colpa; (2) assenza di scusanti, e quindi normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto; (3) conoscenza o conoscibilità della legge penale violata; (4) capacità di intendere e di volere.

Punibilità: è l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che fondono o escludono l'opportunità di punirlo.

È controverso se la punibilità rientri o meno tra gli elementi del reato. M-D ritiene di sì perché anzitutto la pena è ciò che distingue il diritto penale rispetto ad altri rami dell'ordinamento. Inoltre gli elementi di opportunità politica che fondano o escludono la punibilità dell'offesa fungono da filtro selettivo nel ricorso alla sanzione criminale per fatti che, in astratto, sono meritevoli di pena.

Fondano la punibilità quelle che il legislatore definisce come "condizioni obiettive di punibilità" (art. 44 c.p.), che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico, ma esprimono valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena (es/dichiarazione di fallimento nella bancarotta prefallimentare).

Escludono la punibilità (1) cause personali di non punibilità concomitanti alla commissione del fatto, che dunque riguardano la posizione personale dell'agente o i suoi rapporti con la vittima (es/art. 649 c.p.); (2) cause personali sopravvenute di non punibilità, che ricorrono in presenza di alcuni comportamenti dell'agente susseguenti alla commissione del fatto illecito (es/ritrattazione); (3) cause oggettive di esclusione della punibilità, che sono situazioni che ineriscono all'entità dell'offesa (es/131 bis c.p.); (4) cause di estinzione del reato, cioè alcuni fatti naturali o giuridici, successivi alla commissione del fatto, che sono estranei alla condotta dell'agente/non si esauriscono nella condotta dell'agente (es/ammnistia; morte del reo prima della sentenza; prescrizione).

Talvolta il legislatore rimette al giudice il compito di valutare l'opportunità di punire (es/131 bis c.p. ; oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative cioè arresto o ammenda).

FATTISPECIE OGGETTIVA DEL REATO E NESSO DI CAUSALITA':

IL FATTO NEI REATI COMMISSIVI

I reati commissivi sono caratterizzati da un'azione, intesa quale attività esteriore posta in essere dall'agente.

Può anzitutto operarsi una distinzione tra reati a forma libera e reati a forma vincolata. Nei reati a forma libera l'evento può essere cagionato dall'autore mediante qualsiasi condotta idonea a produrlo (es/omicidio). Diversamente, nei reati a forma vincolata è il legislatore che descrive quale condotta o quali condotte devono ricorrere affinché il reato possa dirsi integrato (es/truffa); talvolta addirittura il legislatore dà rilievo a condotte che devono essere tenute secondo una determinata successione temporale (es/furto è sottrazione e poi impossessamento).

Possono poi esistere reati di possesso e reati di sospetto. I reati di sospetto sono una particolare sottocategoria dei reati di possesso. Il reato di possesso si caratterizza per il fatto che il legislatore vieta di possedere o detenere una certa cosa (es/detenzione di materiale pedopornografico); si è a lungo discusso su quale sia l'azione in questo caso, poiché possesso e detenzione sono situazione statiche; si è allora detto che l'azione è data dal fatto di procurarsi o ricevere la cosa, oppure se la cosa è stata inconsapevolmente ricevuta dall'agente, illecito è aver esercitato sulla cosa stessa un controllo diretto a conservarne la disponibilità.

La particolarità dei reati di sospetto – sottocategoria dei reati di possesso – è che, in deroga alla presunzione di innocenza (art. 27 co 2 cost), è onere dell'imputato dimostrare la destinazione o la provenienza lecita della cosa (es/art. 707 c.p. possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli).

Il legislatore, nella descrizione del fatto, può poi prevedere presupposti della condotta, cioè situazioni di fatto o giuridiche che devono preesistere all'azione o ne devono accompagnare l'esecuzione (es/bigamia è necessario precedente matrimonio).

L'evento (naturalistico): è accadimento temporalmente e spazialmente separato dall'azione e da questa causato; in particolare l'azione del reo può provocare una

modificazione della realtà fisica (es/omicidio), psichica (es/errore nella truffa), economico-giuridica (es/danno e profitto nella truffa) o del comportamento umano (es/costringere qualcuno a fare o omettere nella violenza privata).

Accanto all'evento naturalistico (non sempre presente perché ci sono anche reati di mera condotta), c'è l'evento giuridico, che è l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice e che è elemento costitutivo di tutti i fatti penalmente rilevanti.

Il rapporto di causalità nei reati commissivi: l'evento rileva solo se ed in quanto sia stato causato dall'azione; tra azione ed evento deve esserci nesso di causalità. Quanto appena affermato trova conferma all'art. 40 co 1 c.p.

Ci si chiede tuttavia cosa sia necessario per poter affermare che un dato evento è conseguenza di una data azione. L'art. 41 c.p. disciplina sotto questo profilo il concorso di cause, ed è stato oggetto di svariate interpretazioni, conseguenza del fatto che sono state sostenute svariate teorie della causalità (che qui di seguito si andranno ad analizzare).

Anzitutto, sinteticamente, le tre principali teorie della causalità possono così riassumersi: (1) teoria condizionalistica (condicio sine qua non) = l'azione A è causa dell'evento B se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, può dirsi che senza l'azione A l'evento B non si sarebbe verificato; (2) teoria della causalità adeguata = l'azione A è causa dell'evento B quando senza l'azione A l'evento B non si sarebbe verificato e a condizione che l'evento B rappresenti una conseguenza prevedibile/normale dell'evento B; (3) teoria della causalità umana = l'azione A è causa dell'evento B quando senza l'azione A l'evento B non si sarebbe verificato e a condizione che l'evento B non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali.

Analizziamo allora anzitutto la teoria condizionalistica: causa dell'evento è ogni azione che non può essere eliminata mentalmente senza che l'evento venga

meno. È sufficiente che l'azione di Tizio si anche solo uno degli antecedenti senza i quali l'evento non si sarebbe verificato.

Già questa prima precisazione consente di risolvere due ipotesi che possono porsi, cioè quella della causalità ipotetica e della causalità addizionale.

Causalità ipotetica: sussiste nesso di causalità se il medico Tizio uccide Caio, malato terminale, con una puntura letale? Si potrebbe dire che in questo caso, poiché Caio è malato terminale, la condotta del medico è irrilevante perché Caio sarebbe morto lo stesso. Invece la teoria della condicio sine qua non ci insegna che l'evento che va considerato per la sussistenza del nesso causale è l'evento in concreto che quindi deve tener conto di tutte le modalità di esecuzione e va accertato tenendo conto del decorso causale effettivo (come sono andate le cose, non come potevano andare).

Causalità addizionale: Tizio e Caio, l'uno all'insaputa dell'altro, somministrano una dose di veleno di per sé idonea ad uccidere Sempronio; si potrebbe allora dire che Tizio non può rispondere perché senza la sua condotta Sempronio sarebbe morto lo stesso (dose mortale di Caio) e lo stesso ragionamento potrebbe farsi per Caio, con la conseguenza che nessuno dei due potrebbe essere chiamato a rispondere della morte di Sempronio. Questo paradosso però si dissolve se si considera che il rapporto di causalità va accertato in relazione all'evento concreto e dunque nel caso de quo deve tener conto anche della quantità di veleno nel corpo della vittima.

Il processo di eliminazione mentale della condicio sine qua non è però una formula vuota, che deve essere riempita di contenuto attraverso le leggi scientifiche, universali o statistiche, che spieghino come la condotta x ha causato l'evento y: si parla di sussunzione del caso concreto sotto leggi scientifiche. Può essere così immaginato: la legge x mi dice che l'azione A provoca l'evento B, allora io posso desumere che nel mio caso l'azione a (che fa parte di A) ha cagionato l'evento b (che fa parte di B).

Possiamo allora riformulare la teoria condizionalistica come segue: causa dell'evento è ogni azione che, tenuto conto di tutte le circostanze che si sono verificate, non può essere eliminata mentalmente sulla base di leggi scientifiche senza che l'evento venga meno.

Se il giudice poi si trova innanzi ad una pluralità di possibili spiegazioni causali, ciascuna fondata su una diversa legge scientifica, dovrà dare la preferenza a quella che meglio si attaglia al caso concreto.

Il riferimento a leggi statistiche solleva tuttavia il problema del grado di probabilità richiesto per potersi ritenere sussistente il nesso causale. In un primo momento la giurisprudenza ha preteso livello di probabilità prossimo alla certezza. L'indirizzo però è mutato nel 2002 con la sentenza Franzese che ha ritenuto sufficiente la probabilità logica, cioè: vanno bene anche probabilità statistiche medio-basse a condizione che siano esclusi tutti gli altri fattori causali alternativi.

Riflessione M-D sulla sentenza Franzese: viene il dubbio che la sentenza in esame, contraddicendo ad una delle sue premesse (cioè non va bene la versione italiana della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento) tenda a considerare causa dell'evento un comportamento umano che ha solo aumentato il rischio del verificarsi dell'evento. Inoltre la sentenza Franzese muove dall'assunto che il giudice conosca tutte le altre possibili cause dell'evento: situazione ipotizzabile quasi soltanto in teoria.

Tre corollari della teoria condizionalistica: (1) il concorso di fattori causali preesistenti, concomitanti o sopravvenuti non esclude il rapporto di causalità tra l'azione e l'evento, quando l'azione è condizione necessaria dell'evento; questo vale anche se le concause sono rare o anormali; (2) il rapporto di causalità non è escluso nemmeno se il fattore causale ulteriore rispetto all'azione del reo è il fatto illecito di un terzo; (3) il rapporto di causalità è invece escluso quando tra l'azione e l'evento si è inserita una seria causale autonoma, cioè serie causale che è stata da sola sufficiente a cagionare l'evento.

Teoria della causalità adeguata: esclude il rapporto di causalità quando nel decorso causale, accanto all'azione umana, sia intervenuti fattori anormali, che quindi hanno reso anormale la conseguenza di quell'azione. Ratio: (a) considerazione di equità, perché l'evento imprevedibile non può essere evitato neppure dall'uomo prudente; (b) se l'evento è imprevedibile la pena non soddisfa esigenza di prevenzione generale.

Sulla base di queste considerazioni la teoria della causalità adeguata ritiene allora che il rapporto di causalità vada verificato con prognosi postuma, cioè: in prima battuta il giudice deve compiere un salto nel passato e chiedersi se con i dati disponibili al momento della commissione del fatto (quindi giudizio ex ante), quali erano i normali sviluppi dell'azione e quindi quali erano le conseguenze normali e non improbabili. In seconda battuta deve porre a confronto il decorso causale verificatosi con quelli che erano prevedibili.

Teoria della causalità umana: l'evento non deve essere dovuto al concorso di fattori eccezionali, quindi il rapporto di causalità si considera escluso nei casi in cui tra azione ed evento intervengono fattori causali rarissimi, che hanno una minima ed insignificante probabilità di verificarsi. La ratio è imputare il nesso causale all'agente solo quando si sia trattato di un decorso causale da lui dominabile e non invece quando lo sviluppo concreto di quell'azione sia legato al concorso di fattori imprevedibili perché rarissimi (es/emofilia).

Teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento: attenzione, perché la teoria tedesca, patrocinata da Roxin, non si sostituisce alla causalità ma vi si aggiunge poiché risponde alla domanda se l'evento possa considerarsi opera dell'agente e quindi se gli sia imputabile. Roxin sostiene infatti che l'evento causato dall'azione può essere (oggettivamente) imputato all'agente solo se sussistono due condizioni: (1) con una violazione di una regola di diligenza/prudenza/perizia l'agente deve aver provocato con la sua condotta l'evento oppure aumentato o

non diminuito il rischio che questo si verificasse; (2) l'evento deve essere concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava ad evitare o ridurre.

Parte della dottrina italiana ha invece modificato la teoria dell'imputazione dell'evento al fine di affermare che nei campi in cui la verifica del nesso causale risulta particolarmente problematica, ci si accontenta di verificare che la condotta tenuta dall'agente abbia contribuito ad aumentare il rischio del verificarsi dell'evento. → Pericoloso perché in questo modo si trasformano sottobanco i reati di evento in reati di pericolo.

L'accoglimento della teoria condizionalistica nell'art. 41 c.p.:

I commi 1 e 3 dell'art. 41 c.p. senz'altro accolgono la teoria condizionalistica ed i suoi corollari. Al comma 1 infatti il legislatore dice che è sufficiente che l'agente abbia posto in essere uno solo degli antecedenti necessari dell'evento. Al comma 3 poi afferma che parimenti il nesso di causalità non è interrotto anche se tra i fattori causali si annovera un fatto illecito altrui.

Oggetto di controversie è il comma 2, ai sensi del quale "le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento". Anche questo comma però sembra accogliere l'ultimo corollario della teoria condizionalistica, in virtù del quale infatti il nesso causale è spezzato da serie causale autonoma. Continua poi il comma 2 nell'affermare che se la condotta antecedente comunque integra reato, si applica la pena per questo stabilita.

A ben vedere quindi la teoria condizionalistica non ha bisogno di correttivi. Anzitutto l'obiezione del regresso all'infinito non ha senso, perché si indaga sulla causalità solo in presenza di un comportamento del quale si sospetti che sia antigiusurico e colpevole (a nessuno interessa che la mamma dell'assassino ha partorito l'assassino 30 anni fa).

Non è poi nemmeno vero che la teoria condizionalistica amplia eccessivamente l'area del penalmente rilevante. Si consideri infatti che le esigenze di perimetrare in modo più ristretto la responsabilità penale dell'agente, perseguite attraverso la teoria della causalità adeguata ed umana, risultano parimenti soddisfatte nello step successivo: per imputare il fatto all'agente non è infatti sufficiente il nesso causale, serve potergli muovere un rimprovero per dolo o colpa. Se l'evento è assolutamente imprevedibile il soggetto non risponderà del fatto perché non è in colpa.

Va da ultimo segnalato che tanto la teoria della causalità adeguata, quanto la teoria della causalità umana arrivano al paradosso di non punire il soggetto che, conoscendo lo stato di emofilia di Tizio, ne cagiona dolosamente la morte, infliggendogli una piccola ferita con un taglierino.

L'offesa al bene giuridico:

l'offesa può assumere la forma della lesione o del pericolo. Se poi l'offesa riguarda un solo bene si parla di reato monoffensivo, se invece lede più beni si parla di reato plurioffensivo.

Attenzione perché con la formula "p.o." del reato si indica il titolare del bene giuridico o dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice. Diversa è invece la figura del danneggiato dal reato, che è il soggetto che ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile ex art. 185 c.p. (es/nell'omicidio la p.o. è il morto, mentre danneggiati sono i familiari).

Per ricostruire i fatti penalmente rilevanti, l'offesa al bene giuridico rappresenta un indispensabile criterio selettivo, che comporta l'espulsione dei fatti inoffensivi.

Reati di danno e reati di pericolo.

Reati di danno: il legislatore reprime i fatti che compromettono l'integrità dei beni (es/integrità della vita umana nell'omicidio e nelle lesioni personali). Invece

reati di pericolo il legislatore anticipa la tutela, e reprime fatti che minacciano l'esistenza o il godimento del bene (es/strage; incendio).

A loro volta i reati di pericolo possono essere reati di pericolo concreto o reati di pericolo astratto. Nei reati di pericolo concreto il giudice deve accertare se nel singolo caso concreto la condotta dell'agente ha effettivamente messo in pericolo il bene tutelato. Invece nei reati di pericolo astratto c'è presunzione legale di pericolosità della condotta. Proprio in merito a tale presunzione legale, la Corte Costituzionale ha detto che è legittima quando non risulti irrazionale o arbitraria ma risponda all' "id quod plerumque accidit". In questi casi (reati di pericolo presunto) ciò che il giudice deve accertare è solo il verificarsi di quel comportamento che il legislatore ha ritenuto normalmente pericoloso.

Invece nei reati di pericolo concreto il giudizio prognostico è ex ante in concreto a base totale: il giudice deve riportarsi indietro al momento della commissione del fatto e poi utilizzare il massimo delle conoscenze disponibili al momento del giudizio, ivi comprese le ulteriori conoscenze (di fatto o scientifiche) del singolo agente; infine deve tener conto di tutte le circostanze presenti nel momento in cui si è compiuta l'azione o si è verificato l'evento.

Va poi segnalato che ci sono alcuni reati di pericolo imperniati sul superamento di una soglia: in questi casi il legislatore ritiene che oltre ad una certa soglia quantitativa il fatto sia pericoloso per il bene giuridico tutelato (ratio è contemperare la tutela del bene giuridico con un diverso interesse che il legislatore reputa comunque meritevole di tutela).

Certo le regole di esperienza che stanno dietro alle norme con tasso soglia consentono di enunciare la normale pericolosità delle condotte che quella soglia la oltrepassano; tuttavia la Corte Costit ha ritenuto necessario valorizzare anche in questo caso il principio di offensività, di tal che uno scollamento misero rispetto alla soglia, che dunque sia privo di qualsiasi idoneità offensiva, deve portare il giudice a considerare l'agente non punibile.

Scarica gratuitamente materiale di studio dal sito www.lagiuristaonline.it

Vuoi contribuire con i tuoi schemi, appunti, riassunti?

Scrivi a lagiuristaonline@gmail.com

www.lagiuristaonline.it

Scarica gratuitamente materiale di studio dal sito www.lagiuristaonline.it

Segui “La Giurista Online” su



ULTERIORI CLASSIFICAZIONI DEL REATO SECONDO LA STRUTTURA DEL FATTO:

Reati di mera condotta e reati di evento: si parla di reati di mera condotta quando il fatto si esaurisce nel compimento di una o più azioni ovvero nel mancato compimento di un'azione doverosa; le eventuali conseguenze dell'azione o dell'omissione non sono elementi costitutivi del fatto di reato. Invece nei reati di evento dalla condotta tenuta od omessa devono derivare uno o più eventi.

Solo nei reati ad evento può trovare applicazione la disciplina del recesso attivo dal delitto tentato (art. 56 co 4 c.p.).

Reati istantanei e permanenti: nei reati istantanei una volta che si verifica la consumazione (reato perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi) è irrilevante che la situazione antigiuridica creata dall'agente si protragga nel tempo. Invece nei reati permanenti il reato è perfetto nel momento in cui si realizza la condotta ed eventualmente si verifica l'evento, ma non si esaurisce finché perdura la situazione antigiuridica.

Disciplina peculiare del reato permanente:

- **prescrizione:** decorre dal giorno in cui è cessata la permanenza;
- concorso di persone: possibile anche dopo l'inizio della fase consumativa;
- **legge applicabile ai fini del tcd:** quella entrata in vigore nel corso della fase consumativa;
- **applicabilità della legge penale italiana:** basta che la fase consumativa sia proseguita nel territorio dello Stato;
- **stato di flagranza:** perdura fino a quando non è cessata la permanenza;
- **competenza per territorio:** luogo nel quale ha avuto inizio la condotta (art. 8 co 3 c.p.p.).

Reato abituale: reato il cui fatto esige la ripetizione, anche ad apprezzabile distanza di tempo, di una serie di azioni od omissioni; invece un singolo atto

Scarica gratuitamente materiale di studio dal sito www.lagiuristaonline.it

Vuoi contribuire con i tuoi schemi, appunti, riassunti?

Scrivi a lagiuristaonline@gmail.com

della fattispecie descritta dalla norma incriminatrice non integrerà quel reato
(*es/maltrattamenti in famiglia*).

www.lagiuristaonline.it

Disciplina applicabile al reato abituale:

- **successione di leggi penali nel tempo:** legge vigente nel momento in cui viene posto in essere l'ultimo degli atti che integrano il fatto costitutivo del reato abituale;
- **applicabilità della legge penale italiana** (art. 6 co 2 c.p.): anche quando uno solo degli atti la cui reiterazione integra il reato è stato compiuto nel territorio dello Stato;
- **concorso di persone nel reato:** se il correo ha partecipato al n° necessario di atti per configurarsi reato abituale;
- **prescrizione del reato:** nel silenzio dell'art. 158 c.p. si ritiene che il termine decorra dal compimento dell'ultimo atto antigiuridico, come accade per i reati permanenti.

Reati necessariamente plurisoggettivi: il fatto richiede come elemento costitutivo la commissione di una pluralità di condotte da parte di una pluralità di persone (es/le varie figure di corruzione).

Reati necessariamente plurisoggettivi propri: tutti i soggetti che prendono parte all'esecuzione del reato sono punibili (es/corruzione; associazione per delinquere).

Reati necessariamente plurisoggettivi impropri: non tutti i soggetti che intervengono nel reato sono punibili. Talvolta il legislatore sceglie di non punire uno dei partecipi perché è in realtà soggetto passivo del reato es/estorsione. Altre volte l'impunità deriva dalla scarsa rilevanza della condotta di uno dei soggetti *es/nel boicottaggio è punito chi esercita pressione sul potenziale acquirente e non invece il potenziale acquirente che non acquista i prodotti oggetto di boicottaggio*. Altre volte ancora l'impunità è frutto di scelte politico-criminali ad *es/nella bancarotta preferenziale è punito solo l'imprenditore che paga e non anche colui che riceve, perché è l'imprenditore che deve rispettare la par condicio creditorum evitando di favorire singoli creditori a danno degli altri*.

FATTISPECIE SOGGETTIVA: DOLO, COLPA, PRETERINTENZIONE, RESPONSABILITA' OGGETTIVA E RESPONSABILITA' ANOMALA.

Di regola per i delitti è richiesto il dolo, mentre per le contravvenzioni vanno bene sia il dolo che la colpa. L'accertamento in merito alla natura colposa o dolosa della contravvenzione di regola rileva ai soli fini della commisurazione della pena. Ci sono però casi in cui eccezionalmente la contravvenzione può essere solo dolosa o solo colposa. Ci sono altresì ipotesi in cui il delitto può essere addebitato all'agente anche a titolo di colpa.

Passiamo ora a trattare nello specifico del dolo.

Dolo (art 43 c.p.): rappresentazione e volizione del fatto antiggiuridico cagionato dall'agente con la propria condotta. Infatti art. 47 c.p. esclude il dolo per difetto di rappresentazione del fatto e l'art. 59 co 4 c.p. esclude il dolo quando l'agente non si renda conto del carattere antiggiuridico della sua condotta.

Rappresentazione nel dolo: esige la conoscenza effettiva di tutti gli elementi rilevanti del fatto concreto; conoscenza che deve sussistere nel momento in cui il soggetto inizia l'esecuzione dell'azione tipica. Non è comunque necessario che la conoscenza effettiva perduri nella mente del soggetto per tutto il tempo dell'azione esecutiva.

Di regola il dolo si considera integrato anche nei casi di dubbio (dolo eventuale), a meno che la legge esplicitamente richieda conoscenza piena e certa dell'esistenza di un elemento del fatto ("sa" o simili, come per calunnia e autocalunnia).

Quando il legislatore, nella descrizione del fatto, si avvale di elementi normativi – giuridici o sociali – non si richiede certo all'agente di averne la conoscenza di un giurista o di un sociologo, ma ci si accontenta della conoscenza da profano (es/nel furto il concetto di altruita richiede solo che l'agente sappia che la cosa che sta sfilando dalla tasca di Tizio non è sua).

Errore sul fatto: come si è detto, difetta dolo quando l'agente incorre in errore sul fatto, che può tradursi tanto in errore di fatto quanto in errore di diritto. Errore di fatto es/credo sia un cinghiale, ma sparo ad un uomo. Errore di diritto è quello che cade su norma extrapenale, richiamata dall'elemento normativo del reato *es/cosa altrui per il furto ma Tizio dalla lettura di un contratto, frutto del parere di un esperto notaio, è pervenuto all'erronea convinzione di aver dato in prestito la cosa al detentore, conservandone la proprietà*. Inoltre errore su elemento normativo del fatto può derivare anche da erronea percezione sensoriale (*es/viaggiatore che in aeroporto scambia la valigia dello stesso colore per la sua*).

Attenzione: secondo prevalente giurisprudenza tutti gli errori di interpretazione di norme giuridiche richiamate da elemento normativo sono errori sulla legge penale (quindi art. 5 c.p., non art. 47 c.p.). Oltre che svuotare di contenuto l'art. 47 co 3 c.p., questo orientamento è anche sbagliato: un conto è non sapere che il furto è reato (art. 5 c.p.), un conto è invece non renderti conto che ciò che stai prendendo non è di tua proprietà (art. 47 co 3 c.p.). C'è invece giurisprudenza minoritaria che giustamente riconosce autonomo spazio applicativo all'art. 47 co 3 c.p. affermando che non si tratta di errore sulla legge penale (art. 5 c.p.) se la norma giuridica mal interpretata è destinata in origine a regolare rapporti giuridici non penali.

Volizione nel dolo: il soggetto deve aver voluto commettere quel fatto e deve averlo deciso nel momento in cui agisce (rappresentandosi tutti gli elementi del fatto descritto dalla norma incriminatrice). Non c'è quindi spazio nel nostro ordinamento per il dolo antecedente, susseguente o generale. Dolo antecedente: Tizio decide di uccidere Caio all'ora x, ma pulendo il fucile parte un colpo e lo uccide per sbaglio prima dell'ora stabilita; no omicidio doloso. Dolo susseguente: Tizio acquista un bene che proviene da delitto, ma solo dopo l'acquisto si avvede della provenienza illecita e non se ne rammarica; no ricettazione. Dolo generale: Tizio vuole uccidere Caio e lo pugnala 10 volte; crede di averlo ucciso e getta il

cadavere in un fosso; in realtà Caio era ancora vivo e muore solo a seguito della caduta nel fosso; no omicidio doloso.

Tre gradi di dolo: intenzionale, diretto ed eventuale.

Dolo intenzionale: il soggetto agisce allo scopo di realizzare il fatto; può anche non trattarsi dello scopo ultimo della sua condotta, potendo invece realizzare anche solo uno scopo intermedio (es/sequestratore che uccide la guardia del corpo per arrivare al presidente).

Dolo diretto: l'agente non persegue la realizzazione del fatto, ma si rappresenta come certa o come probabile al limite della certezza l'esistenza di presupposti della condotta o il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione (es/dolo diretto in relazione a presupposto della condotta è l'antiquario che vuole a tutti i costi un certo quadro che sa essere stato rubato e quando gli si presenta la possibilità comunque lo compra)(es/dolo diretto in relazione all'evento armatore che per conseguire indennizzo dell'assicurazione pone una bomba su una nave da crociera; egli sa che la bomba esploderà e che quasi certamente moriranno persone).

Dolo eventuale: il soggetto non ha quale obiettivo la realizzazione del fatto di reato, ma si rappresenta come seriamente possibile l'esistenza dei presupposti della condotta o il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione, e tuttavia – per non rinunciare ai vantaggi che da questa conseguiranno – l'agente accetta che il fatto possa verificarsi. L'agente decide quindi di agire “costi quel che costi”. I tratti salienti del dolo eventuale sono ben espressi dalla seconda formula di Frank, per cui il soggetto deve essersi detto “sia presente o meno quella circostanza, avvenga questo o quest'altro, io agisco comunque”.

Attenzione: dolo eventuale non è accettazione del rischio, ma accettazione dell'evento. Infatti accettare il rischio vorrebbe dire accettare il pericolo che si verifichi l'evento lesivo → ma questo tradurrebbe de facto i reati di evento in reati di pericolo.

L'esatta definizione del parametro applicativo del dolo eventuale delinea in primo luogo il confine tra la punibilità e l'irrilevanza penale della condotta tenuta dall'agente: se il delitto è solo doloso, ed il soggetto non ha agito nemmeno con dolo eventuale, egli non sarà punibile. In secondo luogo, quando invece il fatto è previsto dalla legge anche in forma colposa, il dolo eventuale rappresenta la linea di confine con la colpa cosciente.

Dolo eventuale e colpa cosciente: in entrambi c'è previsione dell'evento, ma nella colpa con previsione l'agente si rappresenta il possibile verificarsi di un evento, ma ritiene per colpa che questo non si realizzerà. Quindi secondo giurisprudenza prevalente dolo eventuale si caratterizza per l'accettazione e la messa in conto del verificarsi dell'evento, mentre la colpa cosciente si connota per la convinzione dell'agente, dovuta a negligenza o imprudenza, che l'evento non si verificherà. Sul dolo eventuale invece recita la prima formula di Frank: vi è dolo eventuale quando è possibile ritenere che l'agente non si sarebbe astenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento.

Quindi sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente c'è rappresentazione, però nella colpa cosciente il soggetto decide comunque di agire per mera trascuratezza o imprudenza (sì, ma tanto non si verificherà), invece nel dolo eventuale il soggetto opera una consapevole adesione all'evento, all'esito di un bilanciamento tra gli interessi in gioco (mi sta bene anche se si realizza).

Oggetto del dolo: l'agente deve voler realizzare un fatto concreto che corrisponda alla previsione della norma incriminatrice. Nei reati a dolo generico oggetto del dolo è solo il fatto concreto che integra gli estremi della norma incriminatrice, invece nei reati a dolo specifico l'oggetto del dolo abbraccia anche lo scopo perseguito dall'agente e descritto dalla norma.

Nei reati ad evento è necessario e sufficiente che il soggetto abbia attribuito alla sua condotta l'attitudine a causare in concreto quell'evento, mentre è irrilevante

che abbia previsto un decorso causale diverso da quello che poi si è verificato (c.d. aberratio causae) (es/killer professionista che spari alla vittima per ucciderla alla testa, ma la uccide colpendola al cuore).

Quindi: c'è dolo se l'agente si è rappresentato ed ha voluto tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato, ivi compresi i presupposti della condotta e gli elementi negativi del fatto di reato. È poi da risolversi in senso affermativo l'interrogativo in merito alla necessità che il soggetto agente si rappresenti la qualità del soggetto attivo quando si tratti di un reato proprio (conoscenza comunque da profano di quella qualifica): tanto si desume dall'art. 117 c.p. che rende responsabile a titolo di concorso anche il soggetto che ignorava la qualifica del concorrente, quando la presenza della qualità a lui ignota comporta solo l'integrazione di un diverso fatto di reato.

Causa di giustificazione putativa: art 59 co 4 c.p. l'erronea supposizione di agire in presenza di una causa di giustificazione riconosciuta dall'ordinamento esclude il dolo (può residuare responsabilità per colpa). Se invece il soggetto agisce in virtù di una causa di giustificazione non contemplata dall'ordinamento, o credendo che questa abbia contorni più ampi, si tratterà di errore sulla legge penale (art. 5 c.p.).

Accertamento del dolo: trattandosi di elemento psichico, il giudice non potendo penetrare la mente del reo dovrà basare la sua decisione su massime di esperienza e sulle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto. Circostanze oggettive attengono alle modalità della condotta e sono, ad esempio: mezzi adoperati per commettere il reato; durata della condotta; condotta antecedente alla commissione del fatto; condotta successiva alla commissione del fatto. Attenzione però ad attribuire troppa importanza alla condotta post delictum perché esperienza insegna che anche chi abbia cagionato per colpa la morte di un uomo può scappare dalla scena o crearsi un alibi o occultare l'arma, preso dal panico per quanto accaduto. Viceversa chi volontariamente abbia

inteso cagionare, in un momento d'ira, la morte di un'altra persona non è raro che spinto dal rimorso si avveda delle conseguenze del suo gesto d'impeto e chiami immediatamente i soccorsi.

Il giudice prenderà invece in considerazione le circostanze soggettive, dunque relative alla persona dell'agente, solo in via sussidiaria. Indiziarie ad esempio del dolo eventuale (nella sua accezione del costi quel che costi) possono essere: la qualifica o l'esperienza professionale dell'agente; precedenti esperienze di vita dell'agente (donna che aveva avuto svariati rapporti non protetti pur essendo sieropositiva ed aveva cagionato al compagno lesioni avendogli trasmesso HIV; la Corte ha optato per dolo eventuale perché il marito tempo prima era morto per AIDS, quindi la donna sapeva che era malattia pericolosa); il movente (attenzione perché comunque movente è mero indizio; la Corte ha infatti per contro precisato che l'assenza di prova sul movente non si risolve nell'affermazione probatoria dell'assenza di dolo).

La colpa (art. 43 co 1 c.p.): consta di un requisito negativo ed uno positivo, requisito negativo è rappresentato dall'assenza di dolo. Requisito positivo invece dall'aver il soggetto agito con "negligenza, imprudenza, imperizia ovvero inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". Si tratta dunque di un giudizio interamente normativo, basato sul contrasto tra la condotta tenuta dall'agente e il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia.

Negligenza: omesso compimento di un'azione doverosa; imprudenza: violazione di un divieto assoluto di agire o del divieto di agire con particolari modalità; imperizia: carenza di cognizioni o abilità esecutive nello svolgimento di attività tecniche o professionali.

Tratto comune delle regole di diligenza, prudenza e perizia (qualsiasi ne sia la fonte) è dato dalla loro finalità preventiva cautelare: evitare che dalla condotta dell'agente possano derivare eventi dannosi o pericolosi prevedibili. Attenzione: la finalità della regola cautelare deve essere esclusiva, quindi *es/no colpa se*

morte cagionata da percossa o lesione, nel senso che la norma che reprime percosse o lesioni ha come finalità la tutela dell'integrità fisica e non è invece posta esclusivamente a tutela preventiva della vita. Rientrano quindi nel concetto di "leggi" solo quelle che impongono o vietano una data condotta allo scopo esclusivo di neutralizzare o ridurre il pericolo che da quella condotta possano derivare eventi dannosi o pericolosi rilevanti ai sensi di una fattispecie di reato colposo (es/omicidio colposo stradale escluso se commesso in violazione di una disposizione che vieta la circolazione di autocarri in giorni festivi sulla costiera amalfitana; in questo caso la disposizione violata ha la finalità di garantire lo scorrimento del traffico in una zona particolarmente interessata dal turismo e non quella di prevenire incidenti stradali).

Da sottolineare infine che le leggi la cui inosservanza può fondare rimprovero per colpa possono essere sanzionate tanto con sanzione amministrativa quanto penale (es/legislazione antinfortunistica).

Colpa specifica: in questo caso la regola cautelare violata è codificata in legge, regolamento, ordine (fonte pubblica) o disciplina (fonte privata). Il riferimento alla disciplina include (a) atti emanati da singoli soggetti privati che esercitino un'attività pericolosa (es/norme dettate dall'imprenditore per tutelare l'integrità dei lavoratori); (b) atti emanati da organismi privati o pubblici preposti alla regolamentazione di attività pericolose (es/le norme calcistiche dettate dalle federazioni sportive).

Colpa generica: negligenza, imprudenza, imperizia.

Anche nei settori dove il legislatore è intervenuto massicciamente con regole cautelari, non tutto può essere oggetto di specifiche regole di diligenza (es/settore della circolazione stradale). Ci sono poi attività rischiose ma socialmente utili, rispetto alle quali è indesiderabile che il legislatore intervenga imponendo regole di diligenza fisse (es/attività medico-chirurgica). Infine l'uomo anche non in veste di professionista compie una miriade di azioni

pericolose ogni giorno, ed è impensabile che si possa intervenire con regole cautelari scritte (es/non sta scritto da nessuna parte che chi apre un ombrello debba evitare di accecare eventuali astanti).

Anche in questi casi però il giudice non è libero di individuare a suo piacimento le regole di diligenza, prudenza o perizia: questi dovrà invece confrontare il comportamento del singolo agente con il comportamento che in quelle stesse condizioni di tempo e di luogo avrebbe tenuto un uomo ideale, assunto come modello. → In passato si utilizzava un modello unico, quello del buon padre di famiglia e lo si rapportava indistintamente ad ogni situazione; questo però urta contro l'enorme varietà dei pericoli che l'uomo deve fronteggiare nelle diverse situazioni. Nasce allora la figura dell'homo eiusdem condicionis et professionis e quindi l'agente verrà confrontato con un omologo agente ideale (es/automobilista modello; cardiocirurgo modello).

Attenzione: nello svolgimento di attività produttive rischiose bisogna fare riferimento al modello di agente anche per calcolare i rischi economici che l'agente concreto deve sopportare per riconoscere e neutralizzare/ridurre i pericoli; tanto più serie sono le potenziali conseguenze lesive dell'attività rischiosa, tanto più alto sarà il costo economico esigibile.

NON si può invece tener conto, nel processo di personalizzazione dell'agente modello, dell'assenza nell'agente delle conoscenze o della capacità psico-fisiche necessarie per fronteggiare i pericoli dell'attività relazionale (es/non rileverà la superficialità o l'indifferenza dell'agente, né il medico potrà dire che non era presente alla lezione in cui hanno spiegato quella patologia). Possono prendersi in considerazione solo le menomazioni fisiche, che danno vita ad un autonomo agente-modello.

NON possono allo stesso modo fondare un più elevato dovere di diligenza le maggiori conoscenze o abilità del singolo agente rispetto a quelle possedute dall'agente modello; sempre a meno che non si integri un diverso agente modello.

Le linee guida nell'attività medico chirurgica: art. 5 l. Gelli-Bianco detta obbligo generalizzato di attenersi alle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza di queste, alle "buone pratiche assistenziali" monitorate da un apposito osservatorio nazionale istituito con DM 2017.

Può comunque accadere che un comportamento, pur conforme alle linee guida, risulti invece contrario alle regole dell'arte.

Il decreto Balduzzi escludeva la responsabilità penale per colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria che si fosse attenuto alle linee guida. È intervenuta invece poi la l. Gelli Bianco, che ha introdotto all'art. 590 sexies il delitto di responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario ed ha statuito, al comma 2, che "qualora l'evento si sia verificato a causa dell'imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto". Tre novità legislative: (1) esplicito riferimento alle linee guida accreditate ed adeguate al caso concreto; (2) ha chiarito che le linee guida in grado di escludere la rilevanza penale sono solo quelle che dettano regole di perizia; quindi il sanitario non potrà invocare l'art. 590 sexies se imprudenza o negligenza; (3) viene meno qualsiasi riferimento espresso alla colpa lieve.

Considerazione critica: la formulazione del 590 sexies c.p. lascia perplessi perché assume che la colpa, nella forma dell'imperizia, possa essere presente anche laddove il sanitario abbia tenuto una condotta rispettosa delle regole di perizia dettate per quel tipo di attività (linee guida). Si tratta quindi di un ambito applicativo assai limitato: responsabilità penale esclusa nel caso in cui errore colposo (da imperizia) nella fase esecutiva dell'intervento. La giurisprudenza aggiunge poi un'importante precisazione e dice che affinché possa dirsi che la linea guida è stata rispettata, occorre che lo scostamento da parte del medico sia stato marginale (Cass. 2017 sentenza Mariotti) → quindi finisce per recuperare in via interpretativa il requisito della colpa lieve. D'altronde

quest'interpretazione è l'unica conforme ai principi costituzionali, perché sarebbe irragionevole lasciare impunito un fatto di omicidio o di lesioni commesso dal medico con colpa grave pur dopo aver individuato le linee guida adeguate al caso concreto.

La condotta colposa:

Nei reati colposi d'evento il dovere di diligenza, prudenza, perizia ha un duplice scopo e cioè: riconoscere il pericolo che si verifichi il fatto antiggiuridico e neutralizzare o ridurre il pericolo che tale fatto si verifichi. Quindi il carattere colposo della condotta può derivare già dal mancato riconoscimento del pericolo di realizzazione del fatto nel momento in cui l'agente concreto ha iniziato o continuato ad agire o, nel caso in cui il pericolo sia invece stato riconosciuto, dalla mancata adozione dei comportamenti necessari per neutralizzarlo o ridurlo (es/normativa per la protezione dei lavoratori esposti ad agenti cancerogeni).

Per stabilire il momento a partire dal quale un dato pericolo è riconoscibile dall'agente modello, bisogna prendere le mosse dalle conoscenze che in un dato momento costituiscono patrimonio diffuso. Del pari il momento a partire dal quale sono esigibili le misure richieste per neutralizzare o ridurre pericolo va individuato utilizzando, ad esempio, le tecnologie presenti sul mercato.

Principio dell'affidamento: poiché molte attività pericolose vengono svolte da una pluralità di persone o nella forma della collaborazione necessaria (equipe) o come attività individuali che si intrecciano, ciascuno degli agenti può confidare che il comportamento dell'altro sia conforme alle regole di diligenza, prudenza e perizia. Limite all'affidamento se particolari circostanze del caso concreto avrebbero dovuto far ritenere all'agente che quella fiducia era infondata.

In materia di circolazione stradale vale il principio opposto e dunque il conducente deve sempre aspettarsi eventuali imprudenze altrui.

Attenzione: il principio dell'affidamento opera anche rispetto ai reati dolosi, tuttavia non è esclusa autonoma responsabilità per colpa quando l'agente con la

propria condotta colposa abbia favorito l'altrui riconoscibile inclinazione o propensione a commettere un fatto doloso (es/amante che fornisce all'uomo veleno per topi che poi l'uomo usa per uccidere la moglie; nel chiedere il veleno all'amante le dice "tranquilla che non mi serve per fare del male a mia moglie").

Nesso tra colpa ed evento: deve essere duplice (1) l'evento concreto deve essere realizzazione del pericolo che la norma cautelare violata mirava ad evitare; (2) verificare se la condotta rispettosa delle regole di diligenza avrebbe evitato nel caso concreto il verificarsi dell'evento. L'idoneità della condotta diligente ad evitare il verificarsi dell'evento che la norma mirava ad evitare va accertata riportandosi al momento in cui il soggetto avrebbe dovuto tenere la condotta.

Reati colposi di mera condotta: il fatto si esaurisce nella realizzazione di una condotta, dunque in questa tipologia di reati la diligenza è finalizzata ad assicurare che l'agente assuma le informazioni necessarie/compia i controlli necessari nel momento in cui compie l'azione (es/ex art. 452 in relazione ad art 445 c.p. è dovuta a colpa la somministrazione di un medicinale diverso da quello prescritto dal medico se il farmacista non ha letto attentamente la ricetta esibita dal cliente o ha scambiato il medicinale nel prelevarlo dallo scaffale).

Il grado della colpa: identifica il divario tra la condotta concreta tenuta dall'agente ed il modello di condotta che l'agente doveva rispettare; di regola è irrilevante per l'integrazione di questo o di quel reato colposo e rileva unicamente per la commisurazione della pena. Ci sono però figura di reato in relazione alle quali l'ordinamento richiede un grado elevato di colpa es/nella bancarotta semplice la norma parla di "grave imprudenza". Altre volte il grado della colpa rileva sotto forma di circostanza aggravante (es/art. 589 bis co 5 n. 1 c.p.; art. 590 bis co 5 n. 1 c.p.).

Attenzione: il grado della colpa non c'entra niente con la colpa cosciente. L'aggravamento di pena della colpa cosciente è giustificato in ragione del fatto

che aver agito nonostante la previsione dell'evento è più riprovevole che aver agito senza interrogarsi sui rischi connessi ad una determinata condotta.

Responsabilità oggettiva. Incompatibilità con il principio di colpevolezza: art. 27 co 1 Cost la responsabilità penale è personale. Nel 1988 la Corte ha dichiarato incostituzionale un'ipotesi di responsabilità oggettiva portata alla sua attenzione, statuendo altresì che la responsabilità oggettiva non può trovare ingresso nel nostro ordinamento dovendosi richiedere almeno la colpa. In attesa di un intervento legislativo che modifichi le norme che prevedono responsabilità oggettiva, queste devono essere interpretate come se già contenessero il limite della colpa. In tal proposito la Cassazione ha precisato che la colpa può tranquillamente essere riferita anche alle attività illecite; tale affermazione risulta confermata anche dalla disciplina delle circostanze aggravanti art. 59 co 2 c.p. così come modificata dal legislatore, che appunto richiede la colpa. Deve poi precisarsi che la colpa richiesta è la normale colpa, quindi il fatto deve essere conseguenza prevedibile ed evitabile dell'inosservanza di una regola cautelare (non la colpa specifica consistente nella violazione della legge penale, perché sarebbe truffa delle etichette).

Responsabilità oggettiva in relazione all'evento. Un primo gruppo di ipotesi di responsabilità oggettiva è rappresentato dai delitti aggravati dall'evento che oggi, alla luce del principio di colpevolezza, devono essere riletti nel senso che il più grave ed ulteriore evento conseguito alla condotta dell'agente può essergli imputato solo se tale evento era conseguenza prevedibile della condotta. Un'ulteriore ipotesi in cui l'evento è posto a carico dell'agente per responsabilità oggettiva e dunque sulla sola base del rapporto causale è quella del delitto preterintenzionale. Tale delitto deve essere rimodellato in modo conforme al principio di colpevolezza e dunque l'evento può essergli imputato solo se prevedibile conseguenza della sua azione. → In entrambe le ipotesi possiamo allora affermare che si tratta di responsabilità per dolo misto colpa: dolo per la

condotta e colpa per l'evento, conseguenza prevedibile ed evitabile della condotta.

Responsabilità oggettiva nell'aberratio ictus monolesiva (art. 82 co 1): voglio colpire Tizio ma per errore nei mezzi di esecuzione del reato o altra causa colpisco Caio. Rispondo a titolo di dolo, come se avessi colpito Tizio. Stesso discorso anche aberratio ictus plurilesiva (co 2): voglio colpire Tizio ma colpisco sia Tizio che Caio. In relazione al soggetto che non volevo offendere c'è responsabilità oggettiva. Interpretando però l'art. 82 c.p. (sia co 1 che co 2) conformemente a Costituzione, l'agente risponderà a titolo di dolo solo se l'offesa a persona diversa sia dovuta a colpa (dolo misto colpa).

Responsabilità oggettiva in relazione all'intero fatto di reato. Prima ipotesi che rientra in questa categoria è l'art. 116 c.p. "concorso anomalo"; il tenore letterale della norma fa rispondere del reato x anche il concorrente A, che invece voleva commettere il reato y; basta il nesso causale. Riletto invece alla luce del principio di colpevolezza, il reato diverso realizzato dall'altro concorrente gli sarà addebitabile solo se dovuto a colpa e quindi solo se avrebbe potuto prevedere che sarebbe stato commesso quel reato diverso.

Altra ipotesi è quella del 117 c.p.: in questo caso l'elemento del reato "qualifica del soggetto attivo" è sottratto all'oggetto del dolo ed al requisito della colpa. Letto invece secondo Costituzione, il soggetto risponderà solo se per colpa ignorava la qualifica soggettiva del concorrente.

NON deroga al principio di colpevolezza la disciplina delle condizioni obiettive di punibilità (art. 44 c.p.), perché è vero che queste operano indipendentemente da dolo o colpa, ma sono elementi di reato estranei al fatto.

Irragionevole sproporzione tra misura della pena e grado della colpa nelle norme nate come responsabilità oggettiva: si tratta di un problema particolarmente

evidente nelle ipotesi in cui si punisce con la pena prevista per un delitto doloso una persona alla quale può essere mosso solo un rimprovero per colpa. La Corte Cost 2020 ha infatti sottolineato che al minor grado di rimproverabilità soggettiva deve corrispondere una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto.

Lo stesso problema si pone in relazione all'art. 584 c.p.; 572 co 3 c.p. nonché in tutte le altre norme che puniscono colui che commette un delitto doloso seguito da omicidio colposo (o da lesione colposa) con una pena notevolmente più grave di quella derivante dal concorso formale di reati.

LE CIRCOSTANZE DEL REATO:

Le circostanze del reato si caratterizzano per un triplice ordine di requisiti: (1) non sono elementi costitutivi del fatto di reato; (2) reato circostanziato è speciale rispetto al reato base; (3) effetto della circostanza è aggravamento o attenuamento della pena.

Identificare se si è in presenza di una circostanza di reato ha svariate implicazioni: (1) la rilevanza degli elementi costitutivi è indefettibile, mentre le circostanze sono sottoposte a bilanciamento e quindi possono essere in concreto elise; (2) l'elemento costitutivo del reato deve essere sorretto da dolo, invece per imputare circostanza aggravante basta la colpa; (3) per la prescrizione se ci si trova in presenza di un elemento costitutivo, il dies a quo decorrerà del suo verificarsi; non invece se ci si trova in presenza di una circostanza; (4) se si tratta di circostanza sarà applicabile l'art. 118 c.p. che esclude la comunicabilità di alcune circostanze ai concorrenti; (5) se circostanza e tutti gli elementi commessi all'estero, il reato sarà di competenza dell'estero, se invece elemento essenziale allora anche se solo quella parte commessa in Italia il reato sarà giudicato in Italia (art. 6 co 2 c.p.).

Criteri discretivi per qualificare circostanza del reato o reato autonomo:

anzitutto si deve ribadire che tra fattispecie base e fattispecie dubbia deve esserci rapporto di specialità, altrimenti non si potrà parlare di circostanza. Il rapporto di specialità però non è di per sé sufficiente a considerare circostanza la fattispecie dubbia.

Criteri che fanno propendere per circostanza: (1) qualificazione in termini di circostanza nella rubrica o nel testo della norma; (2) riferimento alla disciplina del bilanciamento, operato al fine di derogarvi; (3) il legislatore si limita a dire che la pena è aumentata o diminuita, ma non specifica di quanto.

Criteri che fanno propendere per reato autonomo: (1) nomen iuris (es/furto in abitazione); (2) clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato”.

Tuttavia i criteri appena esposti non sempre consentono con certezza di dire che una norma dà luogo a reato circostanziato piuttosto che autonomo. I maggiori problemi si pongono con riferimento ai delitti aggravati dall'evento → il codice in questi casi in linea di principio sembra orientato nel senso di inquadrare l'evento come elemento costitutivo di un'autonoma fattispecie di reato. proprio pensando ai delitti aggravati dall'evento il legislatore ha infatti dettato all'art. 42 co 3 la regola della responsabilità obiettiva quale forma, sia pur eccezionale, di responsabilità penale. Ben diversa è invece la normale fisionomia delle circostanze aggravanti, che solo eccezionalmente si riferiscono ad un evento, ed in tal caso si tratta dello stesso evento previsto dalla fattispecie base es/truffa prevede come elemento costitutivo il danno; truffa aggravata se il danno è commesso in danno dello Stato. Solo in alcune sporadiche eccezioni il legislatore considera circostanza una norma che traduce invece in danno il pericolo presente nel reato base (es/condanna del soggetto calunniato conseguente alla calunnia). Al di fuori di queste ipotesi eccezionali, invece, se la fattispecie dubbia traduce in danno il pericolo della fattispecie base, allora si tratta di fattispecie autonoma di reato.

La giurisprudenza ha cercato di mutare indirizzo in merito ai reati aggravati dall'evento dopo la riforma del 1974, che ha introdotto le circostanze autonome

ed indipendenti → di tal che qualificare l'evento aggravatore quale circostanza del reato significa sottoporlo alla disciplina del bilanciamento. M-D evidenzia però che una simile bagatellizzazione di reati offensivi del bene vita è incompatibile con ogni esigenza di proporzionalità tra gravità del reato e misura della pena.

Classificazione delle circostanze:

Circostanze aggravanti/attenuanti: sono aggravanti se aumentano la pena, mentre attenuanti se la diminuiscono;

Circostanze comuni/speciali: sono comuni le circostanze applicabili ad un numero indeterminato di reati (es/artt. 61 e 62 c.p.); mentre sono speciali le circostanze riferite solo ad uno o più reati determinati (es/aggravanti dell'omicidio).

Circostanze a efficacia comune/efficacia speciale: sono circostanze ad efficacia comune quelle che determinano aumento o diminuzione della pena fino a 1/3; sono invece circostanze ad efficacia speciale le circostanze autonome, le circostanze indipendenti e le circostanze ad effetto speciale. Circostanze autonome sono quelle che determinano un mutamento della tipologia di pena (es/da reclusione ad ergastolo x omicidio); circostanze indipendenti sono quelle in relazione alle quali il legislatore determina autonoma cornice edittale (es/aggravanti del furto); circostanze ad effetto speciale invece sono quelle che determinano aumento o diminuzione della pena superiore ad 1/3.

Circostanze definite/indefinite: sono circostanze definite quelle in relazione alle quali il legislatore ha definito gli elementi costitutivi (es/art. 61 c.p. o 62 c.p.); sono invece indefinite le circostanze in relazione alle quali il legislatore ha rimesso alla discrezionalità del giudice l'individuazione della medesima (es/art. 62 bis attenuanti generiche; o particolare tenuità del fatto nella ricettazione cioè art. 648 co 2 c.p.; o danno patrimoniale di rilevante gravità art. 61 co 1 n. 7 c.p.).

Circostanze oggettive/soggettive: oggettive sono descritte all'art. 70 co 1 n.1 c.p. e concernono ad esempio la natura, i mezzi, l'oggetto o il tempo; soggettive sono elencate all'art. 70 co 1 n. 2 c.p. e riguardano la persona del colpevole + al co 2 è specificato che recidiva e imputabilità sono circostanze che riguardano la persona del colpevole.

Imputazione delle circostanze:

Anzitutto è irrilevante la supposizione erronea di circostanze aggravanti o attenuanti (art. 59 co 3 c.p.). Per quanto attiene invece alle circostanze attenuanti queste, se esistenti, operano oggettivamente in favore dell'agente e quindi gli si applicano anche se da lui nono conosciute o per colpa ritenute oggettivamente inesistenti.

Il regime di imputazione delle circostanze aggravanti è invece mutato rispetto a quello del 1930. Nel codice del '30 anche le aggravanti si imputavano oggettivamente; oggi invece – riforma 1990 – è richiesta quantomeno che l'agente le abbia ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa → quindi richiesta conoscenza o conoscibilità dell'aggravante. Precisazione: dal tenore letterale potremmo dire che è richiesta conoscenza effettiva quando il reato è doloso, mentre ci si accontenta della conoscibilità quando il reato è colposo. TUTTAVIA la giurisprudenza prevalente dice che tanto in caso di delitto doloso quanto colposo per imputare l'aggravante è sufficiente la conoscibilità.

Attenzione: ci sono comunque aggravanti che per essere imputate invece richiedono la conoscenza dell'agente es/aggravante del nesso teleologico.

Errore sulla persona dell'offeso: art. 60 c.p.

Anzitutto la norma si riferisce in prima battuta alle ipotesi in cui l'agente versa in errore sull'identità personale della vittima ed in secondo luogo, per espresso richiamo normativo, alle ipotesi di aberratio ictus.

Co 1 art. 60 c.p.: le circostanze aggravanti che riguardano le condizioni o qualità della vittima reale o i suoi rapporti con il colpevole non devono mai essere poste a carico dell'agente. Anche se si tratta di errore o ignoranza dovuti a colpa.

Co 2 art. 60 c.p.: le circostanze attenuanti che riguardano le qualità o condizioni personali dell'offeso o i rapporti tra colpevole ed offeso, la circostanza attenuante erroneamente supposta viene valutata a favore del colpevole.

Co 3 art. 60 c.p.: in caso di errore sull'età dell'offeso e sulle condizioni o qualità fisiche o psichiche non si applica la disciplina più favorevole dettata i commi 1 e 2 dell'art 60 c.p., ma troverà invece applicazione la disciplina generale dettata dall'art. 59 c.p.

Applicazione delle circostanze aggravanti e attenuanti.

Applicazione dell'aumento o diminuzione di pena in presenza di una sola circostanza: giudizio bifasico quindi prima il giudice determinerà la pena prevista per il reato base e poi su questa applicherà l'attenuante/aggravante. Secondo M-D e parte di giurisprudenza il giudice non potrà fare una doppia valutazione dello stesso elemento e quindi tenerlo in considerazione sia per la pena base sia per aggravarla/attenuarla. Altra parte di giurisprudenza invece afferma che legittimamente lo stesso elemento possa essere utilizzato sia per commisurare la pena base sia "in vista di una diversa finalità" es/concessione delle attenuanti generiche.

Qualora la circostanza di autonoma o indipendente invece il giudizio non sarà bifasico ma il giudice si muoverà in quello spazio edittale circostanziato.

Quando alla pena deve essere applicata una sola aggravante, la reclusione non può superare 30 anni (art. 64 co 2 c.p.). Quando invece è applicata una sola attenuante, dall'ergastolo la pena diventa 24 anni (art. 65 n. 2 c.p.).

Concorso omogeneo di circostanze: più circostanze tutte aggravanti o tutte attenuanti. Il giudice deve calcolare la pena base, poi aumentare o diminuire fino

a 1/3 e poi su quella pena aumentare o diminuire di un altro 1/3 e così via. Questo meccanismo però è soggetto a limiti, fissati agli artt. 66 e 67 c.p.

Se alcune circostanze sono ad efficacia speciale si applicherà l'art. 63 co 3 c.p. quindi il giudice applicherà per prima la circostanza ad efficacia speciale e poi quella ad effetto comune. Attenzione: art. 63 co 3 c.p. non menzione circostanze indipendenti, ma opinione più accreditata è che si riferiscono anche a queste. mentre se sono tutte ad efficacia speciale si applicherà l'art. 63 co 4 e 5 c.p. quindi in caso di aggravanti si applica solo la più grave aumentata fino al triplo o la pena meno grave diminuita fino ad un ulteriore 1/3.

Concorso eterogeneo di circostanze: quindi alcuni aggravanti e alcune attenuanti. Il giudice deve procedere a giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.) che può avere triplice esito: prevalenti aggravanti, prevalenti attenuanti o equivalenza. Sono presenti tuttavia deroghe alla disciplina del giudizio di comparazione: (1) art. 69 co 4 c.p. divieto di prevalenza delle attenuanti se (a) recidiva reiterata; solo il giudice applica l'aggravante (b) e (c) art. 112 co 4 n. 1 c.p.; (2) alcune eccezioni sono previste per specifiche aggravanti di parte speciale o nella legislazione complementare e vengono del tutto estromesse dal giudizio di bilanciamento (es/art. 590 quater c.p.).

Al bilanciamento delle circostanze procede il giudice della cognizione. Eccezionalmente però può provvedervi il giudice dell'esecuzione: cioè quando il divieto di prevalenza delle attenuanti al 69 co 4 c.p. sia stato dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte Costit così che il giudizio di bilanciamento è stato impedito al giudice della cognizione ed allora il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena inflitta.

Il bilanciamento delle circostanze comunque non rileva ai fini della prescrizione del reato; lo prevede espressamente l'art. 157 co 3 c.p.

Concorso apparente di circostanze (art. 68 c.p.): può verificarsi in due ipotesi. Prima ipotesi: due circostanze si trovano tra loro in rapporto di specialità; in questo caso dovrà applicarsi solo la circostanza speciale ex art. 15 c.p.

Seconda ipotesi: una circostanza “comprende in sé l'altra” (si parla di circostanza eventualmente complessa) e descrive il caso in cui una circostanza sia strettamente funzionale all'altra (es/omicidio dell'ascendente [aggravante] commesso con abuso di relazioni domestiche [altra aggravante]; quest'ultima è strettamente funzionale alla prima). In questo caso si applica solo (art. 68 co 1 c.p.) la circostanza che importa il maggior aumento di pena o solo la circostanza che importa la maggior diminuzione di pena; se le circostanze importano il medesimo aumento o diminuzione di pena si applica solo un aumento o una diminuzione (art. 68 co 2 c.p.).

Circostanze attenuanti generiche: art. 62 bis c.p. Il legislatore rinuncia totalmente ad individuarne il contenuto, ma fissa un duplice limite: (1) il giudice non potrà tener conto di circostanze che già integrano una circostanze attenuante tipica; (2) il giudice non potrà considerare come attenuanti generiche situazioni che siano incompatibili con il tenore di una norma che prevede una circostanza attenuante tipica (es/non potrà considerare attenuante generica l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto quando ricorra una delle ipotesi che per espressa previsione normativa escludono l'applicabilità dell'art. 62 n. 3 c.p., ad esempio riunione o assembramento vietato dalla legge).

Per individuare la circostanza attenuante generica, il giudice farà per lo più riferimento ai criteri indicati all'art. 133 c.p.

La concessione delle attenuanti generiche deve considerarsi del tutto svicolata da una valutazione complessiva della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'agente → è invece concreta individuazione di un singolo dato attenuante.

Anche le circostanze attenuanti comuni dovranno essere applicate secondo lo schema del giudizio bifasico.

Prevede l'art. 62 bis co 2 c.p. una disciplina particolare in caso di recidiva reiterata per uno dei gravi delitti di cui all'art. 407 co 2 lett. a c.p.p. In questo caso la concessione delle attenuanti generiche non può fondarsi sull'intensità del dolo e non può fondarsi su un grado particolarmente basso di capacità a delinquere.

A partire dal 2008 (decreto sicurezza) è stato aggiunto un comma 3 che prevede che l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere per ciò solo posta a fondamento della concessione delle attenuanti generiche.

I precedenti penali possono invece essere valorizzati per il diniego delle generiche senza che questo implichi di per sé il riconoscimento della recidiva. Per contro l'applicazione della recidiva, che (come si vedrà a breve) suppone una valutazione della pericolosità sociale del condannato e quindi può fondare diniego delle attenuanti generiche.

La recidiva. Come si è visto la recidiva viene individuata dal legislatore tra le circostanze inerenti la persona del colpevole (art. 70 c.p.). La recidiva (art. 99 c.p.) consta di due elementi: (1) commissione di un delitto non colposo dopo che il soggetto è stato condannato con sentenza definitiva per un precedente delitto non colposo (comma 1); (2) il nuovo delitto deve denotare maggior colpevolezza (insensibile all'ammonimento della precedente condanna) ed accentuata capacità a delinquere.

Analizziamo entrambi i requisiti.

Anzitutto precedente condanna: per configurarsi recidiva non è necessario che la precedente condanna sia stata totalmente o parzialmente eseguita. Il termine condanna però fa sì che per la recidiva rilevino anche sentenze di patteggiamento, condanne riportate all'estero, condanne per le quali è intervenuta causa di estinzione della pena (grazia, amnistia impropria, indulto), condanne estinte a seguito di sospensione condizione della pena. NON rilevano invece ai fini della recidiva le cause di estinzione della pena che estinguono

anche gli effetti penali della condanna (art. 106 co 2 c.p.) es/esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Quanto invece al giudizio di maggior colpevolezza, affinché possa dirsi che la commissione del nuovo delitto denota nel caso concreto insensibilità all'ammonimento derivante da precedente condanna, è necessario che l'agente sia a conoscenza di quella condanna. Si tratta di un giudizio rimesso comunque alla discrezionalità del giudice: si parla infatti comunemente di facoltatività della recidiva.

Natura giuridica della recidiva: è il legislatore stesso a prevedere, all'art. 70 c.p., che la recidiva è una circostanza del reato. In quanto tale allora partecipa al giudizio di bilanciamento ed ai sensi dell'art. 118 c.p. è una di quelle circostanze che non si estendono ai correi. Ai sensi poi dell'art. 63 co 3 c.p., recidiva aggravata e reiterata sono circostanze ad effetto speciale.

Forme di recidiva: semplice, aggravata (mono o pluri), reiterata.

Recidiva semplice (art. 99 co 1 c.p.): dopo aver riportato condanna per un delitto non colposo, l'agente ne commette un altro di qualsiasi specie e gravità ad oltre cinque anni dalla condanna precedente → aumento di 1/3.

Recidiva aggravata: può essere monoaggravata o pluriaggravata e può ricorrere in tre ipotesi: (a) recidiva specifica se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; (b) recidiva infraquinquennale se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei 5 anni dalla condanna precedente; (c) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Se la recidiva è monoaggravata allora l'aumento della pena è fino alla metà; peraltro poiché la recidiva semplice (ipotesi meno grave) fissa l'aumento di 1/3, va da sé che la recidiva monoaggravata è in realtà soggetta all'aumento da 1/3 alla metà perché sarebbe irragionevole pensare che possa essere aumentata anche in

misura minore (contrasterebbe con il principio di eguaglianza e ragionevolezza dell'art. 3 Cost).

Se invece la recidiva è pluriaggravata, l'aumento è della metà (fisso).

Reati della stessa indole (recidiva aggravata sub lettera a) sono non solo quelli che violano una stessa norma, ma anche quelli che presentano "caratteri fondamentali comuni", oggettivi o soggettivi. Tra i caratteri fondamentali comuni oggettivi la giurisprudenza annovera le circostanze di tempo e di persona che facciano propendere per l'inclinazione verso una identica tipologia criminosa es/modalità di aggressione; espedienti utilizzati. Quanto invece ai caratteri soggettivi la giurisprudenza spesso valorizza l'identità dei motivi es/motivi di lucro sono stati utilizzati per considerare della stessa indole lo spaccio di stupefacenti ed il furto in abitazione.

Recidiva reiterata (art. 99 co 4 c.p.): qualora chi è già recidivo commetta un nuovo delitto non colposo. Ai fini della recidiva reiterata rileva anche una precedente condanna in cui la recidiva sia stata considerata dal giudice equivalente o subvalente nel giudizio di bilanciamento e quindi non abbia determinato un incremento di pena.

La misura dell'aumento di pena varia a seconda della forma di recidiva ritenuta nella precedente condanna: se si tratta di recidiva semplice, l'aumento è della metà; se si tratta di recidiva aggravata l'aumento è di 2/3.

Attenzione: anche la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata hanno carattere facoltativo. Il giudice deve dunque accertare in concreto la sussistenza di un'accentuata colpevolezza e capacità a delinquere.

Il comma 5 dell'art. 99 c.p. prevedeva ipotesi di recidiva obbligatoria, che poteva essere semplice, aggravata o reiterata, in caso di condanna per uno dei delitti 407 co 2 lett. a c.p.p. La norma però è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui dichiara obbligatorietà, rimanendo invece in piedi

per quanto attiene al trattamento sanzionatorio. Quanto al campo di applicazione la Cassazione ha chiarito che è la seconda condanna a dover essere stata pronunciata per uno dei delitti dell'art. 407 co 2 lett. a c.p.p., mentre la prima può anche riguardare un delitto non compreso in quell'elenco.

Effetti della recidiva sulla misura della pena: aumento della pena principale. Ma incontra un limite all'art. 99 co 6: in nessun caso l'aumento della pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo.

Effetti ulteriori della recidiva: (1) non detenzione domiciliare dell'art. 47 ter co 1 ord. pen.; (2) se recidiva aggravata o reiterata non si applicano amnistia, indulto, prescrizione della pena; invece prescrizione del reato, liberazione condizionale e riabilitazione sono sottoposte a condizioni più restrittive di quelle ordinarie; (3) se recidiva reiterata (diritto penale sostanziale) si applica trattamento meno favorevole in punto di circostanze attenuanti generiche, concorso di circostanze, concorso formale di reati e reato continuato. Per quanto attiene alla procedura penale il recidivo reiterato è escluso dal patteggiamento allargato. Infine con riferimento all'ordinamento penitenziario l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta (art. 58 quater co 7 bis c.p.); sono da ultimo previste condizioni restrittive per l'accesso ai permessi premio.

Altre circostanze che riguardano la persona del colpevole (art. 70 c.p.) sono quelle che riguardano l'imputabilità. Sotto questo profilo sono circostanze attenuanti: vizio parziale di mente; sordomutismo quando comporti capacità di intendere o di volere grandemente scemata; minore di età (14-18) riconosciuto imputabile; ubriachezza o abuso di sostanze stupefacenti per caso fortuito o forza maggiore, tali da aver grandemente scemato capacità di intendere o di

volere; cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti tali da scemare grandemente capacità di intendere o di volere.

Sono invece circostanze aggravanti: ubriachezza o sostanze stupefacenti preordinate al fine di commettere il reato o prepararsi una scusa; ubriachezza abituale o essere dedito all'uso di sostanze stupefacenti.

IL TENTATIVO:

Ai sensi dell'art. 56 co 1 c.p. chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Si tratta di una forma di manifestazione del reato e dunque di reato autonomo, non invece di circostanza attenuante. Il legislatore ha circoscritto la funzione estensiva del tentativo ai soli delitti. In via di eccezione la legge esclude la rilevanza penale del tentativo in relazione a taluni delitti (in materia tributaria art. 6 dlgs 74/2000). Le contravvenzioni rilevano in forma tentata solo se previsto dalla stessa norma incriminatrice.

Coerentemente con il principio di offensività il tentativo è configurabile solo se gli atti sono idonei e quindi solo se creano un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Altrettanto coerentemente con il principio di offensività, la pena del tentativo è minore rispetto a quella del reato consumato (art. 56 co 2 c.p.). Solo eccezionalmente singole figure delittuose sono sottoposte alla stessa pena tanto in caso di tentativo quanto di delitto consumato: è il caso dei delitti in materia di contrabbando.

Il nostro legislatore accoglie una concezione oggettiva e non soggettiva di reato. Se avesse accolto concezione soggettiva avrebbe considerato punibile per tentativo il soggetto che abbia in qualsiasi modo manifestato la volontà di commettere un delitto. Il legislatore ha invece accolta una concezione oggettiva del reato e quindi è punibile a titolo di tentativo il soggetto che abbia creato o non neutralizzato un pericolo per il bene giuridico tutelato.

Allora a partire da quale momento il soggetto può rispondere per tentativo? Il codice Zanardelli prevedeva esplicitamente che solo gli atti esecutivi potevano rilevare ai fini del tentativo e non anche gli atti preparatori. Il legislatore del 1930 invece sembra voler superare questa dicotomia ed affermare invece che anche gli atti preparatori sono punibili a titolo di tentativo. Tale scelta era motivata da esigenze politico criminali: 1925 caso Zaniboni. Nonostante l'intenzione del legislatore è tuttavia controverso se il testo dell'art. 56 c.p. e l'interpretazione sistematica dell'ordinamento davvero porti alla rilevanza degli atti preparatori.

Un duplice ordine di motivi porta invece a ritenere che ai fini del tentativo debba darsi rilevanza ai soli atti esecutivi. Anzitutto (1) il legislatore richiede l'univocità degli atti; ebbene gli atti possono perdere la loro equivocità solo quando siano espressione dell'inizio di esecuzione del delitto. Tanto sembrerebbe poi avvalorato dalla formulazione letterale della norma, che recita "se l'azione non si compie" e dunque postula che questa sia almeno iniziata. Inoltre (2) questa lettura dell'art. 56 c.p. trova conferma sistematica, poiché art. 115 c.p. sancisce l'irrilevanza dell'accordo o istigazione a commettere un delitto che poi non viene commesso. Vero è che la norma de qua fa riferimento ad attività preparatoria poste in essere in caso di concorso di persone nel reato, ma sarebbe irragionevole ritenere che le medesime attività rilevino invece quando il reato è commesso da un singolo. Dalla norma citata può allora desumersi il principio di normale irrilevanza degli atti preparatori.

Non è particolarmente difficile individuare l'inizio di esecuzione quando il reato è a forma vincolata: esecutivi sono gli atti che corrispondono allo specifico modello di comportamento descritto dalla norma incriminatrice (es/truffa è atto preparatorio creare documento falso; è invece atto esecutivo mostrarlo alla vittima che si vuole raggirare).

Quanto invece ai reati a forma libera, l'azione tipica si individua in funzione del mezzo impiegato in concreto dall'agente. Ne consegue allora che atto esecutivo è quello che consiste nell'uso del mezzo impiegato dall'agente (es/decido di

uccidere Caio con del veleno; è atto preparatorio comprare il veleno, mentre è atto esecutivo iniziare a versare il veleno nella bibita che gli voglio somministrare).

Attenzione: l'irrelevanza degli atti preparatori ai fini del tentativo, non sempre comporta la loro irrilevanza penale. Talvolta infatti il legislatore può qualificare come reati a sé stanti alcuni atti preparatori. Nel farlo però deve rispettare un duplice vaglio di legittimità costituzionale: (a) possono essere tutelati ad uno stadio così avanzato solo i beni indispensabili per l'integrità delle istituzioni e la sopravvivenza della società; (b) in ossequio ai principi di offensività e proporzione possono essere incriminati solo gli atti tipicamente pericolosi di quei beni di altissimo rango; quanto meno grave è l'offesa, tanto più elevato deve essere il rango del bene.

Ovviamente le figure delittuose che danno autonoma rilevanza agli atti preparatori non ammettono il tentativo, che sposterebbe ulteriormente all'indietro la soglia di punibilità.

Nonostante nel 1980 la Corte Costituzionale si sia pronunciata in favore dell'irrelevanza degli atti preparatori nel tentativo, l'orientamento oggi prevalente in giurisprudenza considera rilevanti gli "atti preparatori immediatamente precedenti a quelli esecutivi". Tanto a significare che il tentativo è configurabile anche quando vengono posti in essere atti meramente preparatori che tuttavia, secondo l'id quod plerumque accidit, rilevano che il delitto sta per essere commesso, salvo il verificarsi di eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del reo.

Accertare l'idoneità degli atti (e dunque accertare messa in pericolo del bene tutelato). Essendo l'idoneità degli atti sinonimo di probabilità della consumazione, occorre capire: (a) qual è il termine di relazione del giudizio di probabilità; (b) a quale momento ci si deve riportare per formulare il giudizio;

(c) quali criteri il giudice deve utilizzare per formulare il giudizio; (d) quale deve essere la base del giudizio, cioè di quali circostanze il giudice dovrà tenere conto.

- (a) Il termine di relazione: non si discute sul termine di relazione del delitto tentato, cioè il delitto consumato. L'idoneità va quindi rapportata al completamento dell'azione per i reati di mera condotta, mentre per i reati di evento l'idoneità va rapportata al verificarsi dell'evento.
- (b) Il momento al quale ci si deve rapportare è quello in cui è iniziata l'esecuzione (prognosi postuma); si tratta quindi di un giudizio di idoneità ex ante.
- (c) I criteri che il giudice deve seguire per accertare la probabilità di consumazione è dato dal massimo della conoscenze disponibili al momento del giudizio + eventuali conoscenze ulteriori possedute dall'agente.
- (d) La base del giudizio (quali condizioni) è rappresentata dai mezzi utilizzati dall'agente (e questo anche nel codice Zanardelli) + circostanze concrete in cui quei mezzi sono stati impiegati (a contrario del codice Zanardelli) (es/un pugno può essere idoneo ad uccidere se sferrato da un campione di pugilato contro un anziano malato). È discusso invece se la base del giudizio debba essere totale o parziale: base totale se il giudice deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, anche se non conosciute dall'agente e non conoscibili da un osservatore esterno; base parziale invece se il giudice deve tener conto solo delle circostanze conosciute dall'agente o conoscibili da un osservatore esterno. Secondo M-D il giudizio deve essere a base totale: il giudice deve tener conto di tutte le circostanze presenti al momento dell'azione. Argomentazione principale di tale soluzione è data anzitutto dal principio di offensività. Conferma di tale soluzione si rinverrebbe anche all'art. 49 co 2 c.p. (reato impossibile). I sostenitori del giudizio a base parziale hanno in mente il caso in cui la predisposizione delle forze di polizia, non conosciuta e non conoscibile,

rendeva impossibile il reato → ingiusto pensare che in questi casi il soggetto non possa essere punito a titolo di tentativo. M-D condivide l'ingiustizia di questa soluzione ma fa notare che la soluzione non è quella di fare giudizio a base parziale, bensì di intervenire legislativamente con una previsione ad hoc per questo caso.

Il dolo nel tentativo. Oggetto del dolo è il medesimo del delitto consumato; non rileva quindi nemmeno per il tentativo il reato putativo (art. 49 co 1 c.p.). Si discute invece sulle forme del dolo ed in particolare sull'ammissibilità del tentativo nella forma del dolo eventuale. Secondo M-D anche il tentativo è compatibile con il dolo eventuale, es/voglio scappare dopo una rapina e per dissuadere i miei inseguitori sparo colpi all'indietro mentre scappo; non ho certo dolo di ucciderli, voglio scappare ma per questo accetto eventualità che una pallottola colpisca e uccida uno dei miei inseguitori.

I sostenitori della tesi del no invece dicono che l'univocità degli atti richiesta dalla norma è incompatibile con il dolo eventuale, perché richiede che il soggetto agisca avendo in mente di compiere quel reato. M-D risponde invece che univocità degli atti non riguarda lo stato soggettivo dell'agente, ma è elemento oggettivo che indica la necessità di inizio dell'esecuzione.

Desistenza volontaria: art. 56 co 3 c.p. quando è stato integrato un fatto antigiuridico e colpevole di tentativo, non è punibile il soggetto che desiste. Desistenza nei reati commissivi si individua nel non aver completato l'azione iniziata e non portata a termine (es/inizio la condotta di furto in abitazione, prendo in mano il portagioie ma poi lo metto giù ed esco senza rubare nulla (sarà punibile solo la violazione di domicilio). Il non aver portato a compimento l'azione deve essere frutto di una scelta volontaria: potrei ma non voglio e non invece vorrei ma non posso. Non è necessario che desistenza sia sinonimo di pentimento; questa può essere dettata anche da calcoli utilitaristici. Non è nemmeno necessario che la desistenza si traduca in un abbandono definitivo del

progetto criminoso (meglio se torno domani, quando a Tizio avranno consegnato anche quest'altro gioiello).

Recesso attivo: art. 56 co 4 c.p. integra circostanza attenuante. In questo caso l'azione è stata portata a compimento dall'agente, che però si attiva per eliminarne le conseguenze. L'azione dell'agente deve aver avuto l'effetto di impedire l'evento; impedimento comunque non deve essere conseguenza esclusiva dell'agente (ben può essere, ad esempio, opera dei soccorritori chiamati dall'agente). Quanto alla volontarietà, necessaria anche nel recesso attivo, vale quanto detto per la desistenza.

Delitti di attentato: orientamento prevalente in giurisprudenza ed in dottrina richiede, ai fini della configurabilità dei delitti in esame, gli stessi requisiti del tentativo e cioè idoneità degli atti e inizio di esecuzione → per questo motivo i delitti di attentato non ammettono il tentativo. Gli atti preparatori risultano irrilevanti a meno che la legge non li abbia espressamente configurati come autonome fattispecie delittuose (es/banda armata formatasi per commettere attentato contro la Costituzione o contro l'integrità dello Stato art. 306 c.p.).

Reati a dolo specifico. Il fine perseguito dall'agente può essere lecito (es/arricchimento nel furto) o illecito (sequestro di persona a scopo di estorsione). Se il fine perseguito è illecito allora si esige l'oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente per raggiungere quel fine (non presente ad esempio se rapisco un nullatenente pensando sia milionario per ottenere il riscatto). Non è invece necessario che ci sia stato inizio di esecuzione (quindi non è necessario che il rapitore abbia chiesto il riscatto).

Attenzione: i reati a dolo specifico caratterizzati dal perseguimento di un evento offensivo di beni giuridici (es/appunto sequestro di persona a scopo di estorsione) non ammettono il tentativo → quindi es/se cerco di caricare in macchina un ricco miliardario per chiedere il riscatto, ma questi riesce a liberarsi

e scappare, non risponderà di tentativo di sequestro di persona a scopo di estorsione, ma di tentativo di sequestro di persona.

Per quanto riguarda invece i reati a dolo specifico dove l'evento non è offensivo di un bene giuridico (quindi es/furto o rapina, che sono finalizzati all'arricchimento) è necessario e sufficiente che il soggetto abbia agito al fine di perseguire quello scopo e non è invece richiesta idoneità degli atti. È altresì pacifico che questo tipo di reati a dolo specifico è compatibile con il tentativo.

I REATI OMISSIVI

OMISSIONE: il diritto penale è composto anche da comandi di agire e dunque i reati omissivi sono reati che puniscono l'omissione delle azioni imposte da quei comandi. È penalmente rilevante soltanto il mancato compimento di comandi imposti da norme giuridiche.

Reato omissivo proprio (reato di mera omissione): reprime il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa, indipendentemente dal verificarsi o meno di un evento. Reati omissivi propri sono contenuti in singole norme incriminatrici *es/omissione di soccorso; omissione di atti d'ufficio*.

Attenzione: l'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Anche nei reati omissivi propri vi è offesa al bene giuridico tra gli elementi essenziali *es/nell'omissione di soccorso l'offesa consiste nel mantenimento di una situazione di preesistente pericolo per l'incolumità fisica; situazione che si aveva l'obbligo di rimuovere → se però Caio si ferma a soccorrere Tizio, allora Sempronio anche se abbandona lì Tizio non commette omissione di soccorso*.

Reato omissivo improprio: la legge incrimina il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa imposta per impedire il verificarsi di un evento; evento è quindi elemento costitutivo del fatto. Anche l'obbligo di impedire l'evento presuppone il relativo potere materiale.

I reati omissivi impropri sono frutto del combinato disposto degli artt. 40 co 2 c.p. e delle singole norme di parte speciale.

È controverso se l'art. 40 co 2 c.p. valga anche per i reati d'evento a forma vincolata. Tendenzialmente no, ma con riferimento alla truffa la giuri la ammette anche in forma omissiva. In favore di questa soluzione po' rilevarsi che la legge penale italiana costruisce l'equivalenza tra la condotta attiva e quella omissiva sulla base del solo obbligo giuridico di impedire l'evento, non essendo invece rilevante (a differenza del BGB) che la condotta omissiva "corrisponda" alla realizzazione della fattispecie mediante condotta attiva.

Nei reati omissivi impropri due sono i criteri per stabilire se e quando l'omesso impedimento di un evento sia penalmente rilevante: (a) rileva solo il mancato compimento di un'azione impeditiva imposta da una norma giuridica → l'art. 40 co 2 c.c. parla infatti di "obbligo giuridico" di impedire l'evento; (b) è il contenuto delle singole norme giuridiche che decide quali sono i presupposti in presenza dei quali sorge l'obbligo di impedire l'evento e quali siano gli eventi il cui verificarsi deve essere impedito.

Fonti dell'obbligo di impedire l'evento: il rinvio è a norme giuridiche extrapenali ovunque ubicate, senza distinguere a seconda del loro rango e quindi potrà trattarsi di legge, regolamenti, fonti di diritto privati quale ad esempio un contratto.

Secondo giurisprudenza fonte dell'obbligo di impedire un evento può essere anche una precedente attività pericolosa es/morte di un bambino travolto da una traversa per uso ferroviario mentre giocava su una catasta non messa in sicurezza. → Si tratta tuttavia di un orientamento discutibile, perché manca una norma giuridica dalla quale possa ricavarsi in capo a chi ha creato situazione di pericolo l'obbligo di attivarsi per neutralizzarla, impedendo che si verifichi evento dannoso. Discorso diverso è se invece la morte deriva ad *es/per non aver per colpa messo in sicurezza la zona* → ma non è omicidio mediante omissione

per non aver impedito l'evento, bensì omicidio commissivo colposo per non aver adottato le misure cautelari richieste per l'esecuzione di lavori pericolosi.

Obbligo giuridico può essere di protezione o di controllo.

Obbligo di protezione: riguarda la tutela di uno o più beni che fanno capo ad una determinata classe di soggetti, che deve essere protetta da una gamma più o meno vasta di pericoli.

L'obbligo di protezione nascente da contratto può riguardare anche soggetti diversi da contraenti (es/babysitter e genitori sono contraenti; l'obbligo di protezione riguarda il figlio). Attenzione: l'obbligo nascente da contratto sorge nel momento in cui l'obbligato viene a contatto con la specifica situazione di pericolo che egli deve neutralizzare.

Obbligo di controllo: ha per oggetto la neutralizzazione di pericoli derivanti da una determinata fonte, in funzione di tutela di chiunque possa essere messo a repentaglio da quella fonte di pericolo; fonte di pericolo che può essere sia umana (es/obbligo del datore di lavoro di garantire sicurezza dei lavoratori) che naturale (es/obblighi della protezione civile da valanghe o inondazioni) (per obbligo di impedire reati societari v. pag 275-277).

Nesso tra omissione ed evento: mancato impedimento dell'evento lesivo. Nei reati omissivi il nesso causale è ipotetico: se l'azione doverosa fosse stata compiuta, quell'evento non si sarebbe verificato.

L'accertamento del nesso causale richiede una duplice indagine (1) accertare il rapporto di causalità tra condotta umana/situazione naturale ed evento dannoso verificatosi; (2) giudizio controfattuale: se la condotta omessa fosse stata tenuta, ne sarebbe seguita una serie di modificazioni della realtà che avrebbero bloccato il processo causale sfociato nell'evento.

Quando l'evento è il risultato di un processo innescato da fattori meccanici o naturale (es/shock emorragico seguito al distacco della placenta) per stabilire

se l'azione doverosa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento si dovrà far ricorso a leggi scientifiche; in questo caso è richiesto secondo dottrina un grado di probabilità prossimo alla certezza. Invece secondo giurisprudenza inaugurata da Sentenza Francese è sufficiente anche una probabilità statistica medio bassa quando con certezza possano escludersi decorsi causali alternativi.

Quando l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalla condotta di terze persone (es/il salvataggio del bimbo che ha ingoiato un piccolo giocattolo dipende da una sequela di comportamenti umani) occorrerà invece fa riferimento a massime di esperienza al fine di accertare la probabilità che si verifichi quella serie di condotte una dietro l'altra che impediscono l'evento lesivo.

Il dolo nei reati omissivi: quanto al **momento rappresentativo** è necessario (a) che il soggetto sia a conoscenza, anche in forma dubitativa, dei presupposti di fatto dai quali scaturisce il suo dovere di agire es/nell'omissione di soccorso il soggetto deve sapere che si trova innanzi ad un corpo che sia o sembri inanimato ovvero ad una persona ferita o altrimenti in pericolo; (b) che il soggetto sappia qual è l'azione da compiere es/nell'omissione di soccorso prestare aiuto o avvertire l'autorità. Inoltre nei reati omissivi impropri (c) il garante deve rendersi conto che il compimento dell'azione doverosa potrebbe impedire il verificarsi dell'evento. NON è invece necessario che il soggetto sappia che il mancato compimento dell'azione doverosa è penalmente rilevante (art. 5 c.p.).

Quanto invece al momento volitivo è necessario che il soggetto decida di compiere l'azione doverosa + nei reati omissivi impropri il soggetto deve aver posto alla base della sua decisione, l'intenzione (dolo intenzionale), la certezza (dolo diretto) o comunque l'accettazione dell'eventualità (dolo eventuale) che quell'evento si verificherà a causa della sua omissione.

Nei reati omissivi impropri il principio di affidamento incontra un limite: nei casi in cui il soggetto abbia l'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi dell'altrui vita

o integrità fisica e tale obbligo comporta, in particolare, il dovere di controllo e vigilanza sull'operato altrui (parametro di diligenza), egli non potrà fare affidamento sul corretto comportamento altrui → in questo caso, infatti, la diligenza da rispettare gli imponeva proprio di controllare che quel comportamento non fosse pericolosamente colposo.

La colpa nei reati omissivi impropri: in questo gruppo di reati la colpa può consistere (a) nell'inottemperanza del dovere di attivarsi per riconoscere la presenza dei pericoli che i garanti hanno il dovere di sventare, oppure (b) nel mancato compimento delle azioni necessarie per neutralizzare o ridurre quei pericoli.

D'altra parte, comunque, anche nei reati omissivi impropri l'evento non può essere addebitato a titolo di colpa se il soggetto non poteva evitarlo nemmeno compiendo le azioni che la diligenza o la perizia gli imponevano di compiere.

Il tentativo nei reati omissivi: per quanto attiene ai **reati omissivi impropri**, la configurabilità del tentativo è pacifica = l'inizio dell'omissione punibile ex art. 56 c.p. si ha nel momento in cui il mancato compimento dell'azione doverosa aumenta il rischio che si verifichi l'evento dannoso che il garante ha l'obbligo giuridico di impedire. È comunque necessario che l'evento non si verifichi quindi es/l'infermiera decide di uccidere il pz omettendo di somministrargli il farmaco necessario alla sua sopravvivenza allo scadere delle ore stabilite; tuttavia il medico di turno interviene in tempo ancora utile per somministrargli il farmaco e salvargli la vita.

Può però anche accadere che il garante risponda di tentativo nonostante il verificarsi dell'evento lesivo → questo accade quando l'evento sia stato conseguenza non già dell'omissione, bensì di una serie causale autonoma es/l'infermiera risponderà di tentato omicidio se il pz muore per un inopinato shock emorragico per la rottura di un aneurisma addominale.

Invece la **configurabilità del tentativo nei reati omissivi propri è discussa.**

Giurisprudenza maggioritaria e parte dottrina danno risposta negativa. Argomentazione: elemento caratteristico dei reati omissivi propri è sempre il mancato compimento di un'azione entro un termine fissato dalla legge, talvolta in modo puntuale (es/omesso versamento iva), talaltra in modo approssimativo (es/immediato avviso alle autorità nell'omissione di soccorso) → di tal che prima di quel momento il fatto non è punibile, ed allo scadere di quel tempo il reato è consumato.

Parte di dottrina invece ammette la configurabilità del tentativo anche nei reati omissivi propri. Argomentazione: possibile tentativo da parte di chi, poco prima della scadenza dell'obbligo di fare, si ponga nell'impossibilità di compiere l'azione doverosa. Questo può essere sostenuto solo affermando che, ai fini del tentativo, rilevano anche gli atti preparatori.

Secondo altra parte di dottrina, invece, uno spazio limitato per il tentativo nei reati omissivi propri si può configurare nel caso in cui il soggetto non sfrutti la prima occasione utile per compiere l'azione doverosa, ma la compia in un momento di poco successivo, quando ancora c'è una chance di adempiere quell'obbligo es/nell'omissione di soccorso l'autista che non si fermi subito a prestare soccorso, ma trascorsi pochi metri torni indietro e presti soccorso. In un'ipotesi di tal fatta, se la scelta dell'automobilista è stata libera, questi non sarà punibile per desistenza volontaria (art. 56 co 4 c.p.); se invece la scelta dell'automobilista è stata coartata da un terzo che, avvedutosi del fatto che egli stava abbandonando la scena, li ha obbligato a tornare, allora risponderà per tentativo di omissione di soccorso.

Il concorso mediante omissione: anche con comportamento omissivo si può contribuire alla realizzazione di un reato da parte di altri. Due requisiti: (a) obbligo giuridico di impedire la commissione del reato da parte di altri; (b) omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore. Analizziamoli.

Obbligo giuridico di impedire la commissione del reato da parte di altri: obbligo di impedimento può riferirsi a qualsiasi tipo di reato es/reato di mera condotta: concorso in furto mediante omissione è quel furto che non viene impedito dalla guardia giurata che volontariamente non inserisce il sistema di allarme per consentire che altri ripuliscono la gioielleria affidata alla sua protezione. Es/reato di evento: concorso in omicidio doloso mediante omissione lo commette il padre che non impedisce l'uccisione del figlio minore da parte di altri parenti. Es/reato omissivo proprio: l'amministratore di diritto (mero prestanome) di una società, gravato di obblighi di protezione e di controllo ex art. 2932 c.c., concorre con l'amministratore di fatto per non aver impedito l'omessa presentazione della dichiarazione ai fini iva. Es/reato omissivo improprio: commette reato omissivo nel delitto di disastro ferroviario il dipendente delle ferrovie che aveva compiti di sorveglianza e poteri di intervento nei confronti del primo ferroviere che non tiri la leva dello scambio, perché vuole provocare anch'egli (assieme al primo ferroviere) un disastro ferroviario.

Omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore: questo vuol dire accertare se la condotta doverosa omessa avrebbe impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore.

ANTIGIURIDICITÀ E CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Antigiuridicità = rapporto di contraddizione tra fatto tipico ed intero ordinamento.

Con il termine cause di giustificazione si designa l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto penalmente rilevante. Quindi se commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto è lecito e lo è in qualsiasi settore dell'ordinamento, di tal che non sarà assoggettabile ad alcun tipo di sanzione (civile, penale, ammin). Poiché le norme che contengono cause di giustificazione non sono norme penali, non sono nemmeno soggette né

alla riserva di legge né al divieto di analogia. Non si tratta inoltre di norme eccezionali, perché anzi sono espressione di principi generali dell'ordinamento.

Disciplina delle cause di giustificazione: art. 59 co 1 c.p., le cause di giustificazione hanno rilevanza oggettiva e dunque sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti.

Di regola, poi, chi concorre in un fatto commesso in presenza di causa di giustificazione non è a sua volta punibile, perché concorre in un fatto lecito (art. 119 co 2 c.p.; sono "circostanze oggettive che escludono la pena"). Fanno eccezione le cause di giustificazione c.d. personali (es/esecuzione di un ordine illegittimo vincolante, valido solo per il destinatario dell'ordine).

Causa di giustificazione putativa disciplinata dall'art. 59 co 4 c.p. "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, e dunque – tra l'altro – cause di giustificazione, queste sono sempre valutate a favore di lui. Se però si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo" (es/caso Re Cecconi).

Eccesso nelle cause di giustificazione: il fatto è commesso in presenza di una situazione che integra la previsione di una scriminante, ma la condotta dell'agente eccede i limiti segnati da tale norma. Per poter porre quel fatto a carico dell'agente bisogna accertare che l'eccesso gli sia rimproverabile per dolo o colpa; se invece eccesso incolpevole, sarà esclusa ogni responsabilità penale.

Art. 55 co 1 c.p. disciplina l'eccesso colposo. La colpa dell'agente può riguardare (a) erronea valutazione della situazione scriminante (es/credo che il mio aggressore abbia un coltello che in realtà non c'è → se uccido l'aggressore è omicidio colposo); (b) fase esecutiva della condotta e dunque cattivo controllo dei mezzi esecutivi (es/tiro fuori un arma per intimorire il mio aggressore che

vuole percuotermi ma la maneggio maldestramente e quindi mi parte un colpo che lo uccide → omicidio colposo).

In merito all'esclusione della responsabilità per difetto di colpevolezza prevista all'art. 55 co 2 c.p. in caso di eccesso di legittima difesa nel domicilio v. infra (comunque è una scusante, non una causa di giustificazione).

Ad ogni modo il fatto commesso da chi ecceda dolosamente o colposamente i limiti delle cause di giustificazione è un fatto illecito, che dunque obbliga al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale ex artt. 2043 e 2059 c.c. Nota bene: comunque la misura del risarcimento terrà conto della particolare situazione in cui si è trovato l'autore dell'eccesso ed infatti la giurisprudenza applica in analogia l'art. 1227 co1 c.c.

Invece in caso di eccesso colposo di legittima difesa nel domicilio in situazioni di minorata difesa (61 n°5 c.p.) o di grave turbamento psichico è stata introdotta disciplina ad hoc all'art. 2044 co 3 c.p. che prevede la corresponsione di un'indennità al danneggiato, il cui importo è rimesso all'equo apprezzamento del giudice tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto. → Si tratta di una disposizione analoga a quella dell'art. 2045 c.c. che, per il fatto commesso in stato di necessità, parimenti prevede la corresponsione di un indennizzo → previsione applicata analogicamente dalla giuri all'ipotesi di legittima difesa putativa colpevole.

LE SINGOLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE:

Il consenso dell'avente diritto: art. 50 c.p. "non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto con il consenso della persona che può validamente disporne" - → il fatto de quo (lesione o messa in pericolo del diritto) è dunque fatto lecito.

Disponibili sono solo i diritti individuali e non invece gli interessi dello Stato e di ogni altro ente pubblico.

Disponibili sono i diritti personalissimi: libertà morale e personale, onore, libertà sessuale e di domicilio. Attenzione però: è inoperante il consenso in relazione al delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.).

Integrità fisica è illimitatamente disponibile quando l'atto di disposizione del corpo sia funzionale alla salvaguardia della salute; è invece disponibile entro i limiti di cui all'art. 5 c.c. l'atto di disposizione che va a svantaggio della salute del disponente. L'integrità fisica è altresì disponibile dal pz che decida di rifiutare trattamento sanitario e dal mancato trattamento derivi malattia o il suo aggravamento (art. 1 co 5 e 6 DAT, l. 219/2017).

Il limite di cui all'art. 5 c.c. non è superato quando il consenso riguarda parti del corpo autoriproducibili (es/sangue, midollo, capelli). Se invece sono parti non autoriproducibili, il consenso non sarà valido anche quando l'organo in questione è doppio (es/cornee). Infatti, nel caso della donazione di rene, trapianto di parti di fegato, nonché di parti di polmone, pancreas o intestino è intervenuta apposita legge per rendere lecite tali disposizioni del corpo.

L'art. 5 c.c. fissa poi un limite qualitativo: sono vietati gli atti di disposizione del proprio corpo contrari a legge, ordine pubblico o buon costume → sarà quindi ad esempio invalido il consenso al prelievo di sangue dietro compenso, in quanto vietato dal legislatore nel 2005. Invece è, ad esempio, contrario ad ordine pubblico e buon costume – secondo giurisprudenza di legittimità – il consenso della vittima alle lesioni che le siano inferte al fine di commettere una frode assicurativa.

Requisiti del consenso: legittimato a prestare il consenso è il titolare del diritto ovvero il suo rappresentante legale o volontario. Occorre la capacità naturale di chi presta il consenso cioè maturità e lucidità necessaria ad intendere l'importante del bene in gioco ed a valutare l'opportunità del sacrificio.

Il consenso (a) può essere manifestato in qualsiasi forma, espressa o tacita e (b) può essere sottoposto a condizioni, termini o limitazioni; (c) deve essere immune da vizi (cioè errore, violenza, dolo) e (d) deve sussistere al momento del

fatto e perdurare per tutto il tempo in cui eventualmente si protragga la condotta; infine (e) il consenso è sempre revocabile, a nulla rilevando che il soggetto si sia preventivamente obbligato a non revocare il consenso.

L'esercizio di un diritto: art. 51 co 1 c.p. "l'esercizio di un diritto ... esclude la punibilità". Facoltà di agire rilevanti ex art. 51 c.p. possono scaturire da (a) norma costituzionali, (b) legge ordinaria, (c) leggi regionali, (d) norme consuetudinarie richiamate in funzione integrativa da una disposizione di legge. Occorre accertare se la specifica azione od omissione realizzata dall'agente rientri proprio tra le facoltà costitutive di tale diritto (es/art. 21 Cost. libera manifestazione del pensiero → rientra certamente diritto di cronaca giudiziaria; comunque entro i limiti di verità, pertinenza e continenza).

Il fatto commesso nell'esercizio di un diritto è e resta lecito, a prescindere dal fine che ha in concreto animato il soggetto nell'esercizio del suo diritto.

L'adempimento di un dovere: art. 51 co 1 c.p. "l'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica ... esclude la punibilità". Si profila in questa situazione un conflitto di doveri (es/norma che vieta il sequestro di persona e norma che impone all'ufficiale di pg di privare della libertà personale chi è colto in flagranza di reato), che va risolto individuando quale sia il dovere prevalente e l'adempimento di tale dovere renderà lecita la violazione del dovere soccombente.

La scriminante dell'adempimento di un dovere opera anche in relazione al rifiuto di trattamenti terapeutici (l. 219/2017 DAT).

Fonti del dovere scriminante: (a) legge e altri atti aventi forza di legge; (b) fonti sub-legislative, come ad esempio un regolamento; (c) norme di diritto internazionale, come ad esempio convenzioni internazionali ratificate dall'Italia che impongono al comandante di una nave il dovere di salvare i naufraghi e condurli in un luogo sicuro (caso Rakete, Sea-Watch).

L'adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo: ai sensi dell'art. 51 c.p. anche l'adempimento di un ordine legittimo proveniente dalla pubblica autorità rende lecita la realizzazione di un fatto penalmente rilevante → l'esecuzione dell'ordine non è altro che una mediata o indiretta esecuzione della legge. La legittimità dell'ordine emanato deve essere tanto formale quanto sostanziale. → Legittimità formale: (a) emanato da organo competente; (b) destinatario competente ad eseguire l'ordine; (c) rispetto delle forme eventualmente prescritte per la validità dell'ordine.

Legittimità sostanziale: quando ricorrono tutti i presupposti fissati dall'ordinamento per l'emanazione di quell'ordine (es/requisiti 275 cpp x custodia cautelare in carcere).

Responsabilità di chi emana e di chi esegue un ordine illegittimo: art. 51 co 2 e 3 c.p. Ricognitiva è la disposizione che ritiene responsabile chi ha emanato l'ordine illegittimo: questi, infatti, è concorrente morale nel reato commesso dall'esecutore.

Quanto invece alla resp di chi ha eseguito un ordine illegittimo, questa è senz'altro configurabile nei confronti dei pubblici impiegati, in ragione del fatto che questi non sono vincolati all'obbedienza degli ordini dei loro superiori, ed anzi hanno il dovere di astenersi dall'eseguire l'atto quando questo sia vietato dalla legge penale (art. 3 tu pubblico impiego). Allo stesso modo hanno il dovere di astenersi i pvt che ricevono un ordine di polizia illegittimo (es/autorità pubblica che ordini agli enti privati che gestiscono autoambulanze di non soccorrere feriti extracomunitari quando privi di permesso di soggiorno → esecuzione di ordine illegittimo che comporta la responsabilità penale del titolare dell'ente, per omissione di soccorso).

Ci sono però **ordini illegittimi insindacabili**: co 4 art. 51. Nel nostro ordinamento esistono ordini vincolanti, ma il vincolo non è assoluto → in particolare militari ed appartenenti alla polizia di Stato hanno il dovere di eseguire l'ordine dei loro superiori, ma tale dovere incontra un triplice limite:

(a)ordine non dev'essere formalmente illegittimo; (b)anche se formalmente legittimo non può essere manifestamente criminoso; (c)il subordinato non deve comunque essere personalmente a conoscenza del carattere criminoso dell'ordine. → Se ricorrono questi tre limiti, l'esecuzione dell'ordine illegittimo insindacabile costituisce causa di giustificazione personale.

Errore di fatto sulla legittimità dell'ordine: art. 51 co 3 c.p. non risponde a titolo il dolo il subordinato che per errore sul fatto dia esecuzione ad un ordine illegittimo, credendolo invece ordine legittimo (es/agente di pg che esegua un provvedimento di custodia cautelare in carcere materialmente falsificato in tutti i suoi elementi → se l'errore è dovuto a colpa comunque l'agente di pg non risponderà di sequestro di persona perché trattasi di delitto solo doloso). → Si tratta di una specificazione di quanto già disposto dall'art. 59 co 4 c.p.

La legittima difesa: art. 52 **co 1** c.p. "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa". Questa norma costituisce una deroga al monopolio statale dell'uso della forza; il pvt la può adoperare quando lo Stato non sia in grado di assicurargli una tempestiva ed efficace tutela attraverso gli organi preposti. La difesa del pvt cmq deve essere necessaria e proporzionata.

Presupposti: (a) pericolo (b) attuale (c) di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui; (d) necessità della difesa; (e) proporzione.

Analizziamoli.

Pericolo: per accertare il pericolo di una lesione potenziale ad un diritto proprio o altrui, il giudice deve compiere una prognosi postuma in concreto (c.d. giudizio ex ante a base totale) e cioè deve accertare se al momento del fatto, tenuto conto di tutte le circostanze esistenti in quel momento, vi era la possibilità che si verificasse l'offesa al diritto dell'agente o di un terzo; probabilità da valutare

utilizzando le leggi scientifiche e le massime di esperienza disponibili al momento del giudizio.

Fonte del pericolo deve essere una condotta umana, tanto attiva quanto omissiva (non risponde di violenza pvt il soggetto che obblighi un automobilista a prestare soccorso ad un ferito sul luogo dell'incidente).

È controverso se possa parlarsi di legittima difesa anche quando il soggetto abbia volontariamente cagionato il pericolo di un'offesa ingiusta (es/abbia provocato una rissa) → anche se il tenore letterale della norma non dice nulla a riguardo (a differenza dell'art. 54 c.p.), la giurisprudenza esclude che la legittima difesa possa trovare applicazione in caso di pericolo volontariamente cagionato dall'agente.

Attualità del pericolo: il pericolo per il quale si agisce in legittima difesa non può essere passato e non può nemmeno essere futuro. Dev'essere attuale → in questa nozione rientrano (a) lo scenario che vede come imminente la verifica del pericolo (es/l'aggressore ha spianato l'arma contro la vittima) e (b) l'ipotesi di pericolo permanente (es/vittima di sequestro di persona che, mentre si trova in mano agli aggressori, per evitare il protrarsi della sua prigionia si liberi provocando una lesione al suo carceriere).

La giurisprudenza esclude l'attualità del pericolo nelle ipotesi dell' "ora o mai più" es/tiranno di casa.

Offesa ingiusta ad un diritto proprio o di un terzo: il termine diritto abbraccia qualsiasi interesse individuale espressamente tutelato dall'ordinamento; se poi si protegge un diritto patrimoniale, titolare di tale diritto può essere anche una persona giuridica privata o pubblica.

È poi suscettibile di legittima difesa anche l'incolumità pubblica, intesa quale espressione sintetica atta a designare la vita e l'integrità fisica di un'indeterminata pluralità di persone.

Non sono invece suscettibili di legittima difesa i beni collettivi né i beni a titolarità diffusa (es/ambiente), né infine i beni istituzionali.

Il carattere dell'ingiustizia dell'offesa sta ad indicarne l'antigiuridicità → non ci si potrà quindi difendere da pericoli causati nell'esercizio di una causa di giustificazione. È invece irrilevante il carattere non colpevole o non punibile della condotta umana che ha creato il pericolo.

Necessità della difesa: l'agente deve essere stato costretto dalla necessità di difendersi. Questo significa che (a) il pericolo non poteva essere neutralizzato come una condotta alternativa lecita → la difesa non sarà quindi reputata necessaria (i) quando il soggetto avrebbe potuto difendere il bene senza commettere un fatto penalmente rilevante + (ii) quando la persona minacciata nei propri diritti poteva sottrarsi al pericolo senza esporre a rischio la sua integrità fisica (c.d. *commodus discessus*)(es/la difesa è non necessaria se il soggetto avrebbe potuto entrare in un negozio e chiedere aiuto anziché accoltellare l'aggressore); non importa che si tratti di una fuga poco onorevole: l'integrità fisica di un uomo non può mai essere sacrificata per salvare l'onore.

(b) il soggetto non poteva adottare una condotta meno lesiva di quella tenuta in concreto: se il pericolo può essere sventato attraverso più fatti penalmente rilevanti, tutti egualmente efficaci, l'agente deve ricorrere al meno lesivo (es/se T sta per colpire C con un bastone, e C è un omeone forzuto, questi può neutralizzare il pericolo o torcendo il braccio all'aggressore, procurandogli in tal modo una lesione, o sparargli e provocargli una lesione di maggiore gravità → sarà lecita solo la torsione del braccio).

Proporzione: impone una valutazione comparativa tra il bene aggredito ed il bene messo in pericolo. Attenzione il bene aggredito può ledere anche un bene di rango superiore rispetto a quello messo in pericolo, ma il divario non deve essere eccessivo (es/stupro ed uccisione ok, invece furto e uccisione non ok). Per la valutazione comparativa sarà necessario tenere conto di valutazioni etico-sociali dei beni in conflitto, eventualmente rispecchiate in Costi es/vita art. 2

annoverata tra i diritti inviolabili dell'uomo, proprietà art. 42, solo strumentale e sottoposta al limite dell'utilità sociale.

La legittima difesa nel domicilio e negli esercizi commerciali: due leggi di riforma, rispettivamente 2006 e 2019 hanno introdotto una specifica disciplina della legittima difesa nel domicilio, che attribuisce limiti più ampi alla causa di giustificazione. La disciplina in esame si applica nel caso in cui il fatto sia commesso all'interno dell'abitazione o in altri luoghi di privata dimora ovvero nei luoghi in cui venga svolta attività commerciale, professionale o imprenditoriale (art. 52 co 3).

Le due ipotesi di legittima difesa domiciliare sono disciplinate dai co 2 e 4 dell'art. 52 c.p. ed entrambe presuppongono la violazione di domicilio e quindi la consumazione del delitto di cui all'art. 614 c.p.

Comma 2: anzitutto la legittima difesa domiciliare può essere invocata solo da colui che sia legittimamente presente nel luogo in cui si compie il fatto. In secondo luogo il mezzo utilizzato nella condotta difensiva deve essere un'arma legittimamente detenuta, ovvero altro mezzo idoneo a fini difensivi.

Aspetto più rilevante del co 2 è la presunzione assoluta di proporzione tra il bene messo in pericolo ed il bene lesa dalla reazione difensiva (non ammessa prova contraria). Attenzione: la presunzione assoluta opera anche quando chi si difende usa un'arma ed, in difesa della propria o altrui incolumità (magari anche solo pericolo di una percossa!) uccide l'aggressore.

Ad ogni modo anche per il co 2 è richiesto pericolo attuale di un'offesa ingiusta alla persona o al patrimonio creato dall'autore della violazione di domicilio → in tal proposito, nelle ipotesi di reazione difensiva a tutela del patrimonio, **parte della giurisprudenza** ritiene che il requisito dell'attualità del pericolo vada riferito al solo patrimonio ed in relazione al pericolo di aggressione ritiene sufficiente una ragionevole prognosi sulla condotta del malintenzionato, che potrebbe diventare aggressivo se la vittima tentasse di opporre resistenza.

C'è invece un **diverso filone giurisprudenziale** che ritiene che la reazione a difesa dei beni sia legittima solo quando sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri.

Permane inoltre il limite della necessità della difesa, anche nell'ipotesi del co 2: necessario che il soggetto che ha reagito non potesse difendere il bene attraverso un comportamento penalmente irrilevante e che, tra le diverse condotte illecite, abbia scelto la forma meno lesiva per l'aggressore.

È poi la legge a prevedere un limite ulteriore, nel co 2 lett. b, quando il pericolo riguardi i beni patrimoniali: il potenziale ladro non deve aver desistito dall'esecuzione del reato, ad esempio abbandonando la refurtiva.

Attenzione: alla lettera b) il co 2 disciplina l'ipotesi in cui il soggetto agisca per difendere beni propri o altrui. La formula usata dal legislatore potrebbe far pensare che l'uso delle armi o di altri mezzi idonei sia legittimo anche quando il pericolo riguardi soltanto beni patrimoniali → così intesa la legge sarebbe incostituzionale: il bene patrimonio è considerato dalla Costit strumentale ed è sottoposto al limite dell'utilità sociale; quindi la difesa del patrimonio non può mai giustificare la soppressione del bene vita (art. 2 cost) né la lesione di un uomo (art. 32 Cost sancisce diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività). Si tratta di un'affermazione rafforzata da interpretazione conforme alla CEDU che, all'art 2, consente l'uccisione dell'aggressore soltanto quando si tratti di garantire la difesa della persona contro una violenza illegale.

Per uscire dall'empasse di incostituzionalità, la giurisprudenza ha fatto notare che la legge parla sia di difesa dei beni, sia di pericolo di aggressione → proprio in quest'ultimo (pericolo di aggressione) la Cassazione ha individuato la necessità che venga messa in pericolo anche l'incolumità fisica della persona. → Il legislatore del 2019 ha inserito, nel co 2 dell'art. 52 c.p., l'avverbio "sempre", cercando in tal modo di ostacolare l'interpretazione della norma proposta dalla giuri (conforme a Cost e CEDU) → la Corte di Cassazione ha tuttavia ribadito la

propria posizione giurisprudenziale ed ha ritenuto l'avverbio "sempre" sostanzialmente pleonastico.

Comma 4: introdotto dalla l. 219 e caratterizzato dalla modalità violenta dell'intrusione. Per espressa indicazione normativa la nuova disciplina si riferisce a situazioni precedentemente riconducibili ai co 2 e 3: casi in cui l'aggressore ha violato il domicilio, e l'agredito – ivi legittimamente presente – ha difeso, con un'arma legittimamente detenuta o con altro mezzo idoneo, la propria o altrui incolumità ovvero i beni propri o altrui. La peculiarità del co 4 è che prevede una presunzione di legittima difesa: non solo di proporzione dunque, ma anche di necessità della difesa stessa.

L'ipotesi del co 4 interessa i casi di violazione di domicilio "aggravata": attenzione perché il riferimento all'intrusione nel domicilio con violenza, contenuto appunto nel co4, sembra riferibile sia alla violenza alle persone sia alla violenza sulle cose. → Secondo la volontà del legislatore, nell'ipotesi di cui al co 4, il giudice dovrebbe dunque sempre riconoscere la legittima difesa, escludendo l'antigiuridicità del fatto senza accertare necessità della difesa né proporzionalità tra difesa ed offesa.

Il problema centrale del co 4 riguarda quindi la presunzione assoluta che coinvolge tutti i requisiti della legittima difesa. Però, per quanto riguarda la proporzione, vale quanto detto per il co 2: interpretazione conforme a Costit impone di escludere la legittima difesa quando nell'azione difensiva all'interno del domicilio venga sacrificato un bene di rango nettamente superiore rispetto a quello che ha corso un pericolo.

Quanto alla necessità si è invece espresso il Presidente della Repubblica che, in un messaggio nel quale ha comunicato la promulgazione della legge di riforma, ha ricordato che l'esistenza di una situazione di necessità rappresenta il fondamento costituzionale della legittima difesa. Se poi dalla condotta dell'agente deriva la morte dell'aggressore, la necessità è imposta dall'art. 2 CEDU, che la considera legittima solo se "è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per garantire la difesa di ogni persona contro la

violenza illegale” → dunque una presunzione assoluta di necessità della difesa collide con l’art. 117 co 1 Cost.

Il legislatore del 2019 è poi intervenuto in punto di eccesso colposo nelle cause di giustificazione: intento del legislatore è stato quello di escludere la responsabilità dell’agente in caso di eccesso di difesa all’interno del domicilio, purché non doloso. La previsione dell’art. 55 co 2 c.p. riguarda ipotesi in cui il fatto sia stato commesso per la salvaguardia della propria o altrui incolumità (quindi non in caso di salvaguardia dei beni patrimoniali). L’esenzione da responsabilità di cui all’art. 55 co 2 c.p. è legata a due diverse situazioni, tra loro alternative: (a) l’agredito si trovava in una situazione di minorata difesa (art. 61 co 1 n° 5 c.p.), oppure (b) l’agredito era in uno stato di grave turbamento psichico, derivante dalla situazione di pericolo in atto.

Attenzione: art. 55 co 2 c.p. opera NON sul piano dell’antigiuridicità, ma sul piano della colpevolezza → M.D. ritiene infatti che non si tratti di causa di giustificazione ma di scusante, riferibile ai reati colposi: le due situazioni di vulnerabilità previste dalla norma assumono rilievo in ragione della pressione che esercitano sull’agente, impedendogli di tenere una condotta rispettosa di regole cautelari la cui osservanza avrebbe impedito la verifica dell’evento (es/chi di notte trova un intruso in casa e, preso dal panico, lo colpisce con un in testa con un pesante soprammobile senza chiedersi se questi sia o meno armato).

Nota bene: l’applicazione del 55 co 2 c.p. presuppone che la difesa domiciliari incontri dei limiti che possono essere ecceduti → quindi certo la potrà invocare chi si trovi nella situazione di cui al co 2, mentre per quanto riguarda il co 4 tale risultato lo si potrà raggiungere solo nel caso in cui, attraverso interpretazione costit orientata, si introducano limiti alla legittima difesa non contemplati dal tenore letterale della norma.

L'uso legittimo delle armi: art. 53 c.p., disciplina tre ipotesi (a) uso dei mezzi di coercizione necessario per respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità; (b) coercizione fisica necessaria per impedire la consumazione di una serie di gravissimi delitti; (c) ulteriori ipotesi di legge in cui è consentito un uso più largo delle armi o degli altri mezzi di coercizione fisica.

Analizziamo queste tre ipotesi.

L'uso legittimo delle armi per respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità: anzitutto legittimati ad usare le armi sono solo i pu tra i cui doveri istituzionali rientra l'uso della coercizione fisica diretta con armi o altri mezzi → si parla comunemente di forza pubblica e vi rientrano ufficiali ed agenti della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e dalla Guardia di Finanza. Non ci rientrano invece le guardie giurate.

La legge richiede poi che il pu agisca al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio e che lo faccia nei limiti temporali in cui il pu esercita le sue funzioni; sono invece irrilevanti le motivazioni personali che eventualmente coesistono con il fine istituzionale.

Presupposti: (a) necessità; (b) proporzione; (c) dev'essere in atto una violenza o resistenza all'autorità. Analizziamoli.

Necessità: anzitutto l'uso delle armi è consentito quando il pu non possa respingere la violenza o vincere la resistenza con mezzi diversi dall'uso di un mezzo di coazione fisica; inoltre tra i diversi mezzi di coazione, tutti egualmente efficaci, il pu dovrà scegliere il meno lesivo.

Proporzione: limite non espressamente menzionato dall'art. 53 c.p., ma è imposto dall'interpretazione della norma in conformità alla Costit → il principio di imparzialità della p.a. (art. 97 Cost) impone agli agenti di forza pubblica di tenere conto di tutti gli interessi in gioco; c'è poi da evidenziare che vita ed integrità fisica sono diritti fondamentali, che dunque tendenzialmente prevalgono rispetto alla gran parte degli interessi perseguiti dall'attività amministrativa (es/proporzione c'è se la forza pubblica si limita ad usare lacrimogeni per

sgombrare un edificio occupato abusivamente, attentando in misura molto lieve alla salute degli occupanti dell'edificio).

Violenza o resistenza all'autorità in atto: ipotesi della violenza ricorre quando taluno, per impedire o ostacolare l'attività pubblica, faccia uso di qualsiasi forma di energia fisica che cade sulle persone, ledendone l'integrità o la salute ovvero cade sulle cose, distruggendole o rendendole del tutto o in parte inservibili (es/lancio di una bottiglia incendiaria). Resistenza rilevante in quest'ipotesi è poi solo quella attiva, cioè quella che non si limita all'inerte impedimento fisico dell'attività pubblica né tantomeno consiste nel mero allontanamento dal luogo in cui la p.a. abbia intimato di fermarsi (es/di resistenza attiva è quello di un gruppo di dimostranti che marci compatto per superare uno sbarramento di polizia). → Giurisprudenza: questa lettura restrittiva del termine "resistenza" è imposta da considerazioni sistematiche = il co 3 rinvia ad altre leggi per individuazione di ulteriori ipotesi in cui sia autorizzato uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica → e quando in tali norme speciali il legislatore ha volto dare rilievo alla resistenza passiva o alla fuga, quali presupposti per l'uso legittimo delle armi, lo ha fatto espressamente (quindi ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit).

L'uso delle armi per impedire la consumazione di gravissimi delitti: la legge in quest'ipotesi consente alla forza pubblica di ricorrere alla coercizione fisica, fino al limite delle armi, per tutelare una varietà di beni offesi da alcune ben individuate tipologie di delitto doloso.

Triplice limite: (a) necessità; (b) proporzione; (c) già sussistenti gli elementi del tentativo.

Necessità: il pu deve anzitutto cercare di impedire la consumazione di tali delitti con mezzi diversi rispetto alla coazione fisica e, se ciò non è possibile, tra i vari mezzi di coazione tutti egualmente efficaci dovrà scegliere il meno lesivo.

Proporzione: requisito imposto dall'interpretazione della norma in conformità con Costit e CEDU.

Tentativo: che per usare le armi ed i mezzi di coazione debbano in quest'ipotesi già essere sussistenti gli elementi del tentativo, lo si ricava dalla formulazione letterale della norma, che dice "impedire la consumazione" → il momento in cui può essere impedita la consumazione è quello in cui già sussistono gli elementi del tentativo.

Infine tra le ipotesi dell'uso delle armi previste da leggi speciali possono ricordarsi le norme che attengono alla rilevanza interna ed esterna degli istituti penitenziari.

Lo stato di necessità: causa di giustificazione o scusante? E dunque: si tratta di una facoltà legittima il cui esercizio rende lecita la commissione di un fatto penalmente rilevante, oppure di un'ipotesi in cui l'ordinamento ritiene di non poter muovere un rimprovero a chi ha commesso un fatto antiggiuridico, avendo agito sotto la pressione psicologica di una circostanza che rendeva inesigibile l'astensione da quel fatto?

La disputa riguarda soltanto co1 e 2 dell'art. 54 c.p., perché invece è pacifico che il co 3 sia una scusante, cioè lo "stato di necessità determinato da altrui minaccia".

Presupposti dell'azione di salvataggio prevista ai commi 1 e 2: (a) pericolo; (b) attuale; (c) non volontaria causazione del pericolo; (d) danno grave alla persona.

Analizziamoli:

Pericolo: nozione coincide con quella illustrata per legittima difesa. Qui però fonte del pericolo può essere sia un accadimento naturale, sia un comportamento dell'uomo.

Attuale: ricomprende ipotesi in cui il danno è imminente (mi rifugio in casa altrui per scappare ad un aggressore che sta per uccidermi) ed ipotesi in cui il danno è già in atto ma non è esaurito (c.d. pericolo perdurante) (es/dopo essere riuscito a sventare la minaccia di un fiume straripato ed aver abbandonato la sua auto

l'uomo, per sfuggire alle acque che salgono di livello, è costretto ad entrare in un'abitazione altrui).

Non volontaria causazione del pericolo: il pericolo non dev'essere stato volontariamente causato dall'agente → Attenzione: non è invece escluso lo stato di necessità se il pericolo è stato colposamente creato dall'agente perché, per definizione, la colpa si caratterizza per l'involontarietà dell'evento.

Danno grave alla persona: oggetto del pericolo dev'essere un danno grave alla persona dell'agente o di un terzo. Il bene minacciato può quindi consistere nella vita, nella libertà personale o sessuale; può poi trattarsi di beni collettivi che rappresentino una sintesi di beni di singole persone, come l'incolumità pubblica. Sono invece pacificamente esclusi i beni patrimoniali ed i beni istituzionali, cioè quelli che fanno capo allo Stato o ad altri enti pubblici (quindi es/no stato di necessità nel caso di poliziotti che per individuare autore di un reato, e quindi salvaguardare il bene amministrazione della giustizia, avevano commesso fatti di violenza pvt e di lesioni ai danni di un imputato che non voleva fare il nome dei complici). Quanto invece alla gravità del danno alla persona, questo va accertato sia in relazione al rango del bene esposto a pericolo (es/un danno alla vita è sempre necess grave), sia in relazione all'intensità della lesione incombente (es/no stato di necessità se allontanamento dai domiciliari per andare dal dentista e nemmeno se allontanamento perché la vita coniugale è diventata insostenibile).

Requisiti dell'azione di salvataggio: (a) necessità dell'azione e inevitabilità del pericolo; (b) proporzione tra fatto e pericolo. Analizziamoli.

Necessità dell'azione ed inevitabilità del pericolo: necessità presuppone che l'agente non avesse alternative lecite o meno lesive egualmente efficaci per neutralizzare il pericolo. È inoltre necessario che il pericolo non sia altrimenti evitabile → tanto a significare che il pericolo deve essere evitabile solo attraverso una condotta penalmente rilevante; se invece ci sono a disposizione altre condotte capaci di evitare il pericolo, quand'anche rischiose per il soggetto,

si dovranno tenere queste condotte (a differenza della legittima difesa, dove invece l'azione difensiva dell'aggrredito è lecita quando non ci sia *commodus discessus* e cioè quando l'allontanarsi o il fuggire da parte dell'aggrredito comporti rischi per la sua integrità fisica).

Proporzione tra fatto e pericolo: il fatto penalmente rilevante deve essere proporzionato al pericolo sventato; necessaria valutazione comparativa tra i beni. Si può comunque sacrificare anche un bene di rango superiore rispetto a quello che era in pericolo, purché il divario non sia eccessivo (es/libertà sessuale-vita).

La costrizione: elemento chiave nel dibattito causa di giustificazione/scusante.

Secondo una prima lettura, che porta ad identificare lo stato di necessità in una causa di giustificazione, la parola costrizione denota unicamente l'oggettiva impossibilità di salvare il bene in pericolo senza sacrificare il bene di un terzo innocente. In quest'ottica si effettua dunque un mero bilanciamento tra gli interessi in gioco, tra i beni in conflitto.

Una seconda lettura vede invece nella costrizione una condizione di esclusione o quanto meno restrizione della libertà di agire → presupposto è dunque che il soggetto agente sia consapevole del pericolo e che questo gli abbia ingenerato un effettivo turbamento psicologico. In quest'ottica lo stato di necessità è dunque una scusante, poiché il soggetto ha agito sotto l'influenza di una pressione psicologica che, agli occhi del legislatore, rendeva inesigibile un comportamento rispettoso della legge penale. Argomentazioni: (a) i casi tradizionalmente ricondotti allo stato di necessità sono tutti caratterizzati da un pressione psicologica dell'agente (es/in preda al panico i soggetti che si trovano in un cinema che va a fuoco si avventano verso l'uscita, travolgendo chiunque si frapponga tra loro e la porta); (b) solo dando risalto al turbamento psichico dell'agente possiamo evitare di ricondurre allo stato di necessità ipotesi che nessuno considererebbe immeritevoli di pena (es/medico che disponendo di una sola apparecchiatura di rianimazione stacchi la spina ad un ammalato molto

anziano, per attaccarla ad un giovane arrivato successivamente in ospedale); (c) art. 53 co 3 c.p. il legislatore afferma “del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l’ha costretta a commetterlo” → agli occhi del legislatore il fatto è dunque scusato solo per la persona minacciata; non è un fatto lecito. Tanto appurato deve soggiungersi che il legislatore testualmente prevede “la disposizione della prima parte di questo articolo, si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall’altrui minaccia” → quindi la natura dello stato di necessità determinato dall’altrui minaccia, pacificamente scusante, è la stessa dell’ipotesi di stato di necessità del co 1.

Dall’inquadramento dello stato di necessità tra le scusanti deriva la possibilità di esercitare legittima difesa contro chi agisce in stato di necessità.

Il particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo: la legge esclude applicabilità dello stato di necessità a chi abbia particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo es/vigili del fuoco. Limite del tutto coerente con al natura di scusante dello stato di necessità: si può scusare il cittadino, ma non chi ha il dovere giuridico di fronteggiare quel pericolo, avendo ricevuto una formazione in tal senso ed essendo anche di solito dotato di attrezzature ad hoc per fronteggiarlo. Attenzione però: l’esclusione dello stato di necessità appare giustificata solo se si tratta proprio del pericolo che il soggetto ha l’obbligo giuridico di fronteggiare e solo a condizione che questi si trovi ad affrontare un pericolo (anche per la vita) ma non la morte certa (es/non sarà punibile per omicidio il pompiere che, trasportando un ferito fuori da una casa in fiamme, si rende conto che non potrà uscirne vivo se non abbandonando il ferito).

ASSENZA DI SCUSANTI per considerare il soggetto colpevole

Sono scusanti le circostanze anormali che, nella valutazione legislativa, hanno influito in modo irresistibile sulla sua volontà o sulle sue capacità psicofisiche; non si poteva esigere un comportamento diverso. Attenzione: solo in via eccezionale l'ordinamento dà rilievo all'umana debolezza, quindi il catalogo delle scusanti ha carattere tassativo.

Le scelte del legislatore in materia di scusanti sottostanno poi la vaglio della Corte Costituzionale, che deve accertare la non violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Scusanti dei reati dolosi: (a) stato di necessità; (b) art. 384 co 1 c.p., cioè in alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, aver commesso il fatto per esserci stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore; (c) provocazione nel delitto di diffamazione ed in particolare ex art. 599 co 2 c.p. non è punibile chi ha commesso il fatto nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso; (d) secondo M-D anche la reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale (art. 393 bis c.p.; sul punto v tema quest'estate).

Scusanti dei reati colposi: circostanze anormali che scusano la violazione di una regola di diligenza, perché la loro presenza impedirebbe anche all'agente modello di rispettare la regola di diligenza violata. Si tratta di una gamma di circostanze anche in questo caso tassative. In particolare

Rilevano quali circostanze anormali interne (a) il caso fortuito; (b) mancata coscienza o volontà dell'azione od omissione. Rilevano invece come circostanze anormali esterne (a) la forza maggiore; (b) il costringimento fisico.

Caso fortuito: può essere dato dall'insorgenza di un malore rapido ed improvviso, che colpisca ad esempio chi è alla guida di un'auto.

Mancata coscienza o volontà dell'azione od omissione: rilevano in questo caso circostanze interne come terrore e spavento. Volendo continuare con l'esempio

dell'autista se viene lanciata dal cavalcavia una pietra che manda in frantumi il parabrezza dell'autovettura, il conducente in preda a terrore e spavento sarà portato a manovre insensate, come deviare la corsa da destra verso sinistra sino ad occupare la corsia opposta della strada.

Forza maggiore: continuando in materia stradale, si pensi alla caduta di un masso da una montagna; contro questo masso va a sbattere un'autovettura che quindi subisce gravi danni a sterzo ed apparato frenante → questo rende impossibile all'autista fermarsi in tempo per evitare la collisione con un'altra auto ferma allo stop.

Costringimento fisico: può ipotizzarsi che un rapinatore in fuga, salito a forza sull'automezzo di un altro conducente, gli spinga il piede sull'acceleratore rendendo in tal modo impossibile che l'auto si fermi in tempo per non tamponare la macchina davanti, ferma per incolonnamento.

Quanto ai reati omissivi colposi l'omissione realizzata in violazione del dovere oggettivo di diligenza era eccezionalmente necessitata dal pdv psicofisco; si pensi, ad esempio, ad un bagnino modello.

Caso fortuito: improvviso deliquio.

Costringimento fisico: si trovava imbavagliato e legato da rapinatori.

Forza maggiore: era stato ferito agli occhi da un ombrellone scagliato da un forte colpo di vento.

Mancata coscienza e volontà dei poteri di controllo: paralizzato alla vista del grave malore che aveva colpito il figlioletto.

Attenzione: tutte queste ipotesi scusanti dei delitti colposi, non hanno autonomo rilievo nei delitti dolosi ma costituiscono invece altrettante ipotesi di assenza di dolo.

Stato di necessità: trova applicazione anche per i reati colposi es/automobilista che cagiona per colpa la morte di un passante per essere stato costretto da altrui minaccia alla sua vita a tenere la condotta colposa, cioè attraversamento in un

centro abitato ad altissima velocità, poi sfociata nell'evento morte; quindi artt. 54 co 3, 589 c.p.

È infine una scusante quella dell'art. 55 co 2 c.p.: eccesso colposo di legittima difesa nel domicilio commesso da chi abbia agito in stato di minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) ovvero in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto.

CONOSCENZA O CONOSCIBILITÀ DELLA LEGGE PENALE VIOLATA: il principio di colpevolezza richiede altresì che, al momento della commissione del fatto, l'agente sapesse o almeno potesse sapere che quel fatto era previsto dalla legge come reato. Sent. 364/88 ha infatti riformulato l'art. 5 c.p. nel senso che nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale quando dovuta a colpa → quindi no resp penale quando l'agente, anche usando la dovuta diligenza, non poteva sapere che il fatto doloso o colposo da lui commesso era previsto dalla legge come reato. Non è invece scusato chi, al momento della commissione del fatto, versava in uno stato di dubbio sull'esistenza o sui contenuti della legge penale.

Errore ex art. 5 c.p. può avere ad oggetto la rilevanza penale del fatto o l'antigiuridicità del medesimo.

Rilevanza penale es/persona che abbia ricevuto continue rassicurazioni erranee da parte del Ministero dei beni culturali e da parte del Comune interessato in merito alla possibilità di costruire su un terreno di sua proprietà ed abbia conseguentemente costruito in violazione della legislazione urbanistica.

Antigiuridicità: l'agente può (a) ritenere lecito il fatto da lui realizzato o (b) supporre che la commissione di quel fatto gli sia imposta o autorizzata da una norma in realtà non esistente nell'ordinamento, ovvero (c) ritenere che la causa di giustificazione abbia limiti più ampi di quelli fissati dall'ordinamento. Es/soggetto italiano appartenente alla minoranza slovena rifiuta di fornire alla polizia indicazioni sulla propria identità personale (art. 651 c.p.), ritenendo

erroneamente di avere diritto di ricevere la richiesta in lingua slovena → errore sull'antigiuridicità incolpevole in ragione della complessità della normativa sui diritti delle minoranze linguistiche.

Nella sent. 364/88 la Corte Costit ha ritenuto scusabile (a) il fatto commesso da chi ha ricevuto assicurazioni erronee sulla liceità del medesimo da parte degli organi amministrativi competenti a vigilare sull'osservanza delle norme; (b) precedenti varie assoluzioni dell'agente per fatti dello stesso tipo perché ritenuti penalmente irrilevanti; (c) testo legislativo assolutamente oscuro; (d) non colpevole carenza di socializzazione (immigrati arrivati da poco in Italia); (e) gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giurisdizionali (secondo M-D in questo caso invece il soggetto è in stato di dubbio e quindi deve astenersi dall'agire).

CAPACITÀ DI INTENDERE E DI VOLERE

Ulteriore condizione affinché il soggetto sia personalmente rimproverabile per il reato commesso è che questi fosse capace di intendere e volere al momento del fatto. Tanto a significare che l'autore del fatto doveva essere capace di comprendere il significato sociale e le conseguenze dei propri atti (capacità di intendere), nonché quella di autodeterminarsi liberamente (capacità di volere).

Ai sensi dell'art. 85 c.p. "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile; è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere". Si tratta di un principio generale, che il legislatore ha poi ulteriormente specificato in una serie di ipotesi non tassative → per escludere la capacità di intendere e di volere anche in casi non previsti dalla legge es/fatto commesso in stato di suggestione ipnotica, può dunque farsi diretta applicazione dell'art 85 c.p.

Il legislatore ha infine previsto alcune deroghe al principio di cui all'art. 85 c.p., (a) ritenendo imputabili anche soggetti incapaci di intendere o di volere al momento del fatto; (b) spostando il momento della richiesta capacità di intendere o volere ad un momento antecedente rispetto alla commissione del

fatto; (c) escludendo che gli stati emotivi o passionali possano assumere rilievo scusante.

Analizziamo allora la disciplina codicistica dedicata all'imputabilità.

Vizio di mente: può essere totale (art. 88 c.p.) oppure parziale (art. 89 c.p.).

Vizio di mente totale: non è punibile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere → quindi vizio totale = proscioglimento perché il fatto è stato commesso da persona non imputabile; applicabile mds se soggetto giudicato socialmente pericoloso.

Vizio di mente parziale: la pena è diminuita quando chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere. → Mds applicabile.

Sia per vizio di mente totale che parziale si chiede al giudice di accertare l'infermità dell'agente + accertare che tra tale infermità e la condotta tenuta dall'agente ci sia un nesso di causalità: stabilire se in concreto quell'infermità ha influenzato la capacità di intendere o volere del soggetto.

Sordomutismo (art. 96 c.p.): non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità di intendere o di volere. Se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita.

Il legislatore considera il sordomutismo come un ostacolo che può frapporsi allo sviluppo della psiche e quindi fa obbligo al giudice di accertare caso per caso se il sordomuto sia capace di intendere e volere nel momento della commissione del fatto.

In entrambi i casi (proscioglimento o riduzione pena) al sordomuto considerato socialmente pericoloso potrà essere applicata mds.

Minore età: tra 14 e 18 anni l'accertamento della capacità di intendere e di volere va condotto in concreto. In merito ai criteri di accertamento l'art. 9 dpr 448/88 impone al pm ed al giudice di formare il suo convincimento anche sulla base di elementi relativi alle condizioni personali, familiari, sociali ed ambientali del minore + consente di assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e di sentire il parere di esperti anche senza alcuna formalità (quindi non necessaria perizia).

Attenzione: (giuri) se l'intervallo temporale è tale da rendere impossibile accertare se il minore fosse o meno imputabile al momento del fatto, dovrà essere pronunciata sentenza di assoluzione per difetto di imputabilità ex artt. 98 e 85 c.p.

Qualora il minore di anni 18 venga riconosciuto imputabile, gli si applicherà la pena per il reato commesso, diminuita nella misura massima di $\frac{1}{3}$.

In merito ai fatti commessi sotto l'azione di sostanze stupefacenti, la disciplina è la medesima del fatto commesso sotto l'influsso di sostanze alcoliche. A tali ipotesi il legislatore riserva una disciplina assai articolata. Analizziamola.

Ubbriachezza derivante da caso fortuito o forza maggiore (art.91 c.p.): accadimento imprevedibile o forza esterna invincibile, esercitata da un uomo o dalla natura, che dunque esclude qualsiasi partecipazione colposa o dolosa dell'agente. Es/soggetto che, lavorando in una distilleria, abbia inalato vapori alcolici a seguito di un guasto ad un impianto.

Se ubbriachezza accidentale è piena al momento del fatto il soggetto non è imputabile; se invece ubbriachezza al momento del fatto è tale da scemare grandemente capacità di intendere o volere allora pena diminuita (massimo fino a $\frac{1}{3}$, come da regola art, 65 n. 3 c.p.).

Si tratta di ipotesi marginalissime, anche perché in assenza di prova certa in merito al carattere accidentale dell'ubbriachezza, la giurisprudenza applica la disciplina dell'ubbriachezza colposa.

Attenzione: nei cfr di chi venga prosciolto o condannato con pena diminuita ex art. 91 c.p. non può essere applicata nessuna mds.

Ubriachezza volontaria o colposa (art. 92 co 1 c.p.): ubriachezza volontaria indica l'assunzione di alcool sorretta dall'intenzione di ubriacarsi, invece ubriachezza colposa indica il soggetto che ha assunto alcool in misura superiore alla sua capacità di reggerlo. Entrambe le forme di ubriachezza non escludono né diminuiscono l'imputabilità → il soggetto che da ubriaco compia fatti penalmente rilevanti sarà sottoposto a pena per i fatti dolosi o colposi commessi in stato di ubriachezza. Attenzione: la natura dolosa o colposa della responsabilità dell'agente dipenderà dalla presenza di dolo o colpa al momento della commissione del fatto e non invece dal carattere volontario o colposo dell'ubriachezza. Ritenere che il titolo di responsabilità dell'agente in relazione al fatto di reato dipenda dal carattere volontario o colposo dell'ubriachezza (a) viola il principio di legalità, perché porta a dire che penalmente rilevanti non sono solo i fatti descritti nella norma incriminatrice, ma anche il comportamento di chi abbia assunto alcool dolosamente o colposamente → se così fosse, ad esempio, la norma che reprime il furto mancherebbe ad essere violata non nel momento in cui è iniziata la sottrazione della res, ma nel momento in cui l'agente ha assunto la sostanza alcolica/stupefacente. (b) arriveremmo all'esito paradossale di dire che risponde di omicidio doloso il soggetto che, essendo in stato di ubriachezza dolosa, investe involontariamente un pedone; del pari dovremmo dire che risponde di omicidio colposo il soggetto che, in stato di ubriachezza colposa, colpisce volontariamente a morte un uomo infastidito dal suo stato di ubriachezza.

Ubriachezza abituale (art. 94 c.p.): definito dal legislatore che qualifica come ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcoliche ed in stato frequente di ubriachezza. In questo caso il soggetto agente non solo è imputabile, ma la pena è aumentata (fino ad $\frac{1}{3}$, ex art. 64 c.p.). Stesso trattamento sanzionatorio per chi

sia dedito all'uso di sostanze stupefacenti e commetta il reato sotto l'influenza di tali sostanze.

Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti (art. 95 c.p.): in questo caso entra in gioco un'alterazione patologica permanente, che incide sul sistema nervoso, per lo più nella forma di un'affezione cerebrale. La Corte cost ha parlato, in tal senso, di una non transitoria alterazione dei processi intellettivi e volitivi. → Trattandosi di un vero e proprio stato patologico, la cronica intossicazione viene equiparata dalla legge al vizio di mente totale o parziale: si applicano gli artt. 88 e 89 c.p.

Incapacità di intendere o volere preordinata dall'agente (artt. 87 e 92 co 2 c.p.): il soggetto si mette in uno stato di incapacità al fine di commettere **il** reato o di prepararsi una scusa. L'art. 92 co 2 c.p. si occupa dell'ipotesi in cui l'incapacità preordinata derivi dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, cioè abbraccia la stragrande maggioranza dei casi. Invece l'art. 87 c.p. detta una regola di portata generale ed è applicabile ad es/al soggetto che assuma farmaci non stupefacenti che sappia idonei a far venire meno le sue capacità intellettive o volitive.

Per espressa previsione normativa, il reato commesso deve essere quello voluto → se viene commesso un reato diverso e l'incapacità preordinata è data da cause diverse rispetto all'alcool/sostanze stupefacenti, allora l'agente andrà prosciolto ex art. 85 c.p. Se invece incapacità dovuta da alcool/droga l'agente risponderà ex art 92 co 1 c.p. ma non sarà applicabile l'aggravante di cui al 92 co 2 c.p.

Normale irrilevanza degli stati emotivi e passionali(art. 90 c.p.): gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità → irrilevanza che si spiega in ragione del fatto il legislatore ha voluto evitare abusi, che si erano in passato creati soprattutto nei casi di omicidio dettato dalla gelosia, assolti poi da

giurie popolari lasciatesi convincere da arringhe di difensori che puntavano sulla cieca gelosia dell'imputato.

Dottrina e giurisprudenza hanno però introdotto un limite all'irrilevanza degli stati emotivi e passionali: questi incideranno sull'imputabilità escludendola o diminuendola quando siano la manifestazione esterna di un vero squilibrio mentale, anche transitorio, che abbia carattere patologico in forma tale da integrare un vizio totale o parziale di mente (es/morbosa gelosia che dà vita ad un vero e proprio stato delirante).

Ad ogni modo gli stati emotivi e passionali rilevano quali circostanze attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.) + art. 55 co 2 c.p. ha dato rilevanza al grave turbamento psichico per escludere la responsabilità di chi per colpa ecceda i limiti della legittima difesa nel domicilio (scusante).

LA PUNIBILITÀ

Punibilità: insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antiggiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo.

Le ragioni alla base possono essere (a) politico-criminali in senso stretto, come per la desistenza volontaria, che incentiva l'abbandono del proposito criminoso; (b) ragioni politiche di clemenza, come per l'amnistia; (c) ragioni di politica internazionale, come per le immunità ad esempio dei diplomatici stranieri che commettano reati sul territorio italiano; (d) ragioni di salvaguardia della famiglia, come per l'art. 649 c.p.

CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITÀ: accadimenti, menzionati in una norma incriminatrice, che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena es/sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare; la ragione di opportunità risiede nel fatto che un sindacato penalistico diffuso potrebbe portare al tracollo di un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e per gli stessi creditori. Anche se proprio in merito

alla sentenza dichiarativa di fallimento, per anni è prevalsa la tesi che rinveniva nella stessa un elemento costitutivo del fatto di reato, salvo poi escludere la rilevanza del collegamento tanto causale quanto psicologico tra la condotta dell'agente e la sentenza dichiarativa di fallimento.

Attenzione: parte della dottrina ha coniato le cause intrinseche di punibilità per alludere ad eventi che rendono attuale l'offesa al bene protetto dalla norma incriminatrice o ne rappresentano una progressione es/pericolo per l'incolumità pubblica nell'incendio di cosa propria → in questo modo però si mascherano veri e propri elementi costitutivi del fatto es/nell'incendio di cosa propria, il pericolo per la pubblica incolumità esprime l'offesa al bene tutelato dalla norma → lo scopo che si vuole raggiungere con le condizioni obiettive di punibilità intrinseche è quello di sottrarre alcuni elementi costitutivi del fatto di reato al dolo ed alla colpa.

Attenzione: l'art. 44 c.p. dice "non è da lui voluto" e quindi fa riferimento al dolo; tuttavia è intervenuta la Corte Cost ed ha chiarito che l'evento non deve neppure essere sorretto da colpa.

CAUSE DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ: si distinguono in (A) cause personali di non punibilità, che possono a loro volta essere (a1) concomitanti; (a2) sopravvenute; (B) cause oggettive di esclusione della punibilità; (C) cause di estinzione del reato.

Le cause di esclusione della punibilità hanno effetto solo nel penale e quindi escludono l'applicabilità di qualsiasi sanzione penale, principale o accessoria, mentre lasciano spazio a sanzioni civili o amministrative.

Cause personali concomitanti di esclusione della punibilità: sono situazioni presenti al momento della commissione del fatto antigiuridico e colpevole che ineriscono alla persona dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima. Es/art. 649 c.p. e le immunità di diritto internazionale (art. 3 c.p.).

Sono del tutto svincolate dal dolo e dalla colpa: operano a favore dell'agente se obiettivamente esistenti, mentre a nulla varrà l'erronea rappresentazione delle medesime da parte del soggetto agente → infatti, nonostante il tenore letterale, l'art. 59 co 4 c.p. si applica alle cause di giustificazione ed alle scusanti, ma non alle cause concomitanti di esclusione della punibilità. Argomentazione: si tratta di condizioni obiettive di punibilità rovesciate e quindi anche a queste si applica l'art. 44 c.p. che prevede imputazione oggettiva.

Cause personali sopravvenute di esclusione della punibilità: sono comportamenti dell'agente susseguenti alla commissione del fatto antiggiuridico e colpevole. Si tratta di disposizioni che premiano l'agente che con una condotta successiva (o) ha impedito il verificarsi dell'evento lesivo dopo aver creato la situazione di pericolo (o) ha comunque reintegrato ex post il bene offeso. Es/ritrattazione.

Attenzione: qualche volta la legge dà rilievo a condotte riparatorie quali vere e proprie cause di estinzione del reato (v. infra).

Disciplina comune alle cause personali di esclusione della punibilità: sia le cause concomitanti che quelle sopravvenute si riferiscono per lo più all'opportunità di punire la singola persona e quindi hanno, appunto, carattere personale.

Conseguenze in punto di concorso di persone nel reato: cause concomitanti e sopravvenute di non punibilità non si applicano ai correi; è quanto stabilito dall'art. 119 co 1 c.p. "circostanze soggettive di esclusione della pena hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono".

Cause oggettive di esclusione della punibilità: sono situazioni che ineriscono all'entità dell'offesa. Art. 131 bis c.p. (vedi sopra).

Cause di estinzione del reato: fatti naturali (morte del reo; prescrizione) o giuridici successivi alla commissione del reato (amnistia, oblazione, perdono

giudiziale, MAP) che (o) sono del tutto indipendenti da comportamenti dell'agente (o) comunque non si esauriscono in un comportamento dell'agente.

Si tratta di fatti che intervengono dopo la commissione del reato e prima della condanna definitiva.

Comportano inapplicabilità delle sanzioni penali principali ed accessorie, con l'eccezione però della confisca obbligatoria di cose intrinsecamente criminose, cioè di quelle cose la cui fabbricazione, uso, porto o alienazione costituisce di per sé reato (art. 240 co 2 n. 2 c.p.). Restano ferme invece le obbligazioni civili da reato.

Giustamente qualificate come cause di estinzione del reato: morte del reo, prescrizione, amnistia, oblazione, perdono giudiziale e map.

Secondo MD qualificate non correttamente come cause di estinzione del reato: remissione della querela (che è invece causa sopravvenuta di improcedibilità), amnistia c.d. impropria, decorso del tempo dopo la sospensione condizionale della pena (art. 167 c.p.), decorso del tempo dopo la sentenza di patteggiamento (art. 445 co 2 c.p.p.).

Cause di estinzione del reato contenute anche in nome di parte speciale: es/in caso di bigamia art. 556 co 3 c.p. prevede che il reato è estinto se è dichiarato nullo il matrimonio contratto precedentemente dal bigamo o se è dichiarato nullo il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia. Se invece c'è già stata condanna, questa vicende produrranno estinzione della pena.

Analizziamo le cause di estinzione del reato.

Morte del reo avvenuta prima della sentenza di condanna (art 150 c.p.): in conseguenza della morte del reo il legislatore preclude la possibilità di applicare qualsiasi sanzione penale anche sul patrimonio del defunto.

Amnistia propria: art. 151 co 1 pt I c.p. provvedimento di clemenza che interviene prima della sentenza definitiva di condanna. Nella prassi si è tradotto in uno strumento periodico per sfolgimento carceri, a beneficio di autori di reato

di piccola entità. Ad ogni modo a partire dal '92 l'amnistia ha riacquisito il suo carattere di eccezionalità: deve essere adottata con legge deliberata a maggioranza dai 2/3 dei componenti di ciascuna Camera in ogni suo articolo e nella votazione finale dell'intero testo (art. 79 Cost.). Le figure di reato beneficianti dell'amnistia vengono individuate di regola dalla legge con riferimento al massimo della pena edittale.

Prescrizione del reato (art. 157 c.p.): viene meno l'interesse pubblico alla repressione dei reati, e quindi all'applicazione di tutte le sanzioni penali, quando dalla commissione del reato sia decorso un certo lasso di tempo. Non cadono comunque mai in prescrizione i reati puniti con l'ergastolo, anche per l'effetto di circostanze aggravanti; inoltre i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo rimangono imprescrittibili anche nel caso in cui la presenza di una circostanza attenuante comporti la pena della reclusione.

Tempo necessario a prescrivere il reato: dopo la riforma ex Cirielli del 2005 il tempo necessario a prescrivere il reato è pari al massimo della cornice edittale stabilita dalla legge e comunque non inferiore a 6 anni per i delitti e 4 anni per le contravvenzioni, anche se si tratta di delitti o contravvenzioni puniti con la sola pena pecuniaria. Per determinare il tempo necessario a prescrivere il reato deve aversi riguardo al massimo della pena edittale, previsto per il reato consumato o tentato, senza tener conto delle circostanze aggravanti o attenuanti (art. 157 co 2 c.p.); rilevano invece le aggravanti autonome e le aggravanti ad effetto speciale. Sono sempre irrilevanti le attenuanti.

Attenzione: ai sensi dell'art. 157 co 5 c.p. quando la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva o pecuniaria di applica il termine di tre anni → Ebbene la norma de qua non fa riferimento alle sanzioni previste per i reati di competenza del GdP (lavoro di pubblica utilità o permanenza domiciliare) ai quali invece si applica il termine prescrizionale di 4 anni per contravvenzioni e 6 per delitti → Ha infatti chiarito la Corte Costit che il co 5 ha inteso porre le premesse per un

futuro sistema sanzionatorio caratterizzato da pene diverse da quella detentiva e pecuniaria.

Termini speciali di prescrizione: previsti per alcune figure di reato (art. 157 co 6 c.p.) il tempo di prescrizione è raddoppiato es/per maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) e per il delitto di violenza sessuale e atti sessuali con minorenne. Inoltre per alcuni delitti tributari dlgs 74/2000 (es/emissione di fatture per operazioni inesistenti) i termini di prescrizione sono elevati di 1/3.

Da quando decorre il termine di prescrizione? Ai sensi dell'art. 158 c.p. il termine di prescrizione decorre (a) dal giorno della consumazione del reato (b) per il tentativo dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; (c) per il reato permanente da quando è cessata la permanenza; (d) per i reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità dal giorno in cui si è verificata la condizione; (e) per il reato abituale, nel silenzio della legge, si ritiene che il termine di prescrizione decorra dal giorno in cui il reo ha tenuto l'ultima condotta che integra il reato; (f) in caso di reato continuato, la l. spazzacorrotti (l. 3/2019, in vigore dal 1/1/2020) ha ripristinato il testo originario dell'art. 158 co 1 c.p. e dunque la prescrizione decorre dal momento in cui è cessata la continuazione.

Il nuovo ultimo comma dell'art. 158 c.p. prevede che per alcuni reati a danno di minori il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la persona offesa ha compiuto il 18° anno di età, salvo che l'azione penale sia stata esercitata prima; in quest'ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato.

Interruzione del termine di decorrenza della prescrizione: la prescrizione del reato può maturare (o) in assenza di un procedimento penale (o) a procedimento penale in corso → in quest'ultimo caso la prescrizione subisce un'interruzione, che ex art. 161 co 1 c.p. ha effetto nei confronti di tutti coloro che hanno commesso il reato (autore e correi).

Atti interruttivi della prescrizione: sono indicati all'art. 160 co 1 e 2 c.p. e comprendono tra l'altro (a) l'invito a presentarsi al pm a rendere interrogatorio;

(b) interrogatorio dell'imputato; (c) ordinanza di applicazione di una misura cautelare; (d) richiesta di rinvio a giudizio.

Per i reati tributari previsti dal dlgs 74/2000 il termine di prescrizione può essere interrotto anche dal verbale di constatazione o dall'atto di accertamento delle violazioni.

Le Sezioni Unite hanno precisato che gli atti interruttivi della prescrizione indicati all'art. 160 c.p. sono un n° chiuso, insuscettibile di ampliamento in via interpretativa: divieto di analogia in malam partem.

La prescrizione interrotta ricomincia a decorrere dal giorno dell'interruzione, ma i termini previsti dall'art. 157 c.p. non possono prolungarsi oltre $\frac{1}{4}$. Eccezioni: in caso di recidiva aggravata (art. 99 co 2 c.p.) il prolungamento massimo è della metà; in caso di recidiva reiterata (art. 99 co 3 c.p.) il prolungamento massimo è di $\frac{2}{3}$; in caso di abitualità nel delitto e professionalità nel reato (artt. 102, 103 e 105 c.p.) il prolungamento massimo è del doppio. INOLTRE in seguito a riforma Orlando del 2017 (l. 103/2017) prolungamento dei termini della prescrizione pari alla metà per alcune figure delittuose, ed in particolare delitti contro la p.a. (es/le varie forme di corruzione) e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche). INFINE ci sono reati (indicati dagli artt. 51 co 3 bis e 3 quater c.p.p.) per i quali la legge non pone nessun limite al prolungamento del tempo necessario a prescrivere in caso di interruzione della prescrizione (imprescrittibilità di fatto).

Sospensione della prescrizione: art. 159 c.p. in una serie di ipotesi di forzata inattività dell'autorità giudiziaria, tassativamente previste dalla legge, il corso della prescrizione può essere sospeso + sospensione della prescrizione nel caso in cui la sospensione del procedimento o del processo sia imposta da una particolare disposizione di legge es/sospensione del procedimento con messa alla prova.

Ai sensi dell'art. 161 co 1 c.p. la sospensione della prescrizione ha effetto solo per gli imputati nei cui confronti si sta procedendo.

Una volta cessata la causa di sospensione, la prescrizione riprende il suo corso ed il tempo decorso prima del verificarsi della causa sospensiva si somma al tempo decorso dopo che tale causa è venuta meno.

Postilla: di recente la sospensione della prescrizione è stata prevista in ragione del rinvio dei procedimenti penali determinato dall'emergenza Covid-19.

Le riforme della prescrizione Orlando e Bonafede: con la riforma Orlando (l. 103/2017) era stata introdotta un'autonoma sospensione del corso della prescrizione, correlata ai gradi di giudizio. Nel caso in cui fosse intervenuta sentenza di condanna, il termine di prescrizione rimaneva sospeso per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi. Se poi ad una sentenza di condanna in primo grado o in appello fosse seguita sentenza di proscioglimento o di annullamento della sentenza per vizi procedurali, gli effetti della sospensione della prescrizione legati alle fasi processuali risultavano neutralizzati.

La riforma Bonafede (in vigore dal 1 gennaio 2020) ha invece individuato espressamente il termine finale della prescrizione nel giorno in cui viene pronunciata la sentenza di primo grado, ovvero diventa irrevocabile il decreto di condanna (art. 159 co 2 c.p.) → Nonostante la dizione letterale, non si tratta di un'ipotesi di sospensione del corso della prescrizione: in caso di sospensione il corso della prescrizione è poi destinato a riprendere, e invece questo non accade nel quadro della disciplina dettata dalla riforma Bonafede, che in sostanza blocca il corso della prescrizione con la sentenza di primo grado o con il decreto penale di condanna. In definitiva, con la riforma Bonafede, la prescrizione non potrà mai più maturare in appello o in cassazione.

Oblazione: pagamento di una somma di denaro corrispondente ad 1/3 dell'ammenda massima stabilita dalla legge per la contravvenzione (art. 162 c.p. oblazione ordinaria) ovvero alla metà del massimo quando si tratti di contravvenzione punita alternativamente con ammenda o reclusione (art. 162

bis c.p., oblazione speciale). Non è ammessa invece l'oblazione per le contravvenzioni punite con arresto e ammenda congiunte.

La Cassazione ha chiarito che per l'oblazione ordinaria la pena della sola ammenda deve essere prevista dalla legge e non può invece discendere dal riconoscimento di una circostanza attenuante speciale.

Oblazione ordinaria: il giudice è obbligato, a fronte dell'istanza, ad ammettere l'imputato all'oblazione.

Oblazione speciale: il giudice è chiamato ad un vaglio discrezionale, che ha per oggetto la gravità del fatto concreto. È discusso se nella valutazione della gravità del fatto debbano rilevare solo i criteri del 133 co 1 c.p., che dunque attengono alla gravità del reato, ovvero anche i criteri del co 2 che attengono alla persona del colpevole. Se il giudice decide che reato merita l'ammenda e non la reclusione allora può ammettere l'imputato all'oblazione a meno che (a) abitudine o professionalità dell'agente nelle contravvenzione ex artt. 104 e 105 c.p.; (b) permanere di conseguenze dannose o pericolose del fatto eliminabili dall'agente (art. 162bis co 2 c.p.).

Accolta la domanda di oblazione ed accertato il pagamento da parte dell'imputato, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato (art. 141 co 4 e 4 bis disp att c.p.p.).

In caso di riqualificazione del reato: le Sezioni Unite hanno precisato che qualora l'imputato ritenga non corretta la qualificazione giuridica del fatto ed intenda sollecitare una diversa qualificazione, che ammetta il procedimento di oblazione, è onere dell'imputato stesso formulare istanza di ammissione all'oblazione in rapporto alla diversa qualificazione → ne consegue che se invece tale richiesta manca, il diritto a fruire dell'oblazione resta precluso. La Cassazione ha comunque chiarito che la remissione in termini ai fini dell'istanza di oblazione riguarda anche i casi in cui il giudice, non condividendo la qualificazione giuridica proposta dall'imputato, qualifichi il fatto in un ulteriore reato comunque oblabile.

Due eccezioni alla disciplina dell'oblazione: (1) in materia di sicurezza sul lavoro, anche se la contravvenzione è punita con la sola pena pecuniaria si applica la disciplina dell'oblazione speciale; (2) T.u. immigrazione prevede che in caso di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato non è applicabile l'oblazione né ordinaria né speciale, pur trattandosi di un reato punito con la sola ammenda (dubbi di legittimità costituzionale art. 3 Cost).

Ratio dell'oblazione (a) alleggerire il carico penale gravante sul giudice, perché per effetto dell'oblazione il procedimento penale si esaurisce di regola prima dell'apertura del dibattimento; (b) opportunità di ordine economico-fiscale perché consente allo Stato di riscuotere la somma di denaro; (c) per l'oblazione speciale ricorre anche opportunità politico-criminale perché in tal modo incentiva il contravventore a reintegrare il/i bene giuridico/i offesi dal reato.

Estinzione del reato per condotte riparatorie: introdotta all'art. 162ter c.p. dalla riforma Orlando (l. 103/2017). Attraverso condotte riparatorie, l'imputato di un delitto perseguibile a querela può ottenere unilateralmente l'estinzione del reato; risultato che, secondo la disciplina della remissione di querela (art. 152 ss c.p.) è invece subordinato ad un atto del querelante.

Archetipo è l'art. 35 GdP, che reca rubrica analoga. Tuttavia una differenza sostanziale tra le due ipotesi riguarda il fatto che nel caso di reato innanzi al GdP il giudice ha margini di discrezionalità; invece art. 162 ter c.p. non prevede alcun margine di discrezionalità.

Attenzione: art. 162 ter c.p. si applica ai delitti perseguibili a querela a condizione che la querela sia soggetta a remissione. Quindi non applicabile tra l'altro ai delitti di violenza sessuale e violenza sessuale aggravata, per i quali la querela è irrevocabile. Inoltre, per espressa previsione di legge, l'art. 162 ter c.p. non si applica allo stalking.

Riparazione del danno: fa riferimento al danno civile da reato e dev'essere integrale. Riparazione del danno può avvenire sia mediante risarcimento che mediante restituzione del tolto (risarcimento in forma specifica, 2058 c.c.).

Al risarcimento è equiparata l'offerta reale non accettata dalla p.o.: in tal caso il giudice ha margine di discrezionalità in ordine alla congruità dell'offerta di denaro oggetto dell'offerta.

Risarcimento del danno deve essere volontario, non coartato e deve essere diretto ad incrementare definitivamente il patrimonio della p.o. → quindi l'imputato non può dire "ti pago ma mi riservo diritto di ripetizione in caso di esito favorevole dell'impugnazione in sede di legittimità". Da ultimo si segnala che il risarcimento deve provenire dall'imputato; può anche essere fornito dall'ente assicuratore purché vi sia stata partecipazione personale dell'assicurato es/sollecitazione alla compagnia assicuratrice.

Altra condizione per poter applicare art. 162 ter c.p. è data dall'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; sempre che tali conseguenze ci siano. Se la risposta è affermativa, l'eliminazione di tali conseguenze è condizione cumulativa con il risarcimento del danno per potersi applicare il 162 ter c.p.

Prevedendo che siano sentite le parti e la p.o., l'art. 162ter c.p. presuppone la pendenza del giudizio di cognizione (e la presenza delle parti che possono interloquire sull'esito estintivo) → quindi l'istituto non è applicabile in fase esecutiva.

Al comma 2 l'art. 162ter c.p. si occupa del caso in cui l'imputato dimostri di non aver potuto provvedere tempestivamente (cioè prima dell'apertura del dibattimento di primo grado) alla riparazione del danno ed all'eliminazione delle conseguenze del reato "per fatto a lui non addebitabile". In tal caso l'imputato può chiedere la fissazione di un termine ulteriore (fino a 6 mesi) per provvedere al pagamento, anche rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento. Se il giudice accoglie l'istanza, dispone la sospensione del processo (con conseguente sospensione della prescrizione) e impone specifiche prescrizioni.

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: istituto ispirato sia ad esigenze di deflazione processuale sia di ricomposizione tra

autore e vittima del reato. Disciplina contenuta in parte nel c.p. ed in parte nel c.p.p.

Il provvedimento di sospensione ex art. 168bis c.p. presuppone istanza di parte; è richiesto il consenso del pm e deve essere sentita la p.o. La sospensione per map può essere disposta solo se il giudice non deve pronunciare proscioglimento ex art. 129 c.p.p. → questo presuppone un pur sommario accertamento della responsabilità dell'imputato → accertamento che, trovandoci in una fase antecedente all'apertura del dibattimento, potrà essere compiuto sulla base degli atti di indagine contenuti nel fascicolo del pm, in analogia con quanto disposto per il patteggiamento dall'art. 135 disp att c.p.p.

Istituto applicabile ai reati puniti in astratto con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a 4 anni → Le Sezioni Unite sono intervenute per precisare che il calcolo del massimo edittale non deve tenere conto di nessuna circostanza aggravante: argomentazione letterale + voluntas legis + interpretazione sistematica.

Non possono beneficiare della map il delinquente ed il contravventore abituale o professione ed il delinquente per tendenza. Può invece beneficiarne il recidivo.

In caso di richiesta map il giudice è tenuto a verificare la corretta qualificazione giuridica del fatto operata dal pm e, se non la condivide, può modificarla → con tutto ciò che ne consegue sul piano della sussistenza o meno dei presupposti map.

Il giudice può concedere la map quando (a) reputi idoneo il programma presentato dall'imputato; (b) ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati (logica specialpreventiva dell'istituto).

Durata della map non può superare 2 anni se delitto punito con la reclusione ed 1 anno se delitto punito con pena pecuniaria.

La sospensione con map dovrà essere revocata in caso di grave e reiterata trasgressione al programma di trattamento o delle prescrizioni. Se la map viene revocata il corso del processo riprende. Qualora all'esito del processo venga pronunciata sentenza di condanna, nella determinazione della pena da eseguire

deve essere detratto un periodo corrispondente a quello della prova eseguita → a tal fine 3 gg di prova corrispondono ad 1 gg di reclusione/arresto o a 250 euro di multa o ammenda (art. 657bis c.p.p.).

L'esito positivo della map comporta l'estinzione del reato (art. 464 speties c.p.p.); rimangono applicabili le eventuali sanzioni amministrative accessorie.

Map non può essere concessa più di una volta; condizione verificabile attraverso il casellario giudiziale acquisto per ragioni di giustizia. In caso di esito positivo invece la map, a partire dal 2018, non compare sul casellario richiesto dal pvt → la Corte Costit ha ritenuto la menzione nel casellario richiesto dal pvt incostituzionale per violazione degli artt.3 e 27 co 3 Cost. perché si traduce in un ostacolo ingiustificato al reinserimento sociale del soggetto che abbia ottenuto e concluso con successo la map, creandogli più che prevedibili difficoltà di accesso ad opportunità lavorative.

Il perdono giudiziale: art. 169 c.p.; riguarda i soli minori. Il perdono giudiziale, disposto discrezionalmente dal giudice sulla base della prognosi che il soggetto si asterrà dal commettere ulteriori reati, può consistere o nell'astensione dal rinvio a giudizio o nell'astensione dalla pronuncia della condanna. Evidenti considerazioni di prevenzione speciale: minore che per la prima volta ed in modo del tutto occasionale ha commesso un illecito non grave → si rinuncia a punire o addirittura si rinuncia al processo per evitare effetto criminogeno.

Il perdono giudiziale presuppone che il minore abbia commesso un fatto antiggiuridico e colpevole, ed infatti al giudice si chiede di quantificare la pena che andrebbe inflitta nel caso concreto, dovendosi collocare al di sotto del tetto massimo di 2 anni di pena detentiva o 1549 euro di pena pecuniaria. Attenzione: nel determinare la pena in concreto il giudice terrà conto anche della diminuzione prevista per la minore età.

Limiti soggettivi al perdono giudiziale: (a) il minore non deve aver riportato precedenti condanne a pena detentiva e non deve essere delinquente o contravventore abituale o professionale; (b) il minore non deve aver già fruito

del perdono (art. 169 co 4 c.p.) → requisito mitigato dalla C cost che previsto la possibilità di concedere il perdono una seconda volta, sempre nel rispetto dei limiti di pena, se il reato per cui si procede è stato commesso prima della sentenza di perdono o se è unito dal vincolo della continuazione ad altro reato per il quale è stato concesso il perdono.

Disciplina comune delle cause di estinzione del reato: autonomia e specificità del loro campo di applicazione, carattere che si manifesta sia in relazione ai reati ai quali la causa di estinzione è applicabile, sia in relazione alle persone che ne possono beneficiare.

Quanto ai reati ai quali la causa di estinzione è applicabile: art. 170 c.p. prevede che “quando il reato è presupposto di un altro reato (come nella ricettazione), la causa che lo estingue non si estende all’altro reato”.

Sempre l’art. 170 c.p. prevede al co 2 che “la causa estintiva di un reato che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, non si estende a quest’ultimo” es/l’estinzione del furto per amnistia non si estende al delitto di rapina del quale il furto è elemento costitutivo.

Infine il comma 3 dell’art. 170 c.p. si riferisce alla circostanza aggravante di chi commette un reato per eseguirne o occultarne un altro (art. 61 n°2 c.p.) e prevede che “l’estinzione di uno dei due reati non esclude l’applicabilità dell’aggravante” es/Tizio cagiona lesioni per commettere esercizio arbitrario delle proprie ragioni → l’estinzione di quest’ultimo reato per remissione delle querela non esclude la configurabilità dell’aggravante.

La stessa logica ricorre nell’art. 151 co 2 c.p. che prevede che “nel concorso di più reati, l’amnistia si applica ai singoli reati per i quali è concessuta” es/alcuni reati uniti dal vincolo della continuazione commessi prima della data indicata nell’amnistia, altri dopo → l’amnistia si applicherà ai soli fatti commessi prima della data indicata.

Quanto invece al profilo delle persone interessate dalla causa estintiva (concorso di persone nel reato): art. 182 c.p. prevede che “di regola le cause di estinzione

del reato operano soltanto rispetto al singolo concorrente al quale si riferisce la causa estintiva". Eccezione: bigamia → chi abbia aiutato o istigato altri a commettere un fatto di bigamia non è punibile "se il matrimonio contratto precedentemente dal bigamo è dichiarato nullo, ovvero è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia (art. 556 co 3 c.p.)" → in questo caso infatti è la legge a disporre che "il reato è estinto anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato".

Rinunciabilità dell'imputato a prescrizione ed amnistia: in virtù del diritto di difesa (art, 24 Cost) la Corte Costit ha previsto che l'imputato possa rinunciare all'intervenuta prescrizione o amnistia e scegliere invece di difendersi nel merito e quindi ottenere proscioglimento che elimini ogni dubbio sul suo operato. Attenzione: dal 2005 la rinunciabilità alla prescrizione è prevista testualmente all'art. 157 co 7 c.p.

IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

Le norme sul concorso di persone nel reato hanno funzione incriminatrice e di disciplina. Funzione incriminatrice perché con l'art. 110 c.p. è possibile punire condotte che, altrimenti, non costituirebbero reato. Funzione di disciplina perché nel caso di reato commesso in concorso si applica la disciplina dettata agli artt. 110 -119 c.p.

Struttura del concorso di persone: (a) pluralità di persone; (b) realizzazione di un fatto di reato (consumato o tentato); (c) contributo causale della condotta atipica alla realizzazione del fatto; (d) consapevolezza e volontà di contribuire causalmente alla realizzazione del reato.

Analizziamo questi quattro elementi.

Pluralità di persone: nei reati soggettivi, alla commissione del fatto deve concorrere almeno un'altra persona, invece nei reati necessariamente

plurisoggettivi la persona che concorre si deve aggiungere a quelle già punite con la fattispecie incriminatrice. Il reato si considera commesso in concorso anche se taluno dei concorrenti è non imputabile o non punibile → tanto si desume dagli artt. 111 (autoria mediata) e 112 co 4 c.p.

Realizzazione di un fatto di reato: per concorrere in un reato, è necessario che il fatto di reato sia commesso nella forma consumata o tentata → tanto si desume dall'art. 115 c.p. (commesso = realizzato in forma consumata o tentata).

Secondo M-D il legislatore italiano ha aderito alla teoria dell'accessorietà minima: il fatto del partecipe deve accedere ad un fatto tipico di reato (non è invece necessario che il fatto tipico sia anche antigiuridico, colpevole e punibile).

Esecuzione frazionata del reato: il fatto tipico è posto in essere da più persone, ciascuna delle quali d'accordo con l'altra realizza una parte del fatto. In questo caso dunque i correi agiscono sulla base di un accordo e non rileva il contesto temporale nel quale si collocano le condotte dei coautori (es/furto commesso in più tempi). Manca nel codice penale una norma dedicata all'esecuzione frazionata del reato, ma è pacifico che tale ipotesi sia riconducibile alla disciplina generale del concorso di persone nel reato → in tal proposito già Carrara diceva "se in più lo eseguono (il reato), in più sono gli autori principali. Tutti gli altri sono delinquenti accessori".

Quanto all'antigiuridicità: di solito causa di giustificazione opera anche nei confronti dei correi (art. 119 co 2 c.p.) fatta eccezione per le cause di giustificazione cd personali (es/uso legittimo delle armi, solo per quella cerchia; si desume da art. 119 co 1 c.p.).

Quanto all'irrelevanza della colpevolezza: si desume sempre dall'art. 119 co 1 c.p. Se il fatto è commesso da persona non imputabile, ai sensi dell'art. 86 c.p. del fatto risponde l'agevolatore se lo stato di incapacità di intendere o di volere è stato cagionato proprio allo scopo di fargli commettere il reato.

Allo stesso modo dispone l'art. 48 c.p. che se chi ha commesso il fatto ha agito senza dolo perché è caduto in errore su un elemento essenziale del fatto

(momento rappresentativo), in caso di errore determinato da altrui inganno “del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l’ha determinata a commetterlo”. Parimenti difetta il dolo nel suo momento volitivo se il fatto è stato commesso per costringimento fisico → in questo caso art. 46 co 2 c.p. “del fatto commesso dalla persona costretta risponde l’autore della violenza”.

Eguale irrilevanza della colpevolezza emerge sul terreno delle scusanti, infatti ex art. 54 co 3 c.p. “non è punibili chi commette il fatto nello stato di necessità determinato dall’altrui minaccia, ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l’ha costretta a commetterlo”.

Infine l’art. 119 co 1 c.p. si applica anche alle cause personali di non punibilità, di tale che chi ad esempio istiga un agente diplomatico straniero a commettere un fatto reato, risponderà di concorso in quel reato, perché la causa di non punibilità del diplomatico ha carattere personale e quindi non si comunica ai concorrenti.

Contributo causale alla realizzazione del fatto: la condotta del correo deve aver avuto influenza causale sul fatto tipico concreto realizzato da altri. La necessità del nesso causale emerge anzitutto (a) dall’art. 116 c.p. che dice “se ... è conseguenza della sua azione od omissione”; inoltre (b) dagli artt. 111 e 112 c.p. “chi ha determinato a commettere un reato” = determinare significa compiere azioni che esercitano un influsso causale sulle scelte del comportamento di altri.

Il contributo del correo può consistere in concorso materiale o morale.

Si ha concorso materiale nel reato quando la condotta atipica di aiuto è stata condizione necessaria per l’esecuzione del reato commesso da altri. Sul terreno causale non importa che la condotta atipica sia stata in astratto condotta sostituibile o insostituibile: si tratta di accertare il fatto così come si è verificato in concreto e quindi tutte le condotte che hanno portato alla commissione di quel fatto sono state condizioni necessarie del fatto concreto. La distinzione tra condotte astrattamente sostituibili o insostituibili potrà invece rilevare in punto di commisurazione della pena.

Attenzione: è *contra legem* la tesi che ritiene non necessario che la condotta atipica abbia causalmente contribuito alla realizzazione del fatto concreto, ma che ritiene invece sufficiente che la condotta atipica apparisse *ex ante* idonea ad aumentare le probabilità di realizzazione del fatto. → Aderendo a questa tesi si arriverebbe infatti a considerare punibili anche condotte che si sono rivelate *ex post* ininfluenti (es/chiave inutilizzata) o ancora peggio dannose (complice maldestro) → Eh ma per punire tali condotte il nostro ordinamento dovrebbe punire, ed invece non punisce, il tentativo di concorso. Sul punto già Carrara scriveva “si può essere complici di un tentativo, ma il tentativo di partecipazione non si ammette”.

Concorso morale: condotta di chi fa nascere o rafforza l'altrui proposito criminoso. Il nesso causale del concorso morale va accertato tramite un duplice passaggio: (a) istigazione deve far nascere o rafforzare in capo all'istigato il proposito di commettere un determinato reato; (b) tale reato dev'essere poi effettivamente commesso → desumibile da art. 115 c.p.

L'influenza causale dell'istigazione va accertata in concreto secondo il consueto schema della *condicio sine qua non*: accertare, con l'aiuto di leggi psicologiche, che in assenza della condotta istigatoria l'autore non avrebbe realizzato il fatto di reato con quelle specifiche modalità.

Rientra senz'altro nello schema del concorso morale l'accordo, cioè la comune decisione di commettere un reato, alla quale deve seguire la commissione di quel reato (art. 115 c.p.).

Attenzione: la mera presenza sul luogo del reato non integra alcuna forma di concorso morale, a meno che non sia accompagnata da una chiara manifestazione esteriore di adesione al comportamento delittuoso e l'autore ne abbia tratto motivo di rafforzamento del proposito o rassicurazione. Del pari non integra concorso morale la connivenza, cioè la consapevolezza che altri sta per commettere un reato o sta commettendo un reato, senza che si faccia nulla per impedirlo. In questo caso potrà aversi concorso nel reato solo in forma omissiva

e quindi solo quando il soggetto non ha impedito la commissione di un reato che aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Consapevolezza e volontà di contribuire causalmente alla realizzazione del fatto: è responsabile il concorrente che abbia dolo sia in relazione al fatto principale realizzato dal correo, sia in relazione al contributo causale apportato dalla sua condotta. Il reato può poi arrestarsi, come si è visto, alla fase del tentativo, MA il correo deve rappresentarsi e volere contribuire causalmente alla realizzazione di un reato consumato. È comunque sufficiente che il correo si rappresenti un fatto concreto conforme a quello descritto dalla norma incriminatrice, essendo invece irrilevante che il partecipe conosca le concrete modalità con cui l'autore esegue il reato.

Identità della vittima: il dolo del correo sussiste anche se, per uno scambio di persona da parte dell'autore, viene commesso il fatto a danno di una persona diversa da quella che il partecipe voleva offendere (lo si desume dall'art. 60 c.p.). Se invece l'autore decide, per sua autonoma scelta, di uccidere una persona diversa da quella di cui era stata commissionata la morte, allora il mandante non risponde di concorso in omicidio perché la scelta del sicario ha spezzato il legame causale con l'incarico del mandante.

Ai fini del dolo di concorso di persone nel reato NON è necessario il previo accordo e NON è necessaria consapevolezza reciproca dell'altrui attività, nel senso che è sufficiente il dolo in capo al solo concorrente atipico, mentre l'autore può ignorare l'altrui contributo materiale alla realizzazione del fatto (ammesso quindi il c.d. concorso unilaterale).

L'agente provocatore: è l'appartenente alle forze dell'ordine o comune cittadino che istiga taluno a commettere un reato, volendo far scoprire o assicurare alla giustizia la persona provocata prima che il reato giunga a consumazione. Impunità dell'agente provocatore discende dall'assenza del dolo di

partecipazione: come si è visto il soggetto deve rappresentarsi e voler concorrere alla commissione di un fatto di reato consumato, mentre ciò che l'agente provocatore si rappresenta e vuole è un reato tentato.

Quanto alla posizione del reo provocato, due strade: (a) impunità per ragioni processuali, perché sono inammissibili le prove ottenute con tattiche poliziesche fraudolente in quanto lesive del corretto rapporto tra cittadino e pubblica autorità; (b) quantomeno concedergli circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p. quando la provocazione abbia condizionato in modo rilevante la libertà di autodeterminazione del reo.

L'agente sotto-copertura (c.d. infiltrato): è colui che si inserisce in un'organizzazione criminale o comunque in un'attività delittuosa in corso, compiendo fatti di reato per acquisire elementi di prova. Impunità dell'infiltrato perché si tratta di fatti leciti commessi in adempimento di un dovere, a condizione che si rientri nei casi di reati e nelle classi di soggetti previsti dalla legge → in particolare art. 9 l. 146/2006 prevede causa di giustificazione applicabile a determinate categorie di ufficiali e agenti di pg, nonché loro ausiliari e persone interposte (quindi causa di giustificazione personale) invocabile da chi tra loro, nel corso di specifiche operazioni di polizia, commetta alcuni reati ovvero ometta o ritardi (a) il compimento di arresti, fermi, sequestri (b) l'esecuzione di misure cautelari o pene detentive.

La l. 3/2019 (c.d. spazzacorrotti) ha operato un importante ampliamento della sfera di reati che l'infiltrato può commettere; in particolare oggi l'infiltrato può assumere anche le vesti del falso corruttore o del falso corrotto.

Attenzione: la scriminante ivi prevista è configurabile solo in relazione all'acquisizione di prove relative ad un'attività illecita già in corso e non anche alla determinazione di taluno a commettere nuovi reati.

Analoga disciplina in materia di operazioni sotto-copertura è prevista anche da una legge ad hoc (l. 269/88) in relazione ai delitti di prostituzione e pornografia minorile e di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione.

Attenzione: Corte Edu qualora ritenga che nell'operazione sotto copertura vi sia stata una vera e propria provocazione dichiara la violazione del diritto all'equo processo (art. 6 Cedu) con conseguente inutilizzabilità delle prove così acquisite. Allo stesso modo anche la Corte di Cassazione ha stabilito che si è al di fuori di una lecita operazione sotto-copertura quando il soggetto indagato sia stato incitato o indotto a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso.

Deroga alla necessità del dolo di partecipazione; responsabilità del correo per un reato diverso da quello voluto: art. 116 c.p. "Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione" → Viene addossato al correo il reato a titolo di dolo, anche se egli non lo ha voluto, in ragione del nesso causale tra la sua condotta e l'evento; attenzione, come si è visto questo è ipotesi di resp oggettiva, che dev'essere corretta: il correo risponderà a titolo di dolo del reato diverso da quello voluto solo se ha contribuito per colpa alla realizzazione del medesimo. Responsabilità dolosa mitigata dal co 2 che prevede attenuante se il delitto realizzato è più grave di quello voluto ("se" ci fa capire che il reato diverso può essere anche meno grave di quello voluto).

Concorso di persone nel reato proprio: anche l'extraneus può concorrere in un reato proprio. Tuttavia si discute se possa operarsi un'inversione di ruoli tra l'intranues e l'extraneus e quindi se possa essere l'extraneus a tenere la condotta tipica descritta dalla legge. Secondo M-D è il principio di legalità ad imporre che la condotta tipica sia tenuta solo dall'intranues es/ Si pensi al caso di un pubblico ufficiale che lasci aperta la cassaforte del proprio ufficio, consentendo ad un estraneo di impadronirsi del denaro ivi contenuto. In un'ipotesi di tal fatta gli autori del fatto di reato non potranno essere chiamati a rispondere di concorso in peculato (art. 314 c.p.) poiché questo richiede – tra gli elementi costitutivi – la condotta di appropriazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Ebbene l'appropriazione della res presuppone che l'autore del

fatto ne avesse già il legittimo possesso per ragioni del suo ufficio o servizio. Se invece il possesso è conseguenza di una condotta illecita del reo, come nel caso dell'estraneo che sottrae il denaro contenuto nella cassaforte, ricorrerà un'ipotesi di furto aggravato.

Si segnala peraltro che la soluzione appena esposta è comunque condivisa dalla giurisprudenza nel caso di reato proprio di mano propria, che può essere commesso solo dall'intraneus (es/incesto).

Ad ogni modo, di regola, per potersi avere concorso nel reato proprio occorre che il dolo del partecipe abbracci anche la qualifica rivestita dall'intraneus. → A questa regola deroga l'art. 117 c.p. che prevede "mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti": nelle ipotesi in cui la qualità dell'intraneus comporti mutamento del titolo di reato, e dunque accanto al reato proprio sia prevista una fattispecie comune corrispondente (si parla di reato proprio semi-esclusivo), l'extraneus che non si sia rappresentato la qualifica dell'intraneus risponde comunque di concorso nel reato proprio → ipotesi di resp oggettiva che va riletta alla luce del criterio della colpa (in concreto, cioè la normale colpa): 117 c.p. opera sola se la mancata rappresentazione della qualifica soggettiva dell'extraneus sia stata determinata da colpa dell'intraneus. Anche in questo caso, nonostante il correttivo della colpa, c'è lo stesso problema del 116 c.p. in relazione al rapporto tra misura della pena e grado della colpevolezza → problema a che non può dirsi superato dalla concessione facoltativa dell'attenuante che il giudice può concedere all'extraneus (a differenza del 116 c.p. qui l'attenuante è facoltativa; questo si spiega per la minore divergenza tra voluto e realizzato nel 117 rispetto al 116 c.p.).

Concorso nei reati necessariamente plurisoggettivi impropri: 110 c.p. in questi casi può esplicitarsi soltanto nei confronti del partecipe che tenga una condotta tipica diversa da quella prevista dalla norma incriminatrice (es/giornalista che istighi il magistrato o il cancelliere a dargli in visione un documento processuale coperto da segreto) e sempre che punire il partecipe non sia in palese contrasto

con la voluntas legis (**controlla negli appunti di magistratura**) (es/non sarà mai punibile il soggetto passivo del delitto di usura, quand'anche abbia istigato l'usuraio a prestargli i soldi).

Concorso di persone nei reati associativi: taluno nega che sia possibile ed afferma che di un reato associativo può rispondere solo colui che partecipa all'associazione. → Tesi che però non convince: può concorrere in un reato associativo il soggetto che non è parte integrante dell'associazione ma ne agevola senz'altro l'esistenza. Si parla appunto di concorso esterno nel reato associativo; ovviamente il concorrente esterno si deve rappresentare che la sua condotta avrà quest'efficacia agevolatrice per l'associazione e deve essere a conoscenza delle finalità alle quali l'associazione è rivolta (n.b.: le SU escludono che possa configurarsi concorso esterno a titolo di dolo eventuale). Argomento a sostegno dell'ammissibilità del concorso esterno: norme che puniscono l'assistenza ai partecipi di banda armata e l'assistenza ai partecipi di associazione per delinquere o mafiosa → entrambe le figure si aprono con la clausola di riserva "fuori dai casi di concorso nel reato" (n.b.: si applicherà il reato dell'assistenza a meno che l'associato aiutato non abbia un peso e ruolo tale nella vita dell'associazione da comportare che in realtà l'aiuto sia diretto all'associazione in sé).

Differenza tra concorso esterno in mafia e singolo delitto aggravato dall'agevolazione mafiosa: solo il concorrente esterno ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, del quale conosce appieno natura e funzione → proprio per questo il concorrente esterno coglie l'assoluta funzionalità del proprio intervento, anche quando unico, alla sopravvivenza o vitalità dell'associazione. Invece nel reato circostanziato l'utilità dell'intervento può essere valutata astrattamente anche solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo ed è del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e soprattutto non produttiva di effetti di concreta agevolazione.

Il trattamento sanzionatorio dei concorrenti nel reato: ai sensi dell'art. 110 c.p. "quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita" (modello unitario di concorso → il legislatore non ha distinto tra autore ed ideatore in punto di cornice edittale). In ogni caso la pena del singolo correo andrà graduata ex art. 133 c.p.

Una volta determinata la pena base per ciascuno dei concorrenti, il giudice dovrà valutare se ci sono circostanze del reato (111, 122, 114 c.p. o circostanze comuni artt. 61, 62 e 62 bis c.p. o circostanze speciali). Tra le aggravanti spiccano gli artt. 111 e 112 c.p., tra le attenuanti invece l'art. 114 co 3 c.p. Esiste poi l'attenuante del 114 co 1 c.p. nel caso in cui la condotta del correo abbia avuto una minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato (praticamente mai usata) → per espressa previsione normativa comunque il 114 co 1 c.p. non può considerarsi di minima importanza il contributo causale di chi si sia avvalso delle condizioni di vulnerabilità dell'autore del fatto previste dall'art. 112 co 1 n° 3 e 4 c.p.

Comunicabilità delle circostanze agli altri correi: art. 118 c.p. "le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti (a) i motivi a delinquere (b) l'intensità del dolo (c) il grado della colpa (d) le circostanze inerenti la persona del colpevole (imputabilità e recidiva) sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono".

Le SU hanno di recente affermato che l'aggravante agevolatrice dell'associazione mafiosa "si comunica al concorrente nel reato che, pur non animato dal tale scopo, sia consapevole della finalità agevolatrice perseguita dal compartecipe" → è quindi necessario dolo diretto.

Circostanze non disciplinate dall'art. 118 c.p.: si applicano le regole previste in generale dal 59 c.p. → Ne segue tra l'altro che recesso attivo (56 co 4 c.p.) risulta applicabile a tutti i concorrenti, quindi anche a chi non ha dato un volontario contributo all'impedimento dell'evento.

Desistenza volontaria e recesso attivo nel concorso di persone

Quando può aversi desistenza volontaria del partecipe?

Secondo un primo orientamento, minoritario e rigorista, è necessario che il partecipe abbia impedito la consumazione del reato, paralizzando l'attività di tutti i concorrenti.

Invece secondo giuri maggioritaria è sufficiente che il partecipe abbia con una successiva condotta neutralizzato gli effetti della sua condotta (es/si sia ripreso l'arma) e dunque abbia reso irrilevante il suo apporto causale.

Invece per potersi parlare di recesso attivo ad opera del partecipe, è necessario l'impedimento del reato (es/l'autore ha sparato ad una persona con l'arma fornitagli dal partecipe → poi però il partecipe porta il ferito in ospedale e gli salva la vita).

Cooperazione nel delitto colposo: art. 113 c.p. ha funzione incriminatrice e di disciplina. Funzione incriminatrice con riguardo ai delitti colposi di evento a forma vincolata ed ai delitti di mera condotta; non invece con riguardo ai delitti di evento a forma libera, perché lì è la stessa norma incriminatrice che dà rilevanza a qualsiasi contributo causale → su quest'ultima affermazione invece la giurisprudenza la pensa all'opposto e spesso applica il 113 c.p. all'omicidio ed alle lesioni personali, in particolare in ambito stradale.

Elementi strutturali della cooperazione colposa: (a) realizzazione di un fatto di reato, che dovrà essere necessariamente consumato perché non è ammesso tentativo nei delitti colposi; (b) contributo causale della condotta atipica alla realizzazione del fatto.

La giurisprudenza considera sufficiente ai fini del dolo che il soggetto sia consapevole di cooperare con altri in una determinata attività; non è invece necessario che questi sia a conoscenza della natura colposa dell'altrui condotta. Attenzione: la responsabilità del partecipe non dipende dal carattere colposo o meno del fatto realizzato dall'autore (cioè dall'altro correo).

Trattamento sanzionatorio della cooperazione colposa: trovano applicazione le circostanze aggravanti degli artt. 111 e 112 co 1 n° 3 e 4 c.p. e la circostanza attenuante dell'art. 114 co 1 c.p. che, ut supra, non potrà applicarsi al contributo di chi si sia avvalso di persone nelle condizioni di vulnerabilità di cui all'art. 112 co 1 n° 3 e 4 c.p.

Concorso di persone nelle contravvenzioni: pacifico che il 110 c.p. si applichi alle contravvenzioni necessariamente dolose ed a quelle in concreto commesse con dolo.

Parte della dottrina dubita che 110 c.p. possa invece applicarsi quando concorso colposo nelle contravvenzioni colpose. Argomentazione: art 113 c.p. fa riferimento solo alla cooperazione nel delitto colposo.

Giuri maggioritaria ritiene 110 c.p. applicabile anche al concorso colposo nelle contravvenzioni colpose. Argomentazioni: (a) art. 113 c.p. era necessario perché quando si tratta di delitti la colpa deve essere espressamente prevista dalla legge; invece per il concorso nelle contravvenzioni colpose una norma di tal fatta non era necessaria, perché la contravv possono di regola essere realizzate indifferentemente sia per dolo che per colpa; (b) la rilevanza del concorso colposo nelle contravvenzioni si ricava dallo stesso art. 110 c.p. posto che parla di concorso nel "reato" e quindi abbraccia anche le contravvenzioni necessariamente colpose e quelle in concreto commesse per colpa.

Concorso doloso nel delitto colposo: il soggetto che materialmente commette il reato non è in dolo ma in colpa, mentre il concorrente è in dolo. *Es/epidemia punisce chiunque la provochi mediante diffusione di germi patogeni; delitto anche colposo (art. 452). Ma se qualcuno dall'esterno ha contribuito alla commissione di questo fatto ed era a conoscenza del carattere patogeno di quel germe, lo possiamo punire a titolo di dolo?*

Es²/il medico scambia un farmaco con un altro perché vuole uccidere il pz; l'infermiere, in colpa, non si accorge dello scambio.

Possiamo dire che il medico concorre dolosamente nell'altrui delitto colposo?

Tesi minoritaria: non possiamo configurare concorso doloso nel delitto colposo. **Argomento principale** a sostegno è quello che abbiamo visto poc'anzi, cioè la necessaria **medesimezza dell'elemento soggettivo**, perché reato unitario.

Tesi prevalente: possibile concorso doloso nel delitto colposo. Argomenti: in parte quelli già citati. Inoltre **(a)** sarebbe irragionevole dire che non è ammesso il concorso doloso nel delitto colposo, perché se l'autore materiale di quel fatto non è in colpa, certamente il soggetto risponde a titolo di dolo di concorso in quel delitto (111, 112, 119 c.p.). Si dice poi a sostegno della tesi del sì **(b)** che la stessa regola vale quando l'autore materiale non viene punito perché non è imputabile o non punibile. Se quindi l'autore materiale è in colpa ed è punibile ed imputabile non ha senso non ammettere il concorso. Si invoca altresì **(c)** il combinato disposto degli artt. 48 e 47 c.p. (visto sopra). Tra l'altro **(d)** se dicessimo che non è ammesso il concorso doloso nel delitto colposo si creerebbe disparità di trattamento: per quale motivo chi induce in errore il soggetto deve rispondere, mentre chi sfrutta l'errore preesistente non risponde? Da ultimo **(e)** si invoca un principio che si desume dall'art. 42 c.p.: per i delitti la regola generale è il dolo, mentre la responsabilità per colpa o preterintenzione deve essere espressamente prevista. Siccome quindi la regola è la responsabilità a titolo di dolo, il legislatore non ha bisogno di dire che è ammesso il concorso doloso nell'altrui delitto colposo.

Ben più problematica è l'ipotesi di **concorso colposo nel delitto doloso**. Ovviamente ci si riferisce a casi in cui il fatto è previsto dalla legge anche come delitto colposo. Entrano infatti di solito in gioco omicidio, lesioni, incendio, epidemia, disastro ambientale. Il soggetto che materialmente pone in essere la condotta tipica è un soggetto che agisce in dolo. Noi invece dobbiamo porre l'attenzione sul concorrente in colpa. Sono sostenute ancora oggi due grandi tesi. **Prima tesi: non ammesso concorso colposo nel delitto doloso.** Tesi accolta dalla dottrina prevalente e fino al 2018 da giurisprudenza minoritaria. Nel 2018

invece la **Cassazione ha aderito alla tesi del no**. A sostegno della tesi del no le **argomentazioni** sono: **(a)** combinato disposto degli artt. 42 e 113 c.p. Ai sensi dell'art. 42 c.p. la responsabilità a titolo di colpa deve essere espressamente prevista dalla legge. Quindi posto che per punire chi ha concorso colposamente, qui manca l'espressa previsione, perché l'art. 113 c.p. conosce l'ipotesi della cooperazione colposa nel delitto colposo. Se il 113 c.p. avesse detto concorso colposo nel delitto doloso o colposo le cose sarebbero state diverse, ma siccome così non è la norma da qua non può applicarsi al concorso colposo nel delitto doloso. Immaginare in questo quadro un concorso colposo nel delitto doloso equivarrebbe ad analogia *in malam partem* e dunque vietata. **(b)** Quando il legislatore ha voluto punire chi per colpa agevola la commissione del delitto doloso, lo ha fatto con norme *ad hoc* artt. 254, 259, 350 c.p. (il 350 c.p. un tempo; oggi invece è illecito amministrativo). In tutti questi casi la legge ha sentito l'esigenza di introdurre una norma apposita per punire chi colposamente agevola la commissione di un delitto doloso. Queste norme dimostrano dunque che solo in questi casi è possibile punire chi colposamente concorre alla commissione di un delitto doloso. (c) Mancherebbe o comunque sarebbe difficilmente immaginabile il collegamento soggettivo che ci consente di distinguere le fattispecie concorsuali dalle ipotesi di cui all'art. 41 co 3 c.p. (concorso di cause indipendenti). Sia quando parliamo di cooperazione colposa sia quando parliamo di concorso doloso nel delitto doloso chiediamo sempre collegamento psicologico e dunque che il soggetto si rappresenti di agire con altri. Questo collegamento è difficilmente immaginabile nel caso di concorso colposo nel delitto doloso, perché se mi devo immaginare di agire con altri probabilmente sono in dolo. Cioè *es/se mi devo rappresentare che il veleno che sto vendendo servirà per omicidio, sicuramente sono in dolo*. (d) Il fatto doloso altrui si potrebbe configurare come fattore interruttivo della causalità, cioè ben si potrebbe dire che quando l'autore materiale decide di commettere quel delitto e lo commette, la commissione di quel delitto colposo rappresenta interruzione del nesso causale tra la condotta sorretta da colpa e l'evento doloso che poi si va a

verificare. In altre parole ben si potrebbe dire che dal punto di vista del soggetto che ha posto in essere la condotta colposa la successiva condotta dolosa posta in essere dall'autore materiale rappresenta un fattore causale sopravvenuto interruttivo del nesso di causalità (art. 41 co 2 c.p.). **(f)** Si invoca poi il principio di affidamento: il concorso colposo nel delitto doloso è strutturalmente incompatibile con il principio di affidamento, altrimenti il soggetto dovrebbe preoccuparsi anche che le sue condotte non forniscano spunti per commettere dei fatti colposi o dolosi. → Posto che non è ammesso il concorso colposo nel delitto doloso, ciò non vuol dire che questi soggetti che hanno posto in essere condotte sorrette da colpa non possono essere puniti, perché se il reato che entra in gioco è d'evento e a forma libera è evidente che rispondono a titolo monosoggettivo (art. 41 co 3 c.p.). Quindi la tesi del no comporta conseguenze drasticamente diverse rispetto alla tesi del sì nei reati di mera condotta ed a forma vincolata. È evidente che in questi casi chi non pone in essere la condotta descritta dalla norma non può essere punito e dunque in relazione a questi reati se non è ammesso il concorso colposo nel delitto doloso i contributi causali colposi non verranno puniti.

Seconda tesi: ammesso concorso colposo nel delitto doloso. La tesi del sì in parte **critica alcuni argomenti della tesi del no.** Ad esempio **(a)** l'art. 42 c.p. non è violato, perché si riferisce alle singole fattispecie di parte speciale e non anche a quelle norme che estendono l'area della punibilità, come fa il concorso di persone nel reato. **(b)** L'obiezione del 113 c.p. si supera con il principio in forza del quale non c'è dolo senza colpa. Cioè: anche il dolo al pari della colpa richiede la violazione di regola cautelare. Nel più è contenuto il meno. Quindi se è ammesso il concorso colposo in un delitto colposo, a maggior ragione deve essere ammesso il concorso colposo nel delitto doloso. **(c)** Le agevolazioni colpose non è vero che sono argomento a sostegno della tesi del no, perché il legislatore qui ha previsto questi reati perché le fattispecie agevolate non sono previste a titolo di colpa. Il problema del concorso colposo nel delitto doloso si pone solo quando quel delitto è punito sia a titolo di dolo che a titolo di colpa.

Quindi non possiamo dire che da quelle norme si desume che solo in quei casi è possibile punire il concorso colposo nel delitto doloso. **(d)** Artt. 116 e 117 c.p. conoscono ipotesi di concorso con elemento soggettivo differenziato. **(e)** Se ammettiamo il concorso doloso nel delitto colposo perché non dobbiamo ammettere il concorso colposo nel delitto doloso? → La tesi dei sì ammette il concorso colposo nel delitto doloso a condizione che la regola cautelare violata sia finalizzata ad evitare la commissione di quel reato.

Casi più noti portati all'attenzione della giurisprudenza:

- (1)** Psichiatra che per colpa sospende o riduce sensibilmente le cure ed a causa di questo il paziente uccide una persona.
- (2)** Porto d'armi, sia quando viene concesso che quando viene rinnovato. Risponde per colpa il medico che ha attestato l'idoneità al rilascio o al rinnovo; i funzionario che hanno collaborato a tale rilascio/rinnovo.
- (3)** Condannato per concorso colposo in incendio doloso il proprietario di un capannone dove venivano custoditi materiali (pneumatici) perché non aveva adottato tutte le misure necessarie ad impedire l'incendio e qualcuno aveva poi cagionato dolosamente un incendio.
- (4)** Dirigente o commissario di polizia di Stato che non aveva ritirato ad un agente di pg l'arma in dotazione nonostante fosse a conoscenza dei problemi psichici e delle liti violente in famiglia. L'agente di pg aveva poi ucciso la moglie con quell'arma. Dirigente/commissario condannato per concorso colposo in omicidio doloso.
- (5)** Omicidio al Tribunale di Milano. L'addetto al metal detector non risponde di concorso colposo in omicidio doloso.

CONCORSO APPARENTE DI NORME E CONCORSO DI REATI

Concorso apparente di norme: può profilarsi in due casi, e cioè (a) quando un unico fatto concreto (azione od omissione) sia riconducibile ad una pluralità di norme incriminatrici; (b) quando si realizzino più fatti concreti

cronologicamente separati, ciascuno dei quali sia riconducibile ad una norma incriminatrice, e sia applicabile una sola di queste norme →antefatto non punibile o postfatto non punibile.

Analizziamo entrambe le ipotesi.

(A) Unico fatto concreto, riconducibile ad una pluralità di norme incriminatrici: anzitutto per capire se c'è concorso apparente di norme o concorso di reati, il legislatore detta il criterio della specialità all'art. 15 c.p. →quando si ha rapporto di specialità si ha concorso apparente di norme e al fatto concreto è applicabile solo la norma speciale.

Una norma è speciale rispetto ad un'altra quando presenti tutti gli elementi del fatto descritto dalla norma generale, ed inoltre uno o più elementi specializzanti. La specialità può essere per aggiunta o per specificazione. Es/rapporto di specialità tra associazione per delinquere (416 c.p.) e associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 dpr 309/90).

Se l'elemento specializzante costituisce circostanza aggravante o attenuante del reato, si applica solo la fattispecie circostanziata (art. 15 c.p.).

Sono invece da criticare le tesi della specialità reciproca e della specialità in concreto, elaborate al fine di estendere l'area di applicabilità del concorso apparente di norme.

Specialità in concreto: rapporto tra due norme che descrivono modelli legali di reato che non sono tra loro in rapporto di specialità, ma ricomprendono entrambe un medesimo fatto concreto, in ragione delle particolari modalità con le quali quel fatto è stato realizzato es/falsificazione di un atto pubblico che venga in concreto utilizzato quale mezzo per commettere una truffa. Norma concretamente speciale sarà quella sanzionata più severamente (quindi nel nostro esempio il falso in atto pubblico) → Obiezione a questa tesi: non può farsi dipendere da un mero fatto concreto l'instaurazione di un rapporto di genere a specie tra le norme.

Specialità reciproca (bilaterale): si tratta di fatti di reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi speciali ed elementi generali rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra fattispecie es/violenza privata (610 c.p.) e violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.) il 610 c.p. è speciale rispetto al 611 c.p. perché richiede l'effettiva coartazione del soggetto passivo, mentre il 611 si accontenta del fine di coartare il soggetto passivo ("per costringere"). Per contrario l'art. 611 c.p. è speciale rispetto alla violenza privata nella parte in cui si richiede che la violenza o la minaccia siano finalizzati a costringere il soggetto passivo a commettere un reato, mentre nell'art. 610 c.p. la coartazione è diretta in generale ad un fare, tollerare o omettere qualche cosa. → Critica: risulta pressoché impossibile individuare la norma speciale, ed infatti i criteri cui fanno riferimento i sostenitori della tesi della specialità bilaterale (es/il n° di elementi specializzanti) appaiono apodittici e/o impraticabili.

Mossa dall'intenzione opposta, cioè restringere l'area del concorso apparente di norme, parte della giurisprudenza ha interpretato il riferimento dell'art 15 c.p. alla "stessa materia" quale sinonimo di "stesso bene giuridico" protetto dalla norma generale → critiche (a) stessa materia non invoca in alcun modo stesso bene giuridico; (b) nessuna ragione logica si oppone al considerare speciale una norma che, oltre al bene giuridico tutelato dalla fattispecie generale, tuteli un bene giuridico ulteriore es/appropriazione indebita che è posta a tutela del patrimonio, mentre norma speciale è il peculato che, oltre al patrimonio, tutela anche andamento e buon funzionamento della p.a.; il delitto di peculato esaurisce in sé il disvalore del delitto di appropriazione indebita.

Il principio di specialità conosce tuttavia, per espressa previsione di legge, eccezioni. L'art. 15 c.p. prevede infatti "salvo che sia altrimenti stabilito" → Clausola che non può certo leggersi nel senso di far prevalere la norma generale sulla speciale, altrimenti quella speciale sarebbe sempre inapplicabile e dunque è da leggersi nel senso che saranno applicabili entrambe le norme → si avrà quindi concorso formale di reati.

Altri due criteri per individuare un concorso apparente di norme: sussidiarietà e consunzione.

Principio di sussidiarietà: anzitutto una norma è sussidiaria rispetto ad un'altra norma (norma principale) quando quest'ultima tutela, accanto al bene giuridico protetto dalla prima norma, uno o più beni ulteriori, ovvero reprime un grado di offesa più grave allo stesso bene.

La logica della sussidiarietà è prevista espressamente dal legislatore quando utilizza clausole di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato" oppure "fuori del caso indicato nell'art. x" o "fuori dei casi di concorso nei reato x" et simili. → In questi casi troverà applicazione solo la norma cui la clausola di riserva fa rinvio.

Attenzione: M-D sostengono. Il n° delle norme incriminatrici che contengono clausola di sussidiarietà espressa è così rilevante da legittimare la conclusione che quelle clausole diano in realtà rilevanza ad un principio di portata generale, in grado dunque di poter operare anche in caso di sussidiarietà tacita. Sussidiarietà tacita: le due norme incriminatrici alle quali è astrattamente riconducibile il fatto di reato si pongono tra loro in un rapporto di rango, nel senso che individuano due figure di reato di diversa gravità delle quali l'una offende un bene giuridico ulteriore rispetto all'altra (es/delitto di strage e incendio, che è posto a tutela dell'incolumità pubblica) ovvero rappresenta un'offesa più profonda al medesimo bene giuridico (come accade nei reati di pericolo concreto e corrispondenti figure di reati di danno).

Principio di consunzione: ad opinione di M-D consunzione ricorre quando la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma ed assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto. L'idea della consunzione sta alla base della disciplina del reato complesso art. 84 c.p. Il reato complesso è integrato se nel singolo fatto concreto è presente il nesso strumentale e funzionale tra i reati es/il furto in abitazione è integrato – con

estromissione del furto semplice e della violazione di domicilio – solo quando l'agente fin dal primo momento in cui si introduce nell'abitazione agisce allo scopo di rubare.

Secondo M-D poi il principio di consunzione trova altresì applicazione quando la commissione di un reato sia in concreto strettamente funzionale alla commissione di un altro e più grave reato → la dottrina parla di reato eventualmente complesso es/simulazione di reato è assorbito dal delitto di calunnia quando la simulazione delle tracce di reato inesistente sia diretta unicamente, fin dall'origine, a rendere più attendibile la falsa incolpazione. Es²/nessuno si sognerebbe di ravvisare un concorso tra omicidio doloso e danneggiamento nel caso in cui taluno provochi la morte di un'altra persona vibrando un colpo di coltello mirato al cuore ed in tal modo lacerando l'abito della vittima → E d'altra parte non si vede come possa spiegarsi l'estromissione della norma sul danneggiamento se non in base alla logica della consunzione; logica in virtù della quale danneggiamento è estromesso perché è strettamente necessario passare attraverso il danneggiamento dell'abito per commettere l'omicidio con quelle modalità.

Attenzione: la figura del reato eventualmente complesso non è prevista dalla legge, di tal che chi non riconosce il criterio della consunzione applicherà invece l'aggravante di cui all'art. 61 n°2 c.p. (nesso teleologico) in ragione del fatto che l'agente ha commesso un reato mezzo (danneggiamento) per eseguire il reato fine (omicidio).

(B) Più fatti concreti cronologicamente separati: antefatto e postfatto non punibile. Quando più fatti concreti, posti in essere in momenti cronologicamente separati, integrano più fattispecie di reato, non di rado è il legislatore stesso a stabilire che c'è concorso apparente di norme.

Ipotesi espresse di antefatto non punibile: es/art. 302 c.p. chi istiga taluno a commettere un delitto contro la personalità dello Stato è punito "se il delitto non è stato commesso" → se invece il delitto viene commesso, l'istigatore risponderà

soltanto a titolo di concorso del reato commesso dall'istigato, mentre la condotta del 302 c.p. sarà antefatto non punibile.

Es²/adescamento di minori si apre con "se il fatto non costituisce più grave reato" quindi questo diventa antefatto non punibile se seguito da una violenza sessuale consumata o tentata.

La logica che sta dietro alla logica dell'antefatto non punibile è quella della sussidiarietà: tra più norme che prevedono stadi e gradi diversi di offesa allo stesso bene giuridico, prevale come norma principale quella che descrive lo stadio più avanzato ed il grado più intenso di offesa al bene.

Ipotesi tacite di antefatto non punibile: in questo caso possono essere motivate (o) in ragione del principio di sussidiarietà (es/se Tizio prima percuote Caio e poi, a seguito di una sopravvenuta e nuova decisione, lo ferisce cagionandogli una malattia, risponderà solo del delitto di lesioni. Stessa cosa se alle lesioni segue, alle condizioni appena descritte, un omicidio) (o) in ragione del principio di consunzione (es/la Cassazione ha escluso il reato di furto quando a questo sia seguito il reato di soppressione, distruzione e occultamento di atti pubblici veri nel caso in cui i due fatti siano avvenuti in contestualità cronologica ed il fine dell'agente fosse sin da principio quello di eliminare il documento).

Previsione espresse di postfatto non punibile: es/favoreggiamento personale e reale, entrambi si applicano "fuori dei casi di concorso" nel reato antecedente; stessa cosa per la ricettazione. Es²/falsità in monete; ex art. 455 c.p.. è punito chi spende o mette altrimenti in circolazione monete falsificate "fuori dei casi previsti dai due articoli precedenti" e quindi se Tizio prima contraffà, come autore o partecipe, monete aventi corso legale nello Stato e successivamente le mette in circolazione, quest'ultima condotta è postfatto non punibile.

La logica alla base di questa ipotesi è quella della consunzione: la repressione del fatto antecedente esaurisce il disvalore complessivo, mentre il fatto successivo ne rappresenta un normale sviluppo; attraverso la condotta successiva, infatti,

l'autore (o) consegue i vantaggi perseguiti attraverso il primo fatto (455 c.p.) (o) ne mette al sicuro i risultati (favoreggiamento personale e reale).

Ipotesi tacite di postfatto non punibile: tutte le volte in cui il reato susseguente rappresenta un normale sviluppo della condotta precedente, con il quale l'agente consolida i vantaggi derivanti dal primo reato es/risponde solo di furto il soggetto che dopo aver sottratto la cosa si comporti da proprietario e quindi la venda o la distrugga; non risponderà quindi di appropriazione indebita né di danneggiamento in caso la cosa sia di interesse storico o artistico.

Le norme a più fattispecie e le disposizioni a più norme: ci sono una serie di ipotesi in cui una sola disposizione di legge prevede al suo interno una serie di fatti ai quali ricollega la stessa pena. Ci si chiede allora se in questi casi la fattispecie incriminatrice preveda un unico reato, che può essere integrato attraverso diverse modalità equivalenti (si parla di norma a più fattispecie o norma mista alternativa), ovvero di una pluralità di reati che possono concorrere tra loro (disposizioni a più norme o norma mista cumulativa).

La Cassazione ha precisato che le norme a più fattispecie descrivono una pluralità di condotte fungibili, con le quali può essere integrata in via alternativa un'unica norma incriminatrice → il reato astrattamente previsto è uno solo, ma lo si può realizzare indifferentemente attraverso una o più condotte descritte dalla norma incriminatrice. Al contrario invece le disposizioni a più norme contengono tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie legislativamente previste: le diverse condotte costituiscono differenti elementi materiali di altrettanti reati.

La maggior parte della dottrina ritiene che nel nostro ordinamento vi sia posto sia per le norme a più fattispecie sia per le disposizioni a più norme, di tal che sarà compito dell'interprete stabilire di volta in volta di cosa si tratti.

Invece secondo M-D l'interpretazione della legge dovrebbe sempre condurre a ravvisare un unico reato, trattandosi di violazione di un'unica norma

incriminatrice → l'inclusione in un'unica disposizione di diverse modalità di offesa al bene giuridico ovvero di un'offesa più o meno intensa al medesimo bene giuridico, con la previsione della stessa pena, parla nel senso di un'unificazione legislativa di quei vari fatti. La molteplicità dei fatti eventualmente commessi rileverà sotto il profilo del 133 c.p.

IL CONCORSO DI REATI

Unità o pluralità di reati: escludere il concorso apparente di norme non basta per affermare che, in presenza di una pluralità di azioni, ci si trova innanzi ad un concorso di reati. La soluzione al quesito (sono davvero più reati?) va cercata sul terreno normativo, attraverso l'esame e l'interpretazione delle norme incriminatrici.

Accade anzitutto non di rado che sia la stessa norma incriminatrice ad esigere il compimento di più azioni es/furto= prima sottrazione poi impossessamento; anche nei reati abituali sono necessarie più condotte reiterate nel tempo es/maltrattamenti contro familiari e conviventi.

Ci sono poi figure di reato che non richiedono necessariamente una pluralità di azioni, ma che possono essere integrati attraverso una pluralità di atti es/partecipazione ad una rissa sia che il soggetto si limiti a compiere un solo atto di colluttazione fisica, sia nel caso in cui compia una serie di atti violenti nei confronti di uno o più corrisanti. Es²/si ha un unico fatto di corruzione di minorenni sia che venga compiuto un unico atto sessuale, sia che vengano compiuti più atti sessuali in presenza di persona minore di anni 14 al fine di farla assistere. Es³/anche sequestro di persona (reato permanente) può essere realizzato con più atti nell'ipotesi in cui il sequestratore dopo l'iniziale trasferimento coatto della vittima in una casa di campagna la sposti, magari più volte, in altre prigioni.

Infine si ha un unico reato quando ci si trovi in presenza di più azioni, tutte integranti il modello legale di un medesimo fatto di reato, poste in essere contestualmente e nei confronti di un'unica persona offesa es/Tizio compie un

furto in abitazione e inizia a svaligiare la casa, carica la refurtiva in macchina e poi torna in appartamento per completare la razzia di denaro e gioielli → si tratta di un unico furto in appartamento (art. 624 bis c.p.). attenzione: nel furto la p.o. è il detentore, che può essere anche diverso dal proprietario, es/chi detiene una cosa in custodia è detentore e quindi se la rubano lui sarà p.o., mentre il proprietario sarà il danneggiato dal reato. → Ne consegue tra l'altro che il furto è unico anche se le cose, sottratte all'unico detentore, sono di proprietà di più soggetti diversi.

Escluso che ci si ritrovi innanzi ad un unico reato e che c'è invece concorso di reati, occorre distinguere tra concorso formale e materiale di reati.

Concorso formale di reati (art. 81 co 1 c.p.): commissione di più reati con una sola azione od omissione. Il concorso formale di reati può poi essere omogeneo se quell'unica azione viola più volte la medesima norma incriminatrice, oppure eterogeneo quando quell'azione viola due o più norme incriminatrici. Attenzione: non si dimentichi che "unica azione" può aversi sia quando c'è un solo atto, sia quando l'agente tiene una pluralità di atti in un unico contesto spazio-temporale.

Concorso formale omogeneo: per stabilire se ci si trovi innanzi ad un concorso formale omogeneo e non ad un unico reato, il criterio fondamentale è quello della molteplicità delle offese al bene giuridico es/risponderà per concorso formale omogeneo di reati di omicidio stradale o lesioni personali stradali il conducente di un autoveicolo che cagiona per colpa la morte o la lesione di più passeggeri e/o conducenti. Postilla: proprio in caso di concorso formale di reati di omicidio stradale o di lesioni personali stradali la legge (rispettivamente artt. 589 bis co 8 e 590 bis co 8 c.p.) ha previsto una deroga alla disciplina ordinaria del concorso formale, introducendo un tetto massimo di pena.

Concorso formale eterogeneo: con un'unica azione un soggetto integra due (o più) fattispecie di reato es/concorso tra violenza sessuale ed incesto.

Nei reati omissivi impropri: es/concorso formale omogeneo di omicidi colposi mediante omissione se il datore di lavoro ha colposamente ommesso di predisporre misure di sicurezza che, se adottate, avrebbero impedito la caduta di due operai dall'impalcatura, e la loro successiva morte.

Es/concorso formale eterogeneo tra incendio colposo mediante omissione e omicidio colposo mediante omissione nel caso di un incendio sviluppatosi in un deposito carburati, sfociato nella morte di un operaio → di entrambi i reati risponderà il preposto che per incuria abbia ommesso di eseguire i doverosi controlli sul funzionamento degli apparati antincendio che avrebbero impedito sia le lesioni che la morte.

Nei reati omissivi propri: es/concorso formale omogeneo dei delitti di omissione di soccorso nel caso in cui taluno, al parco, pur vedendo un bimbo di tre anni piangente e privo di accompagnatore e vedendo nei pressi del bambino una donna riversa al suolo gravemente ferita (verosimilmente la madre) decida scientemente, per non avere fastidi, di non avvisare l'autorità perché prenda in custodia il bimbo e di non chiamare l'ambulanza perché soccorra la donna ferita.

Es2/concorso formale eterogeneo tra omissione di soccorso e omessa denuncia di reato da parte di un pubblico ufficiale, il poliziotto che pattugliando una via cittadina scorga una persona gravemente ferita con un pugnale ancora conficcato in una spalla e, incurante dei suoi doveri, ometta sia di prestare soccorso chiamando l'ambulanza, sia di riferire l'accaduto ai suoi superiori.

Trattamento sanzionatorio del concorso formale di reati: cumulo giuridico delle pene, previsto dall'art. 81 co 1 c.p. in forza del quale si infligge la pena per la violazione più grave, aumentata fino al triplo.

Cosa si intende per violazione più grave?

Un primo indirizzo, sposato dalle SU afferma che per valutare quale sia la violazione più grave debba guardarsi alla cornice edittale prevista dalla legge:

dovrà aversi riguardo al massimo e se il massimo coincide dovrà aversi riguardo al minimo.

Un diverso indirizzo ritiene invece (M-D) che debba guardarsi alla violazione più grave in concreto → a sostegno art. 187 disp att c.p.p. che prevede che quando concorso formale di reati e reato continuato sono applicati dal giudice dell'esecuzione "si considera violazione più grave quella per cui è stata inflitta a pena più grave" → dunque secondo M-D non c'è ragione per dire che invece quando è il giudice della cognizione a dover applicare la pena del concorso formale egli debba guardare alla cornice edittale prevista in astratto.

Una volta individuata la pena base, il giudice procederà agli aumenti per la pena dei reati-satellite: aumento minimo di regola è 1 gg per le pene detentive e 1 euro per le pene pecuniarie (art. 134 c.p.). Eccezione: art. 81 co 4 c.p. se il soggetto è recidivo reiterato l'aumento non può essere inferiore ad 1/3 della pena stabilita per il reato più grave; questo vale anche se in sede di bilanciamento il giudice ha considerato l'aggravante equivalente alle attenuanti.

Invece il limite massimo di aumento della pena incontra un duplice limite: (a) la pena non può superare il triplo della pena base, ed in ogni caso (b) non può superare l'ammontare della pena che verrebbe applicata se si procedesse al cumulo materiale (art. 81 co 3 c.p.).

Problema: cumulo giuridico ammesso anche in caso di pene eterogenee, e quindi diverse o per specie (reclusione/arresto e multa/ammenda) o per genere (detentiva/pecuniaria)?

In caso di pene diverse per specie prevale nettamente la tesi del sì, è applicabile il cumulo giuridico. Alla pena del reato base si aggiungerà un aumento di pena detentiva per il reato satellite, a nulla rilevando che nel primo caso sia una reclusione e nel secondo un arresto.

La più recente Cassazione ha dato risposta affermativa anche in caso di reati puniti con la pena pecuniaria e con la pena detentiva.

Ci sono però opinioni differenti riguardo al come operare il cumulo giuridico tra pene di genere diverso:

Secondo un primo indirizzo = cumulo giuridico per assimilazione, nel senso che per cumulo giuridico anche i reati satellite puniti con pena detentiva devono essere convertiti ex lege in una corrispondente quota di pena pecuniaria (criterio di ragguglio del 135 c.p.)- → Obiezione: commutare la pena pecuniaria in pena detentiva viola la legge ed in particolare viola l'art. 81 n°3 c.p. perché si imporrebbe una pena qualitativamente più grave di quella che sarebbe derivata al reo dal cumulo materiale.

Abbandonato il requisito del cumulo per assimilazione sono state prospettate due strade.

Una prima strada: criterio dell'addizione = il giudice deve aggiungere alla pena detentiva quantificata per il reato più grave una pena pecuniaria per il reato satellite, la cui misura non potrà superare il limite del triplo della pena base (art. 81 co 1 c.p.) → quindi il criterio di ragguglio del 135 servirà solo per accertare che tale limite non sia superato.

Seconda strada, accolta da recente pronuncia Sezioni Unite: criterio della moltiplicazione = l'aumento per il reato satellite deve effettuarsi dapprima sub specie di pena detentiva, sulla pena detentiva prevista per il reato base, e poi in seconda battuta tale aumento di pena deve essere raggugliato in pena pecuniaria ex art. 135 c.p.

Il concorso materiale di reati: pluralità di azioni o omissioni caratterizzate dall'esistenza di una cesura temporale tra le plurime violazioni della stessa norma (concorso materiale omogeneo) o tra le violazioni di diverse disposizioni di legge (concorso materiale eterogeneo).

Concorso materiale di reati commissivi: es/dopo aver commesso un furto in casa di Tizio, senza riuscire a svuotarla del tutto Caio penetra di nuovo in quell'appartamento, completando la razzia di beni (omogeneo).

Concorso materiale di reati omissivi: es/datore di lavoro che, omettendo per colpa di far riparare dispositivo di sicurezza di una macchina, cagioni una lesione grave ad un operaio e, sordo all'ammonimento, continua a violare il suo dovere di garanzia, di tal che nei giorni successivi altri operai vengono feriti ed anzi uno muore → concorso tra lesioni colpose omissive e omicidio colposo mediante omissione (eterogeneo).

Trattamento sanzionatorio del concorso materiale: cumulo materiale delle pene, anche se temperato dalla fissazione di un limite massimo per ciascuna specie di pena (artt. 78 ss c.p.) + in ogni caso la pena complessiva non può superare il quintuplo della più grave delle pene concorrenti.

Se si tratta di reati puniti con pene della stessa specie: si regola somma aritmetica delle pene stabilite per ciascun reato.

Se reati puniti con pene di specie diversa: le varie pene si applicano tutte distintamente e per intero (artt 74 co 1 e 75 co 1 c.p.); attenzione però perché le pene detentive di specie diversa (reclusione e arresto) non si applicano per intero se la durata complessiva delle varie pene supererebbe 30 anni (art. 78 co 2 c.p.).

Cumulo materiale si applica sia nel caso in cui (a) una persona venga condannata con una sola sentenza o decreto, sia nel caso in cui (b) dopo una prima condanna egli venga giudicato e condannato per un altro reato, commesso anteriormente o posteriormente (art. 80 pt I c.p.), sia infine nel caso in cui (c) contro la stessa persona si debbano eseguire più sentenze o più decreti di condanna (art. 80 pt II c.p. e art. 663 c.p.p.).

Il reato continuato (art. 81 co 2 c.p.): taluno con più azioni od omissioni, esecutive del medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

Al reato continuato si applica il cumulo giuridico delle pene. Ratio: attenuare le pesanti conseguenze del cumulo materiale + minore colpevolezza di chi cede una volta sola ai motivi a delinquere, cioè quando concepisce il disegno criminoso.

Ricorre medesimo disegno criminoso quando il soggetto, prima dell'inizio dell'esecuzione del primo dei reati in concorso, abbia individuato le linee essenziali del suo progetto criminoso (ideazione di più reati e deliberazione di realizzarli).

Contenuto del disegno criminoso: secondo alcuni basterebbe la generica previsione ad esempio di reati contro il patrimonio; secondo altri sarebbe invece necessario un piano dettagliato avente ad oggetto i singoli reati, comprendente le modalità di attuazione dei medesimi (es/una rapina nella banca y o in casa di Tizio). Orientamento prevalente adotta una soluzione intermedia: secondo le Sezioni Unite infatti è necessario e sufficiente che, al momento della commissione del primo reato, i successivi fossero stati programmati almeno nelle loro linee essenziali.

Quindi nell'ottica delle SU il medesimo disegno criminoso non è interrotto se in corso d'opera invece che rapinare l'appartamento di Tizio, Caio rapini quello contiguo di Sempronio perché è più facile scassinare la serratura.

Parte della giurisprudenza e la dottrina maggioritaria richiedono poi, ai fini del reato continuato, l'unicità di scopo (tentativo di restringere l'area del reato continuato).

L'unità del disegno criminoso non viene interrotta dall'intervento di una sentenza definitiva di condanna in relazione ad una parte dei reati in concorso, dopo la quale l'agente realizzi l'altra parte → un tempo discusso, questa affermazione trova oggi conferma all'art. 671 c.p.p., che attribuisce anche al giudice dell'esecuzione il potere di applicare la disciplina del reato continuato → sarà il giudice a dover verificare caso per caso se per effetto della precedente condanna si sia o meno verificata l'interruzione del medesimo disegno criminoso.

Inoltre secondo Cassazione Sezioni Unite la sottoposizione a misura restrittiva della libertà personale di per sé non interrompe l'unicità del medesimo disegno criminoso → sarà il giudice a dover valutare nel caso concreto la privazione della libertà personale ha avuto o meno quest'effetto.

I reati oggetto del medesimo disegno criminoso: le disposizioni di legge la cui violazione può dar luogo a reato continuato sono solo quelle che prevedono delitti dolosi → il requisito del medesimo disegno criminoso impone una sia pur sommaria rappresentazione preventiva di tutti gli elementi costitutivi dei vari fatti di reato (e va beh, perché può esserci anche colpa con previsione), nonché la deliberazione di commetterli.

Disciplina del reato continuato: i reati uniti dal vincolo della continuazione si considerano unificati (a) ai fini della pena principale (b) ai fini della sospensione condizionale della pena → il giudice terrà in considerazione la pena considerata unitariamente; ribadito anche all'art. 673 c.p.p. sulla continuazione applicata dal giudice dell'esecuzione, che in tale sede deve rideterminare la pena e, se ne sussistono i presupposti, sospenderne condizionalmente l'esecuzione; (c) dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato → per i quali la considerazione unitaria del reato continuato è a favore dell'agente (logica propria della continuazione, quella del favor rei).

Considerazione unitaria del reato a partire dal 1 gennaio 2020 (cioè l. 3/2019 che ha ripristinato lo status quo ante legge ex Cirielli 2005) anche in punto di prescrizione del reato.

Al di fuori di queste ipotesi, i reati avvinati dal vincolo della continuazione si considerano distinti, ed in particolare (a) amnistia propria ed impropria = da verificarsi in relazione ad ogni singolo reato; (b) indulto = da verificarsi in relazione ad ogni singolo reato; (c) imputabilità; (d) misure di sicurezza; (e) concorso di persone nel reato; (f) circostanze del reato; (g) pene accessorie = si

ha riguardo alle pene principali di ciascuno dei reati in continuazione (es/p. 616 MD).

LE PENE: TIPOLOGIA, COMMISURAZIONE, ESECUZIONE, ESTINZIONE

La sistematica delle pene: possono essere divise in 4 sottocategorie: (1) pene principali, (2) pene sostitutive delle pene detentive, (3) pene derivanti dalla conversione di pene pecuniarie, (4) pene accessorie + effetti penali della condanna.

Pene principali sono: (a) nel codice penale = ergastolo (non per i minori), reclusione, multa (per i delitti), arresto e ammenda (per le contravvenzioni); (b) nel codice penale militare = reclusione militare; (c) davanti al GdP = permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità.

Analizziamo allora le singole pene detentive.

Ergastolo: previsto per alcuni delitti contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica e contro la vita. In caso di concorso di reati ex art. 73 co 2 c.p. l'ergastolo si applica anche quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a 24 anni.

Prima di una recente riforma, l'ambito applicativo dell'ergastolo veniva fortemente ridotto dalla disciplina del rito abbreviato. L'abbreviato escludeva infatti la pena dell'ergastolo, alla quale era sostituita la pena dei 30 anni di reclusione → opinione pubblica ha ritenuto eccessiva questa riduzione di pena e quindi la l. 33/2019 ha reso inapplicabile il giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

La pena dell'ergastolo nasce come pena perpetua, tuttavia già l'art. 176 co 3 c.p. erode questo carattere prevedendo per il condannato all'ergastolo la possibilità di essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato 26 anni di pena. Termine che può essere ulteriormente abbreviato per effetto della liberazione anticipata (l.a.). Inoltre dopo l'espiazione di almeno 10 anni di pena il condannato può essere ammesso ai permessi premio e dopo 20 anni alla

semilibertà → anche per l'accesso a questi istituti si terrà conto della l.a. eventualmente maturata (**tutti gli istituti ora nominati verranno approfonditi nella parte dedicata all'esecuzione della pena**).

Tutto quanto appena esposto trova deroga nelle ipotesi di ergastolo ostativo, previsto quando il reo sia stato condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4 bis ord penit e non collabori con la giustizia, né si trovi in una situazione in cui tale collaborazione sia irrilevante o impossibile. Tali condannati sono esclusi dal lavoro esterno, dai permessi premio, dalle misure alternative alla detenzione (mad) e dalla liberazione condizionale.

È possibile isolamento diurno, che ha natura sanzionatoria e riguarda il condannato per più delitti ciascuno dei quali puniti con l'ergastolo (isolamento da 6 mesi a 3 anni) ovvero un delitto punito con l'ergastolo in concorso con uno o più delitti puniti in concreto con pena detentiva fino a 5 anni (isolamento da 2 a 6 mesi). Comunque l'isolamento diurno lascia aperta la partecipazione del detenuto ad attività lavorative, di istruzione o di formazione.

Quanto ai problemi di legittimità costituzionale dell'ergastolo, la Corte Costit ha sempre respinto questioni di costituzionalità fondate sul principio di rieducazione del condannato (27 co 3 Cost), sia perché la rieducazione non è il fine unico della pena, sia perché la liberazione condizionale erode la perpetuità della pena.

La Corte Cost si è poi pronunciata sull'ergastolo ostativo e lo ha ritenuto legittimo perché questo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibili, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile esclude l'automatismo dell'ergastolo ostativo, che trova applicazione solo quando la mancata collaborazione è frutto di una libera scelta del condannato. → Critica M-D: non è detto che il condannato che non collabora non abbia ripudiato pienamente e definitivamente la vita criminale e quindi in quest'ipotesi l'ergastolo ostativo è incompatibile con il principio della rieducazione.

Nel 2019 la Corte Edu con la sentenza Viola c. Italia si è pronunciata sull'ergastolo ostativo ed ha condannato l'Italia per violazione del principio di

umanità della pena (art. 3 Cedu), che abbraccia anche il principio della risocializzazione, in ragione del fatto che si tratta di una pena non riducibile. La Corte Edu ha ritenuto priva di fondamento la presunzione per la quale difetto di collaborazione significa persistenza della pericolosità sociale del condannato. La sentenza Viola ha dunque chiesto allo Stato italiano di adottare misure generali idonee ad evitare ulteriori analoghe violazioni dell'art. 3 Cedu; auspica quindi una riforma del regime dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di un riesame della pena.

Nello stesso anno (2019) la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionalità dell'art. 4 bis ord penit nella parte in cui non prevedeva per i detenuti la possibilità di fruire di permessi premio pur in assenza di collaborazione con la giustizia allorchè siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Ulteriore questione di legittimità costituzionale ha investito il carattere fisso dell'ergastolo. Sul punto la Corte Costit ha affermato che in linea di principio tali previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; il dubbio di legittimità costit potrà essere superato caso per caso a condizione che per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma dei comportamenti riconducibili allo specifico reato. Questo stesso ragionamento è stato utilizzato dalla Corte Costit che ha dichiarato l'illegittimità di una comminatoria di pene accessorie in misura fissa.

Reclusione e arresto: la distinzione rileva in pratica al solo fine di distinguere tra delitto e contravvenzione. Sulla carta l'ord penit prevede che la pena detentiva per i condannati all'arresto sia da scontare nelle case di arresto ed invece la pena per la reclusione nelle case di reclusione → nella prassi è lettera morta, perché la pena entrambi i soggetti la scontano negli stessi istituti.

Reclusione: ai sensi dell'art. 23 co 1 c.p. si estende da 15 giorni a 24 anni.

Arresto: ai sensi dell'art. 25 co 1 c.p. si estende da 5 giorni a 3 anni.

Si tratta di un limite che vincola il giudice, non il legislatore il quale è libero di prevedere pene diverse (es/sequestro di persona a scopo di estorsione reclusione è da 25 a 30 anni).

Il giudice, come si diceva, è vincolato ai minimi ed ai massimi di pena quindi es/15 giorni e non di meno anche qualora il giudice ritenga di dover applicare un attenuante. Attenzione: anche per sentenza ex art.444 c.p.p. la reclusione non può scendere sotto i 15 gg per effetto della diminuzione del rito.

Deroga: ai sensi dell'art. 132 co 2 c.p. si prevede che nei casi in cui è consentito al giudice superare il massimo di 24 anni, la reclusione non può comunque eccedere i 30 anni; invece l'arresto quando il giudice possa superare i 3 anni può arrivare fino a 5 anni in caso di concorso di aggravanti (art. 66 co 1 n°2 c.p.) o fino a 6 anni in caso di concorso di reati (art. 78 co 1 n°2 c.p.).

Le pene limitative della libertà personale applicabili dal GdP: permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità, applicabili indistintamente a delitti e contravvenzioni. Alle pene irrogate dal GdP non si applica la sospensione condizionale (art. 60 dlgs 274/2000) → la Corte Costit ha ritenuto questa preclusione legittima perché si tratta di pene che hanno modesto tasso di afflittività e carenti effetti desocializzanti + procedimento peculiare che è volto a privilegiare sanzioni deflattive e conciliative, anziché repressive.

Permanenza domiciliare: comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza. In aggiunta può essere fatto divieto al soggetto di accedere a specifici luoghi nei giorni in cui questi non sia obbligato alla permanenza domiciliare. Si esegue normalmente nei giorni di sabato e domenica, anche se il condannato può chiedere di scontarla continuativamente. Durata: da 6 a 45 giorni.

Lavoro di pubblica utilità: prestazione di attività non retribuita a favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso

enti o organizzazioni di assistenza sociale e volontariato. È applicabile solo su richiesta dell'imputato (art. 4 Cedu). È riconosciuto al giudice un potere discrezionale nella decisione ("se ritiene") in ragione del fatto che tale sanzione potrebbe trovare ostacoli di varia natura in sede attuativa.

Comunque, nella prassi, pene limitative della libertà personale innanzi al GdP occupano ruolo marginalissimo, trovando applicazione quasi esclusiva la pena pecuniaria.

Multa (art. 24 c.p.) e ammenda (art. 26 c.p.): la Corte Costit ha negato qualsiasi contrasto tra l'applicazione di pena pecuniaria ed il principio di rieducazione del condannato, affermando che non si può escludere che la pena pecuniaria possa adempiere una funzione rieducativa, nella forma dell'intimidazione-ammonimento.

Limiti invalicabili per il giudice in sede di commisurazione della pena (anche in caso di riduzione di pena per patteggiamento). Multa (art. 24 co 1 c.p.): può spaziare da minimo 50 euro a massimo 50mila euro. Ammenda (art. 26 co 1 c.p.): può spaziare da minimo 20 euro a massimo 10mila euro. Anche in questo caso art. 132 co 2 c.p. prevede che limite minimo e massimo possono essere derogati dal giudice nei soli casi espressamente previsti dalla legge (es/facoltà di diminuzione della pena ex art. 133 bis c.p.). Invece i limiti de quibus non vincolano il legislatore (es/art. 24 co 2 c.p.: per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da euro 50 a euro 25mila → attenzione lucro non è profitto e quindi non vi rientrano i vantaggi non patrimoniali. Comunque nota bene: si tratta di disposizione praticamente caduta in desuetudine).

Multa e ammenda possono essere pagate in rate mensili; il giudice lo può concedere al condannato in ragione delle sue condizioni economiche (art. 133 ter c.p.). rateizzazione concedibili (a) al non abbiente; (b) a chi si trovi in temporanee difficoltà di pagamento e non solo nel caso di totale impossibilità di

pagare in un'unica soluzione, ma anche quando il mancato frazionamento renderebbe la pena eccessivamente gravosa.

Sono previste poi nel nostro ordinamento, seppure in termini di eccezione, pene pecuniarie fisse e pene pecuniarie proporzionali proprie ed improprie. Pene proporzionali proprie: coefficiente fisso o articolato fra un minimo ed un massimo edittalmente prefissato (es/il doppio o il triplo) rispetto ad entità variabili che costituiscono la base di calcolo (es/l'ammontare del tributo evaso).

Pene proporzionali improprie: la base del calcolo di proporzionalità è fissa, o al più determinabile dal giudice tra un minimo ed un massimo previsti ex lege, mentre la fattispecie concreta ha la funzione di individuare il coefficiente di moltiplicazione della pena base stabilita dalla legge (es/nel TU immigrazione per il datore di lavoro che impieghi stranieri senza permesso di soggiorno 5mila euro di multa per ogni lavoratore impiegato + reclusione).

Conversione della pena pecuniaria: in caso di insolvibilità del condannato, cioè di permanente impossibilità di adempiere. Nel codice del '30 si prevedeva che pena pecuniaria si convertisse in pena detentiva → una sorta di sanzione per il non abbiente che si traduce in una chiara violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). A partire dall'81 la pena pecuniaria è convertibile in libertà controllata e lavoro sostitutivo: ai sensi dell'art. 102 co 3 l. 689/1981 il criterio di ragguglio è 12 euro di pena pecuniaria = 1 giorno di libertà controllata, **mentre 25 euro di pena pecuniaria = 1 giorno di lavoro sostitutivo.** → Disciplina modificata dalla Corte Costituzionale che ha affermato che, poiché la libertà controllata si considera in ogni caso pena detentiva, **la norma deve rileggersi come se prevedesse che 250 euro (o frazione di 250 euro) equivalgono ad 1 giorno di libertà controllata.**

La durata della libertà controllata non può eccedere 18 mesi se la pena è quella della multa, mentre non può eccedere 9 mesi se la pena convertita è quella dell'ammenda; in ogni caso la durata del lavoro sostitutivo non può superare i 60 giorni (art. 103 l. 689/1981).

La conversione è disposta dal magistrato di sorveglianza (art. 660 c.p.p.).

In caso di violazione delle prescrizioni inerenti libertà controllata o lavoro sostitutivo, la parte restante di pena si converte ulteriormente (conversione di secondo grado) in un eguale periodo di reclusione o arresto (art. 108 l. 689/1981).

Contenuto del lavoro sostitutivo (art. 105 l. 689/1981): attività lavorativa non retribuita a favore della collettività da svolgere presso le istituzioni indicate nella norma. L'attività de qua si svolge nell'ambito della provincia in cui il condannato ha la residenza, per la durata di una giornata lavorativa a settimana, salvo che il condannato richieda di essere ammesso ad una maggiore frequenza settimanale.

Attenzione: per i reati di competenza del GdP la conversione della pena pecuniaria è soggetta ad una disciplina particolare (a) accanto al lavoro sostitutivo si prevede la possibilità di irrogare la permanenza domiciliare; (b) se viene comminato lavoro sostitutivo ed il condannato non ottempera agli obblighi, la parte residua si converte in permanenza domiciliare. Invece la violazione della permanenza domiciliare (a) irrogata in seguito di violazione del lavoro sostitutivo, oppure (b) irrogata fin dall'inizio come pena da conversione della multa o dell'ammenda → integra autonoma figura di delitto, punito con la pena della reclusione (art. 56 co 1 dlgs 274/2000).

Ragguaglio tra pena pecuniaria e pena detentiva: art. 135 c.p. dispone che quando per qualsiasi effetto giuridico (es/reato continuato con pene di specie diversa; es²/art. 2 co 3 c.p.) si deve eseguire un ragguaglio tra pene pecuniarie e pene detentive, 250 euro (o frazione) = 1 giorno di pena detentiva.

Pene sostitutive delle pene detentive: semidetenzione, libertà controllata, pena pecuniaria, lavoro di pubblica utilità, espulsione dello straniero.

Inizialmente: art. 53 co 1 l. 689/1981 (rubricata "modifiche al sistema penale) pene sostitutive sono (a) multa ed ammenda, che sostituiscono le pene fino ai 6

mesi; (b) libertà controllata (pena detentiva fino ad 1 anno); (c) semidetenzione (pena detentiva fino a 2 anni).

L'art. 59 l. 689/1981 prevede poi limiti soggettivi all'applicabilità delle pene sostitutive: non può accedervi chi sia stato condannato ad oltre 3 anni di reclusione nei cinque anni precedenti alla nuova condanna.

Semidetenzione: art. 55 l. 689/1981 consiste nell'obbligo di trascorrere almeno 10 ore al giorno in un apposito istituto penitenziario + sospensione della patente di guida e ritiro del passaporto nonché sospensione di tutti i documenti validi per l'espatrio.

Libertà controllata: art. 56 l. 689/1981 consiste in una limitazione della libertà di circolazione del soggetto + sospensione della patente di guida e ritiro del passaporto nonché sospensione di tutti i documenti validi per l'espatrio + obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno presso il locale ufficio di pubblica sicurezza.

Finalità di semidetenzione e libertà controllata è la non desocializzazione del condannato; effetto tipico invece delle pene detentive brevi.

Tanto la libertà controllata quanto la semidetenzione possono essere sospese (sospensione della pena), sia se applicate ex officio sia se applicate in sede di patteggiamento → confermato da tenore letterale dell'art. 444 co 3 c.p.p. e da art. 57 co 1 e 2 l. 689/1981.

Criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene sostitutive: 1 giorno di reclusione o arresto = 1 giorno di semidetenzione o 2 giorni di libertà controllata.

Invece per quanto riguarda pena pecuniaria: multa o ammenda per reclusione fino a 6 mesi → per calcolarne l'importo, il giudice deve in primo luogo stabilire la somma giornaliera tra 250 e 2mila500 euro ed in secondo luogo moltiplicare tale somma per il n° dei giorni di pena detentiva inflitti. Attenzione: il limite minimo di 250 euro rende eccessivamente gravosa la pena pecuniaria sostitutiva e l'iniquità di questa disciplina risulta in modo palese dal caso giudiziario di un pensionato che ha sottratto dai banchi di un supermercato una salsiccia di valore

inferiore a 2 euro ed è stato condannato a 45 giorni di reclusione, sostituiti con una multa di 11.250 euro.

Nella legislazione speciale sono contenute ulteriori pene sostitutive che interessano specifiche figure di reato o specifiche materie (circolazione stradale, stupefacenti, immigrazione).

In particolare, come già segnalato, tra le pene sostitutive si annovera il lavoro di pubblica utilità, nella materia della circolazione stradale e degli stupefacenti (73 co 5 Tu stupef).

Da ultimo il TU immigrazione prevede (art 16 co 1) quale sanzione della pena detentiva fino a 2 anni l'espulsione dello straniero.

Il procedimento per l'applicazione delle pene sostitutive: al pari delle pene principali, anche le pene sostitutive sono inflitte dal giudice della cognizione nella sentenza di condanna (o patteggiamento). La sostituzione può essere disposta su richiesta dell'imputato o anche d'ufficio. Attenzione però: no potere di applicare d'ufficio pena sostitutiva (a) in appello, dove la cognizione del giudice è limitata alle questioni che sono state espressamente sollevate nei motivi di impugnazione; (b) nel patteggiamento, dove il giudice è chiamato a vagliare solo la congruità del trattamento sanzionatorio concordato dalle parti.

Il procedimento di sostituzione della pena è diviso in due passaggi: (1) giudice deve decidere **se sostituire** la pena detentiva; (2) il giudice deve decidere **come sostituire** la pena detentiva.

Quanto al primo momento il giudice dovrà domandarsi se in base alla gravità del fatto ed alla capacità a delinquere dell'agente, la pena sostitutiva possa risultare meno desocializzante ed al contempo sia sufficiente ad ammonire il condannato.

Quanto invece al secondo momento il giudice potrà sostituire la pena detentiva entro il limite dei sei mesi con la pena pecuniaria, la semidetenzione o la libertà controllata; la pena entro il limite di un anno la potrà sostituire con la

semidetenzione o con la libertà controllata; la pena che vada da un anno ed un giorno a due anni invece va sempre sostituita con la semidetenzione.

Semidetenzione e libertà controllata sono revocabili; in questo caso la pena residua si converte nell'originaria pena detentiva sostituita. Revoca può essere quando siano state violate una o più prescrizioni inerenti la pena sostitutiva (art. 72 l. 689/1981).

Pena pecuniaria come pena sostitutiva: il mancato pagamento per insolvibilità comporta la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata o in lavoro sostitutivo a norma dell'art. 136 c.p.

Comunque tra le sanzioni sostitutive la libertà controllata e la semidetenzione trovano applicazione molto scarsa.

Le pene accessorie: caratteristica principale delle pene accessorie è che si applicano solo in aggiunta ad una pena principale.

Un elenco di pene accessorie, avente carattere non tassativo (es/ci sono pene accessorie anche all'art. 600septies2 c.p.), è contenuto all'art. 19 c.p., che distingue tra le pene accessorie per i delitti e quelle per le contravvenzioni + pubblicazione della sentenza penale di condanna, che è pena accessoria comune sia a delitti che a contravvenzioni. Attenzione: alcune pene accessorie trovano disciplina speciale in relazione alla durata quando vengono in rilievo alcuni reati (es/art. 317 bis c.p. interdizione dai pubblici uffici).

La maggioranza delle pene accessorie ha contenuto interdittivo: divieto di svolgere determinate attività, rivestire determinati uffici, esercitare facoltà o diritti o cessazione di alcuni rapporti. Funzione delle pene accessorie interdittive è generalpreventiva, ma anche specialpreventiva → sotto quest'ultimo aspetto mirano a prevenire situazioni che per un determinato soggetto potrebbero risultare criminogene. Attenzione: alcune pene accessorie, invece, svolgono sostanzialmente una funzione stigmatizzante, ponendo seri problemi di legittimità costituzionale (27 co 3 Cost.).

Modalità di applicazione delle pene accessorie: di regola le pene accessorie conseguono di diritto alla sentenza di condanna (art 20 c.p.), senza che sia necessaria espressa dichiarazione in sentenza. Pene accessorie possono conseguire anche a sentenza di patteggiamento purché sia stata irrogata pena principale detentiva superiore a 2 anni (art. 445 co 1 c.p.p.). Eccezione: in seguito a l. 3/2019 (spazzacorrotti) ai sensi dell'art. 445 co 1 ter c.p.p. in caso di sentenza di patteggiamento pronunciata per corruzione e taluni delitti contro la p.a. il giudice può applicare le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la p.a. previste all'art. 317 bis c.p.

Qualora la pena accessoria sia integralmente predeterminata ex lege, in mancanza di una statuizione espressa nella sentenza di condanna, dopo il passaggio in giudicato la pena accessoria può essere applicata dal giudice dell'esecuzione, su richiesta del p.m. (art. 183 disp att c.p.p.).

Nell'ipotesi in cui invece il giudice di cognizione abbia applicato contra legem una pena accessoria integralmente predeterminata dalla legge, il giudice dell'esecuzione può rettificare la pena accessoria, modificando il giudicato.

In caso di sospensione della pena principale, anche la pena accessoria è sospesa → eccezione: introdotta dalla l. 3/2019, che ha stabilito che in caso di condanna per alcuni delitti contro la p.a., la sospensione condizionale della pena non estende i suoi effetti alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la p.a.

Durata delle pene accessorie: possono essere temporanee o perpetue.

Le pene accessorie perpetue possono estinguersi per effetto della riabilitazione.

Per quanto riguarda invece le pene accessorie temporanee, possono porsi tre casi: (a) la legge non dà nessuna indicazione circa la durata della pena accessoria → in questo caso, per il principio di equivalenza (art. 37 c.p.), la pena accessoria è pari a quella della pena principale; (b) la legge commina la pena accessoria in misura fissa → C. Cost. 2018 ha dichiarato incostituzionale la pena accessoria

fissa in 10 anni per bancarotta fraudolenta per contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio (27 co 3 e 3 Cost) ed ha previsto durata “fino a” 10 anni; (c) la legge prevede che la pena accessoria abbia durata compresa tra un minimo e un massimo → **secondo Sezioni Unite 2014, ora superate** anche in questo caso opera il principio di equivalenza; invece secondo altra giurisprudenza il giudice deve decidere discrezionalmente la durata della pena accessoria → il contrasto non sedato ha portato ad una nuova pronuncia delle **Sezioni Unite 2019** che hanno detto che tutte quando prevista cornice edittale, le pene accessorie devono essere determinate in concreto dal giudice secondo i criteri del 133 c.p.; non opera principio di equivalenza.

Esecuzione delle pene accessorie: ai sensi dell’art. 139 c.p. “nel computo delle pene accessorie temporanee non si tiene conto del tempo in cui il condannato sconta la pena detentiva, o è sottoposto a misura di sicurezza detentiva, né del tempo in cui egli si è sottratto volontariamente alla esecuzione della pena o della misura di sicurezza”. → Portata dell’art. 139 c.p. volta ad escludere che il tempo dell’esecuzione della pena principale (o della misura di sicurezza) si computi nella durata della pena accessoria temporanea. Eccezione prevista dalla legge: ai sensi dell’art. 32 co 3 c.p. l’interdizione legale e la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale si eseguono durante l’esecuzione della pena principale.

Inosservanza delle pene accessorie: costituisce autonoma figura delittuosa, punita ai sensi dell’art. 389 c.p. con la reclusione.

Pene accessorie e delitto tentato: quesito assai dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza è se le pene accessorie trovino applicazione anche in caso di delitto tentato. Secondo costante giurisprudenza Cass le pene accessorie possono conseguire sia alla condanna per delitto consumato, sia alla condanna per delitto tentato. A favore della tesi de qua parlano (a) considerazioni relative alle finalità

politico-criminali di tali pene (b) identità del bene offeso, sia che il delitto giunga a consumazione, sia che si arresti allo stadio del tentativo.

(Per le singole pene accessorie v. p. 743 M-D).

Gli effetti penali della condanna: ulteriori conseguenze sanzionatorie che si ricollegano alla pronuncia della sentenza di condanna. Dall'art. 20 c.p. che dispone che "le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa" si ricava che tutti gli effetti penali della condanna sono conseguenze automatiche della condanna.

In assenza di definizione legislativa rimane aperto il problema della distinzione tra pene accessorie ed altri effetti penali della condanna → ripercussioni importanti perché gli effetti penali della condanna hanno una particolare resistenza alle cause di estinzione della pena (es/sospensione condizionale della pena sospende anche le pene accessorie ma non gli effetti penali della condanna). Il discrimen sembra potersi così tracciare: le pene accessorie conseguono alla condanna in modo certo ed indefettibile, mentre gli effetti penali danno vita ad uno status che si tradurrà in un effettivo pregiudizio per il condannato solo in via eventuale, cioè solo a condizione che nei suoi confronti si apra un nuovo procedimento penale, per un altro reato.

Esempi di effetti penali della condanna: lo status di condannato in taluni casi comporta la preclusione all'applicabilità di sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale, non menzione nel casellario, abitudine nel reato, professionalità nel reato, tendenza a delinquere sostituzione della pena detentiva. + Recidiva: qualificata ex lege all'art. 12 co 1 n°1 c.p. come effetto penale della condanna → prima questo inquadramento era compatibile solo con la recidiva obbligatoria, che però nel 2015 è stata dichiarata incostituzionale e quindi oggi la recidiva non è un effetto penale della condanna, ma produce alcuni effetti penali della condanna: comune a tutte le forme di recidiva (semplice,

aggravata e reiterata) è l'esclusione del condannato ultrasettantenne dalla detenzione domiciliare di cui all'art. 47 ter co 1 ord penit.

La commisurazione della pena: di regola le pene sono commisurate entro un minimo ed un massimo, che ne individuano la c.d. cornice edittale. Alla pena in concreto si arriva quindi attraverso un processo di commisurazione della pena (a) in senso stretto = scelta della pena all'interno della cornice edittale; (b) in senso lato = applicazione di pene sostitutive o m.a.d., dove è il potere del giudice di cognizione o il tribunale di sorveglianza a decidere la pena da eseguirsi in concreto.

La disciplina della commisurazione della pena in senso stretto è disciplinata dagli artt. 132 e 133 c.p. per pene detentive + pecuniarie e, solo per queste ultime, anche artt. 133 bis e 133 ter c.p.

Nell'applicazione della pena il giudice ha discrezionalità vincolata: art. 133 c.p. delinea una serie di limiti "interni", che devono poi riflettersi nella motivazione ex art. 132 co1 pt II.

All'interno della cornice edittale, la prassi giurisprudenziale è quella di prendere come punto di partenza non il medio, bensì il minimo edittale.

L'obbligo di motivazione di cui all' art. 132 co1 pt II è stato interpretato in modo assai permissivo dalla Cassazione, che ritiene sufficienti anche formule come "pena adeguata", "pena equa" e solo sporadicamente richiede motivazioni specifiche → anche in questo caso, però, non si spinge fino a chiedere che la motivazione faccia riferimento a tutti i criteri indicati dall'art. 133 c.p., mentre considera sufficiente un richiamo all'elemento o agli elementi che hanno avuto un ruolo determinante nella decisione. Di solito formule generiche sono accettate dalla Cass quando viene inflitta una pena pari al minimo o comunque prossima al minimo edittale. Solo quando la pena irrogata è superiore al medio edittale si riconosce all'imputato l'interesse a chiedere una particolare motivazione in ordine alla pena irrogata. Comunque una tale diversità di obbligo di motivazione a seconda della severità della pena inflitta non trova nessun riscontro nella legge.

Criteri fattuali di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.: (a) gravità del reato; (b) capacità a delinquere del reo.

Gravità del reato: è la gravità del singolo episodio criminoso, che deve essere valutata tenendo conto di (i) modalità dell'azione = circostanze di tempo e luogo che, diverse dal normale, abbiano conferito al fatto una connotazione particolare (es/nel reato permanente, la durata della condotta); (ii) gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa = riferito solo alla gravità dell'offesa, e non anche ad altre conseguenze dannose della condotta, né tantomeno al danno civilistico; (iii) intensità del dolo = occorre valutare rappresentazione dell'evento, e quindi se è stato lo scopo dell'agente ovvero uno sbocco certo o possibile della condotta + il grado di complessità della deliberazione criminosa, che quindi deve tener conto del lasso di tempo in cui si è formato il processo volitivo + consapevolezza del soggetto dell'antigiuridicità e/o antisocialità del fatto; (iv) grado della colpa = identifica la misura in cui il soggetto si è discostato dal modello di comportamento richiesto in generale dall'ordinamento per quel tipo di attività + giurisprudenza ritiene che anche il concorso di colpa della vittima possa attenuare la colpa dell'agente.

Capacità a delinquere del reo. Anzitutto va precisato che la capacità a delinquere "guarda al futuro" (lo impone 27 co 3 Cost), nel senso che è un giudizio prognostico sulla futura condotta del reo e non un giudizio basato sul fatto già commesso. Capacità a delinquere desunta da (i) motivi a delinquere e carattere del reo = in merito ai motivi a delinquere occorre valutarne l'intensità, l'idoneità a permanere nel tempo; invece carattere del reo implica una valutazione complessiva della personalità dell'agente (es/capacità di autocontrollo, stabilità emotiva, senso di realtà); (ii) condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo = in questo modo la commisurazione della pena tiene conto dei fatto socio-ambientali di criminogenesi; (iii) precedenti penali e giudiziari ed in generale vita precedente del reo = ruolo certo non marginale nella prassi; (iv) condotta contemporanea e susseguente al reato = per quanto riguarda la condotta

sussequente dottrina e giuri si concentrano in particolare sul comportamento processuale dell'imputato; invece la condotta contemporanea al reato attribuisce rilevanza a qualsiasi comportamento, diverso dalla condotta tipica, tenuto dal soggetto nel periodo intercorrente tra l'inizio dell'esecuzione e la consumazione del reato + nei reati permanenti anche durante il c.d. periodo consumativo.

Criteri finalistici di commisurazione della pena: a quale fine deve tenere la pena che il giudice decide di irrogare? In assenza di una previsione normativa, indicazioni vincolanti per il giudice sono rinvenibili in Costituzione: rieducazione del condannato (27 co 3) entro i limiti della colpevolezza del singolo fatto concreto, quindi no pene esemplari (27 co 1), nel rispetto della dignità della persona (3 co 1) e nel divieto della responsabilità per fatto altrui (27 co 1).

C'è un ordine che il giudice deve seguire tra i criteri di commisurazione della pena? Anche a questa domanda risponde art. 27 co 1 Cost.: principio costit di colpevolezza vale ad attribuire posizione preminente agli indici di colpevolezza e quindi intensità del dolo e grado della colpa. Sempre in virtù del principio di colpevolezza il giudice dovrebbe valutare la gravità del reato all'interno dei limiti della colpevolezza e quindi escludere qualsiasi componente incolpevole del fatto. Inoltre dal 27 co 3 Cost (rieducazione della pena) sembra potersi trarre la conclusione che la capacità a delinquere del reo non può essere utilizzata per fondare l'applicazione di una pena eccedente rispetto alla gravità del fatto colpevole, ma solo suggerire invece l'applicazione di una pena inferiore.

Prevenzione generale tra i criteri di commisurazione della pena? Gli art. 27 co 1 Cost (divieto di responsabilità per fatto altrui) e 3 co 1 Cost (dignità dell'uomo) portano la dottrina ad affermare che sono illegittime autonome considerazione di prevenzione generale in malam partem effettuate dal giudice. La Cassazione però, quando gli avvocati lamentano l'applicazione di pene esemplari per i loro

assistiti, rigetta costantemente i ricorsi, sia pure senza affrontare il problema della legittimità delle pene esemplari.

La peculiarità della commisurazione delle pene pecuniarie: artt. 132, 133 e 133bis c.p. Quest'ultima norma fa spazio alle condizioni economiche del reo tra i criteri fattuali di commisurazione della pena. Art. 133 bis c.p. non fornisce alcuna definizione di condizioni economiche del reo. Nessun dubbio sul fatto che debba tenersi in considerazione il reddito del soggetto al tempo della condanna + patrimonio del reo. Tra le componenti passive il giudice dovrà considerare le obbligazioni pecuniarie gravanti sul soggetto + obblighi alimentari + debiti d'imposta + debiti assunti per esigenze essenziali proprie o del nucleo familiare (es/rata per l'acquisto della casa d'abitazione).

Nella prassi giurisprudenziale adeguamento della pena alle condizioni economiche è stato fatto solo in ipotesi marginali.

Al co 2 il 133 bis c.p. dispone che le condizioni economiche del reo possono determinare l'applicazione di una pena superiore al massimo o inferiore al minimo → a tal fine deve considerarsi la pena di volta in volta comminata dalla legge, in relazione al reddito del soggetto.

Secondo giurisprudenza onere della prova grava sull'imputato se questi vuole ottenere riduzione della pena pecuniaria, mentre grava sull'accusa quando questa voglia chiedere la triplicazione del massimo della pena pecuniaria.

Natura giuridica dell'art. 133 bis co 2 c.p.: secondo dottrina la modificazione della pena collegata alle condizioni economiche non integrano una circostanza in senso tecnico, ma rappresentano un criterio atipico di adeguamento della pena. La giurisprudenza invece è divisa; parte della giuri parla di circostanza attenuante in relazione alla diminuzione della pena, senza però porsi il problema del giudizio di bilanciamento. Invece altra parte di giuri afferma che non si tratta di vere e proprie circostanze.

La commisurazione della pena nei procedimenti speciali.

Patteggiamento. Sfera di applicabilità: (a) in tutti i casi in cui potrebbe essere disposta ex officio una pena sostitutiva; (b) reati punibili con la sola pena pecuniaria, di qualsiasi ammontare, anche congiuntamente a pena detentiva; (c) pena detentiva fino a 5 anni per patteggiamento allargato (444 co 1 c.p.p.), mentre fino a 2 anni per il patteggiamento ordinario (445 c.p.p.) → limiti da calcolare come segue: su ammontare di pena prescelto operare aumenti o diminuzioni per le circostanze e diminuire la pena così determinata fino a $\frac{1}{3}$ (quindi reati fino a 7 anni e 6 mesi di reclusione o, se c'è anche solo un'attenuante, fino a 11 anni e 3 mesi).

Se sussistono i presupposti appena illustrati l'imputato ed il pm possono presentare richiesta ex art. 444 co 1 c.p.p. indicando la specie e l'ammontare della pena; tale richiesta può essere subordinata alla concessione della sospensione condizionale ove ne ricorrano i presupposti (art. 444 co 3 c.p.p.).

Ruolo del giudice: vagliare anzitutto sulla base degli atti se non si debba pronunciare sentenza di proscioglimento. Se non deve prosciogliersi l'imputato allora il giudice verifica la correttezza (a) della qualificazione giuridica del fatto; (b) dell'applicazione delle circostanze e della loro comparazione; (c) se richiesta valuterà se possibile concedere sospensione condizionale della pena.

Il giudice quindi potrà rigettare la richiesta formulata dalle parti quando ritenga scorretta la qualificazione giuridica o l'applicazione ed il bilanciamento delle circostanze ovvero quando ritenga di non poter applicare sospensione condizionale della pena.

Il giudice dovrà altresì valutare la congruità della pena indicata dalle parti (art. 444 co 2 c.p.p.) → in tal proposito la Cassazione ha chiarito che oggetto della valutazione di congruità è la pena finale, risultante quindi dalla diminuzione di pena.

Qualora il giudice ritenga non congrua la pena pattuita, dovrà rigettare la richiesta e disporre che si proceda secondo rito ordinario (il giudice non può rideterminare la pena).

Abbreviato: riduzione della pena secca di $\frac{1}{3}$ se delitto e della metà se contravvenzione (riforma Orlando l. 103/2017). Ratio: premio all'imputato che ha rinunciato al dibattimento.

Procedimento per decreto (decreto penale di condanna art. 459 ss. c.p.p.): per i soli reati punibili in concreto con pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva. In questi casi il pm può chiedere che la pena sia diminuita fino alla metà del minimo edittale (an e quantum della diminuzione sono affidati ogni volta alla discrezionalità del pm). Il giudice o accoglie in toto la richiesta del pm o la rigetta. Se accoglie la richiesta il giudice è tenuto ad esplicitare, nel decreto di condanna, sia l'entità della diminuzione di pena al di sotto del minimo edittale, sia le ragioni che hanno determinato tale diminuzione (art. 460 c.p.p.) → scopo è rendere evidente all'imputato che gli è stato applicato un trattamento di favore e quindi scoraggiarlo dall'instaurare il dibattimento. Se ciò nonostante l'imputato propone opposizione, il giudice può applicare una pena diversa ed anche più grave di quella fissata nel decreto di condanna e revocare benefici già concessi (art. 464 co 4 c.p.p.).

Istituto che risponde a logiche di mera economia processuale.

Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle pene detentive.

La legge sull'ordinamento penitenziario ed il relativo regolamento di esecuzione si sono sforzati di concretizzare il principio costituzionale di rieducazione della pena. In primo luogo il legislatore si è preoccupato di arginare l'azione desocializzante del carcere: a tal fine il detenuto può indossare abiti propri, acquistare cibo, provvedere all'igiene personale e fruire di una sfera di riservatezza. In secondo luogo si è cercato di aprire il carcere verso l'esterno durante l'esecuzione della pena, consentendo al detenuto colloqui telefonici, contatti riservati con i parenti, accesso a tv giornali e radio. Ci si è poi preoccupati di dare al condannato una preparazione professionale ed un'istruzione, di modo da cercare di rimuovere atteggiamenti che siano di

ostacolo ad un'attiva partecipazione sociale. Infine sono stati introdotti gli istituti dell'affidamento in prova, della semilibertà, la detenzione domiciliare, i permessi premio e la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive.

In merito alla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive fino a 4 anni (limite innalzato da Corte Cost 2018) deve osservarsi quanto segue. Ai sensi dell'art. 656 co 5 c.p.p., nel momento in cui la condanna diviene definitiva, il pm contestualmente all'ordine di esecuzione della pena ne dispone la sospensione, a meno che (a) condannato sia in custodia cautelare in carcere; (b) sia stata condannato per delitti di cui all'art. 4 bis ord penit o (c) per alcuni delitti indicati dal comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

Se non ricorrono le condizioni ostative appena elencate, il pm dispone che l'esecuzione della pena rimanga sospesa fino a 3 anni (o 6 se si tratta di reati commessi in stato di tossicodipendenza).

Con dlgs 121/2018 è stata introdotta una disciplina organica dell'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, ove ruolo prioritario è attribuito a misure non detentive.

Le misure alternative alla detenzione: strumento di lotta alle pene detentive brevi; sono contemplate dagli artt. 47 ss ord penit e sono (a) affidamento in prova al servizio sociale; (b) detenzione domiciliare; (c) semilibertà.

A differenza delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, che sono applicate dal giudice di cognizione, le m.a.d. sono applicate dal TdS (artt. 677 ss c.p.p.) dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena detentiva: consentono o di evitare l'ingresso in carcere o di uscirne prima.

Proprio in merito alle m.a.d. recentissima sentenza della Corte Cost (2020 Viganò sull'art. 4 ord penit così come modificato dalla l. 3/2019) le ha qualificate quali vere e proprie pene, alternative alla detenzione → quindi soggiacciono al principio di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole dell'art. 2 c.p. e non invece al principio tempus regit actum, come sostenuto in precedenza dalla Cass.

Rilevanti restrizioni per accesso alle m.a.d. prevista nei confronti del recidivo reiterato (99 co 4 c.p.) nonché per i condannati ex art. 4 ord penit.

Altra misura alternativa alla detenzione prevista per lo straniero privo di permesso di soggiorno: se deve scontare pena non superiore a due anni (sia pena originaria, sia pena residua), può essere disposta l'espulsione a titolo di m.a.d.

L'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.): il condannato viene sottoposto ad un periodo di prova della durata pari alla pena da scontare; durante tale periodo soggiace ad una serie di obblighi e divieti e nel frattempo è affidato ai servizi sociali dell'UEPE (uffici esecuzione penale esterna).

Ambito di applicazione: pena da scontare in concreto non superiore a 3 anni (quindi al netto della pena già espiata o altrimenti estinta es/con indulto). Termine di pena innalzato a 4 anni nel caso in cui nell'anno precedente la richiesta il condannato abbia serbato un comportamento che lo faccia apparire meritevole di tale m.a.d. (art. 47 co 3 bis).

Per l'ammissione alla m.a.d. è stato di recente introdotto un periodo obbligatorio di osservazione in carcere di almeno 1 anno per poter concedere la misura ad autori di delitti sessuali e del delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 4 bis co 1quater modificato nel 2019).

Per poter concedere l'affidamento è lasciato al giudice potere discrezionale, da esercitarsi nell'ottica del solo criterio di prevenzione speciale, nella duplice forma della rieducazione e della neutralizzazione.

All'atto dell'affidamento il TdS può dettare prescrizioni che l'affidato dovrà rispettare.

TdS ha ampia discrezionalità anche in merito alla revoca del provvedimento; revoca che comporta tra l'altro il divieto di nuova applicazione della misura o di altri benefici penitenziari per un periodo di tre anni (art. 58 quater co 1 – 3 o.p.). La revoca dell'affidamento può essere disposta solo se la violazione delle prescrizioni commessa dal condannato appare incompatibile con la prosecuzione della prova (art. 47 co 11 o.p.). In tal caso è rimessa al TdS la

decisione in merito alla pena detentiva residua da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patita dal condannato e del suo comportamento durante il periodo trascorso in affidamento in prova.

Se la prova ha esito positivo la pena si estingue e viene meno ogni effetto penale della condanna, ad eccezione delle pene accessorie perpetue.

Detenzione domiciliare (art. 47 ter o.p.): espiazione della pena detentiva nell'abitazione del condannato o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza. Le prescrizioni sono fissate dal TdS sulla falsariga degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.): in particolare il condannato non deve allontanarsi dal luogo in cui espia la pena e, se il giudice lo ritiene necessario, non deve comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono. Se il condannato si allontana dal luogo in cui sta espianando la pena, risponde del delitto di evasione ex art. 385 c.p. (art. 47 ter co 8 o.p.). Particolare previsione dettata in caso di allontanamento di (a) madre di prole inferiore agli anni 10 ammessa a detenzione domiciliare speciale o padre se la madre è deceduta o impossibilitata; (b) madre e padre di prole inferiore a 10 anni che esegua detenzione domiciliare ordinaria → in questi due casi madre/padre risponde di evasione solo se l'assenza si protrae senza giustificato motivo per oltre 12 ore; ratio è che in queste ipotesi entrano in gioco esigenze connesse alla cura dei bambini.

Salvo che il fatto non sia di lieve entità, l'evasione comporta altresì la revoca del regime di detenzione domiciliare (art. 47 ter co 9 o.p.). Revoca che può essere disposta anche quando il comportamento del soggetto è contrario alla legge o alle prescrizioni, se il giudice ritiene che quel comportamento sia incompatibile con la prosecuzione della misura (art. 47 ter co 6 o.p.). Anche un comportamento antecedente alla concessione della detenzione domiciliare potrà comportarne la revoca se non conosciuto dal giudice quando ha disposto la misura → causa di revoca è in questo caso il venir meno delle condizioni che hanno determinato l'ammissione del condannato alla detenzione domiciliare (art. 47 ter co 7 o.p.).

In caso di revoca dal periodo di pena detentiva da espiare verrà detratto il periodo passato in detenzione domiciliare.

Anche in questo caso la revoca comporta tra l'altro il divieto di nuova applicazione della misura o di altri benefici penitenziari per un periodo di tre anni (art. 58 quater co 1 - 3 o.p.); eccetto (Cass 2018) alcune ipotesi di detenzione domiciliare concessa a donna incinta o genitori di figli di età non superiore a 10 anni.

Sei ipotesi nelle quali è possibile fruire della detenzione domiciliare. Analizziamole.

Prima ipotesi: condannato alla pena della reclusione che abbia compiuto 70 anni purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia mai stato condannato con l'aggravante della recidiva in qualsiasi forma. Non può comunque beneficiare di questa misura chi sia stato condannato per alcuni gravissimi reati indicati dall'art. 51 co 3 bis c.p.p. e dall'art. 4 bis o.p.

Seconda ipotesi: detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 ter co 1 o.p.) della quale possono fruire, a condizione che la pena della reclusione non superi i 4 anni (nessun limite edittale previsto invece per l'arresto): (a) donna incinta o madre di prole di età inferiore a 10 anni con lei convivente; limite di età non opera quando il figlio sia portatore di handicap totalmente invalidante; (b) padre di minore di 10 anni quando madre deceduta o impossibilitata ad assistere il minore; limite di età non opera quando figlio sia portatore di handicap totalmente invalidante (c) persona gravemente inferma, che necessiti di costanti contatti con presidi sanitari territoriali; (d) over 70 se inabile, anche parzialmente; (e) minore di anni 21 che abbia comprovate esigenze di salute, studio, lavoro o famiglia.

Terza ipotesi: detenzione domiciliare umanitaria o in surroga (art. 47 ter co 1 ter o.p.), riguarda i casi in cui gli artt. 146 e 47 c.p. prevedono rinvio dell'esecuzione della pena detentiva, qualunque sia l'ammontare della pena.

Quarta ipotesi: detenzione domiciliare generica (art. 47 ter co 1 bis o.p.): applicabile al condannato che debba scontare una pena detentiva anche residua non superiore a due anni, qualora non sussistano le condizioni per affidamento in prova e purché la detenzione domiciliare sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta nuovi reati. Della detenzione domiciliare generica non può beneficiare chi sia stato condannato ex art. 4 bis ord penit.

Quinta ipotesi: detenzione domiciliare per soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza (art. 47 quater o.p.).

Sesta ipotesi: detenzione domiciliare speciale (art. 47 quinquies o.p.) riguarda le madri di prole di età non superiore a 10 anni (limite di età che non opera quando il figlio sia affetto da grave disabilità l. 104/92) condannate a pena detentiva eccedente i 4 anni che abbiano scontato almeno $\frac{1}{3}$ della pena, ovvero 15 anni in caso di ergastolo; a condizione che sia possibile ripristinare la convivenza con i figli e che non ci sia il pericolo che la madre commetta ulteriori delitti → a queste stesse condizioni la misura può essere concessa anche al padre quando la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che non sia il padre.

Esecuzione della pena detentiva presso il domicilio: si tratta di due misure simili alla detenzione domiciliare. La prima è stata adottata nel 2010 per far fronte al sovraffollamento carcerario e la seconda ha tenuto conto sia del sovraffollamento carcerario che dell'epidemia Covid-19.

Nel 2010 legge svuotacarceri, fruibile da chi debba scontare 18 mesi di pena detentiva, anche come pena residua. Ulteriori requisiti: (a) non condannato a delitti art. 4 bis ord penit.; (b) no delinquente abituale, professionale o per tendenza; (c) no pericolo di fuga o di commissione di altri delitti; (d) necessario un domicilio idoneo ed effettivo.

Si tratta di ipotesi in cui non può trovare applicazione la sospensione condizione della pena, né una pena sostitutiva, né una m.a.d. + in caso di soggetto che si trova in carcere non è applicabile la liberazione condizionale ex art 176 c.p. → Quindi il legislatore del 2010 si proponeva di evitare il carcere o comunque l'espiazione totale in carcere della pena a soggetti che non di rado presentano il carattere del plurirecidivo, ovvero del tossicodipendente o dell'alcoldipendente. All'esecuzione della pena presso il domicilio si può accedere sia dallo stato di libertà che dallo stato di detenzione. Competente a disporre la misura è il magistrato di sorveglianza; se si tratta di detenuto la decisione dovrà tener conto anche di una relazione della direzione dell'istituto penitenziario.

Allontanamento dal domicilio punito a titolo di evasione, quale che sia la durata dell'assenza del domicilio.

Nel 2020 l. 27 ha introdotto all'art. 123 una nuova misura temporanea, destinata ad essere applicata fino al 30 giugno 2020. Anche in questo caso il limite di pena da poter scontare al domicilio è 18 mesi. Valgono le stesse preclusioni soggettive della l. svuotacarceri + (a) sanzione disciplinare per sommosse o disordini in carcere; (b) rapporto disciplinare per sommosse o disordini in carcere verificatesi a partire dal 7 marzo 2020; (c) condannato per maltrattamenti contro familiari o conviventi o per atti persecutori. NON è stata invece ribadita l'esclusione della misura per i casi in cui si accerti il pericolo che il condannato si dia alla fuga o commetta altri delitti.

Per le pene detentive superiori a 6 mesi è previsto come obbligatorio il controllo mediante braccialetto elettronico.

Allontanamento dall'abitazione punita a titolo di evasione, a prescindere da quale sia la durata dell'assenza dal domicilio.

Semilibertà (artt. 48 ss o.p.): il condannato trascorre la maggior parte della giornata all'interno dell'istituto di pena, salvo uscirne il tempo necessario per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale → in questa fase è sottoposto a prescrizioni fissate dal TdS ne provvedimento che lo ammette alla semilibertà (art. 101 reg. penit.).

Per poter fruire della semilibertà il soggetto deve aver espiato almeno metà della pena (art. 50 o.p.), a meno che non si tratti (a) di condannati all'ergastolo, che devono aver scontato almeno 20 anni, oppure (b) di condannati a pena inferiore a 4 anni che abbiano chiesto affidamento in prova nel caso in cui il magistrato abbia ritenuto di non poter accogliere la richiesta ma di poter ammettere il condannato alla semilibertà; (c) di condannati all'arresto o reclusione fino a 6 mesi, che possono fruire della semilibertà fin dall'inizio (art. 50 co 1 o.p.).

Non possono godere della semilibertà i soggetti condannati per i reati di cui all'art. 4 bis ord. penit.

Anche la semilibertà è soggetta a revoca: quando il soggetto non si appalesi idoneo al trattamento; quindi ampia discrezionalità TdS. Anche in questo caso la revoca comporta tra l'altro il divieto di nuova applicazione della misura o di altri benefici penitenziari per un periodo di tre anni (art. 58 quater co 1 - 3 o.p.).

Se il detenuto non rientra in istituto "senza giustificato motivo" (a) se l'assenza non supera le 12 ore è punito in via disciplinare e può essere proposta la revoca; (b) se l'assenza dura più di 12 ore il condannato risponderà di evasione ex art. 385 c.p. (art. 51 co 3 o.p.) e la condanna per questo delitto comporterà anche la revoca della semilibertà (art. 51 co 4 o.p.).

Al condannato che fruisca della semilibertà sono concedibili licenze premio per una durata complessivamente non superiore a 45 gg l'anno, durante i quali il condannato è sottoposto al regime della libertà vigilata.

Liberazione anticipata: detrazione di 45 gg per ogni semestre di pena scontata, se il condannato ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione → anticipa i tempi previsti affinché il condannato possa godere di semilibertà, permessi premio e liberazione condizionale.

Revoca l.a. nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione della pena, successivamente alla concessione del beneficio, a condizione che la condotta del soggetto in relazione alla condanna appaia incompatibile con il mantenimento del beneficio; la valutazione spetta al TdS.

Esecuzione della pena detentiva per gli esponenti della criminalità organizzata: si è delineato un sistema di preclusioni che impediscono o ritardano l'accesso di determinate categorie di condannati all'ordinario sistema dei benefici penitenziari, nonché ad altri istituti favorevoli al condannato che interessano l'esecuzione della pena detentiva. La l. 3/2019 ha esteso tali preclusioni anche alla corruzione e ad altri reati contro la p.a.

Inoltre possibile applicazione del regime del carcere duro (41bis o.p.) per autori di reati art 4 bis ord penit se ricorrono "elementi tali dal far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione terroristica, eversiva o criminale". Carcere duro che consiste in limitazioni all'interno del carcere e con riferimento alle comunicazioni tra detenuti e società esterna.

Durante l'epidemia Covid-19 il TdS ha ammesso alla detenzione domiciliare alcuni membri di organizzazioni criminali che si trovavano in 41 bis, in ragione del fatto che si trovavano in gravi condizioni di salute → tutelare diritto alla salute anche per questi autori di reato, perché impossibile prestare loro adeguate cure in carcere o in apposite strutture sanitarie individuate dall'amministrazione. → Queste scarcerazioni hanno però provocato allarme sociale, sì da indurre il Governo ad intervenire con due provvedimenti d'urgenza. Con un primo provvedimento è stata innovata la disciplina della detenzione domiciliare umanitaria e quella dei permessi premio e si è previsto che il giudice di sorveglianza, prima di concedere la misura, debba chiedere un parere – non

vincolante – al procuratore distrettuale antimafia nonché, nel caso di detenuti al 41bis, al procuratore nazionale antimafia.

Il secondo provvedimento invece, limitato ai provvedimenti adottati per motivi connessi a Covid-19, ha previsto che il magistrato di sorveglianza debba valutare la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria che lo hanno portato a concedere la detenzione domiciliare o il differimento dell'esecuzione della pena ex art. 147 c.p. → valutazione che deve essere compiuta entro 15 gg dall'adozione del provvedimento e poi rinnovata ogni mese. Tra i criteri dei quali il giudice deve tenere conto nella sua valutazione rientra la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta idonei a salvaguardare la salute del detenuto → legittimità al vaglio della Corte Costituzionale.

Rinvio dell'esecuzione della pena: artt. 146 e 147 c.p. obbligatorio e facoltativo, disposto dal TdS (art. 684 co 1 c.p.p.). Invece particolare e autonoma rilevanza la assume l'ipotesi di infermità mentale sopravvenuta alla condanna (C. Cost 2019).

Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena (art. 146 c.p.): (a) donna incinta; (b) madre di prole inferiore ad 1 anno; (c) persona affetta da AIDS conclamata, grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le condizioni di salute risultino incompatibile con lo stato di detenzione, di tal che il condannato si trova in uno stato di malattia in cui non risponde più ai trattamenti disponibili ed alle terapie curative.

Il rinvio obbligatorio si applica anche alla semidetenzione, alla libertà controllata, nonché alla permanenza domiciliare ed al lavoro di pubblica utilità irrogate dal GdP.

Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (art. 147 c.p.): (a) presentata domanda di grazia; (b) il soggetto che deve eseguire la pena detentiva si trova in condizioni di grave infermità fisica; (c) la pena detentiva deve essere espiata da madre di prole di età inferiore a 3 anni.

In tutte queste ipotesi rinvio non può essere adottato ovvero dev'essere revocato qualora sussista pericolo concreto della commissione di delitti (art. 147 co 4 c.p.).

In tutti i casi in cui può essere disposto rinvio obbligatorio o facoltativo della pena, il TdS ha l'ulteriore possibilità di ammettere il condannato alla m.a.d. della detenzione domiciliare (art. 47 ter co 1 ter o.p.).

L'infermità psichica sopravvenuta alla condanna: in tal proposito la Corte Cost ha affermato che art. 148 c.p. è oggi inapplicabile, perché superato da riforme legislative che, pur senza disporre espressamente l'abrogazione, lo hanno completamente svuotato di contenuto precettivo → dapprima chiusura degli ospedali psichiatrici civili con la l. Basaglia; poi chiusura degli opg e delle case di cura e custodia.

Nella stessa occasione la C Cost 2019 ha precisato che in caso di sopravvenuta infermità psichica deve applicarsi la detenzione domiciliare umanitaria (art. 47ter co 1 ter o.p.) → infatti ha dichiarato incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede che in caso di infermità psichica sopravvenuta il TdS possa disporre detenzione domiciliare umanitaria, anche quando la pena sia superiore a 4 anni. Quando invece la pena sia inferiore a 4 anni, può applicarsi la detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 ter co1 lett c.) laddove fa riferimento alla "persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali).

Le cause di estinzione della pena. Disciplina comune: (1) concorso di cause estintive che intervengano contemporaneamente, ovvero in tempi diversi. In questo caso è la legge a prevedere che se la più cause intervengono contemporaneamente trova applicazione quella più favorevole, e le eventuali sanzioni residue possono essere estinte dalle altre cause in concorso (art. 183 co 4 c.p.). Quando invece le cause estintive intervengono in tempi diversi trova

applicazione la causa intervenuta per prima, mentre quella o quelle successive troveranno applicazione per far estinguere le pene non ancora estinte per effetto della prima causa di estinzione (art. 183 co 3 c.p.).

(2) Se talune cause di estinzione, quali amnistia ed indulto, prevedono esclusione di alcuni tipi di delitti → sono esclusi anche i delitti tentati? Secondo M-D sì, perché il tentativo è una forma di manifestazione del reato e il disvalore di quel tipo di reato è invariato qualitativamente nella forma tentata.

(3) Secondo giurisprudenza prevalente quando un certo reato aggravato è escluso dalla causa di estinzione, questo rimane escluso anche quando la circostanza aggravante sia stata elisa in sede di bilanciamento ex art. 69 c.p.

L'amnistia impropria: ha gli stessi caratteri dell'amnistia propria, ma interviene dopo la sentenza di condanna definitiva; l'amnistia impropria fa cessare l'esecuzione della pena principale e delle pene accessorie, mentre non estingue gli effetti penali della condanna.

Anche le figure di reato interessate dall'amnistia impropria vengono generalmente individuate con riferimento al massimo della pena edittale; possono essere previste esclusioni per taluni reati e, salvo diversa previsione nella singola legge di amnistia, il provvedimento non si applica ai recidivi (salvo che si tratti di recidiva semplice ex art. 99 co 1 c.p.), né ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza (art. 151 co 5 c.p.).

Al pari dell'indulto anche l'amnistia impropria è applicata dal giudice dell'esecuzione (art. 672 c.p.p.) e può essere sottoposta, ove lo preveda la singola legge, a condizioni (sospensive o risolutive) o obblighi (art. 151 co 4 c.p.).

La morte del reo (art. 171 c.p.): in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale (27 co 1 Cost) la morte del reo avvenuta dopo la sentenza di condanna estingue la pena principale, le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, ad eccezione della confisca, che colpisce le cose e non invece la persona del condannato. Inoltre la morte del reo non comporta

l'estinzione delle obbligazioni civili da reato, che si trasmettono agli eredi ad eccezione delle obbligazioni inerenti le spese di mantenimento in carcere ed all'obbligo di rimborsare le spese del processo penale.

La prescrizione della pena (artt. 172 e 173 c.p.): il decorso di un certo lasso di tempo dalla condanna irrevocabile determina l'estinzione di tutte le pene principali, ad eccezione dell'ergastolo. Non si estinguono invece né le pene accessorie né gli effetti penali della condanna.

Il termine per la prescrizione della pena decorre dal giorno in cui la condanna è passata in giudicato; però nel caso in cui l'esecuzione della pena sia iniziata e sia poi stata interrotta da un fatto volontario del condannato, la prescrizione inizia a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il condannato si è volontariamente sottratto all'esecuzione.

La pena della reclusione si prescrive in un tempo pari al doppio della pena inflitta e comunque entro i limiti di minimo 10 anni e massimo 30.

La pena della multa si estingue in 10 anni. Però se la multa è inflitta insieme alla reclusione, entrambe si prescrivono nel tempo previsto per la reclusione.

In caso di concorso di reati e di reato continuato deve farsi riferimento alla pena inflitta per i singoli reati.

Arresto ed ammenda si prescrivono in 5 anni, anche nelle ipotesi in cui siano applicate congiuntamente.

Eccezioni: (a) per recidivi (salvo che si tratti di recidiva semplice ex art. 99 co 1 c.p.) e delinquenti abituali, professionali o per tendenza sono imprescrittibili le pene della reclusione e della multa, mentre arresto ed ammenda si prescrivono nel doppio del tempo ordinario, cioè in 10 anni; (b) se il condannato, durante il tempo necessario all'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole, la reclusione e la multa sono imprescrittibili.

Attenzione: per quanto riguarda pena pecuniaria c'è un orientamento giuri che fa decorrere la prescrizione non dal passaggio in giudicato della sentenza, ma dal

momento in cui il debito erariale viene iscritto a ruolo, dopo che al condannato è stato notificato invito al pagamento ed il pagamento non è stato eseguito.

Indulto (art. 79 co 1 Cost.): riservato in via esclusiva al Parlamento, che lo concede con legge approvata a maggioranza dei $\frac{2}{3}$ dei componenti di ciascuna Camera. La legge di concessione fissa il termine iniziale di applicazione dell'indulto, che non può comunque essere applicato ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge (art. 79 co 2 e 3). La legge inoltre individua i tipi di pena e la loro misura per l'applicabilità dell'indulto, eventualmente disponendo l'esclusione delle pene inflitte per talune categorie di reato.

Effetto dell'indulto è di condonare del tutto o in parte la pena principale inflitta con la sentenza di condanna, ovvero di commutarla con altra pena meno grave (art. 174 c.p.). Tutte le pene principali possono essere condonate o commutate. Di regola, invece, l'indulto non si estende alle pene accessorie, a meno che il provvedimento di concessione non disponga diversamente (art. 174 c.p.). Per contro l'indulto non estingue gli effetti penali della condanna.

L'indulto (proprio) è applicato dal giudice dell'esecuzione (art. 672 c.p.p.); quando invece è applicato dal giudice della cognizione (indulto improprio), gli effetti comunque si verificano solo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza (indulto provvisorio, condizionato alla formazione del giudicato).

Nel caso di concorso di reati l'indulto si applica una sola volta sulla pena cumulata.

Anche l'indulto (che sul punto rinvia alla disciplina dell'amnistia) non si applica ai recidivi (salvo che si tratti di recidiva semplice ex art. 99 co 1 c.p.), né ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, salvo che la legge disponga diversamente (come è stato ad esempio nell'indulto del 2006). Anche l'indulto può essere sottoposto a condizioni sospensive o risolutive.

Rapporti tra indulto e sospensione condizionale della pena: sul punto è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite ed ha affermato che nell'ipotesi in cui risultino applicabili sia indulto che sospensione condizionale della pena, il giudice deve applicare solo sospensione condizionale, perché la contestuale concessione dell'indulto frustrerebbe la finalità specialpreventiva della sospensione, annacquando il timore che in caso di revoca la pena sospesa possa essere eseguita.

La grazia: (art. 87 Cost) provvedimento di clemenza individuale, quindi riservato ad uno o più singoli condannati, che può essere concesso solo dal PdR. La grazia può essere concessa (a) d'ufficio dal PdR; (b) su domanda del condannato o di una cerchia ristretta di soggetti indicati all'art. 681 co 1 c.p.p.

Al pari dell'indulto anche la grazia può consistere nel condono totale o parziale della pena inflitta o nella commutazione in altra specie di pena meno grave. Portata estintiva della grazia è limitata alle pene principali; può estendersi a quelle accessorie solo se il singolo decreto presidenziale dispone in tal senso. In ogni caso la grazia non estingue gli effetti penali della condanna (art. 174 co 1 c.p.).

La legge prevede espressamente la possibilità che il provvedimento di grazie sia sottoposto a condizioni (art. 681 co 5 c.p.p.).

Nel caso in cui la domanda di grazia non sia stata presentata dal condannato, questi non ha il potere di rifiutare il condono o la commutazione della pena → il condannato ha l'obbligo, non il diritto, di scontare la pena.

La non menzione della condanna nel casellario giudiziale: si tratta della non menzione nel casellario spedito a richiesta dai pvt; non copre però i certificati che devono essere prodotti dal pvt perché richiesti dal diritto elettorale (art. 175 c.p.).

Requisiti per la non menzione nel casellario: (a) pena detentiva inflitta non dev'essere superiore ai 2 anni; se pena detentiva + pena pecuniaria non

menzione può essere concessa quando attraverso ragguglio comunque non sono superati 2 anni e 6 mesi di pena detentiva (art. 175 co 2 c.p.); (b) deve trattarsi di una prima condanna (art. 175 co 1 c.p.), però può essere concessa anche dal giudice che pronuncia successive condanne per reati commessi anteriormente alla prima condanna, se la pena inflitta cumulata con la prima non supera 2 anni o 2 anni e 6 mesi insieme a pena pecuniaria.

Revoca della non menzione: se il condannato commette, in qualsiasi tempo, un nuovo delitto (non contravvenzione) di qualsiasi specie o gravità (art. 175 co 3 c.p.). La revoca è disposta dal giudice che pronuncia la condanna per il nuovo delitto, anche se si procede nelle forme del patteggiamento; qualora il giudice di cognizione non abbia provveduto, a disporre la revoca è competente il giudice dell'esecuzione (art. 674 co 1 c.p.p.).

La liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.): applicabile a chi ha già scontato 30 mesi e comunque almeno metà della condanna. Si tratta di istituto pensato quale correttivo delle pene detentive di lunga durata. Alla liberazione condizionale segue, in caso di esito positivo della prova, l'estinzione della pena: a tal fine il condannato nel periodo corrispondente alla pena residua, ovvero nei 5 anni successivi alla concessione della liberazione condizionale se si tratta di ergastolo (a) non deve commettere nuovo delitto né contravvenzione della stessa indole (b) non deve violare gli obblighi inerenti la libertà vigilata, che il giudice può ordinare all'atto della liberazione condizionale.

Condizioni per potersi applicare liberazione condizionale: (a) ammontare della pena già scontata, pari a 26 anni in caso di ergastolo, oppure in caso di reclusione o arresto almeno 30 mesi e comunque almeno metà della pena; se poi si tratta di recidivo (eccetto recidivo semplice) il condannato deve aver scontato almeno 4 anni di pena e non meno di $\frac{3}{4}$ della pena inflittagli; (b) la pena residua da scontare non deve superare i 5 anni, a meno che si tratti di minorenni, che ai sensi dell'art. 21 RdL 1404/1934 può beneficiarne in qualsiasi momento dell'esecuzione della pena, qualsiasi sia la durata della pena inflitta; (c) aver

adempito alle obbligazioni civili derivanti da reato; comunque questa condizione non opera, per espressa previsione di legge, quando il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierla; (d) il condannato durante il tempo dell'esecuzione della pena deve aver tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento; Cassazione ha precisato che per ravvedimento si intende un riscatto morale del reo, colto da una valutazione globale della personalità del condannato, che consideri tutti gli atti o le manifestazioni di condotta, di contenuto materiale e morale tali da assumere valore sintomatico → cioè comportamento attivo di pronta e costante adesione alle regole.

Una volta che il TdS (art. 682 c.p.p.) ha disposto la liberazione condizionale del condannato, due sono i possibili epiloghi: (1) estinzione della pena per esito positivo della prova; in questo caso sono revocate anche le misure di sicurezza personali se disposte (art. 177 co 2 c.p.); (2) revoca della liberazione condizionale, pronunciata dal TdS se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce agli obblighi inerenti la libertà vigilata (art. 177 c.p.) → la Corte Cost ha chiarito che la revoca in questo caso non è automatica. Spetta al TdS valutare caso per caso se la condotta del soggetto appare incompatibile con la prosecuzione del beneficio.

In caso di revoca del beneficio il condannato dovrà espiare in tutto o in parte la pena detentiva residua → decisione spetta al TdS, che terrà conto della qualità e della gravità dei comportamenti che hanno determinato la revoca nonché del tempo che il condannato ha trascorso in libertà vigilata osservando le relative prescrizioni.

Il condannato che abbia subito la revoca della liberazione condizionale non può fruire di nuovo di tale beneficio (art. 177 c.p.) → nei cfr del condannato all'ergastolo questa prescrizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con art. 27 co 3 Cost.

La sospensione condizionale della pena (artt. 163-168 c.p.): fruibile in caso di (a) pena fino ai 2 anni; (b) pena 2 anni e 6 mesi per i giovani adulti (cioè fino a 21 anni) e gli ultrasettantenni; (c) pena fino a 3 anni per chi al momento del fatto era imputabile ma non aveva ancora compiuto 18anni.

Si sospende pena principale e anche pene accessorie, fatta eccezione per quelle previste in caso di corruzione o altri delitti contro la p.a. (art. 166 co 1 c.p., modif l. 3/2019).

La prova ha durata di 5 anni se si tratta di delitto e 2 anni se si tratta di contravvenzioni.

Di regola la sospensione condizionale della pena è disposta dal giudice di cognizione; solo eccezionalmente disposta dal giudice dell'esecuzione (es/se riconosciuta la continuazione in sede esecutiva).

L'applicazione dell'istituto è riservata al potere discrezionale del giudice, che può provvedere anche d'ufficio; anche il giudice d'appello può disporre la sospensione anche ex officio (art. 597 co 2 c.p.p.).

In relazione alla condanna a sola pena pecuniaria, quando il condannato non vi abbia interesse ma il giudice disponga ex officio la sospensione condizionale, questi è tenuto a motivare l'utilità dell'istituto in ragione delle finalità di prevenzione speciale cui è rivolta la sospensione condizionale della pena.

Due forme di sospensione condizionale della pena: ordinaria e breve.

Sospensione condizionale della pena ordinaria: presupposti per l'applicabilità riguardano (a) il tipo e l'ammontare di pena inflitta; (b) i precedenti penali del condannato; (c) la previsione dei suoi futuri comportamenti.

Tipo ed ammontare di pena inflitta: in caso di reclusione o arresto pena fino ai 2 anni; oppure pena 2 anni e 6 mesi per i giovani adulti (cioè fino a 21 anni) e gli ultrasettantenni; oppure pena fino a 3 anni per chi al momento del fatto era imputabile ma non aveva ancora compiuto 18anni. Pena pecuniaria, di qualsiasi ammontare, anche congiunta a pena detentiva non può mai impedire la

sospensione condizionale della pena. A seguito di modifica del 2011 l'art. 163 co 1 c.p. prevede infatti che se i limiti indicati per effetto del ragguglio di pena pecuniaria in pena detentiva impedirebbero di concedere la sospensione condizionale, il giudice non deve provvedere al ragguglio e deve invece sospendere la sola pena detentiva.

Anche le pene sostitutive delle pene detentive sono sospendibili.

NON sono invece sospendibili le pene irrogate dal GdP, perché il legislatore ha voluto creare un "diritto mite ma effettivo" (no contrasto con art.3 Cost.).

Precedenti penali del condannato: è preclusa l'applicabilità della sospensione condizionale al soggetto che (a) abbia riportato precedente condanna a pena detentiva per delitto, a meno che la pena da infliggere, cumulata con la precedente, rientri comunque nei limiti di pena fissati dall'art. 163 c.p.; (b) abbia già fruito una volta della sospensione, a meno che la pena inflitta con la nuova condanna rientri nei limiti del 163 c.p.; in ogni caso la sospensione non può invece essere concessa più di due volte.

Previsione dei suoi futuri comportamenti: necessaria una prognosi favorevole sul futuro comportamento del reo, desunta utilizzando i criteri di cui all'art. 133 c.p. ed in particolare quelli relativi alla capacità a delinquere. Qualora siano presenti tanto elementi favorevoli quanto elementi sfavorevoli, ed il giudice consideri prevalenti gli elementi sfavorevoli, sarà tenuto a motivare adeguatamente la sentenza, al fine di consentire un controllo sul potere discrezionale esercitato.

Obblighi: la sospensione condizionale della pena può essere sottoposta all'adempimento di uno o più obblighi, tassativamente previsti tra (a) restituzioni; (b) risarcimento del danno; (c) pubblicazione della sentenza; (d) prestazione di attività non retribuita a favore delle collettività, per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa → subordinata alla non opposizione del condannato.

In caso di seconda concessione, la sospensione condizionale deve essere subordinata all'adempimento di almeno uno degli obblighi ora elencati (art. 165 co 2 c.p.).

La logica degli obblighi de quibus è duplice: gli obblighi di natura patrimoniale sono volti ad attenuare la reattività della vittima; quanto invece all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, all'attività socialmente utile lo scopo è quello di placare la reattività collettiva.

Revoca della sospensione condizionale della pena (art. 168 c.p.), in cinque casi.

Revoca obbligatoria: (a) se la sospensione è stata concessa, anche con sentenza 444 c.p.p., per più di due volte ovvero se è stata concessa una seconda volta, allorché la pena inflitta cumulata con la prima condanna supera i limiti.

Inoltre revoca obbligatoria se entro 5 anni dal passaggio in giudicato che ha disposto la sospensione se si tratta di delitto, ovvero entro 2 anni se si tratta di contravvenzione (b) il condannato non adempie entro il termine stabilito dal giudice per gli obblighi, se l'adempimento era concretamente esigibile; (c) commette un delitto per il quale venga inflitta la pena dell'ergastolo o della reclusione; rileva a tal fine il momento della commissione del delitto; (d) commette una contravvenzione della stessa indole per la quale venga irrogata la pena dell'arresto; (e) riporta una nuova condanna per il delitto commesso prima del passaggio in giudicato della sentenza che ha disposto la sospensione condizionale della pena.

Attenzione: nelle ipotesi (c), (d) ed (e) la revoca è obbligatoria solo se sono superati i limiti di pena indicati dall'art. 163 co 1 c.p. Se invece i limiti de quibus non vengono superati, la revoca è facoltativa.

Attenzione: le Sezioni Unite hanno chiarito che anche la sentenza di patteggiamento è equiparata in tal proposito a sentenza di condanna (si desume da art. 445 co 1 bis c.p.) e quindi costituisce titolo idoneo per la revoca.

In caso di esito positivo si estingue la pena principale e le pene accessorie; permangono invece gli effetti penali della condanna.

Sospensione condizionale breve: introdotta nel 2004, dispone che la pena sia sospesa per 1 anno, a prescindere che si tratti di delitto o di contravvenzione. Presupposti: (a) ammontare della pena inflitta non deve essere superiore ad 1 anno; (b) il soggetto, prima della pronuncia di primo grado, deve aver tenuto una condotta riparatoria (contenuti analoghi al 62 n°6c.p.) quindi: (o) riparazione integrale del danno mediante risarcimento e, quando possibile, mediante restituzioni (o) il colpevole deve essersi adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, quando tali conseguenze siano da lui eliminabili.

La riabilitazione: peculiare perché in questo caso la pena principale deve essere interamente eseguita o altrimenti estinta (es/indulto) e da quel momento devono passare almeno 3 anni dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita o altrimenti estinta prima che gli possa essere concessa la riabilitazione (art. 179 c.p.); eccezione: (a) se recidivo reiterato o aggravato devono essere passati almeno 8 anni dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita o altrimenti estinta; (b) se delinquente abituale, professionale o per tendenza, il termine per riabilitazione è 10 anni, che decorrono dal giorno in cui è stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro.

La riabilitazione può essere ordinata anche in seguito ad una sentenza di patteggiamento ed anche in relazione alle condanne con le quali sia stata disposta sospensione condizionale della pena → in questo caso se si tratta di sospensione condizionale ordinaria il termine di 3 anni decorre dallo stesso giorno a partire dal quale decorre il termine di sospensione della pena; invece se la sospensione condizionale è breve, la riabilitazione può essere concessa allo scadere del termine di 1 anno di prova, che decorre dal passaggio in giudicato della sentenza.

La riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna (art. 178 c.p.). Eccezioni: (a) in seguito a l. 3/2019 le pene accessorie

perpetue potranno essere estinte con riabilitazione solo dopo che siano trascorsi almeno 7 anni dalla riabilitazione, purché il condannato abbia dato prova effettiva e costante di buona condotta. (b) Quanto agli effetti penali della condanna, limitazioni agli effetti della riabilitazione sono espressamente riguardano la concessione della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale.

La funzione primaria della riabilitazione è il reinserimento sociale del condannato. → Proprio per tale motivo è necessario che il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta; comunque si tratta di una valutazione di un dato di fatto e non già di un accertamento prognostico sui futuri comportamenti del soggetto. → In tal proposito giurisprudenza minoritaria ritiene che un singolo episodio occasionale di inottemperanza non possa determinare automatica preclusione alla concessione della riabilitazione. Di avviso opposto è invece la giurisprudenza maggioritaria, che ritengono che qualsiasi nota negativa in ordine al comportamento del soggetto può essere letta come prova contraria rispetto a quella richiesta dal legislatore, che dice invece “prove effettive e costanti” di buona condotta.

Ai sensi dell’art. 683 c.p.p., il provvedimento di riabilitazione può essere adottato solo a seguito di espressa richiesta dell’interessato; competente a decidere è il TdS (art. 666 c.p.p.).

Due condizioni ostative alla riabilitazione: (1) sottoposizione ad una misura di sicurezza, a meno che si tratti di confisca o espulsione; (2) inadempimento delle obbligazioni civili da reato, salvo che il soggetto provi di trovarsi nell’impossibilità di adempiervi (nemo ad impossibilia tenetur).

Revoca della riabilitazione: conseguente reviviscenza delle pene accessorie e degli effetti penali della condanna. Presupposto della revoca: commissione di un nuovo delitto non colposo entro 7 anni dalla sentenza definitiva che ha disposto la riabilitazione; reato per il quale sia stata inflitta la pena della reclusione non inferiore a 2 anni ovvero l’ergastolo.

La revoca è pronunciata dallo stesso giudice che pronuncia la condanna per il nuovo reato, ovvero dal TdS → si tratta comunque di un provvedimento di diritto, nel senso che è escluso ogni potere discrezionale del giudice competente.

LE MISURE DI SICUREZZA

Le misure di sicurezza possono essere personali o reali, a seconda che interessino la pericolosità della persona o della cosa.

Le misure di sicurezza personali possono essere applicati tanto a soggetti imputabili e semi-imputabili ritenuti pericolosi, quanto a soggetti non imputabili ritenuti pericolosi. Misure di sicurezza personali che si distinguono in detentive e non detentive (art. 215 c.p.).

Sono misure di sicurezza personali detentive: (a) assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro; (b) assegnazione ad una casa di cura o di custodia; (c) ricovero in un o.p.g.; (d) ricovero in un riformatorio giudiziale.

Sono misure di sicurezza personali non detentive: (a) libertà vigilata; (b) divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province; (c) divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche; (d) espulsione dello straniero dallo Stato.

Prevede l'art. 215 co 4 c.p. che nei casi in cui la legge prevede un mds ma senza indicarne la specie, il giudice disporrà la libertà vigilata a meno che, trattandosi di un condannato per delitto, ritenga di dover applicare l'assegnazione ad una colonia agricola o casa di lavoro.

Misure di sicurezza patrimoniali sono invece la confisca e la cauzione di buona condotta.

Attenzione: ulteriori tipologie di mds sono contenute nella parte speciale del codice penale; es/art. 609novies per alcuni reati sessuali prevede restrizione dei movimenti e della libertà di circolazione, divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori, divieto di svolgere attività che prevedano un

contatto diretto con minori, obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza e sui propri spostamenti.

LE MISURE DI SICUREZZA PERSONALI: DISCIPLINA GENERALE.

Il sistema del c.d. doppio binario: coerentemente con il disegno contenuto nella Relazione al Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale, le mds detentive riservate agli imputabili hanno assunto nella prassi, fin dall'inizio, i connotati di un'ulteriore pena detentiva, che si cumula a tempo indeterminato con la reclusione o con l'arresto (per questo si parla di doppio binario). Si tratta di una frode delle etichette che, in Italia, ha coinvolto anche le mds detentive riservate ai semi-imputabili ed ai non imputabili, tanto adulti quanto minori.

Le dubbia legittimità costituzionale delle mds detentive: la distinzione tra pene e mds deve fondarsi in una diversità di contenuti. Se invece la mds detentiva si traduce in una mera variante nominale della pena, assolve l'unica ed incostituzionale funzione di sottrarre le mds ai principi di garanzia propri delle pene. Tale rilievo critico emerge anche da una serie di interventi del legislatore e della Corte Costituzionale. → Anzitutto nel 1988 il legislatore ha sostanzialmente abolito quella forma di carcere minorile che era il riformatorio giudiziario, prevedendo che invece il minore venisse assegnato ad una comunità educativa. Sempre in quell'anno il legislatore ha stabilito la detraibilità dalla pena del periodo di tempo trascorso in esecuzione provvisoria di una mds detentiva.

Qualche anno più tardi la Corte Costit ha fortemente ridimensionato l'area applicativa dell'opg, dapprima escludendolo per i minori e successivamente prevedendo che in luogo dell'opg il giudice potesse disporre la libertà vigilata, anche in caso di esecuzione provvisoria della misura.

Nel 2012 il legislatore ha disposto la chiusura degli opg e delle case di cura e di custodia, prevedendo che tali misure – a decorrere dal 2015 – dovessero eseguirsi presso le REMS (strutture residenziali a carattere eminentemente sanitario).

Da ultimo, nel 2014, si è stabilito che le mds dell'opg o della casa di cura e di custodia possono essere disposte solo qualora ogni altra misura risulti inadeguata. Inoltre si è stabilito che la durata massima di qualsiasi mds non può superare il massimo della pena detentiva comminata per il reato commesso.

I due presupposti per l'applicazione di una mds detentiva sono: aver commesso un reato o un quasi reato e la pericolosità sociale del reo.

Reato e quasi reato come primo presupposto: anzitutto occorre chiarire cosa debba intendersi ex art. 201 c.p. con il termine "reato" → Nessun dubbio sul fatto che se la mds è da applicare ad un soggetto imputabile o semi-imputabile devono ricorrere tutti gli elementi costitutivi del reato (fatto tipico, antiggiuridico e colpevole + secondo MD punibile).

Si discute invece se il dolo del non imputabile abbia la stessa struttura richiesta per il dolo del soggetto imputabile o semi-imputabile. Sul punto sono state sostenute entrambe le tesi.

La giurisprudenza maggioritaria afferma l'identità di struttura tra dolo dell'imputabile e del non imputabile, ritenendo volizione e rappresentazione configurabili anche in capo all'incapace di intendere o di volere. Argomentazione: che possa agire con dolo una persona incapace di intendere o di volere è dimostrato dalla disciplina dell'ubriaco o drogato giuridicamente imputabile, ma naturalisticamente incapace di intendere o di volere: a lui si applicherà la pena prevista per il delitto doloso commesso se, al momento del fatto, ha agito con rappresentazione e volizione di tutti gli elementi costitutivi del fatto. Del pari la mds della casa di cura o di custodia può essere disposta dal giudice che abbia accertato che l'ubriaco abituale, che quando ha commesso il fatto era totalmente incapace di intendere o di volere, ha agito con dolo o colpa.

Di diverso avviso è invece la dottrina maggioritaria, che ritiene che il dolo rilevante per l'applicazione della misura dell'opg e del riformatorio giudiziario sussiste anche in caso di errore condizionato cioè di errore determinato dalla

situazione patologica o dall'immaturità dell'agente (es/chi sottrae una cosa mobile e se ne impossessi, ritenendo a causa di una malattia mentale o di immaturità che tutte le cose che cadono sotto i suoi occhi siano di sua proprietà). Si tratta di una tesi poco persuasiva. Non si comprende come possa configurarsi *un dolo di omicidio se un malato di mento o un minore, per la sua totale incapacità di intendere o volere, ha erroneamente ritenuto che la sostanza versata nel thè della vittima fosse un dolcificante, mentre in realtà si trattava di un mortale veleno.*

In conclusione: opg o riformatorio giudiziario possono essere disposti solo in presenza di un fatto tipico, antiggiuridico (e punibile) commesso con dolo da chi versi in una delle situazioni patologiche indicate dall'art. 222 c.p. ovvero da un minore non imputabile (o ex lege art. 97 o in concreto art. 98 co1 c.p.).

Quasi reato: (a) reato impossibile ex art. 49 co 2 e 4 c.p.; (b) accordo per commettere un delitto che poi non viene commesso (art. 115 co 1 e 2 c.p.); (c) istigazione a commettere un reato se l'istigazione è accolta ma il reato non viene commesso (art. 115 co 3 c.p.); (d) istigazione a commettere un delitto, non accolta (art. 115 co 4 c.p.).

Nota bene: quando l'art. 203 c.p. include, tra le persone socialmente pericolose, anche le persone non punibili fa riferimento proprio agli autori di un quasi reato, e non invece alle persone che hanno agito in presenza di una causa di non punibilità (a questi ultimi non è applicabile alcuna mds). Quanto appena esposto (cioè che per la mds serve punibilità) trova conferma all'art. 210 c.p. ove si prevede che l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle mds.

La pericolosità sociale come secondo presupposto (art. 203 co 1 c.p.): la locuzione "pericolosità sociale" indica la probabilità (non mera possibilità) che il soggetto commetta in futuro nuovi reati ovvero, nell'ipotesi in cui abbia commesso un quasi reato, commetta in futuro reati.

La disciplina originale prevedeva che di regola la pericolosità sociale dovesse essere accertata dal giudice ma che, in alcuni casi, poteva essere presunta ex lege (art. 204 co 2 c.p.) → Sono poi intervenuti dapprima la Corte Costit poi il legislatore → Oggi non esistono più ipotesi di pericolosità sociale presunta: mds personali possono essere applicate solo quando il giudice abbia accertato in concreto la pericolosità sociale del soggetto.

Chiarisce l'art. 679 c.p.p. che la pericolosità sociale va accertata al momento del giudizio di cognizione (giudice di cognizione) + la sua persistenza deve essere accertata nel momento in cui la misura dev'essere eseguita (TdS).

Ai sensi dell'art 69 ord penit il magistrato di sorveglianza, nel provvedere al riesame della pericolosità sociale, può revocare la mds anche quando non sia ancora decorsa la sua durata minima, se accerta il venir meno della pericolosità sociale.

Criteri per accertare la pericolosità sociale sono quelli dettati dall'art. 133 c.p. (art. 203 co 2 c.p.). Eccezione, sulla quale si tornerà infra: criteri particolari per l'infermo e il semi-infermo di mente quando si tratti della scelta tra mds detentive e misure diverse.

Applicazione delle mds personali: anzitutto l'art. 200 co 1 e 2 c.p. prevede che per l'applicazione delle mds vige il principio *temus regit actum* → si applica la legge in vigore al tempo della loro applicazione, anche se diversa da quella in vigore quando il reato o quasi reato è stato commesso.

La mds personali sono applicate dal giudice della cognizione nella sentenza di condanna o di proscioglimento; vale anche sentenza di patteggiamento a condizione che si stia inflitta una pena detentiva superiore a due anni (sola o congiunta a pena pecuniaria) (al di sotto di tale limite è applicabile solo la mds della confisca; art. 445 co 1 c.p.p.).

Quando una persona ha commesso più fatti di reato per i quali risultino applicabili più mds della stessa specie (es/libertà vigilata), è ordinata una sola mds; quando invece le mds sono di specie diversa (es/colonia agricola e libertà

vigilata) il giudice deciderà a seconda della minore o maggiore pericolosità della persona se applicare una sola misura o più misure (art. 209 c.p.). Attenzione: la regola appena esposta opera anche nel caso in cui più giudici di cognizione abbiano inflitto più mds nei cfr dello stesso soggetto in separati procedimenti → in questo caso il magistrato di sorveglianza deciderà se unificare le misure o se applicare invece più misure.

Esecuzione delle mds personali. Primo scenario: se le mds conseguono ad una sentenza di condanna (quindi contro soggetto imputabile o semi-imputabile), ai sensi dell'art. 211 co 1 c.p. la mds detentiva o non detentiva va eseguita dopo che la pena principale è stata scontata o altrimenti estinta.

Eccezione: art. 220 co 2 c.p. se la mds da eseguire è la casa di cura o di custodia, il giudice, tenuto conto delle particolari infermità psichiche del condannato, può disporre che il ricovero venga eseguito prima che iniziata o abbia termine l'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale.

Secondo scenario: se la mds personale si aggiunge ad una pena non detentiva, la mds andrà eseguita non appena la sentenza di condanna è divenuta definitiva (art. 211 co 2 c.p.).

Quanto alle mds personali disposte con sentenza di proscioglimento (il 211 c.p. nulla dice), si ritiene (in base al 300 co 2 c.p.p.) che la loro esecuzione debba avvenire una volta che la sentenza è passata in giudicato, a meno che sia disposta applicazione provvisoria della misura (art. 206 co 1 c.p.).

L'art. 212 c.p. disciplina le ipotesi in cui nel corso dell'esecuzione di una mds personale o della cauzione di buona condotta sia sopraggiunta infermità psichica: (i) se è in corso mds detentiva il magistrato di sorveglianza, se ritiene che l'infermità sia fonte di ulteriore pericolosità sociale, deve sostituire alla misura precedentemente disposta quella dell'opg o della casa di cura e di custodia; (ii) se è in corso una mds non detentiva o la cauzione di buona condotta e sopravviene infermità psichica, l'esecuzione della misura cessa; il soggetto

viene ricoverato in ospedale civile, dove verrà sottoposto a tso per malati mentali.

Art. 211 bis co 1 c.p.: anche per le mds personali (verosimilmente solo detentive) si applica la disciplina dettata dagli artt. 146 e 147 c.p. in tema di rinvio dell'esecuzione della pena.

Da ultimo occorre sottolineare che cause di estinzione della pena di regola impediscono l'applicazione e l'esecuzione della mds personali (art. 210 c.p.)

Durata e revoca delle mds personali: la durata delle mds personali è sempre sottoposta ad un limite minimo. Una volta decorso il periodo minimo il magistrato di sorveglianza deve procedere al riesame della pericolosità sociale e, qualora ritenga che questa sia cessata, disporrà la revoca della mds. Se invece ritiene il soggetto ancora socialmente pericoloso, fisserà nuovo termine per ulteriore riesame, potendo comunque procedere in qualsiasi momento a nuovo accertamento qualora vi sia ragione di ritenere cessato il pericolo (art. 208 co 2 c.p.). → Art. 69 o.p. attribuisce al magistrato di sorveglianza un potere di revoca anticipata della misura, cioè potere di revocarla prima che sia decorso il termine minimo di durata.

Come già si è accennato sopra, il legislatore è intervenuto nel 2014 prevedendo che la durata massima della mds non può superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato commesso. Nota bene: limite massimo non opera quando si tratta di delitto punito con la pena dell'ergastolo.

Inosservanza delle mds personali: diversi scenari, diverse risposte dell'ordinamento. Analizziamoli: (a) colonia agricola, casa di lavoro o riformatorio giudiziale; se il soggetto si allontana arbitrariamente dall'istituto o non vi rientra al termine della licenza che gli è stata concessa (art. 53 o.p.), si prevede come sanzione che il periodo minimo di durata della mds ricominci a decorrere dal giorno in cui a questa è data nuovamente esecuzione (art. 214 co 1

c.p.); sanzione che si applica però solo se il magistrato di sorveglianza accerti nuovamente la pericolosità sociale di chi si è sottratto volontariamente alla mds; (b) opg o casa di cura e di custodia; non è prevista nessuna sanzione per chi si sottragga volontariamente all'esecuzione della misura, e ciò in considerazione delle patologie di cui tali soggetti soffrono; (c) mds personali non detentive; la loro inosservanza è sanzionata in modo autonomo per ciascuna misura, anche se di regola la sanzione consiste nell'aggiunta di una nuova mds o nella sostituzione con altra più grave misura. Nota bene: se lo straniero trasgredisce la mds dell'espulsione, tale trasgressione integra un'autonoma figura di reato.

ANALISI DELLE SINGOLE MDS PERSONALI.

Assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro: idealmente colonia agricola e casa di lavoro sono distinte in base al tipo di attività che dovrebbe essere svolta da coloro che vi sono sottoposti ed il giudice dovrebbe scegliere in base alle condizioni ed attitudini della persona cui il provvedimento si riferisce (art. 218 c.p.). in realtà invece gli istituti speciali che dovrebbero essere destinati all'esecuzione di questa mds non si distinguono da quelli destinati all'esecuzione della pena e dunque, nella sostanza, rappresentano un prolungamento della pena detentiva.

Destinatari di questa mds sono: (a) coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza; (b) coloro che, essendo stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza e non essendo più sottoposti a mds, commettono un nuovo delitto non colposo, che rappresenti ulteriore manifestazione della abitualità, professionalità o tendenza a delinquere; (c) persone condanna o prosciolte, negli altri casi espressamente indicati dalla legge. È allora il caso di analizzare la figura del delinquente abituale, professionale o per tendenza.

Anzitutto l'abitualità nel delitto può assumere due forme (a) ritenuta dal giudice; (b) presunta ex lege.

Abitualità ritenuta dal giudice (art. 103 c.p.): se il soggetto ha già riportato una o più precedenti condanne per due delitti non colposi (non vale quando due delitti sono uniti dal vincolo della continuazione), in occasione della condanna per un nuovo delitto non colposo il giudice deve accertare se “tenuto conto (a) della specie e della gravità dei reati (b) del tempo entro il quale sono stati commessi (c) della condotta e del genere di vita del colpevole (d) delle altre circostanze indicate nel capoverso dell’art 133 c.p.”, il colpevole sia dedito al delitto. La Cassazione parla di tendenza criminosa radicata nella personalità del soggetto.

Abitualità presunta dalla legge (art. 102 c.p.): se il soggetto ha riportato una o più precedenti condanna alla reclusione, per un ammontare complessivamente superiore a 5 anni, pronunciate per tre delitti non colposi della stessa indole, commessi non contestualmente ed entro 10 anni dall’ultimo dei delitti precedenti. → Attenzione: in seguito all’abolizione della presunzione di pericolosità ex lege, anche questa forma di abitualità nel delitto deve ora considerarsi subordinata all’accertamento in concreto della pericolosità sociale.

Professionalità nel delitto (art. 105 c.p.): riguarda il soggetto che, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna ad un altro reato. In particolare la professionalità del reato può essere dichiarata qualora avuto riguardo (a) alla natura dei reati, (b) alla condanna (c) al genere di vita del colpevole e (d) delle altre circostanze indicate al capoverso dell’art. 133 c.p. che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato. Non è necessario che il soggetto sia stato dichiarato delinquente abituale, ma è sufficiente la sussistenza dei presupposti che avrebbero consentito quella dichiarazione.

Delinquente per tendenza (art. 108 c.p.): può essere dichiarato delinquente per tendenza chi commette un delitto non colposo contro la vita o l’incolumità individuale qualora, per la gravità oggettiva e soggettiva del reato commesso, ed alla luce delle circostanze di cui all’art. 133 co 2 c.p., egli “riveli una speciale

inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole". L'inclinazione al delitto non deve essere causata da un vizio di mente (sia esso totale o parziale) o da cronica intossicazione da alcol o da sostanze stupefacenti.

Ai sensi dell'art. 69 co 4 o.p. il magistrato di sorveglianza, qualora accerti il venir meno della pericolosità durante l'esecuzione della mds, oltre a revocare la misura deve revocare anche la dichiarazione di abitudine professionalità o tendenza a delinquere, facendo così venir meno anche gli effetti penali dell'art. 109 c.p.

Colonia agricola o casa di lavoro può poi essere applicata anche a coloro che già in passato erano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, e dunque sottoposti a questa mds poi revocata sull'assunto che la pericolosità sociale fosse venuta meno → in un'ipotesi di tal fatta la misura viene nuovamente disposta se il soggetto commette un ulteriore delitto non colposo nel quale il giudice ravvisi una nuova espressione della pericolosità dell'agente (art. 216 n. 2 c.p.).

Gli ulteriori casi di legge nei quali può trovare applicazione la mds (art. 216 n. 3 c.p.): es/colui che, sottoposto a libertà vigilata, abbia commesso gravi o ripetute trasgressioni degli obblighi inerenti a quella misura (art. 231 co 2 c.p.).

Durata minima della colonia agricola o casa di lavoro: due anni per i delinquenti abituali, tre anni per i delinquenti professionali, quattro anni per i delinquenti per tendenza. Per le ipotesi invece dell'art. 261 n. 2 e 3 c.p. la durata minima è di un anno.

Durata massima è invece uguale al massimo della pena edittale per il reato commesso.

L'assegnazione ad una casa di cura e di custodia: doveva trattarsi, nella volontà del legislatore, di una misura integrativa della pena, capace di liberare il soggetto dai suoi impulsi delinquenziali di origine patologica.

Si tratta di un'istituzione che in realtà non è mai venuta ad esistenza; nella prassi si trattava di reparti degli opg ed il regime vigente era praticamente indifferenziato per le varie categorie di ricoverati; la componente curativa era relegata in secondo piano e dunque anche la casa di cura e di custodia rappresentava in realtà un duplicato del carcere.

Da ultimo, con la chiusura degli opg è stato disposto che anche la mds dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia debba svolgersi in una REMS (residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza).

Destinatari di questa mds sono i soggetti semi-imputabili, quindi responsabilità grandemente scemata, condannati a pena diminuita per (a) infermità psichica parziale; (b) cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti; (c) sordomutismo.

Pena diminuita: richiedendo che il condannato sia stato condannato ad una pena diminuita, la legge esclude che la misura possa essere disposta quando il giudice, in sede di bilanciamento, ha eliso l'attenuante → in questo modo viene creata un'insensata disparità di trattamento tra loro e soggetti che al momento del fatto erano affetti da identiche patologie.

Destinatari della casa di cura o di custodia sono anche gli ubriachi abituali o i dediti all'uso di sostanze stupefacenti che, avendo commesso un delitto commesso in stato di ubriachezza/sotto droga siano ritenuti in concreto socialmente pericoloso.

La misura della casa di cura e di custodia non può invece essere applicata ai minori; l'art. 36 dpr 448/88 prevede infatti quali uniche mds applicabili ai minori la libertà vigilata e nei casi più gravi il riformatorio giudiziario, eseguito nella forma del collocamento in comunità.

Durata minima della mds casa di cura e di custodia: 1 anno quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni; tre anni quando la pena è quella dell'ergastolo; 6 mesi se si tratta di un altro reato punito con pena detentiva → in quest'ultimo caso il giudice può disporre invece la libertà vigilata, a meno che non si tratti di condanna alla pena diminuita per cronica intossicazione da alcol o sostanze stupefacenti.

Il ricovero in un opg (art. 222 c.p.): nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto avere contenuti eminentemente terapeutici. Invece nella prassi si è trattato di istituzioni che si differenziavano solo marginalmente dal carcere. La Corte Costit è intervenuta prevedendo l'illegittimità dell'art. 222 c.p. nella parte in cui non prevedeva per il giudice la possibilità di disporre una misura diversa dall'opg che pur nel caso concreto risultasse parimenti idonea a curare l'infermità di mente ed a far fronte alla sua incapacità. Poco dopo una pronuncia dello stesso tenore ha riguardato anche l'applicazione provvisoria della misura (art. 206 c.p.).

Nel 2012 si è disposta con legge la chiusura degli opg e delle case di cura e di custodia a partire da marzo 2015, da sostituirsi con le REMS.

Principali caratteristiche delle REMS: almeno 2 psichiatri a tempo pieno e personale sanitario; presidi armati solo all'esterno degli edifici; non più di 20 posti destinati, di regola, a soggetti provenienti dalla regione.

Destinatari opg: soggetti la cui capacità d'intendere o di volere era totalmente esclusa al momento della commissione del fatto.

L'applicazione della misura dell'opg presuppone che il soggetto abbia commesso un delitto doloso punito in astratto con la reclusione superiore nel massimo a due anni; la struttura del dolo coincide con il normale dolo dell'imputabile.

Accertamento della pericolosità sociale dell'infermo di mente richiede al giudice di selezionare fattispecie "qualificate" di pericolosità sociale, cioè limitare la propria prognosi ad una gamma di reati identici o affini a quello già commesso, come espressione della medesima patologia.

Introdotte nel 2014 due regole particolari che attengono ai criteri di valutazione della pericolosità sociale: (a) il giudice non deve tener conti delle condizioni di vita familiare e sociale del reo; (b) non costituisce elemento idoneo a supportare valutazione di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali → evitare che opg o casa di cura e di custodia possano dipendere da impossibilità di assegnare la persona interessata ai dipartimenti di salute mentale, cioè alle strutture non detentive facenti capo al servizio sanitario e dislocate sul territorio nazionale.

Durata minima opg: (a) 5 anni se si tratta di delitto doloso punito con la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni; (b) 10 anni nel caso di delitti puniti con la reclusione dell'ergastolo.

Il ricovero dei minori in un riformatorio giudiziario: istituto che avrebbe dovuto assolvere funzione prevalentemente rieducativa e di inserimento sociale; invece quasi sempre è stata eseguita in sezioni di ipm (istituti penitenziari minorili) con un regime molto simile a quello carcerario. Di tal che questa misura è stata del tutto inadeguata a rieducare il minore, ed anzi è spesso risultata criminogena.

Il legislatore del 1988 ha innovato profondamente la misura de qua prevedendo che questa debba essere eseguita mediante affidamento coattivo del minore ad una comunità educativa, che non può ospitare più di 10 minori, alcuni dei quali non sottoposti a procedimento penale.

Destinatari: (a) minori degli anni 14; (b) minori degli anni 18 giudicati non imputabili; (c) minore degli anni 18 ritenuti imputabili e condannati a pena diminuita; (d) minori di 18 anni dichiarati delinquenti professionali, abituali o per tendenza. → Solo quando abbiano commesso una ristrettissima gamma di gravi delitti dolosi (art. 23 dpr 448/88).

Inoltre sempre nel 1988 il legislatore ha dettato, per il minore, una definizione più ristretta di pericolosità sociale (art. 37 co 2 dpr 448/88), nel senso che è

mirato si una gamma molto ristretta di reati particolarmente gravi che si ha il timore che l'imputato possa commettere (es/gravi delitti di criminalità organizzata, ovvero delitti con uso di armi o altri mezzi di violenza personale), che tenga altresì conto delle specifiche modalità e circostanza del fatto, nonché della personalità dell'imputato.

Durata minima: 1 anno, salva comunque possibilità di revoca anticipata (art. 69 co 4 o.p.).

Attenzione: mds nei confronti di chi era minorenni al momento del fatto sono quelle previste secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro i quali nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto più di 18 anni ma meno di 25, sempre che per quanti abbiano già compiuto i 21 anni non ricorrano particolari ragioni valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalità rieducative.

La libertà vigilata: mds personale non detentiva, che comporta una serie di prescrizioni limitative della libertà personale (sul cui rispetto vaglia l'autorità di p.s., cioè di pubblica sicurezza) + una serie di interventi di sostegno ed assistenza (affidati ai servizi sociali).

Destinatari libertà vigilata: (a) condanna alla reclusione superiore ad 1 anno; (b) autore di un quasi reato; (c) contravventor abituale o professionale che, non essendo più sottoposto a mds, commette un nuovo reato che costituisce nuova manifestazione di abitualità o professionalità; (d) soggetto sottoposto a misura di colonia agricola o casa di lavoro che venga dimesso da tale istituto, ma sia ancora pericoloso (oppure gli può essere applicata la cauzione di buona condotta); (e) condannato a pena detentiva ammesso alla liberazione condizionale, qualora il giudice ritenga il soggetto socialmente pericoloso.

Durata minima: (a) di regola pari ad 1 anno (art. 228 c.p.), ma la scadenza non determina la cessazione dello stato di libero vigilato, che dura invece fino al provvedimento di revoca da adottare previo accertamento della cessazione della pericolosità sociale; (b) in caso di condannato a reclusione non inferiore a dieci anni o all'ergastolo quando non debba scontare del tutto o in parte la pena per effetto di grazia o indulto, la durata minima è di 3 anni; (c) per l'ammesso alla libertà condizionale, la libertà vigilata si protrae per tutta la durata della pena inflitta.

Durata massima: nessun limite previsto; trattandosi di mds personale non detentiva, la libertà vigilata dovrà eseguirsi fintanto che permane la pericolosità sociale del soggetto.

Violazione degli obblighi di libertà vigilata: (a) il giudice può aggiungere la mds della cauzione di buona condotta. Qualora però (b) la violazione sia particolarmente grave o ripetuta, ovvero non venga prestata la cauzione, il giudice può sostituire la libertà vigilata con un'altra mds più gravosa. Infine (c) nel caso in cui si tratti di mds disposta nei cfr di chi ha fruito della liberazione condizionale, la violazione degli obblighi di libertà vigilata comporta la revoca della liberazione condizionale (art. 177 c.p.).

MISURE DI SICUREZZA PATRIMONIALI

DISCIPLINA GENERALE: il codice penale prevede due mds patrimoniali, cioè (a) la cauzione di buona condotta (artt. 237-239 c.p.); (b) la confisca (art. 240 c.p.).

Tratti comuni a mds personali: (i) principio di legalità (art. 199 c.p.); (ii) si applica la legge in vigore al tempo della loro esecuzione (art. 200 co 1 c.p.); (iii) applicabili anche ai reati commessi all'estero alle condizioni previste dall'art. 201 co 1 c.p.; (iv) sono ordinate dal giudice di cognizione nella sentenza di condanna o di proscioglimento (art 205 c.p.) e nei casi previsti dalla legge possono essere disposte successivamente dal giudice dell'esecuzione.

Per quanto riguarda poi la sola cauzione di buona condotta: (v) il soggetto deve aver commesso un fatto preveduto dalla legge come reato + pericolosità sociale; (vi) applicabile l'art. 200 co 2 e 3 c.p. (art. 236 c.p.) e cioè se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione (co2). Le misure di sicurezza si applicano anche agli stranieri, che si trovano nel territorio dello Stato (co3).

La cauzione di buona condotta: deposito di una somma di denaro presso la Cassa delle ammende, ovvero prestazione di una garanzia ipotecaria o di una fidejussione solidale avente ad oggetto una somma equivalente.

Scopo è quello di distogliere il soggetto dal commettere nuovi reati, prospettandogli come deterrente il danno patrimoniale.

Si tratta di una misura che è prevista sempre in alternativa o in aggiunta alla libertà vigilata.

Nella prassi questa mds è sostanzialmente assente.

Destinatari: (a) soggetto che è stato sottoposto a colonia agricola o casa di lavoro ed è stato poi dimesso perché permane pericolosità sociale ma non tale da giustificare più quella misura così afflittiva; (b) il soggetto sottoposto alla libertà vigilata che ne abbia violato gli obblighi; (c) il soggetto che abbia trasgredito il divieto di frequentare osterie o spacci di bevande alcoliche; (d) il soggetto che abbia riportato condanna per gioco d'azzardo, se si tratta di contravventore abituale o professionale → in questo caso cauzione di buona condotta si aggiunge alla libertà vigilata.

La confisca: espropriazione ad opera dello Stato di cose mobili o immobili attinenti ad un reato o di per sé criminose.

Istituto di grande rilievo nella prassi.

Inquadramento della confisca ex art. 240 c.p. tra le mds patrimoniali è stato sostenuto anche dalle Sezioni Unite, **perché** è coerente con la finalità preventiva

e cautelare dell'istituto, volto a prevenire la consumazione di futuri reati mediante l'esproprio di cose che se lasciate nella disponibilità del reo manterrebbero viva in lui l'idea e l'attrattiva del reato e renderebbero possibile una ulteriore violazione della legge penale.

Altre ipotesi di confisca invece possono essere inquadrare diversamente (non mds): è il caso della confisca per equivalente, che ha funzione eminentemente repressiva e dunque costituisce una pena.

Può poi essere prevista una confisca come sanzione amministrativa accessoria (es/in caso di guida senza patente recidiva).

Confisca può poi assumere i connotati della misura di prevenzione ante delictum.

Presupposto della confisca ex art. 240 c.p.: pericolosità della cosa, da intendersi nel senso che se lasciata nella disponibilità del reo sarebbe per lui incentivo alla commissione di un ulteriore reato → di regola pericolosità della res è un presupposto che va accertato in concreto (confisca facoltativa), però ci sono casi in cui è presunta ex lege (confisca obbligatoria).

Provvedimento prodromico alla confisca è il sequestro preventivo: misura cautelare reale che può essere disposta nelle indagini preliminari in relazione alle cose di cui è consentita la confisca (art. 321 co 2 c.p.p.); se però si tratta di procedimento penale per delitti contro la p.a., il sequestro preventivo deve essere disposto (art. 321 co 2 bis c.p.p.).

La confisca ha durata perpetua (nell'art. 236 c.p. manca esplicito richiamo all'art. 207 c.p., cioè alla revoca della mds), fatta eccezione per la confisca del veicolo disposta per guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, che viene revocata dal giudice in caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità.

La durata perpetua della confisca è coerente con la ratio dell'istituto, perché la pericolosità della cosa è immanente alla medesima e quindi rimane pericolosa fintantoché rimanga nelle mani della persona.

Confisca facoltativa (art. 240 co 1 c.p.): nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che **servirono o furono destinate** a commettere il reato, e delle cose che ne sono **il prodotto o il profitto** → dalla formulazione letterale della norma (servirono, furono destinate) si ricava che la confisca facoltativa può applicarsi solo ai delitti dolosi.

Si tratta di una disposizione che risponde ad una logica di prevenzione speciale, quindi è lasciata al giudice potere discrezionale, nel senso che è suo compito accertare in concreto la necessità di sottrarre al reo quelle cose connesse al reato, in quanto potrebbero appunto rappresentare uno stimolo a commettere nuovo reato.

Prodotto del reato = cose materiali create attraverso l'attività penalmente rilevante (es/monete falsificate).

Profitto del reato = utilità economica direttamente o indirettamente conseguita con la commissione del reato (es/denaro rubato o denaro ricavato dalla vendita del bene oggetto di furto).

Due condizioni per poter disporre confisca facoltativa: (1) il procedimento penale deve essersi concluso con sentenza di condanna (art. 240 co 1 c.p.); (2) la cosa non deve appartenere a persona estranea al reato (art. 240 co 3 c.p.). Quindi sono confiscabili i beni di proprietà dell'autore del reato e del correo. Secondo giurisprudenza non si considera estranea al reato la persona giuridica proprietaria della cosa quando il reato è stato commesso a vantaggio della persona giuridica, responsabile a norma del dlgs 231/90. È invece estraneo al reato, secondo giurisprudenza, il soggetto che non ha concorso alla commissione del reato, né ha tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa, serbando una condotta in buona fede.

Confisca obbligatoria (art. 240 co 2 c.p.): sono tre ipotesi di cui due di portata generale ed una per i soli reati informatici.

Prima ipotesi: le cose che costituiscono il prezzo del reato, cioè il denaro o altra utilità economica che sono state date per istigare o determinare il soggetto a commettere il reato; il altri termini il prezzo del reato è il corrispettivo della sua esecuzione. Anche in questo caso la confisca è preclusa se l'oggetto che costituisce il prezzo del reato (es/un gioiello) appartiene a persona estranea al reato (art. 240 co 3 c.p.).

Seconda ipotesi: beni o strumenti informatici o telematici usati per la commissione di reati informatici, nonché beni che costituiscono il profitto o il prodotto di questi reati.

Terza ipotesi: cose c.d. intrinsecamente pericolose, cioè cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione è prevista dalla legge come reato (es/armi da guerra). In queste ipotesi occorre comunque distinguere tra cose il cui uso etc costituisce sempre reato (divieto assoluto) ovvero cose il cui uso etc può essere autorizzato in via amministrativa (ipotesi di divieto relativo; es/porto d'armi) → in quest'ipotesi la confisca deve essere disposta se in concreto mancava l'autorizzazione ovvero non erano state rispettate le condizioni alle quali l'autorizzazione era subordinata.

Sia in caso di divieto assoluto che in caso di divieto relativo, la confisca dev'essere disposta anche in assenza di una sentenza di condanna (art. 240 co 2 n°2 c.p.), ad esempio nel caso in cui il soggetto sia stato assolto per difetto di dolo.

Se la cosa è di proprietà di soggetto estraneo al reato, la confisca è applicabile nei casi di divieto assoluto, ma non in quelli di divieto relativo: in tal caso non è necessario che l'autorizzazione amministrativa sia stata effettivamente rilasciata al terzo, ma basta l'astratta possibilità del suo rilascio (si desume dalla lettera della legge, che dice "**possono** essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa").

Problema: possibilità di disporre confisca obbligatoria in assenza di una condanna (c.d. confisca senza condanna). La rilevanza pratica del problema è che se il reato si estingue per intervenuta prescrizione, la confisca potrebbe rappresentare l'unica sanzione nei cfr dell'autore del reato. → Sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale che ha stabilito che un accertamento formale di responsabilità può essere contenuto anche in una sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione; accertamento de qua deve essere presente in sentenza perché possa essere disposta la confisca; nello stesso senso si sono espresse anche le Sezioni Unite e la Corte Edu → Questa soluzione trova oggi testuale conferma nell'art. 578 bis c.p.p. (modificato da l. 3/2019).

Proprio di recente, data la modifica normativa e gli indirizzi giurisprudenziali ora esposti, è stata rimessa questione alle Sezioni Unite avente ad oggetto la possibilità di disporre anche la confisca facoltativa nel caso in cui il reato sia stato dichiarato estinto per prescrizione, ma sia parimenti stata accertata in sentenza la sussistenza del profilo soggettivo ed oggettivo di riferimento.

Confisca per equivalente: introdotta con riferimento ad alcune specifiche figure di reato, ha ad oggetto somme di denaro, beni o altra utilità di cui il colpevole ha disponibilità, per un valore corrispondente al prezzo, al prodotto o al profitto del reato e si applica nei casi in cui, per i più disparati motivi, la confisca diretta dei proventi del reato non sia più possibile.

La giurisprudenza ritiene poi che nei casi di concorso di persone la confisca per equivalente può essere applicata per l'intero importo nei confronti di uno qualsiasi dei concorrenti, anche se il profitto o il prezzo del reato non è transitato nel suo patrimonio.

Si tratta non di una mds ma di una pena: tanto si afferma in ragione del fatto che l'assenza di un rapporto di pertinenza tra il reato ed i beni confiscati, implica il venir meno della pericolosità della cosa confiscata (propria invece della confisca ex art. 240 c.p.). → Dalla natura sanzionatoria della confisca per equivalente si desume anche il divieto di applicazione retroattiva.

Evoluzione storica della confisca per equivalente: quando la misura è stata introdotta, nel 1996, il suo campo di applicazione era limitato al delitto di usura. Invece oggi il suo campo di applicazione si è notevolmente allargato. In particolare nella legislazione speciale la confisca per equivalente è prevista nell'art. 2641 c.c. per i reati societari e in caso di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 dpr 309/90).

Problema: profitto del reato è anche il vantaggio indiretto e mediato conseguito dal reo? Si pensi, ad esempio, al risparmio di spesa nell'ambito della criminalità d'impresa. Sul tema la Cassazione a Sezioni Unite si è pronunciata più volte, ora in un senso, ora nell'altro.

Comunque la Cassazione ha precisato che qualunque nozione di profitto venga accolta, questo deve comunque essere costituito da un "mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del beneficiario; mutamento ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica → quindi un vantaggio futuro non costituisce profitto".

Ulteriore problema: profitto da reato netto o lordo? In altri termini: nella determinazione del profitto si deve tener conto anche dei costi sostenuti dall'agente per commettere il reato?

Sul punto si sono pronunciate le Sezioni Unite ed hanno affermato che occorre distinguere. Se l'attività è totalmente illecita, allora profitto lordo, cioè non si tiene conto dei costi sostenuti; se invece l'attività è in sé lecita (es/attività d'impresa, della quale il reato costituisca un episodio) il profitto è determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente.

Confisca allargata: ulteriore forma di confisca obbligatoria, prevista ora all'art. 240 bis c.p. quale forma di contrasto alla criminalità organizzata. Ha per oggetto denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato rispetto al suo reddito; cose di cui il condannato abbia la disponibilità (a qualsiasi titolo, anche per interposta persona) e di cui non riesca a giustificare la provenienza.

Nel caso in cui non sia possibile confiscare quel denaro, quei beni o quelle utilità, la confisca può assumere i connotati della confisca per equivalente, nel senso che il giudice può ordinare la confisca di denaro, beni o altre utilità di legittima provenienza, per un valore equivalente.

LA PREVENZIONE ANTE DELICTUM

Le misure di prevenzione: si tratta di istituti formalmente estranei al diritto penale (C Cost. 2019); sono strumenti di prevenzione del reato, rivolti nei confronti di cerchie di soggetti a vario titolo socialmente pericolosi; non presuppongono la commissione di un fatto penalmente rilevante → proprio per questo si parla di misure *ante delictum*. In origine spettavano alle autorità di polizia, mentre oggi l'autorità giudiziaria ha assunto un ruolo sempre più rilevante in ragione di quanto imposto dall'art. 13 Cost per le misure che limitano la libertà personale.

Attualmente la disciplina delle misure di prevenzione è contenuta nel codice antimafia; fulcro della disciplina sono il sequestro e la confisca.

Sequestro = misura temporanea avente ad oggetto beni a disposizione della persona che, in quanto pericolosa per la sicurezza pubblica, potrebbe essere sottoposta a sorveglianza speciale (a) quando il valore dei beni de quibus sia sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica svolta; (b) quando si abbia motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego.

Confisca = disposta quando la persona nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione non può giustificare la provenienza legittima dei beni. In questo caso i beni confiscati sono acquisiti dallo Stato e possono essere

dati in gestione ad associazioni con finalità sociali. Si tratta di una misura che ha carattere definitivo, ma è suscettibile di revoca.

La Corte Costituzionale si è pronunciata in favore delle misure di prevenzione ed ha affermato che in linea di principio svolgono funzione di garanzia dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra cittadini. Cionondimeno le misure di prevenzione sono sottoposte al principio di legalità, imposto dall'art. 13 co 2 Cost. quindi non vanno bene definizioni troppo generiche → problema che continua a persistere anche nel codice antimafia del 2011 che ad esempio all'art. 1 parla di "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi", nonché a "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, in base ad elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose". Proprio per questo motivo la Corte di Strasburgo (Tommaso v. Italia) ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 2 protocollo 4 Cedu, a norma del quale la libertà di circolazione non può essere sottoposta a restrizioni diverse da quelle previste dalla legge, ed invece nel codice antimafia la legge non contiene previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale. → PQM è stata sollevata questione di costituzionalità per contrasto con gli artt. 13 Cost e 2 prot 4 Cedu per le misure di prevenzione personali, nonché 42 e 1 prot1 Cedu per le misure di prevenzione patrimoniali.

La Corte Costit nel 2019 ha ritenuto infondata la questione relativa al "vivere abitualmente con i proventi di attività delittuose" (art. 1 lett b cod antimafia), mentre ha accolto la questione relativa ai soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi" (art. 1 lett a cod antimafia) → Ha dichiarato quest'ultima norma affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza. La locuzione "traffici delittuosi" non è in grado di selezionare delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura.

Nota bene: con particolare riferimento alla disciplina della confisca per prevenzione l'art. 24 cod antimafia dispone la confisca dei beni sequestrati nel caso in cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza degli stessi. Si tratta di una disciplina che *ictu oculi* apparrebbe in contrasto con i principi costituzionali in punto di prova, ma che trova una sorta di interpretazione correttiva ad opera della giuri, che pone a carico dell'interessato un mero onere di allegazione difensiva (produrre elementi dai quali il giudice possa dedurre la legittima provenienza dei beni sequestrati).

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

All'inizio si affermava "*societas delinquere non potest*". Oggi invece il panorama è mutato e la necessità di contrastare la criminalità delle imprese, anche su spinta dell'ONU e dell'UE che hanno imposto agli Stati l'adozione di una forma di responsabilità autonoma per le persone giuridiche, hanno portato all'introduzione del dlgs 231/2001 in tema di responsabilità da reato degli enti.

Criteri di attribuzione della responsabilità: (a) colpa di organizzazione; (b) politica (criminale) d'impresa.

Questa forma di responsabilità riguarda oggi una serie eterogenea di delitti tra i quali concussione, corruzione, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico, ricettazione, riciclaggio; reati societari e abusi di mercato; associazione per delinquere, associazione mafiosa, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.

Tentativo e recesso attivo: ai sensi dell'art. 26 la resp dell'ente sorge anche se il reato ha la forma del tentativo. In tal caso le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da $\frac{1}{3}$ alla metà.

Recesso attivo come causa di non punibilità: l'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione

dell'evento → A differenza dell'art. 56 co 4 c.p. che prevede solo riduzione di pena, l'art. 26 ha previsto una causa di non punibilità dell'ente.

Natura della responsabilità dell'ente: penale, amministrativa o tertium genus?

Secondo parte di dottrina è responsabilità penale. Argomentazioni: (a) le garanzie sostanziali fornite all'ente sono le stesse del diritto penale; quindi legalità, retroattività favorevole e irretroattività sfavorevole; (b) anche l'ente risponde secondo il modello del fatto proprio colpevole (27 co 1 Cost), sia pure attraverso una forma di colpevolezza plasmata sul fatto che il soggetto operante è un'organizzazione; (c) competente a giudicare della responsabilità dell'ente è lo stesso giudice che si occupa di accertare la sussistenza del reato e che fornisce all'ente le stesse garanzie difensive previste per la persona fisica.

Obiezioni a queste argomentazioni: (a) legalità ed irretroattività sfavorevole già regolano gli illeciti amministrativi delle persone fisiche (l. 689/81); (b) la colpevolezza è già richiesta per la responsabilità amministrativa delle persone fisiche; (c) il giudice penale è già competente a conoscere del reato e dell'illecito amministrativo della persona fisica, quando tra i due vi sia una connessione obiettiva (art.24 l. 689/81). IN AGGIUNTA argomentazioni a sostegno del fatto che non può essere resp penale: (a) art. 6 che nell'ipotesi in cui il reato sia commesso da soggetto in posizione apicale accolla all'ente l'onere di provare di aver adottato efficaci modelli di organizzazione e gestione, sarebbe incostituzionale se si trattasse di resp penale, perché principio presunzione di non colpevolezza art. 27 co 2 Cost.; (b) le sanzioni non hanno il nomen iuris di una delle pene principali.

Anzi proprio il nome delle sanzioni porta una parte della dottrina a ritenere che si tratti di responsabilità amministrativa, infatti: le sanzioni sono espressamente etichettate dal legislatore con i nomi "sanzioni amministrative" e "sanzione amministrativa pecuniaria".

Invece in giurisprudenza ed in dottrina è maggioritario l'orientamento che parla di un tertium genus e quindi di un'ibridazione tra responsabilità amministrativa e concetti e principi tipici della resp penale.

Poiché dunque la resp da reato degli enti non è penale, non può trovare applicazione l'art. 131 bis c.p.

Cerchia degli enti responsabili da reato: ai sensi dell'art. 1 co 2 dlgs 231/01 sono (a) gli enti forniti di personalità giuridica; (b) le società; (c) le associazioni anche prive di personalità giuridica.

Cassazione ha poi affermato che vi rientra anche (a) ente pubblico economico; (b) enti stranieri nel cui interesse o vantaggio sia stato commesso un reato sul territorio del nostro paese, da parte di soggetti "apicali" ovvero da parte di soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza; (c) gruppi d'impresе, quindi la società capogruppo può essere chiamata a rispondere per un reato commesso nell'ambito dell'attività di un'altra società del gruppo, quando alla commissione di quel reato abbia concorso una persona fisica che agisca per conto della holding perseguendo anche l'interesse di quest'ultima.

Non rientrano invece nell'ambito di applicazione dell'art. 1 le imprese individuali, perché la norma fa riferimento soltanto a enti, società o associazioni.

Come si accennava il reato deve essere commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto in posizione apicale, ovvero da persona sottoposta alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti apicali.

Soggetti in posizione apicale = persone con funzione di (a) rappresentanza, (b) amministrazione, (c) direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa con autonomia finanziaria e funzionale, (d) persone che esercitano anche di fatto la gestione o il controllo dell'ente.

La responsabilità dell'ente è invece esclusa quando il soggetto abbia agito nell'interesse proprio o esclusivo di terzi (art. 5 co 2). Però la giurisprudenza

precisa che responsabilità dell'ente sorge anche quando l'agente, perseguendo il proprio autonomo interesse, finisce per realizzare obiettivamente quello dell'ente; ed anzi è sufficiente un interesse marginale della società.

La giurisprudenza ha poi precisato che "interesse" e "vantaggio" sono concetti distinti che rilevano in via alternativa. L'interesse va apprezzato ex ante, quindi al momento della commissione del fatto; invece vantaggio va valutato ex post, secondo un metro oggettivo, alla luce degli effetti concretamente prodotti dal reato.

Problema che si è posto in giurisprudenza è se, nei reati colposi ad evento, l'interesse o vantaggio dell'ente possa riscontarsi nella condotta che viola le regole cautelari. Nel senso: la violazione delle regole cautelari può essere commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ma l'evento lesivo in sé considerato è controproducente per l'ente (ThyssenKrupp).

Colpa di organizzazione: principio di colpevolezza; l'ente è responsabile per non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato.

Nota bene: a norma del dlgs 231/01 l'adozione di modelli di organizzazione non è obbligatoria, ma può escludere la responsabilità dell'ente qualora venga commesso un reato nel suo interesse o vantaggio. Ad ogni modo i modelli di organizzazione devono essere strutturati in modo da prevenire i reati da **chiunque** commessi all'interno dell'ente.

Onere della prova: il dlgs 231/01 distingue a seconda che il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale ovvero da soggetto sottoposto all'altrui direzione. Nel primo caso grava sull'ente l'onere di provare l'assenza di una colpa di organizzazione. Il dubbio invece non nuoce all'ente quando si tratti di reati commessi da persone sottoposte all'altrui vigilanza o direzione: non opera in questo caso nessun'inversione dell'onere probatorio e quindi graverà

sull'accusa l'onere di provare il difettoso funzionamento del modello di organizzazione e/o dell'organismo di controllo.

Politica d'impresa finalizzata alla commissione del reato: si tratta di una sorta di dolo dell'ente. In queste ipotesi la sanzione comminata è la dissoluzione dell'ente nella forma dell' "interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività" (art. 16 co 3); questo accadrà ogni qual volta l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di conseguire o agevolare la commissione di un reato.

Autonomia della responsabilità dell'ente: prevista all'art. 8; il cumulo tra responsabilità dell'ente e responsabilità dell'autore è solo eventuale → questo si giustifica in ragione del fatto che spesso i processi produttivi e gestionali sono complessi e rendono difficile identificare il singolo autore/i singoli autori del fatto di reato + "irresponsabilità individuale organizzata", espressione utilizzata per la tendenza ad adottare all'interno dell'ente meccanismi che impediscono l'identificazione degli autori del reato, anche quando invece ciò sarebbe possibile.

Poiché si tratta di responsabilità da reato, va accertata la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi del reato che viene ascritto all'ente vuoi per colpa di organizzazione vuoi per politica criminale d'impresa.

La Cassazione, valorizzando autonomia anche processuale della resp dell'ente, ha precisato che per affermare la resp dell'ente non è necessario il definitivo e completo accertamento della resp penale individuale, ma è sufficiente un mero accertamento incidentale, purchè risultino i presupposti oggettivi e soggettivi della responsabilità dell'ente.

Le sanzioni applicabili all'ente: (a) sanzione pecuniaria commisurata secondo lo schema delle quote; (b) sanzioni interdittive temporanee; (c) sanzioni interdittive definitive; (d) confisca del prezzo o del profitto del reato; e quando

non è possibile aggredire il prezzo o il profitto del reato, si procederà a confisca per equivalente (e) pubblicazione della sentenza di condanna.

Nota bene: la Cassazione ha chiarito che le sanzioni interdittive sono una pena principale e quindi in caso di patteggiamento deve esserci accordo in ordine al tipo ed alla durata (inasprire con l. 3/2019).

La prescrizione dell'illecito dell'ente: modellata sulla falsa riga degli illeciti civili, quindi 5 anni dalla consumazione del reato ed inizio di un nuovo periodo di prescrizione dopo ogni atto interruttivo (art. 22).

Estinzione dell'ente: se fisiologica, come nel caso di cancellazione della società a seguito di procedura fallimentare, determina l'estinzione dell'illecito → situazione assimilabile alla morte del reo prima della sentenza di condanna.

Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente: ci si è chiesti se, nel silenzio della legge, il danneggiato da reato possa costituirsi parte civile nel procedimento contro l'ente. Prevale in giuri orientamento negativo: (a) l'autonomo illecito di cui l'ente deve rispondere non è produttivo di danni diversi ed ulteriori rispetto a quelli che derivano dal reato presupposto, per i quali l'ente potrebbe essere chiamato a rispondere in qualità di responsabile civile ex art. 2049 c.c.; (b) la disciplina del c.p.p. sulla costituzione di parte civile non è applicabile in via analogica, perché si tratta di lacuna volontaria del legislatore.

L'ente potrà comunque essere citato come responsabile civile (art. 83 c.p.p.) nel processo penale contro la persona fisica chiamata a rispondere del reato presupposto. Normalmente, ma non necessariamente, si tratterà di processo riunito a quello instaurato nei confronti dell'ente per l'accertamento della responsabilità da reato.

Scarica gratuitamente materiale di studio dal sito www.lagiuristaonline.it

Vuoi contribuire con i tuoi schemi, appunti, riassunti?

Scrivi a lagiuristaonline@gmail.com

Questi appunti sono il frutto del lavoro di un collega che, con grande spirito di solidarietà, ha voluto condividerli con tutti.

Se vuoi contribuire con i tuoi appunti, riassunti o schemi puoi scrivere a lagiuristaonline@gmail.com

www.lagiuristaonline.it