

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Viganò, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

R. CANTONE, A. MILONE, TITOLO, <i>Le modifiche al traffico di influenze da parte del ddl Nordio; tutt'altro che mere precisazioni!</i>	5
--	---

SCHEDE

M. NICOLINI, <i>Le Sezioni unite sul dolo specifico di profitto nel furto: esso può avere anche natura non patrimoniale</i>	27
C. PAGELLA, <i>La Corte costituzionale ancora sull'art. 69, c. 4 c.p.: illegittimo il divieto di prevalenza della particolare tenuità del fatto nei reati contro il patrimonio (art. 62, c. 1, n. 4 c.p.) sulla recidiva reiterata</i>	37
C. PASINI, <i>Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento</i>	41
M. NICOLINI, <i>Di nuovo sull'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale: si acuisce il contrasto giurisprudenziale</i>	49

LE MODIFICHE AL TRAFFICO DI INFLUENZE DA PARTE DEL DDL NORDIO; TUTT'ALTRO CHE MERE PRECISAZIONI!

di Raffaele Cantone e Alessandro Milone (*)

Il lavoro intende proporre una riflessione a tutto campo sulle novità che il disegno di legge Nordio, attualmente in discussione in Parlamento, introdurrebbe in materia di traffico di influenze illecite, anche attraverso una ricostruzione delle ragioni sottese all'anticipazione della tutela penale rispetto a comportamenti prodromici della corruzione. La riforma "Nordio" costituirebbe un terzo intervento riformatore del delitto previsto dall'art. 346-bis c.p., inserito nell'alveo dei reati contro la Pubblica Amministrazione soltanto nel 2012 dalla legge "Severino", che inciderebbe in modo rilevante sull'ambito di applicabilità dell'istituto, anche in virtù della contestuale abrogazione del reato di abuso d'ufficio. La riscrittura della fattispecie promossa dal legislatore, inoltre, tenta di risolvere e chiarire il quid consistam della cd. mediazione illecita, da sempre il vero punto dolente del traffico di influenze illecite, finendo però, involontariamente, per fornire una prima definizione in negativo del fenomeno lobbistico del quale, invece, resta sempre più urgente una normativa positiva.

SOMMARIO: 1. Il DDL Nordio e la riforma dell'art. 346-bis. – 2. Il traffico di influenze illecite; le ragioni dell'incriminazione. – 3. L'innesto della fattispecie nel Codice penale nel 2012 e la prima modifica intervenuta nel 2019. – 4. I problemi ermeneutici sul significato dell'endiadi "mediazione illecita"; la soluzione pretoria della giurisprudenza. – 5. Le novità contenute nel DDL Nordio. – 6. La definizione della "mediazione illecita". – 7. Conclusioni; i rischi di una riforma frettolosa e scarsamente meditata.

1. Il DDL Nordio e la riforma dell'art. 346-bis.

Lo scorso 15 giugno 2023 il Consiglio dei ministri ha approvato il disegno di legge n. S. 808, firmato dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio e dal Ministro della Difesa Guido Crosetto, recante *"Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare"*.

(*) Pur essendo il presente contributo l'esito di riflessioni comuni dei due autori, i paragrafi 2, 4 e 6 sono attribuibili a Raffaele Cantone ed i paragrafi 1, 3 e 5 ad Alessandro Milone; il paragrafo 7, è, invece, da attribuirsi in comune ad entrambi.

Il testo, composto da otto articoli, dopo l'autorizzazione del Presidente della Repubblica e dopo alcune settimane di attesa per ottenere la bollinatura della Ragioneria dello Stato¹, nei primi giorni del mese di agosto 2023 ha iniziato il suo *iter* parlamentare, venendo incardinato per la prima lettura in sede referente presso la Commissione Giustizia del Senato.

La riforma, anche mediaticamente ribattezzata "Nordio", si interessa di molteplici istituti, prevedendo, nel caso di una sua approvazione da parte del Parlamento, più nello specifico l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio, una riscrittura sostanziale del reato di traffico di influenze illecite, la modifica della disciplina delle intercettazioni, rilevanti novità in materia di custodia cautelare in carcere e di informazione di garanzia, e taluni interventi normativi in tema di processo penale (come l'esclusione dell'appello per il PM in determinati casi previsti dalla legge) e di ordinamento militare².

Il DDL Nordio, nelle intenzioni dell'attuale maggioranza di governo, intenderebbe imprimere una prima svolta di natura garantista alla politica criminale italiana che, negli ultimi decenni, secondo una parte della dottrina penalistica, ha conosciuto un lento ma costante scivolamento del diritto e del processo penale verso i lidi della legislazione emergenziale e del cd. populismo penale, in particolare nel campo dei reati contro la Pubblica Amministrazione³.

¹ Bollinatura necessaria perché il DDL prevede un aumento del ruolo organico della magistratura per far fronte alle nuove incombenze che graveranno sui collegi penali.

² Il testo è disponibile sul sito del Senato della Repubblica www.senato.it. Fra i primissimi commentatori, si vedano i testi delle relazioni, presentate in sede di audizione al Senato, di M. PELISSERO, [Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite](#), in *questa Rivista*, 18 settembre 2023; R. CANTONE, [Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite \(d.d.l. Nordio\)](#), in *questa Rivista*, 19 settembre 2023; M. GAMBARDELLA, [L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"](#), in *questa Rivista*, 26 settembre 2023; invece, in particolare sugli aspetti processuali, si vedano, G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *Pen. dir. proc.*, 27 giugno 2023; E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. Giust.*, 6 luglio 2023; E. ANDOLINA, *La riforma della giustizia proposta dal ministro Carlo Nordio (informazione provvisoria)*, in *Proc. pen. e Giust.*, 15 giugno 2023.

³ Il d.d.l. Nordio è stato apprezzato, in particolare, da larga parte dell'avvocatura, come si evince dalle note del Consiglio Nazionale Forense e dall'Unione delle Camere Penali, consultabili su www.consiglionazionaleforense.it e su www.camerepenali.it. In particolare, l'UCPI, evidenzia come sia "complessivamente positivo l'intervento su abuso di ufficio, abrogato, e sulla maggiore tipizzazione del traffico di influenze, quali misure volte ad intervenire efficacemente su figure di reato dimostrate utili solo a porre sotto tutela preventiva del giudice penale la politica e la pubblica amministrazione". Critica, invece, l'ANM, secondo la quale "l'Italia arretra sul fronte della lotta alla corruzione e perde credibilità internazionale": così si è espressa la vicepresidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, Alessandra Maddalena, in un'intervista al quotidiano "Domani" del 23 giugno 2023, riportata su www.associazionemagistrati.it. In senso critico verso la riforma, anche E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale*, cit., per la quale "si tratta di un intervento molto settoriale espressione di una bulimia

In questa sede, ci si limiterà ad esaminare solo le novità che il disegno di legge in esame – attraverso l’art. 1, comma 1, lett. c), d) ed e) – prevede di apportare alla fattispecie del traffico di influenze illecite di cui all’art. 346-bis c.p. e valutarne le possibili ricadute pratiche.

Prima di procedere all’analisi della formulazione proposta dal DDL, è utile dare conto, sia pure molto sinteticamente, degli attuali approdi interpretativi su una disposizione che, pur di recente conio, è stata già oggetto di un significativo dibattito soprattutto in dottrina ma anche di due interventi legislativi a breve distanza e che potrebbe, quindi, sotto questo profilo conseguire una sorta di non inviabile record di una terza riscrittura, a distanza di poco più di dieci anni dalla sua introduzione.

2. Il traffico di influenze illecite; le ragioni dell’incriminazione.

Il delitto di traffico di influenze illecite è stato inserito per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 6 novembre 2012 n. 190 (cd. legge Severino).

Le ragioni che avevano portato ad introdurre la nuova fattispecie erano state soprattutto due⁴.

Da un lato, vi era una spinta in questa direzione delle Convenzioni internazionali in materia di corruzione a cui l’Italia aveva aderito, in particolare la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 1999 e la Convenzione contro la corruzione dell’ONU del 2003⁵.

legislativa già conosciuta, sul solco della scelta di mantenere un cantiere sempre aperto in materia di giustizia penale, al punto che le riforme si succedono continuamente e spesso senza aver verificato gli effetti prodotti dalle modifiche precedentemente intervenute”.

⁴ Così, anche, V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 420.

⁵ L’art. 12 della Convenzione del Consiglio d’Europa e l’art. 18 della Convenzione ONU del 2003 richiedono espressamente agli stati aderenti l’incriminazione del cd. *trading in influence*, ma soltanto la prima impone un obbligo di criminalizzazione, (pur consentendo agli Stati contraenti di formulare riserve rinnovabili ogni tre anni rispetto all’introduzione di determinati delitti, tra cui il traffico stesso), mentre la seconda prevede una mera facoltà; sul tema, A. LLAMZON, *Ch. III Criminalization and Law Enforcement, Art. 18: Trading in Influence*, in C. ROSE, M. KUBICIEL, O. LANDWEHR, *The United Nations Convention Against Corruption*, Oxford, 2019, p. 195. Sull’adeguamento di altri Paesi alle indicazioni sovranazionali, in chiave comparata, si vedano le ricostruzioni di M. ZANELLA, *Corruzione in Europa: la mappatura delle definizioni*, in *Cultura dell’integrità nella Pubblica Amministrazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, 5, 2011, M. MORRA, *La disciplina del trading in influence in Europa e le distonie della soluzione italiana*, in *Giust. pen.*, 2, 2014, pp. 370-371, M. GIOIA, *Il traffico di influenze illecite nelle fonti sovranazionali*, in P.L. PETRILLO, S. GIAVAZZI, V. MONGILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite: regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, p. 93 ss., il quale ricorda come fino alla metà degli anni ’90 la fattispecie del traffico di influenze “rimase a lungo una peculiarità dell’ordinamento francese e di pochi altri Paesi”.

Sul versante interno, però, era già in discussione da tempo l'opportunità di colmare un vuoto normativo rispetto a condotte prodromiche ed eventualmente preparatorie della corruzione vera e propria, ma considerate di per sé lesive dei beni dell'imparzialità e del buon andamento dell'Amministrazione pubbliche e della cui esistenza si era avuta, in più occasioni, anche riprova in indagini penali.

Ci si riferisce, in particolare alle attività svolte da soggetti, definiti giornalmisticamente come "faccendieri" o "facilitatori"⁶, che agendo quasi sempre dietro compenso operano con l'obiettivo di influenzare i decisori pubblici, mettere in relazione mondi e persone anche distanti, condizionare la fase di formazione degli atti pubblici, per far ottenere favori o vantaggi illeciti per i propri *protege*⁷.

Costoro, lungi dall'essere meri istigatori o concorrenti in un fatto corruttivo, sono, invece, in grado di utilizzare altre e diverse tipologie di pressione sui meccanismi decisionali pubblici, schierando, ad esempio, pregressi rapporti personali con funzionari pubblici, professionali o onorari.

La rilevanza e pericolosità di questi comportamenti era stata del resto rimarcata, con grande lungimiranza, da uno dei più importanti studiosi del diritto penale italiano, Cesare Pedrazzi che, in un saggio del lontano 1968 dedicato alla fattispecie del millantato credito, aveva già auspicato l'introduzione di un reato autonomo che di essi si occupasse⁸.

Nelle riflessioni dottrinarie era, però, chiaro come le intermediazioni illecite di cui si discute erano ben altra cosa rispetto a quelle forme legittime di

⁶ Alla figura in esame è stato persino dedicato un romanzo/saggio da un noto ed importante giornalista; ci si riferisce, in particolare a S. RIZZO, *Il facilitatore*, Roma, 2015.

⁷ Gli intermediari in fatti corruttivi non sono una peculiarità nazionale, ma un fenomeno noto a livello internazionale. Un'indagine dell'Università di Stanford alcuni anni fa ha rivelato che oltre il 90% delle tangenti pagate nell'ambito di transazioni economiche internazionali è stato veicolato da intermediari, come riportato L. SCOLLO, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, in *Giur. pen. web*, 5, 2020; si v. pure *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse* (2017), (consultabile su: fcpa.stanford.edu).

⁸ Così, C. PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 936 che, nell'esaminare la tendenza della giurisprudenza ad allargare lo spettro di applicabilità della fattispecie di millantato credito anche ai casi di spendita di influenze effettive, testualmente afferma "viene allora naturale di domandarsi se non sia il caso, *de jure condendo*, di procedere a un aggiustamento della vigente fattispecie, incriminando il semplice fatto di ricevere o farsi promettere denaro o altra utilità in cambio di un'influenza esercitata o da esercitare su pubblici ufficiali o impiegati".

rappresentanza di interessi, individuate con una parola inglese entrata nel linguaggio comune e cioè le cd. *lobbies*⁹.

Con questo termine si usa definire quei gruppi di persone che, senza appartenere ad un corpo legislativo e senza incarichi di governo, si propongono di esercitare la loro influenza su chi ha facoltà di assumere decisioni politiche, per ottenere l'emanazione di provvedimenti normativi, in proprio favore o dei loro clienti, riguardo a determinati problemi o interessi¹⁰.

Si tratta di un'attività che ha trovato la sua terra di elezione negli Stati Uniti, dove è sempre stata indiscussa la sua legittimità, tanto da considerarla persino espressione di un diritto garantito dalla Costituzione, quale il diritto di petizione¹¹.

In quello Stato, così come in molte altre Nazioni occidentali (ma purtroppo non Italia), quella specifica forma di rappresentanza di interessi è stata normativamente regolata, proprio per evitare che potessero degenerare in comportamenti illeciti o persino scivolare verso fenomeni corruttivi¹².

3. L'innesto della fattispecie nel Codice penale del 2012 e la prima modifica intervenuta nel 2019.

Si è già fatto cenno sopra al fatto che il delitto di traffico di influenze illecite è entrato nel codice penale nel 2012, quale tassello, però, di una ben più ampia strategia.

La legge Severino, infatti, ha rappresentato un vero e proprio cambio di passo per il Paese nel contrasto ai fenomeni corruttivi, introducendo per la prima volta un impianto di regole che dovessero occuparsi di essi in via preventiva ma

⁹ È una circostanza che evidenziava esplicitamente già F. TAGLIARINI, voce *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, p. 321.

¹⁰ In questi termini, L. SANTAMARIA, G. BAER, *Il paradosso del lobbying. E' buona cosa difendere i polli regolando l'orario in cui le volpi possono accedere al pollaio?*, in *Dir. pen. cont.*, 7/8, 2018, p. 133.

¹¹ M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione*, Milano, 2020, p. 93; secondo l'autrice (p. 325) il *lobbying* troverebbe anche copertura costituzionale nel nostro Paese dall'art. 2 Cost.

¹² Sul tema, *ex plurimis*, E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 6, p. 811 ss. e R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018; nel senso che il traffico di influenze può essere considerato una degenerazione del lobbismo, fra gli altri, P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1293 ss.; R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esaustiva regolamentazione del lobbying*, in G. FIDELBO (a cura di) *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, Torino, 2020, 79; sui rapporti fra i due fenomeni si v. anche G. DE NOZZA, [Il delitto di traffico d'influenze illecite ed il confine con il lobbying](#), in *questa Rivista*, 22 settembre 2023.

anche attraverso un complessivo rafforzamento dell'apparato repressivo già esistente.

In questa seconda direttrice della legge si inserisce anche la disposizione incriminatrice dell'art. 346-*bis* c.p., che si propone lo specifico obiettivo di tutelare, in via anticipata, l'imparzialità della P.A. da eventuali interferenze esterne o dalla realizzazione di forme di reato più gravi, come la corruzione.

La fattispecie è, infatti, stata costruita come una sorta di "*delit obstacle*", che intende sanzionare comportamenti ritenuti in qualche modo prodromici delle fattispecie corruttive vere e proprie¹³, tanto da prevedere nel suo *incipit* una inequivocabile clausola di sussidiarietà¹⁴.

L'incriminazione, nella formulazione originaria¹⁵, puniva, in estrema sintesi, due diverse azioni, e cioè da un lato quella di chi, sfruttando relazioni esistenti con un funzionario pubblico, indebitamente fa dare a sé o ad altri denaro o altro vantaggio patrimoniale come prezzo della sua mediazione illecita verso l'agente pubblico, dall'altro quella di chi, sfruttando le medesime relazioni, indebitamente fa dare a sé o ad altri denaro o altro vantaggio patrimoniale per remunerare il pubblico ufficiale in rapporto ad una condotta contraria ai doveri di ufficio.

¹³ A queste conclusioni, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2021, n. 1182/2022, in *Cass. pen.* 2022, p. 3548 con nota di G. MAZZESCHI, *La Cassazione definisce la tipicità del traffico di influenze illecite*; nella motivazione, infatti, i supremi giudici esplicitamente affermano che il reato in esame "incrimina attualmente condotte prodromiche a più gravi fatti, secondo la tecnica della anticipazione della tutela; una tutela avanzata dei beni della legalità e della imparzialità della pubblica amministrazione rispetto ad un tipo criminoso obiettivamente non omogeneo"; in termini, in dottrina, *ex plurimis*, R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esauritiva regolamentazione del lobbying*, cit., p. 57.

¹⁴ La clausola di sussidiarietà nel testo recato dalla legge Severino prevedeva "fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli art. 319 e 319 *ter*"; nel testo modificato nel 2019 invece stabiliva "fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli art. 318, 319, 319 *ter* e nei reati di corruzione di cui all'art. 322 *bis*".

¹⁵ Sul traffico di influenze illecite così come introdotto dalla legge Severino, F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 479 ss.; F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Parte speciale, Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO, M. PELISSERO, Milano, 2015, p. 622 ss.; G. LOSAPPIO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, p. 1036 ss.; V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, cit. p. 419 ss.; G. MARRA, *Traffico di influenze illecite*, in *Dig. Pen.*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 878 ss.; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, p. 88 ss.; I. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 646 ss.; P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, p. 33 ss.; M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, p. 1397 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 346 bis c.p.*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, p. 1134 ss.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 7 ss.

Il delitto andava ad affiancarsi al più longevo millantato credito, già presente nell'impianto originario del codice penale, dal quale si differenziava (soprattutto) nel fatto che mirava a colpire le reali influenze dei soggetti terzi sull'amministrazione, che possono essere in grado di costituire un pericolo sull'operato imparziale della P.A. e non le millanterie di relazioni o vere e proprie truffe che non godono di alcuna possibilità o capacità di influenza concreta sulle decisioni pubbliche.

Ricaduta principale di questa differenza sostanziale era la punibilità nella nuova ipotesi delittuosa di entrambi i soggetti (richiedente e mediatore), continuandosi, invece, a sanzionare, nei casi di millantato credito, solo il "venditore di fumo", sul presupposto di considerare il richiedente alla stregua di una vittima della truffa ordita da chi non aveva alcuna possibilità di influenzare il pubblico ufficiale.

La legge 3 gennaio 2019 n. 3, nota come "legge spazzacorrotti" o riforma Bonafede, anche che sulla spinta delle sollecitazioni provenienti in particolare dall'organismo di monitoraggio della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la Corruzione (il cd GRECO)¹⁶, ha abrogato il millantato credito, facendo confluire l'azione da quella norma incriminata nella più recente fattispecie¹⁷.

¹⁶ Per maggiori riferimenti alla necessità di modificare la norma introdotta nel 2012, si v. GRECO, *Addendum to the Second Compliance Report on Italy "Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)"*, 18-22 giugno 2018, in *www.coe.int*, 3.; nella Relazione al disegno di legge presentata dal Ministro della giustizia viene motivata la necessità della modifica con l'esigenza di adeguamento alle Convenzioni internazionali, ed in particolare a quella del Consiglio d'Europa, laddove richiedono la punibilità bilaterale, involgente sia il trafficante che l'acquirente dell'influenza a prescindere dal carattere reale o fittizio della stessa.

¹⁷ Sulla riforma del traffico di influenze illecite operata dalla cd. legge *spazza-corrotti*, R. CANTONE, A. MILONE, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018, V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in P.L. PETRILLO, S. GIAVAZZI, V. MONGILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite: regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, p. 265 ss.; A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 947 ss.; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite nel Disegno di Legge Bonafede*, in *Cass. pen.*, 11, 2018, p. 3585; C. CUCINOTTA, *Il reato di traffico di influenze illecite*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione: commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2022, p. 157 ss.; F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 6, p. 753 ss.; G. PONTEPRINO, [La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma spazzacorrotti](#), in questa Rivista, 2019, n. 12, p. 91 ss.; R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esaustiva regolamentazione del lobbying*, cit., p. 51 ss.; N.M. MAIELLO, *Sulla discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva e il traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, p. 1502 ss.

Il testo conseguente la modifica amplia, quindi, in primo luogo la sua sfera d'azione, prevedendo la punibilità dello sfruttare o del vantare relazioni "esistenti o asserite".

Elimina, inoltre, il requisito della "finalizzazione" dell'attività dell'intermediario alla remunerazione dell'agente pubblico al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto d'ufficio, che diventa adesso una circostanza aggravante; l'ipotesi base incrimina, invece, la remunerazione pattuita in funzione anche del mero esercizio delle funzioni o dei poteri di un pubblico agente.

Cancella, altresì, il riferimento alla natura "patrimoniale" del vantaggio dato o promesso al mediatore, sostituendo tale espressione con la più generica "utilità", in tal modo allineando, quanto alla controprestazione, l'ipotesi delittuosa in esame alle fattispecie corruttive.

Coerentemente alla costruzione omogenea di tutte le compravendite di intermediazioni illecite, punisce, infine, anche il cd. compratore di fumo, in precedenza considerato vittima del millantatore¹⁸.

4. I problemi ermeneutici sul significato dell'endiadi "mediazione illecita"; la soluzione pretoria della giurisprudenza.

Il traffico di influenze, sia nella versione originaria che in quella riformata nel 2019, è costruito, quindi, in modo analogo alle fattispecie corruttive, e cioè nella forma del reato contratto¹⁹, in cui la prestazione del cd trafficato, che consiste nel dare o promettere indebitamente denaro o altra utilità, può avere, però, una doppia causale, rappresentare cioè o il prezzo della mediazione illecita

¹⁸ Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, però, non sempre il "compratore di fumo" sarebbe punibile; non lo sarebbe, in particolare, quando risulti vittima di un vero e proprio inganno, e cioè quando il faccendiere non ha alcuna capacità di influire sul soggetto agente e non potrà mai avere con costui una relazione diretta, in quanto in tal modo si finirebbe per punire una mera intenzione malvagia del cliente, senza alcun pericolo per il corretto ed imparziale funzionamento della P.A.; così, in dottrina, M. GAMBARELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (l. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.* 4, 2020, p. 1539 ss.; in giurisprudenza, *Cass. pen.*, sez. VI, 12 dicembre 2022, n. 11342/23, *CED Cass.* n. 284567.

¹⁹ In termini, V. MONGILLO, [Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile](#), in *questa Rivista*, 2 novembre 2022, p. 16, secondo cui questa struttura del reato esclude che possano considerarsi penalmente rilevanti le semplici raccomandazioni, anche se poi seguite da remunerazioni *ex post*.

del cd. trafficante verso il pubblico agente o la remunerazione che il trafficante medesimo rappresenta di dover dare al pubblico agente.

Questa duplice possibile finalizzazione della prestazione si traduce in due alternative modalità che può assumere la condotta e cioè la “mediazione onerosa”, in cui il trafficante ottiene come corrispettivo della propria attività di intermediazione presso il pubblico funzionario il danaro o l’utilità (o la promessa di essi), e la “mediazione gratuita”, in cui il soggetto ottiene il denaro o l’utilità (o la promessa di essi) non per sé, ma rappresentando di dover retribuire con esso il funzionario affinché compia un atto dell’ufficio²⁰.

Le due sottofattispecie – che sembrano riprendere quelle dell’abrogata ipotesi del millantato credito²¹ – appaiono alquanto diverse fra loro sul piano della tipicità.

Nel traffico gratuito è, infatti, abbastanza chiaro quale sia la condotta punibile; l’intermediario si fa pagare per compiere quella che, con una felice espressione, è stata definita come un’intercessione “mazzetta in mano”²²; l’accordo illecito, quindi, “assume una finalità prospetticamente corruttiva”²³.

Nel traffico oneroso, invece, il criterio per selezionare il comportamento penalmente rilevante è costituito dalla sola qualificazione della mediazione come “illecita”²⁴, un aggettivo quest’ultimo certamente inidoneo *ex se* allo scopo, se non accompagnato da specifici parametri normativi che consentano di discernere fra le varie possibili forme di intermediazione con i pubblici poteri.

L’assenza, invece, di questi criteri nella legislazione nazionale ha portato, fin dall’entrata in vigore del primo testo del delitto, a dubitare della legittimità

²⁰ La distinzione all’interno della fattispecie di cui all’art. 346 *bis* delle due condotte alternative indicate nel testo è accolta pacificamente dalla dottrina e ripresa anche dalla giurisprudenza; *ex plurimis*, F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, cit., p. 617.

²¹ In questo senso, R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l’urgenza di un’esaustiva regolamentazione del lobbying*, cit., p. 56 che evidenzia come nella fattispecie del millantato credito le due ipotesi venivano considerate reati autonomi e fra l’altro erano anche punite in modo differenziato.

²² La felice espressione è mutuata da V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2013, p. 4.

²³ Così, esplicitamente, in motivazione, Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2021, n. 1182/2022, cit.

²⁴ La dottrina dominante tende a negare qualunque valore realmente connotativo, invece, all’avverbio “indebitamente” che si riferisce alla dazione o alla promessa di denaro o di altra utilità, considerandolo, quindi, sostanzialmente pleonastico; così, *ex plurimis*, F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, cit., p. 626, secondo cui l’avverbio “indebitamente” che compare nell’incriminazione non costituisce un elemento di illiceità speciale, ma un elemento indicativo di una mera illiceità espressa; in senso diverso, invece, A. APOLLONIO, *Il “nuovo” delitto di traffico di influenze: un bilancio esegetico due anni dopo l’introduzione*, in *Giust. ins.*, 19 febbraio 2021, secondo cui l’avverbio potrebbe consentire di affermare l’illiceità della mediazione anche laddove la stessa non abbia di mira fatti costituenti reato.

costituzionale della sotto fattispecie in esame, per contrasto con il principio di tassatività/determinatezza²⁵.

Per gran parte dei commentatori, il rilevato difetto di tipicità avrebbe potuto e dovuto, almeno in parte, essere colmato con una specifica regolamentazione del *lobbying*, che rendesse chiaro l'*an*, il *quomodo* ed il *quando* del legittimo esercizio delle attività di influenza sui pubblici poteri²⁶.

Pur essendo stati, però, nel corso degli anni trascorsi, numerosi i disegni di legge presentati in Parlamento per giungere ad una disciplina in materia, ad oggi però l'Italia ne resta ancora sfornita.

In assenza di un intervento legislativo di tal fatta, l'onere di provare a trovare un significato all'aggettivo se lo è assunto, come ormai di solito accade, la giurisprudenza di legittimità che, soprattutto con due arresti recenti, ha compiuto un'*actio finium regundorum*.

Nella prima sentenza²⁷, in particolare, la Corte è partita dall'individuazione del nucleo dell'antigiuridicità della fattispecie, che ha ritenuto reperire "non nel mero sfruttamento (vero o vantato) di relazioni con il pubblico agente (che costituisce piuttosto il mezzo attraverso il quale il soggetto agente riesce ad ottenere dal privato la dazione indebita, anche

²⁵ In questo senso, fra i primi commenti apparsi a seguito della riforma del 2012, V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, cit., p. 426; critiche maggiori sono state espresse anche con riferimento al testo riformato nel 2019; così, *ex plurimis*, F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Legisl. pen.*, 1° agosto 2019, cit., p. 10, secondo il quale "la riformulata fattispecie incriminatrice di traffico di influenze illecite appare ancora più indeterminata e disomogenea di quella elaborata dalla l. 190/2012"; in termini analoghi, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1126 ss., che qualifica la fattispecie come "reato a tassatività debole" ed "a tipicità sintomatica" per sottolineare come essa rischia di colpire "ogni sintomo o sospetto di possibile contaminazione affaristica" tanto da considerarla, insieme ai reati di corruzione per l'esercizio della funzione e di induzione indebita, "incriminazioni ubiquitarie e di portata applicativa difficilmente prevedibile"; a conclusioni analoghe, A.A. HAYO, *L'incerta e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, p. 1 ss.

²⁶ Il tema dei rapporti fra la fattispecie del traffico di influenze illecite ed una futura regolamentazione del *lobbying* è oggetto, però, di un ampio dibattito in dottrina; molti autori, infatti, evidenziano come anche una disciplina completa della materia non sarebbe di per sé dirimente per individuare quando una mediazione potrebbe essere definita come illecita, potendo al più offrire un metro di quali potranno essere le norme di comportamento richieste ai venditori di influenza; in questo senso, *ex plurimis*, M.C. UBIALI, *Attività politica e corruzione*, Milano, 2020, p. 358; in termini analoghi, S. FIORE, *Quello che le norme non dicono. L'ortopedia giudiziaria come tecnica di rigenerazione offensiva del traffico di influenze*, in *Arch. pen. web*, 1, 2023, p. 15, secondo cui "la violazione della normativa extrapenale di regolamentazione dell'attività di rappresentanza degli interessi particolari non sarebbe tuttavia certo idonea di per sé a 'riempire' descrittivamente il requisito di illiceità che l'art. 346-bis c.p. richiede per attribuire rilevanza penale alle ipotesi di mediazione onerosa".

²⁷ Cass. pen., sez. VI, sent. 9 novembre 2021, n. 40518, in *Foro It.*, 2022, c. 166, con nota di E. LA ROSA, *L'inafferrabile tipicità del traffico di influenze illecite tra persistenti ambiguità e riforme abortite*; la sentenza riguarda uno stralcio del più processo noto come "Mafia Capitale" ed è relativa ad un *ex* sindaco di Roma, Gianni Alemanno.

solo come promessa), bensì in tutte quelle forme di intermediazione che abbiano come finalità <l'influenza illecita> sulla attività della pubblica amministrazione».

In assenza di dati normativi che potessero chiarire il *quid consistam* di tale illiceità, *per evitare di attrarre nell'ambito del penalmente rilevante le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione* “connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza, ovvero quel <sottobosco> di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito”, i Giudici hanno optato per una lettura restrittiva dell'aggettivo, qualificando cioè come “illecita” la mediazione se e quando finalizzata alla commissione di un “fatto di reato” idoneo a produrre vantaggi per il privato committente²⁸.

Con la seconda sentenza²⁹, la medesima sezione della Cassazione ha sostanzialmente ribadito il principio secondo cui il connotato di illiceità della mediazione non può che essere correlato allo “scopo” e, quindi, alla finalità dell'influenza svolta; in questa prospettiva, la mediazione potrà considerarsi illecita in quanto funzionale alla commissione di un illecito penale idoneo a produrre vantaggi al committente e, quindi, quando essa è intenzionalmente volta ad inquinare l'esercizio della funzione del pubblico agente, a condizionare e compromettere l'uso del potere discrezionale, spingendo il funzionario a porre in essere una condotta penalmente rilevante.

La decisione in esame fa anche un importante ed ulteriore passo in avanti, in funzione evidentemente didascalica; elenca, infatti, quelle situazioni che vanno ritenute certamente estranee alla nozione di “mediazione illecita”; non lo sono, in particolare, un contratto di mediazione in senso stretto o di altro tipo di per sé, perché se così fosse sarebbe evidente la tensione della fattispecie con i principi di materialità del fatto, di tipicità, di frammentarietà ed offensività; il mero “uso” di una relazione personale,

²⁸ La Corte ha ritenuto nel caso in esame configurabile una “mediazione illecita”: la mediazione, oggetto dell'accordo intercorso tra un imprenditore e l'ex sindaco di Roma, era finalizzata a far ottenere alle cooperative del primo un trattamento di favore per i pagamenti dei crediti pregressi, in violazione della normativa che disciplina la materia del pagamento dei debiti della p.a., condotta quest'ultima integrante un abuso di ufficio.

²⁹ Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2021, n. 1182/2022, cit.; la decisione si riferisce ad una vicenda anch'essa di grande rilevanza mediatica perché riguarda l'impugnazione del decreto di sequestro preventivo di una somma di denaro che avrebbe costituito il prezzo della mediazione illecita conseguita per ottenere l'acquisto da parte del Commissario straordinario per l'emergenza Covid di dispositivi di protezione personale (mascherine) contro il virus.

preesistente o potenziale, ossia la circostanza che un privato contatti una persona in ragione del conseguimento di un dato obiettivo lecito, perché consapevole della relazione, della possibilità di contatto, tra il mediatore ed il pubblico funzionario, da cui dipende il conseguimento dell'obiettivi perseguito; la sussistenza di meri profili di illegittimità negoziale, ossia la circostanza che il contratto tra committente e venditore contenga difformità dal tipo legale del contratto di mediazione di cui agli artt. 1754 ss. del codice civile³⁰.

Non può essere questa la sede per un esame approfondito delle soluzioni offerte dalla Corte³¹, ma appare opportuno evidenziare come i principi espressi, lungi fra l'altro dal rappresentare per la ristrettezza dei casi scrutinati una posizione consolidata di cd. diritto vivente³², pur indiscutibilmente apprezzabili perché forniscono della norma penale una lettura aderente ai principi di offensività e determinatezza, finiscono, d'altro canto, per andare oltre il recinto dell'interpretazione, aggiungendo, in via pretoria, un profilo di tipicità aggiuntivo alla fattispecie³³.

³⁰ La sentenza ha concluso annullando il decreto di sequestro preventivo, ritenendo in particolare non provato che la mediazione, effettivamente svolta dall'indagato grazie anche ad un pregresso e consolidato rapporto con il Commissario straordinario per l'emergenza Covid, avesse carattere illecito, in quanto non funzionale alla commissione di un reato.

³¹ Per maggiori riferimenti alle sentenze, si rinvia a M. GAMBARDILLA, *Punibilità del cliente ingannato, mediazione onerosa illecita e intermediazione corruttiva nel traffico di influenze*, in *DisCrimen*, 5 maggio 2022, p. 1 ss.; F. GIACCHI, *Traffico di influenze: il perimetro applicativo della mediazione onerosa al vaglio della Suprema Corte*, in *Arch. pen. web.*, 2, 2022, p. 1 ss.; D. GIORGIADI, *Il traffico di influenze illecite*, in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *La corruzione, le corruzioni*, Milano, 2022, p. 47 ss.; V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano*, cit.; B. ROMANO, *La Cassazione prova nuovamente a definire l'inafferrabile traffico di influenze illecite*, in *Giur. pen.*, 2022, 2, p. 11 ss.; F. SERRAINO, *Il problema della definizione della "illeceità" della mediazione nel nuovo reato di traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4, 2022, p. 283 ss.; M.C. UBIALI, [L'illeceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri](#), in questa Rivista, 31 gennaio 2022, p. 1 ss.

³² Va, in questa prospettiva, segnalato come altra sezione della Cassazione sia intervenuta, dopo le due decisioni sopra riportate, di nuovo in argomento, con una sentenza fra l'altro non massimata (Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2022, n. 30564); nella motivazione, la Corte pur dando atto dei due precedenti e pur occupandosi di un'ipotesi di mediazione onerosa, non sembra, però, essersi ad essi attenuta. In particolare, in uno snodo del suo iter argomentativo, afferma che "l'interpretazione più plausibile deve essere orientata nel senso di ravvisare il delitto di traffico di influenze soltanto se la condotta sia funzionale a convincere il destinatario della pressione a compiere atti contrari ai suoi doveri o ad omettere un atto conforme ai doveri che su di lui incombono", non indicando, quindi, come necessario che il comportamento del pubblico agente debba integrare gli estremi di un reato, idoneo a produrre vantaggi al trafficato.

³³ Così, M. GAMBARDILLA, *Punibilità del cliente ingannato, mediazione onerosa illecita e intermediazione corruttiva nel traffico di influenze*, cit. p. 24; in termini, *ex plurimis*, S. FIORE, *Quello che le norme non dicono. L'ortopedia giudiziaria come tecnica di rigenerazione offensiva del traffico di influenze*, cit., p. 5, che qualifica l'intervento della Corte come un atto di "supplenza creativa".

Inoltre, entrambe le sentenze paiono strettamente correlate alle situazioni concrete sottostanti, nelle quali la mediazione onerosa richiesta al trafficante mirava alla commissione da parte del funzionario di condotte integranti illeciti penali (in particolare abusi di ufficio), ma la lettura proposta, se dovesse considerarsi il paradigma interpretativo unico dell'endiadi in discussione, avrebbe come conseguenza di restringere eccessivamente il campo di applicazione della norma, in contrasto con la lettera della stessa, oltre che con gli obiettivi esplicitamente perseguiti del legislatore del 2019, rendendo lecite, ad esempio, quelle mediazioni finalizzate ad indurre il funzionario a violare norme amministrativistiche o civilistiche, non presidiate da sanzioni penali³⁴.

Infine, la lettura dei provvedimenti giudiziari disvela con chiarezza come gli stessi giudici abbiano inteso il loro sforzo ermeneutico in termini non di definitività, ma di provvisorietà, insistendo, in entrambi gli arresti, sull'opportunità di una disciplina organica della rappresentanza degli interessi che possa consentire una ben diversa lettura sistematica della norma.

5. Le novità contenute nel DDL Nordio.

Nel contesto interpretativo descritto si inserisce il disegno di legge in esame, che con l'art. 1, comma 1, lett. e) riscrive integralmente l'art. 346-bis c.p.³⁵,

³⁴ A conclusioni analoghe, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., p. 6; R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esauritiva regolamentazione del lobbying*, cit., p. 89, V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, cit., p. 22.

³⁵ Il comma indicato così recita: "L'articolo 346-bis c.p. è sostituito dal seguente: art. 346-bis (*Traffico di influenze illecite*) Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando intenzionalmente relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica, per remunerare un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, in relazione all'esercizio delle sue funzioni, ovvero per realizzare un'altra mediazione illecita, è punito con la pena della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni e sei mesi. Ai fini di cui al primo comma, per altra mediazione illecita si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito. 2 La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità economica. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio o una delle qualifiche di cui all'articolo 322-bis. La pena è altresì aumentata se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del

anche se, rispetto al testo vigente, le novità appaiono consistere in mirati, ma significativi innesti di natura ortopedica.

Nelle intenzioni del governo, esplicitate nella molto sintetica relazione di accompagnamento, la novella proposta non dovrebbe sminuire la rilevanza della fattispecie, esplicitamente e significativamente definita come un “avamposto”, ma dovrebbe soltanto mirare “a meglio precisare alcuni elementi del reato ... tenendo conto dei rilievi mossi dalla dottrina e degli sviluppi della più recente elaborazione giurisprudenziale”.

Seppure la relazione sia sul punto silente, la lettura del testo rende manifesta un’ulteriore finalità, di tipo “ideologico”, chiaramente perseguita dal governo proponente e cioè espungere dalla norma gran parte delle novità che erano state recate in essa nel 2019 dalla “legge spazzacorrotti”.

La prima importante novità apportata dal DDL consiste nel prevedere che le relazioni del “trafficante” mediatore con il pubblico ufficiale debbano essere realmente esistenti, quindi non soltanto millantate.

In questo modo, gli elementi restanti del vecchio millantato credito, che residuavano nell’art. 346-*bis* c.p. dopo l’intervento riformatore del 2019, verranno definitivamente espulsi dal microsistema dei reati contro la Pubblica Amministrazione.

La scelta di tornare, sul punto, alla formulazione della legge Severino ha una sua logica ed appare sostanzialmente condivisibile perché consente da un lato di superare le tensioni applicative sorte nella giurisprudenza riguardo la continuità tra l’abrogato delitto di millantato credito e il traffico di influenze, riscritto dalla riforma Bonafede³⁶ e dall’altro risolve definitivamente i problemi della punibilità, pure più volte posti nella pratica, del compratore di fumo che sia stato sostanzialmente frodato³⁷.

Il complessivo impianto normativo che deriverà dalla riforma porta, però, ad un indiscutibile arretramento complessivo sul piano della tutela degli interessi che erano stati in passato presidiati dal delitto di cui all’art. 346 c.p.; le condotte, infatti, di vendita di fumo resteranno, almeno in gran parte, certamente punibili, ma, come evidenziato nella relazione di accompagnamento alla proposta

suo ufficio”.

³⁶ Con Ordinanza n. 31478 del 28 giugno 2023, la VI sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione relativa al contrasto creatosi nella giurisprudenza di legittimità sulla continuità normativa fra il delitto di millantato credito e quello di traffico di influenze illecite riformulato nel 2019.

³⁷ Si è già evidenziato *supra*, come in giurisprudenza non sia affatto scontato che in tutti i casi il compratore di fumo fosse sanzionabile *ex art.* 346-*bis* c.p.; si v. nota n. 17 cui si rinvia per maggior riferimenti.

riformatrice, grazie alla più generale fattispecie generale della truffa di cui all'art. 640 c.p., che prevede una sanzione più lieve di quella dell'abrogato reato e soprattutto la procedibilità a querela di parte³⁸.

Una seconda innovazione, pure riguardante l'aspetto oggettivo della fattispecie, attiene alla contropartita dell'utilità data o promessa al mediatore che dovrà avere natura "economica"³⁹.

Non si ritorna, in tal modo, alla formulazione originaria della legge Severino, che richiedeva che la prestazione dovesse essere costituita da "denaro o altro vantaggio patrimoniale", ma il risultato che si conseguirà è comunque quello di restringere il campo di applicazione del reato⁴⁰, escludendo che possa essere contropartita valida per il mediatore un'utilità insuscettibile di valutazione in termini economici.

La soluzione prescelta desta, in verità, non poche perplessità perché in tal modo finirà per disallineare la fattispecie in esame rispetto a quelle corruttive delle quali ha una funzione anticipatrice di tutela, atteso che per la corruzione è sufficiente la dazione o la promessa di denaro ma anche di utilità non necessariamente economiche⁴¹.

Anche l'elemento psicologico viene intaccato dalla modifica all'esame del Parlamento, stabilendosi testualmente che lo sfruttamento delle relazioni debba avvenire "intenzionalmente".

Con l'avverbio si vuole rimarcare la necessità che il dolo delle parti del reato contratto debba necessariamente essere intenzionale, escludendosi quindi la punibilità in caso del dolo eventuale.

È una precisazione quella che si vuole introdurre che appare assolutamente pleonastica perché è davvero difficile ipotizzare, anche in astratto, un traffico di influenze caratterizzato da un dolo indiretto⁴².

³⁸ Rilievo evidenziato in sede di audizione dinanzi la Commissione giustizia del Senato da R. CANTONE, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, cit.

³⁹ Va segnalato che per quello che appare un evidente *lapsus calami* l'aggettivo "economica" non accompagna il sostantivo "utilità" nel comma 3 della norma come riscritta dal DDL, pur essendo invece esso ripetuto accanto al sostantivo nel precedente comma.

⁴⁰ A conclusioni analoghe, M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit.

⁴¹ Per una parte maggioritaria della giurisprudenza, rientra nel concetto di utilità anche una prestazione sessuale, che certamente non ha connotazione economica; a questa conclusione, da ultimo Cass. sez. VI, 13 novembre 2015, n. 48920, *CED Cass.* n. 265576.

⁴² Alle medesime conclusioni M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit., e M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit.

Un intervento ulteriore il DDL Nordio lo riserva anche alla pena; viene, infatti, elevato il minimo edittale da un anno ad un anno e sei mesi e tale incremento della pena viene ritenuto, dalla relazione di accompagnamento, “conseguenza della riduzione dell’ambito applicativo (limitato a condotte particolarmente gravi)”.

Il lieve ritocco ha un valore meramente simbolico, perché resta, invece, inalterata la previsione del massimo edittale, per il quale, invece, un aumento di pari entità avrebbe portato la pena a cinque anni, con un effetto certamente rilevante sul piano pratico, perché avrebbe reso possibile l’utilizzo dello strumento investigativo delle intercettazioni telefoniche ed ambientali.

L’art. 1, comma 1, lett. c) propone poi di inserire nel catalogo dei reati per i quali sono applicabili le attenuanti di cui all’art. 323-*bis*, commi 1 e 2, c.p. anche il delitto di traffico di influenze illecite.

Se con riferimento all’attenuante del comma 1, la modifica avrà un effetto solo topografico, in quanto identica diminvente è già stabilita nell’ultimo comma dell’attuale art. 346-*bis*, per il caso di quella di cui al comma 2 si tratterà di una novità importante, certamente condivisibile, perché consentirà di beneficiare della corposa riduzione di pena nel caso di comportamenti collaborativi del trafficante o del trafficato.

Coerentemente con la scelta da ultimo commentata, il testo in discussione, con l’art. 1, comma 1, lett. d), estende anche al traffico di influenze l’operatività della causa di non punibilità, introdotta dalla legge spazzacorrotti e prevista dall’art. 323-*ter* c.p. a seguito di autodenuncia ed in presenza di determinate condizioni.

Si tratta di una decisione opportuna perché consente di applicare alla fattispecie incriminatrice in esame un istituto nato con l’obiettivo di far emergere tipologie di reato destinate spesso a restare sottotraccia, come è certamente anche quella di cui ci si occupa e che quindi sana quella che era parsa a gran parte dei commentatori della norma innestata nel codice penale del 2019 un’esclusione ingiustificata dal novero dei reati in essa elencati⁴³.

⁴³ In questo senso, *ex plurimis*, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, p. 8.

6. La definizione della “mediazione illecita”.

Certamente la modifica più significativa recata dal DDL Nordio è quella contenuta nel comma 2 del riscritto art. 346-*bis* c.p., nel quale viene definito il *quid consistam* dell’“altra mediazione illecita”⁴⁴.

Secondo il nuovo dettato normativo, l’espressione indicata fa riferimento a quella mediazione che vuole indurre i soggetti pubblici richiamati nel primo comma “a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito”.

Tre sono, quindi, gli elementi contestualmente necessari per ritenere integrata la mediazione illecita e cioè essere quest’ultima finalizzata ad ottenere un atto contrario ai doveri di ufficio da parte del funzionario pubblico, la sussumibilità dell’atto in una (qualsivoglia) fattispecie di reato (quindi, in base alla lettera della legge, astrattamente anche una contravvenzione) e un effetto vantaggioso per il trafficato committente che non dovrà avere necessariamente valenza economica, ma dovrà essere non a lui già spettante, in quanto “indebito”.

L’obiettivo perseguito dalla norma appare evidente; cerca di colmare la carenza di tassatività e determinatezza dell’attuale formulazione, riempiendo di contenuto quell’endiadi che aveva rappresentato il *punctum dolens* della disciplina.

Il legislatore sceglie, però, una strada diversa da quella finora auspicata da gran parte della dottrina; non si incammina verso una regolamentazione complessiva delle forme legittime di rappresentanze degli interessi e quindi delle *lobbies*, in quanto in questa fase ritenuto evidentemente un percorso impervio, e si accontenta di un intervento settoriale sulla sola fattispecie incriminatrice.

La soluzione prescelta, del resto, oltre ad essere più agevole è anche a portata di mano, perché si limita a recepire nel precetto l’interpretazione proposta dalla giurisprudenza di legittimità, di cui si è detto poco sopra ⁴⁵.

⁴⁴ Come è stato evidenziato dai primi commentatori del DDL, il comma 2 è in qualche modo anticipato dal capovolgimento topografico delle due sottofattispecie della mediazione onerosa e della mediazione gratuita, che nel testo vigente erano citate in modo inverso; l’inversione sembra, infatti, non casuale ma finalizzata a “far risaltare il collegamento fra la definizione del secondo comma della mediazione illecita e la figura della mediazione onerosa”; così, M. GAMBARDELLA, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*.

⁴⁵ In termini molto critici, M. GAMBARDELLA, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*, cit., secondo cui “il disegno di legge... mutua, plagia letteralmente [alcune sentenze della Cassazione]”.

Pur non potendosi non apprezzare il fine perseguito, già ad una prima superficiale lettura l'opzione del disegno di legge porta con sé una serie di non lievi inconvenienti.

In primo luogo, il comma in esame appare distonico con quanto stabilito nell'ultimo capoverso della disposizione, incidendo sulla razionalità complessiva della fattispecie delittuosa.

Quest'ultimo, infatti, prevede una duplice aggravante; una prima per i fatti commessi in relazione all'esercizio di un'attività giudiziaria, applicabile ad entrambe le condotte previste dal primo comma (ossia sia alla mediazione gratuita che a quella onerosa) ed una seconda valida, però, solo per la mediazione gratuita, quando la remunerazione sia stata data o promessa "in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio".

La mediazione gratuita, quindi, se finalizzata a remunerare un funzionario perché commetta un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione ed al ritardo di un atto d'ufficio (che potrebbe, però, essere conforme ai doveri di ufficio), anche se tale attività non costituisca reato, è qualificata come più grave della mediazione a pagamento, finalizzata al compimento di un atto che sia non solo contrario ai doveri dell'ufficio ma che integri un reato e comporti un indebito vantaggio al committente.

Una seconda non minore perplessità è ricollegata alla necessità che i tre presupposti per integrare la mediazione illecita debbano essere concomitanti.

Essa potrebbe, infatti, avere come effetto di rendere non punibile, ad esempio, una mediazione onerosa finalizzata ad una corruzione funzionale (art. 318 c.p.), attuata senza che si prefigurino per il funzionario trafficato il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio⁴⁶.

È un'ipotesi tutt'altro che impossibile da verificarsi nella pratica; si pensi al caso di un faccendiere che si faccia pagare – come prezzo della propria attività professionale – con l'obiettivo di far saldare crediti da tempo vantati dal proprio "cliente", grazie all'intervento su un funzionario dell'ente debitore, facente parte in precedenza della propria rete professionale e già a "libro paga".

E situazioni come queste potrebbero dar luogo ad un vero e proprio paradosso; la mediazione onerosa sarebbe punibile se finalizzata a far compiere,

⁴⁶A questa situazione fa riferimento anche M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit.

ad esempio, al funzionario un'omissione di un atto di ufficio (o un qualunque altro reato, comunque collegato all'attività del funzionario) e non un atto conforme ai doveri di ufficio a chi, però, lo fa in quanto sistematicamente retribuito.

Così facendo, risulta frustrata inevitabilmente l'anima del traffico di influenze illecite quale reato spia o avamposto del microsistema delle fattispecie corruttive⁴⁷.

Le incongruenze maggiori, però, derivano dal combinato disposto della modifica in commento con l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio, che è pure uno dei capisaldi del DDL Nordio.

A prescindere dalla contraddizione metodologica di adottare una definizione nata proprio con riferimento alle mediazioni funzionali alla commissione di un reato che contestualmente si abolisce, i risultati pratici che ne deriverebbero metterebbero in discussione la stessa ragione dell'esistenza della norma.

Come è stato fatto notare subito dopo che era stato reso noto il testo della proposta⁴⁸, con la nuova formulazione sarebbe, ad esempio, non punibile il pagamento di una somma di denaro ad un soggetto per "spingere" su un magistrato perché decida in un modo piuttosto che in un altro.

Diverrebbe allo stesso modo lecito anche il pagamento di una ingente cifra a chi promette una raccomandazione nei confronti di un componente di una commissione di un concorso pubblico, con cui può spendere pregressi rapporti personali, per far risultare vincitore il suo "cliente".

Altre analoghe situazioni sarebbero ipotizzabili, in cui la modifica legislativa avrebbe come effetto di rendere non penalmente rilevanti fatti che invece lo sarebbero con l'attuale formulazione.

⁴⁷ A conclusioni analoghe, M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, cit. , secondo cui con la novella "il delitto ... diventa fattispecie a tutela anticipata rispetto alla corruzione, nella mediazione gratuita, e di altre fattispecie di reato nella mediazione onerosa, purchè integrate dal compimento di atti contrari ai doveri di ufficio (reati, quindi, espressivi delle funzioni esercitate) e produttive della possibilità di acquisire un vantaggio indebito.

⁴⁸ L'esempio è tratto da un'intervista del Procuratore Aggiunto di Roma, Paolo Ielo, al quotidiano "Il Domani", in data 18 giugno 2023.

7. Conclusioni; i rischi di una riforma frettolosa e scarsamente meditata.

Il testo all'esame del Parlamento tradisce, quindi, l'obiettivo dichiarato dal governo nella sua relazione di accompagnamento; se approvato, infatti, esso non si limiterà affatto a precisare gli elementi del reato, ma ne restringerà in modo molto significativo e, come si è già evidenziato poco sopra, sotto più aspetti la portata applicativa.

Basta qui evidenziare, a dimostrazione dell'assunto, che quei pochi casi in cui si è ritenuta configurabile finora la fattispecie non solo in futuro non saranno più perseguibili ma (probabilmente) consentiranno ai soggetti già condannati anche di beneficiare dell'effetto abrogativo della novella, *ex artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.*⁴⁹.

La riscrittura della fattispecie, però, oltre a rappresentare un (certamente legittimo, anche se non dichiarato) mutamento della politica legislativa in materia di contrasto ai fenomeni corruttivi, rischia di porsi in contrasto con gli impegni internazionali assunti dal Paese.

Si è già ricordato sopra come il delitto sia stato introdotto nel 2012 proprio per adempiere agli obblighi derivanti soprattutto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione e come la modifica del 2019 fosse conseguente anche ai rilievi dell'organismo di monitoraggio previsto da quell'atto sovranazionale (il già citato GRECO).

È ampiamente prevedibile, quindi, che il nuovo testo sarà fatto segno di nuove osservazioni e critiche da parte di quel medesimo ente, in quanto contraddice le raccomandazioni che erano state in precedenza date all'Italia.

La novella appare, inoltre, non tenere in debito conto nemmeno ciò che sta accadendo a livello europeo.

Nelle scorse settimane, in particolare il 5 maggio 2023, la Commissione Europea ha, infatti, depositato una proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta alla corruzione che punta ad aggiornare le norme dei Paesi dell'Unione in materia, in reazione a quanto accaduto nei mesi scorsi con

⁴⁹ È quanto paventato da M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, cit., che prevede come sia destinata ad essere caduca la condanna passata in autorità di giudicato pronunciata nell'ambito del processo di "mafia capitale" nei confronti dell'*ex* sindaco di Roma, Alemanno. L'applicazione dell'art. 673 c.p.p. non appare, però, scontata perché bisognerà verificare se alla nuova norma sarà riconosciuto un effetto (anche solo parzialmente) abrogativo o un effetto meramente modificativo, situazione quest'ultima che potrebbe a ritenere applicabile non il comma 2 ma il comma 4 dell'art. 2 c.p.

lo scandalo di corruzione nelle istituzioni comunitarie, noto anche come *Qatargate* che ha rappresentato un vero terremoto per Bruxelles.

Il Parlamento nazionale, però, in sede di verifica di conformità dell'articolato europeo al principio di sussidiarietà *ex art. 5 TUE*, sia in Commissione della Camera dei deputati, Politiche dell'unione europea il 19 luglio 2023 che in Aula il 26 luglio successivo, ha, però, espresso parere contrario alla direttiva in questione, ritenendola in contrasto con i principi di sussidiarietà e proporzionalità, in quanto si farebbe latrice di una disciplina che non tiene in debito conto le "specificità dei sistemi" di ciascun membro dell'Unione⁵⁰.

È difficile prevedere se la posizione contraria dell'Italia avrà l'effetto di impedire l'adozione definitiva dell'atto sovranazionale, che sembra comunque muoversi su una direttrice del tutto diversa dal DDL Nordio.

Senza poter in questa sede approfondire il tema, basta ricordare come il testo di essa, ad oggi noto, ribadisca l'indispensabilità dell'incriminazione dell'abuso di ufficio, che il progetto governativo vuole abrogare, e fornisca indicazioni in materia di traffico di influenze che appaiono pure non compatibili con il testo all'esame attuale del Senato.

L'art. 10⁵¹ della Proposta UE (rubricato *Trading in influence*) stabilisce, infatti, che l'influenza punibile può essere anche "*supposed*", ovvero non reale e indica come irrilevante, ai fini della configurazione del reato, che l'influenza sia esercitata o meno o che essa porti al risultato sperato⁵².

⁵⁰ Sul conflitto di competenza tra Unione Europea e Stati membri in materia di corruzione si vedano i contributi di V. MONGILLO, [Strengths and weaknesses of the proposal for a Eu directive on combating corruption](#), in *questa Rivista*, 7, 2023, p.1 e ss, e di M. GAMBARDILLA, [La "Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione" al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze](#), in *questa Rivista*, 27 luglio 2023, per il quale "i profili di criticità, posti in rilievo nel documento approvato dalla Commissione Politiche dell'UE, appaiono fondati su argomenti giuridici errati e talora persino anacronistici sul piano del diritto. Si tratta di argomenti che tradiscono lo spirito europeista del nostro Paese nell'avvalorare una antiquata e superata concezione di un diritto-penale-tutto-nazionale, senza <aperture> che tengano conto della dimensione ormai sovranazionale anche dell'ambito penalistico".

⁵¹ Si riporta il testo in italiano consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu: "Articolo 10, Traffico d'influenze: 1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: (a) il fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura per una persona o un terzo affinché detta persona eserciti un'influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico; (b) il fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura per una persona o un terzo affinché detta persona eserciti un'influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico; 2. Affinché la condotta di cui al paragrafo 1 sia punibile come reato è irrilevante che l'influenza sia esercitata o meno o che la presunta influenza porti o meno ai risultati voluti".

⁵² In questo senso, V. MONGILLO, [Strengths and weaknesses of the proposal for a Eu directive on combating](#)

Basterebbero queste due sole considerazioni a giustificare una scelta di prudenza del legislatore italiano che, in assenza di reali ragioni di urgenza di intervenire (sia in materia di traffico di influenze che di abuso d'ufficio si è intervenuti già di recente con una riforma ed il lavoro ermeneutico della giurisprudenza ha trovato un punto di caduta delimitandone i confini), avrebbe potuto più opportunamente rinviare le pur ritenute necessarie modifiche al momento dell'adozione della direttiva senza, invece, il pericolo di trovarsi nella scomoda situazione di dover rimetter mano alla materia, se le discordanze evidenziate dovessero confermarsi.

Ma vi è un altro punto, non meno delicato ed anzi molto più preoccupante, che il disegno di legge sembra non avere adeguatamente valutato.

Scegliendo la strada di un intervento diretto e limitato sulla norma penale piuttosto che una regolamentazione di sistema, indirettamente e per una (non voluta?) eterogenesi dei fini, il legislatore finirà per introdurre (surrettiziamente ed indirettamente) una prima e sia pur ridotta disciplina delle *lobbies*.

Nel momento in cui si stabilisce, infatti, cosa si intende per mediazione illecita, in virtù del principio di frammentarietà⁵³, che rappresenta un'indispensabile garanzia prevista dal diritto penale per i cittadini, indirettamente si individua, *a contrario*, anche tutto ciò che può essere considerato "mediazione lecita".

In assenza, quindi, di altre disposizioni di settore, che avrebbero potuto comunque vietare forme di mediazione anche non costituenti reato, una volta approvato il DDL Nordio, non sarebbe né un paradosso né un'esagerazione quella secondo cui non solo non sarebbero più penalmente rilevanti ma dovrebbero considerarsi pienamente leciti e legittimi quei comportamenti già poco sopra indicati, ad esempio finalizzati a raccomandare i propri protetti per ottenere un esito favorevole in un processo o in un concorso.

corruption, cit., p.13, il quale sottolinea come "the punishment of the private individual deceived by an intermediary who falsely claims to have influence over a public official (we are referring to influence that is merely "supposed") may raise conflicts with fundamental principles of criminal law of constitution".

⁵³ Sul punto, *ex plurimis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2014, p. 32 secondo cui è grazie proprio al principio di frammentarietà che vengono selezionate come penalmente rilevanti solo specifiche forme di aggressione al bene giuridico tutelato.

LE SEZIONI UNITE SUL DOLO SPECIFICO DI PROFITTO NEL FURTO: ESSO PUÒ AVERE ANCHE NATURA NON PATRIMONIALE

*Cass., Sez. Un., 25 maggio 2023 (dep. 12 ottobre 2023), n. 41570, Pres. Diotallevi,
est. De Marzo*

di Mario Nicolini

1. Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di cassazione risolvono il contrasto giurisprudenziale sulla nozione di dolo specifico nei delitti di furto¹ chiarendo che esso può avere anche natura non patrimoniale.

2. I profili essenziali in punto di fatto possono essere così riassunti.

Oggetto di impugnazione è la sentenza di condanna della Corte d'Appello di Palermo a carico di C.C. per il delitto furto con strappo (art. 624-bis c.p.) per avere strappato di mano il telefono cellulare a G.P. come ritorsione e dispetto verso la persona offesa dopo che questa aveva chiamato i carabinieri, richiedendone l'intervento a seguito di un litigio con l'imputato.

Secondo quanto prospettato nel giudizio di merito, non sarebbe configurabile la violenza privata in quanto la condotta dell'imputato non era finalizzata ad impedire la telefonata, ma piuttosto si rappresentava una reazione all'iniziativa della persona offesa. D'altra parte, si è ritenuta inapplicabile l'attenuante del danno di speciale tenuità (art. 62 n. 4 c.p.), in quanto il furto aveva avuto per oggetto un telefono cellulare, bene di significativo valore economico.

Nel primo motivo di ricorso per cassazione, l'imputato deduceva la erronea applicazione della legge penale con riferimento all'art. 624-bis c.p., in quanto la Corte d'appello ha ritenuto sussistente il dolo specifico di profitto richiesto dalla fattispecie incriminatrice, nonostante l'agente avesse agito non per conseguire un'utilità patrimoniale ma, principalmente, per impedire l'arrivo dei carabinieri. Nell'articolare il ricorso, si richiama un orientamento diffuso nella giurisprudenza di legittimità² in base al quale solo una nozione di profitto circoscritta all'utilità economico-patrimoniale

¹ Per un'eshaustiva ricostruzione dei termini del contrasto, cfr. i commenti sull'ordinanza di rimessione di A. AIMI, [La nozione di dolo specifico al vaglio delle Sezioni Unite](#), in *questa Rivista*, 15 febbraio 2023 e M. BIANCHI, [Sei distinzioni sul profitto nel furto](#), in *questa Rivista*, 28 febbraio 2023. In particolare, nel primo contributo è contenuta un'ampia ricostruzione storica delle origini del contrasto, che risalgono a Cass., pen., Sez. II, 25 giugno 1991, n. 11027, una pronuncia, all'epoca «isolatissima» (nota 1) in cui venne esclusa l'integrazione del dolo specifico del furto in un caso di sottrazione di un estintore con l'intento «puramente scherzoso» di scaricarlo verso alcuni amici nel corso della notte di Capodanno.

² Cass., pen., Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073.

consente il soddisfacimento della funzione selettiva e garantistica della tipicità penale senza allargare a dismisura il perimetro applicativo della fattispecie di furto.

A latere, il gravame si concentra sull'applicabilità del diverso delitto di violenza privata, sottolineando, da un lato, che nessuna violenza si possa ritenere sussistente in una vicenda in cui l'imputato si era limitato a togliere il telefono dalla mano della persona offesa e, d'altro canto, che poiché non era stato impedito l'evento che l'imputato avrebbe voluto evitare con tale condotta, ossia l'arrivo dei carabinieri, il delitto ex art. 610 c.p. sarebbe da ritenersi insussistente.

Ad un secondo motivo è affidata la richiesta di riconoscimento dell'attenuante del danno di speciale tenuità, in relazione alla quale la difesa lamenta difetto o illogicità della motivazione, in quanto la Corte d'appello non avrebbe considerato: a) che il valore economico del bene sottratto non era mai emerso nel corso del processo; b) che, anzi, si trattava di un modello obsoleto già all'epoca dei fatti; e c) che la sottrazione si era protratta solo per un breve lasso di tempo.

3. Rilevata la presenza di un contrasto giurisprudenziale, il 18 novembre 2022 la Quinta Sezione penale rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, rilevando la necessità che il massimo consesso nomofilattico si esprimesse in ordine alla nozione di profitto contemplata nei delitti di furto come oggetto di dolo specifico.

Secondo un primo orientamento³, più risalente, la nozione di profitto dovrebbe prescindere dalla natura economica sottesa alla finalità dell'agente: esso può consistere in qualsiasi utilità, anchenon patrimoniale, rispondendo alle più svariate finalità per soddisfare bisogni tanto di tipo economico quanto psichico⁴.

Tale lettura si fonda su un'interpretazione ampia della nozione di profitto, come categoria che comprende non solo vantaggi di natura puramente economica, ma anche una qualsiasi utilità o vantaggio anche non patrimoniali, realizzabili con l'impossessamento della cosa mobile altrui, commesso con coscienza e volontà a danno della persona offesa.

Si ritiene, infatti, che la limitazione della punibilità alle sole ipotesi di condotta sorretta da finalità economiche comporterebbe eccessivi vuoti di tutela penale per il possesso delle cose mobili. A sostegno di tale assunto, viene richiamata una casistica già elaborata nell'ambito di un altro precedente⁵, in cui si evidenzia come condotte sottrattive non sorrette da finalità di lucro economico possano comunque assurgere ad un significativo livello di offensività; le ipotesi sono: «a) la sottrazione di un bene per poi successivamente distruggerlo, in caso di impossessamento protrattosi per un periodo di

³ Cass. pen., Sez. II, 13 gennaio 1976, n. 7262; Cass. pen., Sez. II, 6 marzo 1978, n. 9411; Cass. pen., Sez. II, 26 aprile 1983, n. 9983; Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 1985, n. 4471; Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997; Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882; Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 30/2013; Cass. pen., Sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631; Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 2019, n. 11225; Cass. pen., Sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842; Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144.

⁴ In dottrina, questa lettura è fatta propria da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2016, pp. 389-390; C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Padova, 2010, pp. 148-149.

⁵ Cass. Sez. IV, 26 novembre 2019, cit.

tempo apprezzabile, dovendosi considerare il danneggiamento conseguente all'*amotio* della *res* quale fatto non punibile; b) il furto nell'interesse della vittima (sottrazione per impedire che il bene sia carpito o distrutto da terzi; sottrazione di cose allo scialacquatore per impedirgli di dissiparle; sottrazione di alcool all'alcolizzato), talora considerato come ipotesi di assenza del fine di profitto e quindi non punibile per carenza di dolo specifico, da risolvere invece verificando l'eventuale operatività di una causa di giustificazione; c) il furto determinato da motivazioni emulative o affettive; d) la sottrazione di beni non commerciabili».

Un altro argomento poggia sul rilievo in base al quale «il reato di furto è reato contro il patrimonio, e non a vantaggio del patrimonio dell'agente», per cui sarebbero necessariamente punibili per furto tutte le «illegittime aggressioni del patrimonio altrui» senza che possa rilevare come causa di esclusione del tipo che esse «per autonoma decisione del soggetto attivo, non si risolvono in un corrispondente arricchimento del patrimonio dell'agente»⁶.

Un secondo orientamento⁷, di tipo restrittivo, si è sviluppato più recentemente attraverso varie gradazioni di contrazione dell'ambito di rilevanza penale. Tra tutte le declinazioni susseguitesi nello sviluppo di tale linea interpretativa è possibile individuare un denominatore comune, che è quello di richiedere un nesso di strumentalità fra lo sfruttamento del bene rubato ed il perseguimento di un interesse proprio dell'agente: ciò ha comportato che si escludesse la sussistenza del dolo specifico di profitto allorché l'agente sottragga beni altrui per soddisfare obiettivi il cui raggiungimento prescinde da qualsiasi utilizzo degli stessi⁸.

Tale lettura restrittiva, è, da ultimo, approdata all'espressa equiparazione fra fine di profitto e perseguimento di un'utilità patrimoniale⁹.

La diversa interpretazione, infatti, trascurerebbe il dato sistematico rappresentato dall'inserimento del furto nei delitti contro il patrimonio, bene giuridico tutelato dalla norma.

Si afferma, inoltre, che l'identificazione fra lo scopo di lucro previsto nella fattispecie astratta e la volontà genericamente intesa di trattenere il bene finirebbe per «comportare, in definitiva, l'annullamento della previsione normativa che implica la

⁶ Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 1985, cit.

⁷ Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 4975; Cass. Pen., Sez. VI, 19 settembre 2001, n. 40351; Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073; Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821; Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2019, n. 40438; Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421.

⁸ La casistica, ben ricostruita da A. AIMI, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 23 ha riguardato i casi di un fotografo che, con l'obiettivo di tutelare la propria attività commerciale e le sue pertinenze, spostava alcuni cartelli posti davanti all'ingresso da un altro commerciante e li posizionava nel proprio negozio; della sottrazione di un cellulare per impedire alla vittima di corteggiare la fidanzata dell'imputato; della sottrazione di un lucchetto per finalità di vandalismo da parte di uno studente.

⁹ A livello dottrinale, aderiscono all'orientamento restrittivo G. LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1954, pp. 425-427; G. PECORELLA, voce *Furto* in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, pp. 348-350; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2019, pp. 70ss., E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, pp. 111-115.

necessità del dolo specifico»¹⁰. Infatti, una «onnicomprensiva nozione di profitto oggetto del dolo specifico del delitto di furto, che abbraccia indistintamente sia il vantaggio economico, sia l'utilità, materiale o spirituale, sia il piacere o soddisfazione che l'agente si procuri, direttamente o indirettamente, attraverso l'azione criminosa, tradisce la funzione selettiva e garantistica della tipicità penale, ampliando a dismisura la sfera del furto a scapito di quella del danneggiamento o estendendola a fatti non meritevoli di sanzione penale, pervenendo, in definitiva, ad un'*interpretatio abrogans* del detto elemento essenziale»¹¹.

In base a questo orientamento, si dovrebbero tenere ben distinte la nozione di profitto da quella di vantaggio, la quale, essa sì, può avere anche natura economica o soltanto morale¹²: si tratta di due categorie fra loro distinte, come si può evincere, a titolo di esempio, dalle incriminazioni ex artt. 416-bis e 490 c.p. in cui «profitto» e «vantaggio» costituiscono due finalità, non sinonimiche, cui l'agente può aspirare.

Per dare maggior consistenza alle argomentazioni sopra esposte, non pare superfluo ripercorrere sinteticamente la casistica che ha fatto da sfondo alle pronunce dell'orientamento restrittivo.

In un caso¹³, si è ritenuto non configurabile il dolo specifico in una vicenda nella quale l'agente aveva sottratto la borsa al soggetto passivo come dispetto, reazione o modalità per mantenere aperto un contatto. In un'altra vicenda¹⁴, l'agente aveva asportato due fusibili dalla scatola di derivazione elettrica di una saracinesca del magazzino dell'azienda dove lavorava e svolgeva attività di rappresentante sindacale, al fine di consentire ai colleghi di uscir fuori per protestare contro il datore di lavoro. Un ulteriore caso ha riguardato soggetti che, a meri fini dimostrativi, si erano appropriati di un rilevante numero di cani di razza per sottrarli al regime di segregazione di uno stabulario nonché una vicenda, simile a quella della sentenza qui annotata, in cui l'agente aveva sottratto alla persona offesa il telefono cellulare e gli occhiali per evitare l'intervento delle forze dell'ordine.

4. Nell'impostare la soluzione, le Sezioni Unite precisano la questione di diritto loro sottoposta chiedendosi «se il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso, sia circoscritto alla volontà di trarre dalla sottrazione del bene una utilità di natura esclusivamente patrimoniale, ovvero possa consistere anche in un fine di natura non patrimoniale».

La soluzione è quella dell'adesione all'orientamento estensivo, che considera anche il profitto non patrimoniale come compreso dentro la nozione richiesta dal dolo specifico nei delitti di furto.

In primo luogo, la sentenza argomenta sulla compatibilità fra la soluzione ermeneutica adottata ed il principio di legalità (art. 25 co. 2 Cost.; art. 49 Carta di Nizza;

¹⁰ Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2019, cit.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2019, cit.

¹² Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2022, cit.

¹³ Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2018, cit.

¹⁴ Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2019, cit.

art. 7 CEDU), che non risulta vulnerato allorché si faccia ricorso ad «un’interpretazione integrata, sistematica e teleologica per pervenire all’individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell’enunciato normativo», la cui portata supera la somma dei singoli termini che lo compongono.

Declinando la legalità sotto il profilo della determinatezza, il cui obiettivo è quello di assicurare «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della condotta, si rileva che tale canone non è di per sé vulnerato allorché nella disposizione vengano utilizzate «espressioni sommarie, vocaboli polisensibili, clausole generali o concetti elastici, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato, permettendo al contempo, al destinatario della norma, di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»¹⁵.

Date tali premesse, si rileva che il vocabolo “profitto” non ha, nel linguaggio comune, un significato necessariamente connesso all’ambito strettamente patrimoniale, in quanto esso si riferisce a qualsiasi giovamento o vantaggio, «fisico, intellettuale, morale o pratico».

Come per la nozione di “profitto” anche per quella di “patrimonio” si è riscontrata una certa incertezza nell’esatta individuazione del significato da attribuire alla nozione, essendo prevalsa una concezione giuridica di tipo funzionale, personalistico ed economico che fa coincidere il patrimonio con il complesso dei rapporti giuridici facenti capo ad una persona ed aventi per oggetto cose dotate di funzione strumentale in quanto idonee a soddisfare bisogni umani, materiali o spirituali. Argomentando *a contrario*, la tecnica legislativa di precisare, nell’ambito di talune fattispecie, che oggetto del dolo specifico deve essere il solo “vantaggio”, solo o unitamente al profitto (art. 416-bis c.p. e art. 490 c.p.), viene ritenuta «univocamente indicativa di una scelta, sia pure in ambito giuridico, di circoscrivere la nozione di profitto all’ambito lucrativo, una volta che nessun dato obiettivo vale a giustificare quest’ultima limitazione».

Ulteriore conforto a tale approccio ermeneutico è dato dall’interpretazione storica, in base alla quale il “profitto” sarebbe, come nozione, contrapposto al “lucro”, come tratto dalla Relazione al progetto definitivo del Codice penale in cui si legge che «la esattezza della soluzione adottata discende dal concetto di profitto accolto dal Progetto, in conformità dei risultati della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativi al contenuto di tale obbiettività del reato considerato dall’articolo 402 del codice in vigore. “Trarre profitto”, si insegna, è procurarsi un vantaggio, a cui non si ha diritto [...]».

La motivazione prosegue articolando considerazioni di ordine sistematico sul piano della funzione selettiva e garantistica della tipicità penale, presidiata dalla

¹⁵ Così si esprime la motivazione (pp. 8 e 9), riprendendo quanto argomentato in Corte cost., sent. n. 278 del 2019.

previsione del dolo specifico come elemento di limitazione dell'ambito di rilevanza penale all'interno dei delitti di furto.

Ciò che afferma la motivazione è che tale funzione limitativa non viene vulnerata solo in ragione della lettura estensiva che della nozione di profitto viene data, in quanto il profitto rilevante come oggetto di dolo specifico delimita l'elemento oggettivo del reato rispetto alla mera condotta di sottrazione ed impossessamento: esso è quello che, «indipendentemente dalla sua idoneità ad essere apprezzato in termini monetari, viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla *res* e non quello che può derivare attraverso ulteriori passaggi dall'illecito», quest'ultima funzionale «alla conservazione, all'uso, al godimento o al compimento di un qualunque atto dispositivo».

Si registra, inoltre, un'aporia nell'orientamento minoritario allorché in base ad esso il patrimonio comprenderebbe anche cose prive di valore puramente economico allorquando si tratti del titolare del bene aggredito mentre lo si vorrebbe circoscritto ai soli vantaggi meramente patrimoniali nel caso in cui venga in rilievo l'incremento perseguito dall'autore della condotta.

Altro «elemento di scarsa linearità ricostruttiva» proprio di tale orientamento è riscontrato nella parte in cui esso identifica il dolo specifico nella «finalità del soggetto agente di conseguire un incremento della propria sfera patrimoniale eventualmente anche per la capacità strumentale del bene di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale, che si profila come fine ulteriore dell'azione». Le Sezioni Unite riconducono tale puntualizzazione ad un'impostazione personalistica accolta dall'orientamento minoritario che pare finalizzata a «superare i difetti di tutela che scaturiscono dalla rilevanza assegnata ai soli vantaggi economici». Su questo versante, tuttavia, si rileva che l'appiattimento della nozione di "profitto" ai soli vantaggi patrimoniali relega le ulteriori componenti non patrimoniali all'area del movente, irrilevante per il perfezionamento della fattispecie incriminatrice, senza che, tuttavia, fornire una compiuta spiegazione rispetto all'utilità euristica assunta dall'indicazione dei bisogni (anche) personali che l'impossessamento dovrebbe soddisfare.

Date tali premesse, si comprende perché le Sezioni Unite ritengano significative e rilevanti ai sensi dei delitti di furto anche condotte di impossessamento al fine di trarre vantaggio dal mero uso del bene, cui si accompagna l'impossibilità di farne uso per il precedente titolare: tale atto è ritenuto penalmente rilevante come furto in quanto indiscutibilmente finalizzato a privare il titolare del godimento di un bene che rientra nella sua titolarità.

Ciò non di meno, la Corte non si esime da considerazioni in punto di offensività, evidenziando come l'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p., oggi comprensivo anche del furto monoaggravato) costituisca uno strumento importante già sul piano dell'*an* della responsabilità penale, demandando alla discrezionalità del giudice «il giudizio sulla "qualità" della responsabilità dell'imputato, consentendo di escludere l'applicazione della sanzione anche in ragione dell'innovativa previsione che assegna rilievo alla condotta susseguente al reato».

5. Come già rilevato in dottrina¹⁶, commentando l'ordinanza di rimessione, la questione dell'oggetto del dolo specifico di profitto riveste una cardinale portata sistemica in quanto involge svariate fattispecie incriminatrici (artt. 518-bis, 624, 624-bis, 626 c.p.) in cui è richiesto che l'agente abbia agito col fine di trarre profitto per sé o altri.

Muovendo dall'argomento letterale, pare condivisibile il rilievo di chi¹⁷ ha negato possa trattarsi di un dato dirimente sul rilievo che il lemma "profitto", seppur ampiamente utilizzato in senso economico come sinonimo di "guadagno" rappresentato dalla differenza positiva fra ricavi e costi, è ampiamente diffuso nel linguaggio corrente con un'estensione di significato decisamente più ampia in base alla quale si associa alla nozione di "profitto" qualsiasi giovamento, anche di natura spirituale, che venga tratto da un'attività umana. Sul punto, pertanto, nessun rilievo può credibilmente essere mosso all'impianto argomentativo della sentenza che qui si commenta.

L'eventuale adesione all'orientamento restrittivo, dunque, andrebbe argomentata sulla base di altro ordine di ragioni che smentiscano la bontà della conclusione accolta dalle Sezioni Unite.

Di sicura suggestione è l'argomento sistematico della collocazione dei delitti di furto nell'ambito di quelli contro il patrimonio¹⁸: Rispetto ad esso, tuttavia, si deve senza dubbio evidenziare che oggetto della tutela è il patrimonio del soggetto passivo, il quale può senza dubbio risultare leso anche nel caso in cui l'intento dell'agente sia quello di soddisfare bisogni di tipo non economico.

Non trova, condivisibilmente, spazio nell'impianto della motivazione delle Sezioni Unite l'argomentazione fondata sul vuoto di tutela che deriverebbe dall'accoglimento dell'orientamento restrittivo. Sul punto, è già stato segnalato nei commenti all'ordinanza di rimessione¹⁹ che nessun pregio potrebbe riservarsi a tale

¹⁶ Cfr. A. AIMI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷ Cfr. A. AIMI, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Accolto da G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 70-71; E. MEZZETTI, *op. cit.*, pp. 111-112; G. PECORELLA, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹ Cfr. A. AIMI, *op. cit.*, p. 27-29, in cui vengono passati in rassegna i casi problematici che fanno da sfondo all'orientamento estensivo. In particolare, si evidenzia come i furti seguiti da danneggiamento, quelli commessi nell'interesse del proprietario, quelli emulativi ed affettivi e quelli di beni non commerciabili, «il fatto – se anche fosse stato considerato lecito nell'ottica del Titolo XIII – avrebbe comunque potuto essere considerato penalmente rilevante se osservato da altre prospettive; vale a dire, quale fatto lesivo della libertà di autodeterminazione della vittima». Sarebbe punibile per violenza privata (art. 610 c.p.) qualsiasi sottrazione produttiva di un effetto restrittivo/impegnativo dell'autodeterminazione della persona offesa. Nessuna difficoltà potrebbe addursi rispetto all'incriminazione per danneggiamento (art. 635 c.p.) nelle ipotesi di sottrazione immediatamente seguita da distruzione del bene, in quanto, non essendo integrato il delitto di furto, non potrebbe certo ritenersi assorbito quello di danneggiamento. Rispetto ai beni non commerciabili, non v'è dubbio che essi possano costituire oggetto materiale di furto in quanto (si pensi all'ipotesi della sottrazione di droga da rivendere sul mercato) l'impossessamento ben potrebbe essere sotteso da finalità di arricchimento economico-patrimoniale. Quanto ai furti commessi nell'interesse del proprietario, è indubitabile che tale finalità valga di per sé ad escludere la presenza del reato, sia perché il dolo specifico richiesto dall'art. 624 c.p. richiede che il profitto sia perseguito «per sé o per altri» sia perché è lo stesso ordinamento, con l'istituto della gestione d'affari altrui (art. 2031 c.c.), a prevedere la possibilità che, in chiave solidaristica (art. 2 Cost.) taluno possa ingerirsi nella gestione dei beni e dei rapporti giuridici

rilievo, che è, anzi, del tutto fisiologico in un sistema penale caratterizzato dai principi di frammentarietà e sussidiarietà, che, soprattutto nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, comporta la descrizione di illeciti che tali sono solo in ragione di particolari caratteristiche della lesione²⁰.

Desta, tuttavia, perplessità l'adesione all'orientamento estensivo.

In primo luogo, come già evidenziato in un commento all'ordinanza di rimessione²¹, il furto si caratterizza per il dolo specifico di trarre profitto dalla cosa e non un mero vantaggio derivante dalla condotta: è dall'immediato rapporto con la cosa di cui l'agente si appropria, sottraendola a chi la detiene, che egli trae vantaggio.

Proprio sulla base di tale rilievo, è possibile distinguere tra dolo specifico e movente: se l'appropriazione di un bene altrui è sorretta da finalità diverse rispetto a quelle di arricchimento patrimoniale, è difficile sostenere che si sia integrato il requisito normativo previsto.

La motivazione fornita dalle Sezioni Unite su questo profilo è poco soddisfacente nella parte in cui afferma che «il dolo specifico non è che un movente qualificato, che si colloca al di là della coscienza e volontà del fatto»: si tratta di un'argomentazione anodina e sostanzialmente autoreferenziale che non pare adeguatamente confrontarsi con la declinazione nell'ambito della teoria generale del reato delle categorie esaminate.

Infatti, mentre il dolo specifico rappresenta sempre lo scopo immediato che contraddistingue la prospettiva teleologica dell'azione (l'agente agisce con l'immediata finalità di arricchire il proprio patrimonio), invece il movente, è uno scopo qualsiasi, anche recondito, che rileva in punto di dosimetria sanzionatoria (art. 133 c.p.). In definitiva, dunque, come rilevato in dottrina²² il dolo specifico deve perspicuamente inquadrarsi dal punto di vista della teoria generale del reato nell'ambito dell'elemento oggettivo (c.d. tipicità): esso esprime, e, di conseguenza, è suscettibile di accertarsi, solo come specifica modalità dell'azione, nel senso che in tanto potrà ritenersi integrato in quanto la condotta dell'agente appaia *prima facie* idonea al raggiungimento dello scopo, ossia, nel caso del furto, idonea a stabilizzare il possesso del bene sottratto in favore dell'agente, arricchendone il patrimonio.

Ciò su cui bisogna intendersi è, quindi, l'*ubi consistam* dell'arricchimento patrimoniale: è opinione ormai unanime nell'ermeneutica penalistica²³, che la nozione di patrimonio in senso penalistico non è quella propria del diritto privato (art. 2740 c.c.) che si caratterizza per l'essere ristretta al complesso di rapporti giuridici economicamente valutabili che fanno capo ad una persona. Non v'è dubbio, infatti, che per il diritto penale il patrimonio deve essere inteso in senso giuridico e non economico per cui di esso fanno parte anche beni privi di valore economico che, tuttavia, rientrano

di altri. Rimarrebbero esclusi dal novero dei fatti penalmente rilevanti solo i furti emulativi o affettivi, ma in relazione ad essi non pare irragionevole accettare tale vuoto di tutela, anche in considerazione dell'ampia tutela accordata sul piano civilistico alla vittima di una spoliazione non violenta.

²⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 13; F. Mantovani, *op. cit.*, pp. 10-11; F. SCUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, pp. 94-95.

²¹ M. BIANCHI, *Sei distinzioni sul profitto nel furto*, in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2023.

²² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2023, p.

²³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2008, p. 279.

nella disponibilità del soggetto passivo e vengono a lui sottratti in conseguenza della condotta furtiva.

Dunque, al di là della dicotomia tra “patrimoniale” e “non patrimoniale”, che, come tutte le astrazioni, rischia di risolversi in una petizione di principio non del tutto pregnante di efficacia euristica nella soluzione dei casi concreti, ciò su cui imperniare l’analisi dei delitti di furto dovrebbe essere la nozione di impossessamento, perché è l’idoneità della condotta a far conseguire il possesso ad integrare il dolo specifico, in quanto esprime, *per relationem*, l’idoneità a trarre profitto dalla condotta. In tanto sussiste furto, infatti, in quanto l’agente voglia trarre profitto da un’indebita appropriazione stabile della cosa, espropriando il previo possessore della disponibilità di essa.

Così pensata la struttura dell’illecito diviene immediatamente più semplice risolvere anche i casi più perplessi che hanno dato la stura al contrasto giurisprudenziale: indipendentemente dal movente, “patrimoniale” o meno che sia, può ritenersi sussistente il furto ogni volta che il possesso del bene sottratto sia strumentale al conseguimento di una *utilitas* per l’agente.

Si pensi proprio all’ipotesi della sottrazione del telefono cellulare alla vittima per evitare che essa contatti le forze dell’ordine: quest’ipotesi può sussumersi nella fattispecie di furto constatando che l’agente agisce al fine di trarre profitto attraverso l’arricchimento, anche momentaneo, del proprio patrimonio, che risulta incrementato del bene sottratto, e ciò indipendentemente dalla “patrimonialità” o meno che sorregge il suo agire, che a nulla rileva sul piano della tipicità ed è, invece, valutabile come movente dell’azione.

Tale argomentazione, pare trarre conforto nella più attenta dottrina che ha approfondito lo statuto giuridico del patrimonio e del profitto in chiave penalistica²⁴.

Nello studio dei delitti contro il patrimonio, infatti, una classificazione ricorrente è quella che distingue fra reati che si realizzano attraverso un trasferimento patrimoniale e reati che consistono in un puro danneggiamento o dispersione di poste patrimoniali del soggetto passivo.

In base a questa tassonomia, il furto rientra sicuramente nel primo gruppo di fattispecie in quanto si perfeziona con l’impossessamento mediante sottrazione al detentore della cosa mobile altrui: tale è la tipicità dell’illecito.

Orbene, se, in ossequio al principio di materialità, il dolo specifico deve intendersi come ulteriore connotato della tipicità, allora esso deve essere descritto in termini di idoneità della condotta ad incrementare la consistenza del patrimonio dell’agente a scapito del soggetto passivo.

Così opinando, a nulla rileva che il lucro perseguito sia misurabile in moneta, né, tantomeno, che il bene oggetto materiale del furto abbia lo stesso valore per chi lo consegue e per chi lo perde: ciò che importa è che vi sia trasferimento della disponibilità del bene e che la condotta esprima *ex ante* l’idoneità a realizzare tale trasferimento, consentendo all’interprete di inferire che l’incremento patrimoniale, elemento il cui effettivo conseguimento non necessario è per il perfezionamento del reato, abbia

²⁴ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Urbino, 1956, pp. 36-39.

rappresentato il fine immediato dell'agente, ciò che corrisponde, per l'appunto, alla definizione più accreditata di dolo specifico.

Del pari poco pertinenti appaiono le premesse sul metodo interpretativo in cui la Corte si profonde per giustificare la propria opzione alla luce dei principi di legalità e determinatezza: esse appaiono, più che altro, come altrettante *excusationes non petitae* in cui si richiamano consolidati stilemi retorici sulla necessità di interpretare sistematicamente anche in chiave teleologica la connessione fra i sintagmi letterali che compongono le disposizioni della legge.

Sul punto, nessun dubbio è prospettabile né mai stato prospettato, e, dunque, sono condivisibili, in quanto ovvie, le considerazioni svolte.

Il tema è, invece, di più stretta (e "modesta"), interpretazione normativa e si risolve, come si è cercato di dimostrare, collocando rigorosamente il dolo specifico nella struttura dell'illecito: se esso, come si crede, è da ascriversi all'ambito della tipicità, allora, presupposta una nozione di profitto come incremento del patrimonio, sarà agevole inferirne la sussistenza dall'idoneità della condotta a conseguirlo. Viceversa, continuare a collocare il dolo specifico dentro la colpevolezza, oltre a sminuirne la portata euristica sul piano dell'accertamento probatorio, per l'ovvia considerazione di quanto sia difficile scrutinare *in interioritate hominis*, rischia di comportare inevitabili confusioni, del tipo di quelle in cui incorre la sentenza in commento, tra profitto e movente.

**LA CORTE COSTITUZIONALE ANCORA SULL'ART. 69, C. 4 C.P.:
ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI PREVALENZA
DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO
NEI REATI CONTRO IL PATRIMONIO (ART. 62, C. 1, N. 4 C.P.)
SULLA RECIDIVA REITERATA**

C. cost. 21 giugno 2023 (dep. 11 luglio 2023), n. 141, Pres. Sciarra, Red. Viganò

di Cecilia Pagella

1. Con la [sent. n. 141/2023](#), la Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata nel senso dell'illegittimità del meccanismo c.d. di "blindatura" delle circostanze aggravanti privilegiate previsto dall'art. 69, c. 4 c.p., per contrasto con i principi di eguaglianza e di proporzionalità tra reato e pena espressi, rispettivamente, dagli artt. 3 e 27, c. 3 Cost. Ad avviso della Consulta, il richiamato congegno normativo – impedendo al giudice di dichiarare la prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 62, c. 1, n. 4 c.p. sulla recidiva *ex art. 99, c. 4* – non gli consente di ridurre la misura della pena al di sotto del minimo edittale (generalmente elevato) previsto per i reati contro il patrimonio, così costringendolo a infliggere una pena sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del reato commesso.

2. I fatti oggetto del procedimento *a quo* riguardano A.U., il quale aveva costretto – mediante minacce consistite nelle frasi «se non mi date dieci euro torno con la pistola» e «ti spacco la testa» – due dipendenti di un supermercato a consegnargli la somma di 10 euro. A carico di A.U., rinviato a giudizio per il delitto di rapina previsto dall'art. 628, c. 1 c.p., il G.U.P. giudicava corretto applicare tanto l'aggravante della recidiva reiterata e infraquinquennale di cui all'art. 99, c. 4 c.p., quanto l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità *ex art. 62, c. 1, n. 4 c.p.*, che il rimettente riteneva applicabile – «per costante giurisprudenza di legittimità»¹ – anche ai delitti plurioffensivi come la rapina, purché comunque lesivi del patrimonio. Il giudice precedente riteneva corretto dichiarare la prevalenza dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, in modo da applicare un trattamento sanzionatorio inferiore al minimo edittale previsto per la rapina (5 anni) che, nel caso concreto, avrebbe rappresentato una pena sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità della condotta realizzata. Il giudice *a quo* puntualizzava di non poter conseguire il medesimo risultato – "abbattimento" della pena al di sotto del minimo edittale – escludendo l'applicazione

¹ L'applicabilità dell'attenuante della "speciale tenuità" a fatti che non offendono (solo) il patrimonio è stata, in effetti, sancita da Cass., Sez. un., sent. 30 gennaio 2020 (dep. 2 settembre 2020), n. 24990, Pres. Carcano, Est. Mogini, imp. Dabo, con nota di P. BERNARDONI, [Per le Sezioni Unite il lucro "di speciale tenuità" è compatibile con lo spaccio di stupefacenti "di lieve entità"](#), in *questa Rivista*, 24 settembre 2020.

della recidiva, i cui presupposti risultavano, invece, sussistenti, date le plurime condanne per reati gravi riportate dall'imputato, che il giudice riteneva sintomatiche di pericolosità sociale: seguire un procedimento di quel tipo avrebbe rappresentato, infatti, un'elusione del disposto dell'art. 69, u.c. c.p. Tale ultima disposizione precludeva al giudice la dichiarazione di prevalenza dell'attenuante ritenuta sussistente sulla recidiva e quindi impediva la diminuzione della pena al di sotto della soglia dei 5 anni prevista come minimo edittale; il giudice la riteneva perciò illegittima per contrasto col principio di proporzionalità tra reato e pena ricavabile dall'art. 27, c. 3 Cost. e con quello di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella parte in cui non consentiva una dichiarazione di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 62, c. 1, n. 4 sulla recidiva di cui all'art. 99, c. 4, in quanto comportava l'inflizione di una sanzione sproporzionata per eccesso rispetto a un comportamento che – pur integrando il delitto previsto dall'art. 628 c.p., fattispecie ad ampio spettro il cui perimetro applicativo è suscettibile di includere «situazioni concrete anche molto dissimili in termini di offensività» – in concreto aveva avuto uno scarsissimo impatto lesivo.

3. Espressamente richiamando la recente sentenza n. 94 del 2023², la Corte ricorda, innanzitutto, come le dichiarazioni di illegittimità costituzionale che hanno avuto ad oggetto l'u.c. dell'art. 69 si siano mosse lungo una «triplice direttrice», riconducibile a un principio comune: quello di proporzionalità tra gravità del reato e afflittività della sanzione, che impedisce di attribuire alle componenti soggettive un peso soverchiante la gravità obiettiva delle condotte in concreto tenute.

4. Il medesimo principio entra in gioco anche nel caso concreto portato all'esame della Corte e conduce all'accoglimento della questione. La Consulta, infatti, osserva che i reati contro il patrimonio – tra i quali rientrano la rapina e l'estorsione – si caratterizzano per una cornice edittale estremamente severa, anche se confrontata con quella prevista per i reati contro la persona; d'altro canto, tali fattispecie sono suscettibili di essere integrate da condotte anche molto diverse tra loro: per le meno gravi tra queste, il minimo di pena previsto appare, spesso, sproporzionato per eccesso. Emblematica in questo senso la stessa fattispecie di rapina integrata nel caso oggetto del procedimento *a quo*: il minimo di pena previsto per quel reato (5 anni) appare manifestamente sovrabbondante rispetto a comportamenti che, come quello tenuto da A.U., si connotano per l'esiguità del danno cagionato al patrimonio della vittima (10 euro) nonché per lo scarso disvalore della condotta serbata (nel caso di specie, consistita in semplici minacce verbali). Le attenuanti – e, in particolare, l'attenuante di cui all'art. 62, c. 1, n. 4 c.p., sintomatica di un ridotto disvalore del reato offensivo del patrimonio – svolgono, così, una funzione «calmierante», consentendo al giudice di adeguare la pena alla gravità del comportamento serbato. Tale funzione è impedita dal meccanismo previsto dall'art. 69, c. 4, il quale vieta al giudice di ridurre la pena per effetto delle suddette

² Corte cost., 18 aprile 2023 (dep. 12 maggio 2023), n. 94, Pres. Sciarra, Red. Amoroso, con nota di C. PAGELLA, [La Corte costituzionale sull'art. 69, c. 4 c.p.: illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata nel caso di delitti per i quali è previsto l'ergastolo](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2023.

attenuanti ogniqualvolta ritenga sussistente l'aggravante della recidiva reiterata. La disposizione che tale meccanismo prevede – l'art. 69, c. 4 c.p. – deve dunque essere dichiarata incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27, c. 3 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di ritenere l'attenuante di cui all'art. 62, c. 1, n. 4 c.p., prevalente sulla recidiva ex 99, c. 4 c.p., in quanto impone al giudice l'inflizione di una sanzione manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto di reato commesso.

5. La sentenza della Corte costituzionale qui ripercorsa si pone in linea di continuità con la di poco precedente sentenza n. 94/2023, al cui commento rinviamo³. Ci sembra però di poter cogliere l'occasione per notare come il numero elevato di pronunce – anche recentissime – di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il meccanismo di “blindatura” della recidiva reiterata descritto dall'u.c. dell'art. 69 c.p., con le quali lo spazio applicativo della citata disposizione è stato progressivamente eroso, indizi sempre di più di incostituzionalità il complessivo funzionamento di tale meccanismo. Sempre più frequente è, infatti, il riconoscimento, da parte della Corte costituzionale – sebbene in relazione a specifiche circostanze attenuanti – della frizione con i principi costituzionali di tale disposizione che, limitando la discrezionalità giudiziale e quindi irrigidendo il processo di individualizzazione della sanzione, è suscettibile di condurre – a quanto pare, in un elevato numero di casi – all'inflizione di pene inadeguate al caso concreto in quanto sproporzionate per eccesso per effetto della «abnorme enfaticizzazione»⁴ delle componenti personologiche sugli elementi attinenti alla gravità della condotta e dell'evento nonché alla personalità del suo autore. Sono forse maturi i tempi per una rivalutazione in chiave critica del meccanismo c.d. di “blindatura” descritto dall'art. 69, c. 4 c.p. in sé considerato, e non solo del suo concreto funzionamento in relazione a specifiche ipotesi di reato o a specifiche circostanze attenuanti concorrenti con la recidiva.

³ Corte cost., 18 aprile 2023 (dep. 12 maggio 2023), n. 94, Pres. Sciarra, Red. Amoroso, con nota di C. PAGELLA, *La Corte costituzionale sull'art. 69, c. 4 c.p., cit.*, alla quale si rinvia per alcune osservazioni e per la bibliografia.

⁴ Così Corte cost., 5 novembre 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 251.

**HOTSPOT E MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI:
LA CORTE EDU CONDANNA L'ITALIA
PER IL LORO ILLEGITTIMO TRATTENIMENTO**

Corte eur. Dir. uomo, sentenza 23 novembre 2023, A.T. e altri c. Italia, ric. 47287/17

di Cecilia Pasini

1. I giudici di Strasburgo tornano a condannare l'Italia per aver trattenuto illegittimamente alcuni minori stranieri non accompagnati nel c.d. *hotspot* di Taranto, in condizioni considerate lesive del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

La Corte si esprime ancora una volta sul trattenimento delle persone migranti con alcune considerazioni da tempo condivise dalla dottrina che si occupa del tema e che risultano più che mai attuali, posto che il trattenimento delle persone migranti all'interno dei c.d. *hotspot* (così come, sotto diverso aspetto, il trattenimento al fine di eseguire le espulsioni nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio) pone una serie di quesiti di interesse per il penalista in ordine al rispetto delle garanzie costituzionali e convenzionali a tutela dei diritti umani fondamentali con particolare riferimento alle situazioni di privazione della libertà personale. Infatti, come si avrà modo di evidenziare anche in questo breve commento, sebbene la materia non sia disciplinata dal diritto penale, ci si trova a confrontarsi con situazioni del tutto analoghe alla detenzione negli istituti penitenziari, pur nella totale assenza in questo settore di garanzie sostanziali e procedurali che disciplinino la privazione della libertà personale¹.

La pronuncia in commento – che va ad aggiungersi a una giurisprudenza già piuttosto ricca sul punto, come si avrà modo di ricordare – si occupa del trattenimento in un Centro di prima accoglienza adibito a *hotspot* a Taranto, secondo un modello che ha già suscitato varie riflessioni in dottrina². La Corte in questa occasione evidenzia in

¹ Per un'analisi dell'istituto della detenzione amministrativa e alcune criticità in ordine ad analogie e distinzioni con la condizioni di detenzione negli istituti carcerari cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013; A. DELLA BELLA, [Trattenimento](#), in *questa Rivista*, 12 giugno 2023. Pur se con particolare riferimento al trattenimento pre-espulsivo si rimanda altresì a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 222 ss.; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei C.I.E.*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2014, pp. 17 ss.; A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2019, pp. 1492 ss.; A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 4/2022, pp. 43 ss.

² Per un approfondimento in tema del c.d. "approccio *hotspot*" con riferimento allo scenario italiano si rimanda a F. CANCELLARO, [Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?](#), in *questa Rivista*, 28 settembre 2020; G. Felici, M. Gancitano, [La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale](#), in *questa Rivista*, 1/2022, pp. 45 ss. Cfr. inoltre L. MASERA, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti*

maniera chiara le carenze di tutela con riferimento alla privazione della libertà personale delle persone migranti e fornisce lo spunto per qualche riflessione sul tema del trattenimento come strumento di gestione dei flussi migratori, anche alla luce delle recenti modifiche normative proprio in tema di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati.

2. La sentenza in commento origina da un ricorso presentato da un gruppo di minori stranieri non accompagnati arrivati sulle coste italiane nel maggio del 2017 via mare e trattenuti per un lasso considerevole di tempo in un c.d. *hotspot* a Taranto³.

I ricorrenti, arrivati il 22 maggio 2017 su territorio italiano, dichiarano immediatamente di essere minori e manifestano la volontà di presentare domanda di protezione internazionale; il giorno successivo, a seguito dell'identificazione, vengono collocati presso il Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA) adibito a *hotspot* a Taranto, dove rimarranno fino al loro trasferimento in una struttura dedicata ai minori stranieri non accompagnati, intervenuto solo tra il 13 e il 15 luglio, a seguito di una ricorso in via cautelare *ex art. 39* del Regolamento della Corte EDU.

Con riferimento al periodo trascorso nel c.d. *hotspot*, che ammonta a circa un mese e venti giorni, i ricorrenti prospettano una violazione di alcune norme della Convenzione, in particolare degli artt. 3, 5 e 13: la Corte, tenuto conto della situazione di sostanziale detenzione nella quale erano costretti a vivere i ricorrenti e delle condizioni in cui versava il Centro, giunge all'accoglimento del ricorso con riferimento a tutti e tre i parametri, sulla base degli argomenti che ci accingiamo a illustrare.

3. In primo luogo, i ricorrenti denunciano condizioni di vita inadeguate all'interno del Centro, lamentando una violazione dell'art. 3 CEDU. Un primo aspetto lesivo dei propri diritti viene individuato da parte dei ricorrenti nella loro permanenza per un periodo di tempo considerevole all'interno di un Centro destinato ai soli migranti adulti, nonostante i minori stranieri non accompagnati abbiano diritto a essere accolti presso strutture a loro dedicate, separate da quelle previste per gli adulti: i ricorrenti, così come molti altri minori stranieri non accompagnati presenti nel Centro al momento di presentazione del ricorso, lamentano dunque di essere stati costretti a una sistemazione inadeguata alle loro esigenze. Inoltre, le condizioni del Centro vengono descritte come particolarmente carenti sotto vari aspetti: i ricorrenti evidenziano primariamente un problema di grave sovraffollamento rispetto alla capienza della struttura (più di 1.400 persone a fronte di una capienza di 400) e denunciano inoltre rilevanti mancanze dal punto di vista igienico-sanitario e un'assoluta inadeguatezza dei

internazionali, 1/2014, pp. 83 ss. per alcune considerazioni, ancora estremamente attuali, in tema di detenzione amministrativa nei centri di prima accoglienza. Per un commento sull'esperienza greca con il sistema di prima accoglienza a seguito di una condanna della Corte EDU si veda invece G. MENTASTI, [Hotspots, trattenimento e diritti: una sentenza della Corte di Strasburgo condanna la Grecia per violazione dell'art. 5 par. 4 della Convenzione](#), in *questa Rivista*, 10 dicembre 2019.

³ Si precisa che rispetto ai ricorsi inizialmente presentati, solo quattro vengono effettivamente esaminati dalla Corte.

servizi con riferimento a una permanenza prolungata, essendo il Centro teoricamente preposto esclusivamente a una prima accoglienza. A conferma delle condizioni denunciate dai ricorrenti, oltre alle fotografie allegate dagli stessi, si fornisce alla Corte un Rapporto elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani presso il Senato il quale, per quanto concerne la situazione del c.d. *hotspot* di Taranto, evidenzia molte delle carenze già messe in luce dai ricorrenti⁴. Con particolare riferimento all'inadeguatezza del Centro a far fronte a una accoglienza di lungo periodo, il Rapporto rileva varie criticità: il kit di indumenti e prodotti ad uso personale consegnato all'arrivo non risulta idoneo alle esigenze di una permanenza prolungata (a molti ad esempio non viene fornito nemmeno un paio di scarpe); le persone ospitate nel Centro non hanno la possibilità di effettuare telefonate (non viene infatti consegnata una SIM personale né sono previste cabine telefoniche comuni); le tende destinate al pernottamento spesso non sono riscaldate; all'interno del Centro non sono previsti spazi comuni e aree dedicate ad alcun tipo di attività e soprattutto non sono previsti interventi specialistici per far fronte alle esigenze di soggetti che nella maggior parte dei casi hanno riportato numerosi traumi a causa del viaggio e possono rivelarsi particolarmente vulnerabili (a maggior ragione nel caso dei minori stranieri non accompagnati).

Tutto ciò considerato, la Corte ritiene che durante la permanenza dei ricorrenti nel Centro – durata all'incirca un mese e venti giorni – gli stessi siano stati sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, accertando dunque una violazione dell'art. 3 CEDU.

Con riferimento a tale circostanza, la Corte riscontra altresì una lesione del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU in relazione all'impossibilità per i ricorrenti di assicurare effettiva tutela alla loro situazione: infatti, la Corte constata come non vi sia alcun rimedio specifico a disposizione dei ricorrenti per denunciare le scarse condizioni di vita all'interno del Centro e tutelare i propri diritti. Tale problema generalizzato – già oggetto di varie pronunce della Corte, come commenteremo brevemente – è da considerarsi aggravato nel caso di specie poiché i ricorrenti sono soggetti minori per i quali è stato impossibile accedere a qualsiasi tipo di assistenza legale per tutto il tempo di permanenza nel c.d. *hotspot*. Infatti, risulta che il Tribunale per i minorenni di Taranto abbia disposto la presa in carico da parte dei servizi sociali e la nomina di un tutore legale per tre dei ricorrenti solo il 28 luglio 2017, mentre per l'ultimo ricorrente non si ha notizia di alcuna nomina in questo senso.

5. I ricorrenti prospettano poi la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU in considerazione dell'impossibilità per i minori ospitati nel Centro di lasciare la struttura (a differenza dei migranti adulti), così come confermato anche dal citato Rapporto della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani⁵. Da ciò

⁴ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani presso il Senato, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione*, gennaio 2017, pp. 24 ss.

([https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/Cie%20rapporto%20aggiornato%20\(2%20gennaio%202017\).pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/Cie%20rapporto%20aggiornato%20(2%20gennaio%202017).pdf))

⁵ Ivi, p. 25.

consegue che la permanenza all'interno del c.d. *hotspot* finisce per risolversi a tutti gli effetti in una privazione della libertà personale, che la Corte ha giudicato illegittima. Si rileva innanzitutto la mancanza di una base legale chiara e accessibile che giustifichi il trattenimento (art. 5, § 1), in secondo luogo si accerta l'assenza di un'attività informativa nei confronti dei ricorrenti circa le motivazioni a fondamento della misura (art. 5, § 2) e da ultimo si condanna l'assenza di uno strumento idoneo a disposizione dei ricorrenti al fine di contestare la legittimità della loro "detenzione *de facto*"⁶ innanzi a un'autorità giudiziaria (art. 5, § 4).

Il ragionamento della Corte evidenzia in maniera chiara come, a prescindere dalla denominazione formale, la privazione delle libertà personale, per considerarsi legittima, debba essere corredata da una serie di garanzie, procedurali e sostanziali, in tema di motivazione dei provvedimenti che dispongono la misura e di possibilità di ricorrere contro la stessa davanti a un organo giurisdizionale. Come anticipato in apertura, il fatto che il trattenimento delle persone migranti non sia oggetto, a differenza della detenzione negli istituti carcerari, di una precisa normativa quanto ai casi e alle modalità della misura dà luogo a una violazione delle norme convenzionali in tema di diritto alla libertà personale, applicabili a qualsiasi forma di privazione della stessa, in modo da evitarne un uso arbitrario e dunque illegittimo.

5. La sentenza in commento risulta particolarmente significativa poiché si aggiunge a una serie di altre pronunce di condanna da parte della Corte EDU nei confronti dell'Italia proprio con riferimento al trattenimento delle persone migranti nella fase di prima accoglienza. È da ricordare la celebre pronuncia *Khlaifia e altri c. Italia* del 2016⁷, riguardante il trattenimento di alcune persone migranti nel c.d. *hotspot* di Lampedusa, con la quale la Corte condannava l'Italia sia sotto il profilo sostanziale, riscontrando una illegittima privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU, sia sotto quello procedurale, riscontrando l'assenza di strumenti idonei a tutelare i propri diritti in relazione alle condizioni di detenzione davanti a un organo giurisdizionale, ai sensi dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU⁸. Proprio a seguito di questa pronuncia veniva istituita una procedura di supervisione da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per verificare annualmente i progressi normativi volti al raggiungimento di un livello di tutela dei diritti umani fondamentali delle persone migranti adeguato ai principi convenzionali. Tuttavia, questa procedura è stata chiusa nel 2021 poiché il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha ritenuto adeguati gli strumenti prospettati dal Governo italiano per far fronte alle carenze rilevate dalla Corte EDU cinque anni prima. Pur non essendo questa la sede per soffermarsi sul

⁶ Corte eur. dir. uomo, *A.T. e altri c. Italia*, n. 47287/17, 23 novembre 2023, § 27.

⁷ Corte eur. dir. uomo, *Khlaifia e altri c. Italia*, n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

⁸ Per un commento alla sentenza, tra gli altri, cfr. F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Quest. giust.*, 11 gennaio 2017; A. GILIBERTO, [La pronuncia della grande camera della Corte EDU sui trattenimenti \(e i conseguenti respingimenti\) di Lampedusa del 2011](#), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016.

punto⁹, giova sottolineare come l'inadeguatezza delle condizioni di trattenimento e l'assenza di rimedi giurisdizionali specifici sia stata oggetto negli anni seguenti di svariate altre pronunce di condanna da parte della Corte EDU (di cui due recenti pronunce che rilevano le medesime violazioni proprio in relazione allo stesso c.d. *hotspot* di Lampedusa¹⁰), facendo dunque sorgere alcuni dubbi sull'effettiva tutela apprestata dall'ordinamento in questo senso.

Risulta inoltre interessante soffermarsi su due recenti pronunce della Corte EDU – le quali ravvisano violazioni analoghe a quella della sentenza del 2016 e della pronuncia oggetto del presente commento – che si occupano nello specifico del trattenimento di minori stranieri non accompagnati all'interno dei Centri di accoglienza: ci riferiamo in particolare alla pronuncia *Darboe e Camara c. Italia* del 21 luglio 2022¹¹ e alla pronuncia *M. A. c. Italia* del 31 agosto 2023¹². In entrambi i casi la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU – oltre che degli artt. 8 e 13 CEDU nel caso *Darboe e Camara* – con motivazioni analoghe a quelle riportate dalla sentenza in commento, in considerazione delle condizioni in cui versavano i Centri in cui erano accolti i ricorrenti – assolutamente inadeguate alle esigenze di un minore – e dell'assenza di rimedi specifici per far valere tali doglianze innanzi a un'autorità giudiziaria. Dalle pronunce si evince dunque come la carenza di strutture idonee all'accoglienza delle persone migranti – e in particolare dei minori – sia un problema diffuso e sistematico in Italia, che interessa sia i c.d. *hotspot* (come nel caso in esame) sia i Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS), all'interno dei quali non risultano soddisfatte le basilari condizioni di vita, a causa del costante sovraffollamento delle strutture, delle scarse condizioni igieniche e della carenza di assistenza sanitaria e psicologica. La situazione è da considerarsi ulteriormente aggravata dalla presenza in questi Centri, destinati ai soli adulti, di moltissimi minori stranieri non accompagnati, la cui situazione di vulnerabilità rende ancora più evidenti le carenze del sistema, cui si sommano alcune problematiche specifiche connesse alla condizione di minore, quali la sommarietà delle procedure per l'accertamento dell'età (affrontata nel caso *Darboe e Camara*) e la possibilità che venga impedito ai minori, anche nei Centri considerati "aperti", di lasciare la struttura, verificandosi nei fatti una detenzione che rischia di risultare illegittima (come nel caso che ci occupa).

6. Alla luce di quanto esposto è possibile apprezzare con maggiore consapevolezza le possibili conseguenze delle novità normative in tema di accoglienza

⁹ Per alcune considerazioni in merito alla chiusura della procedura di supervisione si veda A. DELLA BELLA, *Trattenimento*, cit., pp. 5 ss.

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, *J.A. e altri c. Italia*, n. 21329/18, 30 giugno 2023 e Corte eur. dir. uomo, *A.B. c. Italia*, n. 13755/18, 19 ottobre 2023. Entrambi i casi riguardano alcuni migranti trattenuti per diversi giorni nel c.d. *hotspot* di Lampedusa, Contrada Imbriacola, accertando una violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni del centro e dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4 CEDU in relazione all'illegittima privazione della libertà personale, oltre che dell'art. 13 CEDU con riferimento alla mancata previsione di adeguati strumenti di tutela.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, *Darboe e Camara c. Italia*, n. 5797/17, 21 luglio 2022.

¹² Corte eur. dir. uomo, *M.A. c. Italia*, n. 70583/17, 31 agosto 2023.

dei minori stranieri non accompagnati: è infatti da poco avvenuta la conversione con alcune modificazioni del d.l. n. 133/2023 recante, tra le altre, alcune norme in tema di minori¹³. Il legislatore, secondo quanto si evince dalle recenti novità in esame, non sembra tenere in considerazione le ripetute condanne da parte della Corte EDU intervenute sul punto. Il decreto infatti prevede, in determinate situazioni, “l’attivazione di strutture ricettive temporanee”¹⁴, ammettendo però anche la possibilità, in caso di momentanea indisponibilità di queste ultime, di disporre l’accoglienza temporanea del minore di età non inferiore ai sedici anni in strutture per adulti per un significativo lasso di tempo (secondo quanto stabilisce l’art. 5 del decreto, novanta giorni prorogabili di ulteriori sessanta)¹⁵. Nonostante la misura sia destinata a operare in casi eccezionali, rappresentati da “arrivi consistenti e ravvicinati” di minori non accompagnati, c’è il rischio che si risolva nella trasposizione in legge di una prassi che, come è evidente dalle sentenze analizzate, è ormai largamente attuata con conseguenze che a parere della Corte si risolvono spesso nella lesione di diritti umani fondamentali. Infatti, la Corte non manca di sottolineare come la soglia minima di gravità richiesta perché possa considerarsi integrata una violazione dell’art. 3 CEDU dipende anche dall’età e dalla particolare condizione di vulnerabilità della vittima¹⁶: tale condizione di vulnerabilità è senza dubbio riscontrabile in un minore che si trova ad arrivare in Italia solo, a seguito di un viaggio spesso lunghissimo e pericoloso, motivi per il quale si renderebbe necessario un sistema di accoglienza idoneo alle esigenze di questi soggetti.

7. Allargando un po’ lo sguardo – dunque oltre alla specifica situazione dei minori stranieri non accompagnati e della prima accoglienza negli *hotspot* – dagli ultimi interventi normativi sembra emergere una propensione all’utilizzo dello strumento del trattenimento con frequenza sempre maggiore nei confronti delle persone migranti: a partire dal trattenimento nella fase di accoglienza (anticipandolo addirittura a un momento precedente all’arrivo sul territorio italiano, come prevede la recente proposta di protocollo d’intesa tra Italia e Albania) fino a terminare con quello pre-espulsivo nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio, con un livello sempre più elevato di tensione con i principi costituzionali e convenzionali.

In questo contesto risulta dunque opportuno ribadire quanto affermato dalla Corte EDU, la quale, partendo dal presupposto del carattere assoluto dell’art. 3 CEDU,

¹³ Ci riferiamo al d.l. 5 ottobre 2023, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2023, n. 176, entrata in vigore il 5 dicembre 2023.

¹⁴ Art. 5 d.l. 5 ottobre 2023, n. 133, come modificato dalla l. 1 dicembre 2023, n. 176, che interviene sull’art. 19 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 rubricato “Accoglienza dei minori non accompagnati”. Sempre in tema di minori stranieri non accompagnati lo stesso art. 5 del decreto introduce la misura dell’espulsione dal territorio nazionale come sanzione sostitutiva alla pena detentiva ai sensi dell’art. 16 TU immigrazione nel caso di condanna per il reato di cui all’art. 495 c.p.

¹⁵ Secondo i dati del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, i minori stranieri non accompagnati sopra i sedici anni rappresentano almeno il 70% del numero totale.

<https://analytics.lavoro.gov.it/t/PublicSIM/views/HomePage/HomePage-SIM?%3Aembed=y&%3Aiid=1&%3AisGuestRedirectFromVizportal=y>

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, *Darboe e Camara c. Italia*, cit., § 169.

riconosce come le difficoltà derivanti dall'aumento degli arrivi di migranti “non possano esonerare lo Stato convenuto dal suo obbligo di garantire che ogni persona che viene ad essere privata della sua libertà possa godere di condizioni compatibili con il rispetto della sua dignità umana”¹⁷. Riteniamo dunque che una riflessione approfondita sul tema sia doverosa al fine di conformare la normativa italiana al rispetto delle norme costituzionali e convenzionali e evitare che la gestione dei flussi migratori sia affidata a sistemi di illegittima e arbitraria privazione della libertà personale.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 128; nello stesso senso, *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, *Darboe e Camara c. Italia*, cit., § 182 e Corte eur. dir. uomo, *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 65.

**DI NUOVO SULL'ELEMENTO SOGGETTIVO
DELL'OMICIDIO PRETERINTENZIONALE:
SI ACUISCE IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE**

*Cass., Sez. V, ud. 3 aprile 2023 (dep. 31 agosto 2023), n. 36402, Pres. Catena,
est. Sessa*

di Mario Nicolini

1. La sentenza della Corte di cassazione che può leggersi in allegato segna un'ulteriore tappa nello sviluppo del contrasto giurisprudenziale¹ ormai conclamato rispetto all'elemento soggettivo nel delitto di omicidio preterintenzionale.

La soluzione, lo si anticipa, è nel senso di aderire all'orientamento tradizionale², non dando seguito alle aperture che avevano contrassegnato una pronuncia di poco precedente della stessa Sezione, già commentata su questa Rivista³.

Prima di addentrarsi nell'analisi della pronuncia, non ci si può esimere da una notazione che vorrebbe valere come rispettoso richiamo alla Corte affinché, nell'esercizio consapevole della propria funzione nomofilattica, faccia buon governo degli strumenti processuali e dell'istituto della camera di consiglio per prevenire l'insorgenza e lo sviluppo di contrasti che, per il loro svolgersi, possono creare un certo sgomento agli interpreti, e, di riflesso, ciò che più conta, ai destinatari del precetto.

Non è, infatti, irrilevante segnalare che il contrasto si manifesta nell'ambito della stessa Sezione, la Quinta, che si esprime in maniera differenziata spesso pronunciandosi in composizioni fra loro analoghe: la sentenza che qui si annota è resa da un Collegio presieduto dalla Consigliera che pochi mesi prima aveva fatto da Relatrice nell'elaborazione della pronuncia che era pervenuta ad esiti interpretativi diametralmente opposti, ed ha avuto come Relatrice una Consigliera che di quello stesso Collegio aveva pure fatto parte.

Quanto sopra, pur, e proprio, nella piena consapevolezza della collegialità che caratterizza le decisioni giudiziarie, pone interrogativi sul grado di riflessione sotteso a certi contrasti, e genera l'auspicio che, per il disorientamento che creano, possano

¹ Il panorama giurisprudenziale è compiutamente esposto, con efficace visione di sintesi, da Guido Piffer, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale. Parte generale*, Pisa, 2023, pp. 454 ss. Sugli stessi temi, cfr., anche, G. PIFFER, [Proposta di riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica](#), in questa *Rivista*, 18 luglio 2022.

² Ancora sostenuto, di recente, da Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269, con nota di M. NICOLINI, [La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale](#), in questa *Rivista*, 4 maggio 2023.

³ V. BADALAMENTI, [Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali](#), in questa *Rivista*, 13 dicembre 2023.

facilmente essere prevenuti, con, forse, un più intenso ricorso alla fisiologica dialettica interna.

L'imputazione, che sarà poi approfondita, concerneva una rissa degenerata in colluttazione da cui derivava la morte di uno dei corissanti per effetto dell'acuirsi di una patologia cerebrale.

La sentenza si distingue per aver affrontato la fattispecie di omicidio preterintenzionale Δ manifestando piena adesione all'orientamento tradizionale⁴, che viene ulteriormente sistematizzato ed approfondito con articolate argomentazioni. Ancora una volta⁵, in particolare, vengono messe in evidenza le differenze fra l'omicidio preterintenzionale ed il diverso reato di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.), in relazione al quale, come noto, è ormai indiscussa la necessità di accertare in concreto la colpa dell'agente per la morte cagionata⁶.

2. I profili essenziali in punto di fatto possono essere così riassunti.

U.C., l'imputato, ha colpito con un pugno al volto J.J., la persona offesa, facendola stramazze al suolo sbattendo la testa: tale condotta contribuiva a cagionarne la morte per ipertensione endocranica, trattandosi di un soggetto già affetto da neurocitoma centrale.

L'ampiezza delle argomentazioni svolte e l'analiticità con cui sono state prospettate rendono interessante un esame dei motivi di ricorso articolati dal difensore.

In primo luogo, viene sollevata un'eccezione di costituzionalità rispetto all'art. 584 c.p., protestandone l'illegittimità a metro dell'art. 27 co. 1 e co. 3 Cost., in quanto si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità oggettiva ormai incompatibile con il principio di colpevolezza che, per come declinato dalla Corte costituzionale, deve interpretarsi nel senso di prevedere almeno la colpa come titolo soggettivo di ascrizione di tutti gli elementi che fondano il disvalore penale di una condotta⁷.

⁴ Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 2016 (dep. 26 ottobre 2016), n. 44986, imp. P.G. e P.C. in proc. Mulè, «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato a titolo di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non di omicidio preterintenzionale, con riferimento alla morte di una donna per soffocamento, verificatasi nel corso di un rapporto sessuale con l'imputato, che prevedeva l'adozione di comune accordo di tecniche di "bondage", ossia di costrizione fisica mediante legatura)», Rv. 268299-01.

⁵ Argomenti analoghi erano stati spesi nella motivazione di Cass., pen., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269, cit.

⁶ Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 2009 (dep. 29 maggio 2009), n. 22676, imp. Ronci, «in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.», Rv. 243381-01.

A livello teorico, per un'analisi organica della colpa in attività illecita, cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

⁷ Vengono citate le sentenze della Corte che hanno segnato la progressiva affermazione del principio di

La Difesa contesta alla giurisprudenza di non essersi adeguata ai principi affermati dalla Consulta, ostinandosi a marcare la pretesa diversità fra l'omicidio preterintenzionale e le morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, con ciò perpetuando un'interpretazione illegittima perché fondamentalmente basata sulla responsabilità oggettiva.

In particolare, viene ritenuta inappagante l'interpretazione che fa leva sul dolo unitario, in base alla quale l'elemento soggettivo sarebbe costituito unicamente dal dolo di percosse o lesioni in quanto la disposizione di cui all'art. 43 assorbirebbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. Si afferma che questa ricostruzione si risolve, sostanzialmente, in un'ipotesi di responsabilità oggettiva perché finisce per appiattire l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato su quello che ha ad oggetto la sussistenza del nesso causale fra la condotta-base aggressiva e la morte.

Viene, inoltre, ritenuta erronea l'applicazione dei principi in materia di nesso di causalità (artt. 40 e 41 c.p.), per come interpretati dal diritto vivente⁸, in quanto la morte non sarebbe stata causata dal pugno, poiché ad essa aveva concorso, in maniera determinante, la pregressa neoplasia cerebrale di cui era già affetta la persona offesa.

Da ultimo, in subordine alla questione di legittimità costituzionale, viene articolato un motivo in cui si sostiene la necessità di equiparare l'interpretazione dell'elemento soggettivo del reato ex art. 584 c.p. a quello dell'art. 586 c.p., ponendo l'accertamento della colpa in concreto per l'evento-morte come presupposto indefettibile della condanna.

3. Come detto in sede introduttiva, la sentenza in commento si caratterizza per un'articolata motivazione in punto di criterio di imputazione soggettiva dell'evento morte nell'omicidio preterintenzionale, che si pone in frontale contrasto con l'orientamento del dolo misto a colpa, ribadendo quello tradizionale⁹, con un significativo cimento argomentativo.

colpevolezza.

Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in cui il principio di personalità della responsabilità penale è stato collegato alla funzione rieducativa della pena ed il nucleo della responsabilità penale nella possibilità di ascrivere ad un soggetto un fatto proprio e colpevole, ritenendosi che l'agente possa rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili ed a lui soggettivamente imputabili.

Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1085, in cui si è affermato il principio per cui gli elementi più significativi della fattispecie, che ne contrassegnano il disvalore, devono essere soggettivamente rimproverabili all'agente in termini di dolo o colpa: di riflesso, solo gli elementi che non incidono sul disvalore della condotta sanzionata (ad es., le condizioni obiettive di punibilità estrinseche), possono prescindere dall'accertamento del coefficiente psicologico.

Tali principi sono poi stati ribaditi da Corte cost., 29 aprile 1991, n. 179; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 61; Corte cost. 11 luglio 2007, n. 322

Una ricostruzione recente sul principio di colpevolezza, guardato dal punto di vista dell'imputabilità, è quello di M. BERTOLINO, [Variazioni \(non solo\) giurisprudenziali sul tema dell'elemento soggettivo del reo imputabile, semimputabile, totalmente inimputabile per infermità di mente e diritto penale europeo della colpevolezza](#), in questa *Rivista*, 21 novembre 2023.

⁸ Per una ricostruzione attuale dello stato dell'arte, G. CANZIO, [A vent'anni dalla sentenza "Franzese"](#), in questa *Rivista*, 12 settembre 2022.

⁹ Solo per citare i precedenti più recenti, Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2022 (dep. 20 aprile 2022), n. 15269,

In primo luogo, viene affrontata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 584 c.p. in riferimento ai parametri di cui all'art. 27 co. 1 e co. 3 Cost.

Si afferma, sul punto, che l'orientamento maggioritario fondato sul dolo unitario rappresenta un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie idonea di per sé ad escluderne l'illegittimità: infatti, il rischio dell'evento morte è considerato implicito nell'offesa all'incolumità personale in quanto si tratta di un evento omogeneo rispetto a quello meno grave dei delitti sussidiari di percosse o lesioni.

È la stessa previsione normativa a contemplare tale prevedibilità, in quanto il Legislatore stesso ha formulato, in via definitiva, tale giudizio, reputando assolutamente probabile che da un'azione violenta contro una persona possa derivarne la morte della stessa¹⁰.

La ragionevolezza della previsione normativa è argomentata in base al rilievo della delicatezza degli equilibri biologici, che rende necessaria la predisposizione di una difesa più avanzata del bene giuridico della vita¹¹.

Posto, dunque, che, secondo i Giudici, l'impostazione del dolo di risultato con previsione *ex lege* è conforme ai principi costituzionali, la motivazione si sofferma sulle ragioni per cui non può essere accolta la diversa opzione nel senso di equiparare l'interpretazione dell'omicidio preterintenzionale a quella che viene svolta in relazione al delitto ex art. 586 c.p.

Si afferma, in primo luogo, la diversità strutturale fra le due fattispecie: nel caso dell'omicidio preterintenzionale la lesione si riferisce allo stesso genere di interessi giuridici (incolumità della persona), mentre nello speciale reato aberrante descritto all'art. 586 c.p. viene lesa un interesse del tutto eterogeneo rispetto a quello dell'incolumità personale.

È, inoltre, valorizzata la precisa scelta legislativa di descrivere la preterintenzione come elemento soggettivo autonomo che si affianca al dolo e alla colpa e si incentra proprio sulla derivazione dell'evento più grave dalla condotta lesiva dell'agente. Siccome tale giudizio di prevedibilità è contenuto nella legge penale, si afferma, esso non può essere ignorato dal consociato, il quale è chiamato a rispondere come fatto suo proprio, a titolo preterintenzionale, della morte eziologicamente riconducibile alla propria condotta dolosa di percosse o lesioni.

imp. Bouimadagen e altri, in *Sistema penale*, 4 maggio 2023; Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2015, n. 36724, imp. Ferrito, Rv. 264534; Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 43168, imp. Frediani; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11954, imp. Palazzolo, Rv. 246549. Quanto alla sua origine, la massima del dolo unitario può ritenersi consolidata almeno a partire da Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 13673, imp. Haile, Rv. 234552.

¹⁰ Viene citato il precedente di Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 791, imp. Palazzolo, in RV 254386 che ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato, per avere nel corso di una colluttazione colpito la vittima, la quale cadeva a terra e decedeva per un accidente cardiovascolare acuto in soggetto cardiopatico. In termini, anche Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 23606, in RV 273284; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, imp. P.G. e P.C. in proc. Mulé, in RV 268299; Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 2015, n. 21002, in RV 263712; Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2012 (dep. 17 settembre 2012), n. 35582, in RV 253536; Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, in RV 253357; Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285, imp. Baldissin e altri, in RV 247267.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2018, in 53729.

L'evento morte, dunque, non è imputabile a titolo di colpa: sul piano strutturale è assente il riferimento alla colpa, contenuto all'art. 586 c.p. in base al riferimento all'art. 83 c.p.; sul piano funzionale, la ragionevolezza del giudizio di prevedibilità *ex ante* formulato dal Legislatore rende superfluo e non dovuto l'accertamento della colpa in concreto.

Nemmeno, tuttavia, si può ravvisare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto l'evento più grave rappresenta una progressione legislativamente prevista, ragionevole, e fondata su scelte di politica criminale non sindacabili, strutturata sull'incorporazione dell'evento nella fattispecie incriminatrice *ex art. 584 c.p.*, che, si afferma, implica «qualcosa di più della colpa», da ravvisarsi proprio nel dolo di risultato.

Ciò argomentato sull'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale, la Corte si sofferma anche sul nesso causale, richiamando l'orientamento consolidato¹² per cui esso deve essere accertato con giudizio *ex post* su base totalmente oggettiva, mediante il noto procedimento di eliminazione mentale. In base al disposto dell'art. 41 co. 1 c.p. non può ritenersi escluso per la sussistenza di concause preesistenti o concomitanti (nel caso di specie la pregressa neoplasia, ricondotta ad un tumore benigno, comunque scoperto solo dopo il ricovero ospedaliero su cui si è innestato il colpo inferto dall'aggressore che ha determinato lo scompenso dello stato di ipertensione endocranica preesistente).

Quanto alle concause idonee ad escludere il nesso di causalità, si richiamano argomentazioni che paiono riconducibili ai paradigmi della causalità adeguata¹³, nella misura in cui le si individua in fattori caratterizzati da straordinarietà, che si pongono come del tutto anomali ed assorbenti rispetto alla serie causale in cui sono solo occasionalmente inseriti. Ciò non è ravvisato nel caso di specie, in quanto il colpo inferto dall'aggressione ha comportato lo stravolgimento del fragile equilibrio biologico in cui già versava la persona offesa con conseguente ipertensione endocranica acuta che, in ragione dell'aumento del volume liquorale dei ventricoli laterali, esitava repentinamente in morte.

Quanto all'art. 41 co. 2 c.p., viene fornita un'interpretazione strettamente letterale¹⁴, che ne riferisce l'operatività solo alle cause sopravvenute, e ravvisa nelle

¹² Cass. pen., Sez. V, 9 ottobre 2019, n. 51233, in *RV 277960*.

¹³ L'applicazione giurisprudenziale di tale teoria può essere fatta risalire a Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 1966, n. 654, imp. Nervetti, Rv. 102177-01, secondo cui «il principio tradizionale *causa causæ est causa causati* esige una limitazione affinché la causalità non si risolva in un qualsiasi nesso di dipendenza o di condizionalità semplice. Tale limite va posto col criterio della così detta regola causale, con la quale si intende non già ogni nesso di condizionalità ed occasionalità, ma soltanto la relazione normalmente efficiente a cagionare l'evento. Occorre cioè che questo effetto risulti conforme a quello che è l'ordinario svolgersi degli eventi nel momento in cui viene posta in atto la causa prima; valendo, invece, a interrompere il nesso di causalità quel fattore sopravvenuto, che, inserendosi nel processo produttivo dell'evento, per la sua anormalità, atipicità ed eccezionalità, si presenti a guisa di un avvenimento imprevedibile e, quindi, fortuito in relazione all'azione od omissione remota».

¹⁴ Da questo punto di vista, sembra ravvisarsi un inasprimento in senso rigoristico dell'orientamento maggioritario che, come rilevato da G. Piffer, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 305, «dà rilevanza non solo alle cause sopravvenute che escludono il nesso causale in quanto innescano un processo causale del tutto autonomo rispetto alla condotta dell'agente e costituiscono quindi una causa esclusiva

doglianze formulate dal ricorrente il tentativo di spostare il baricentro dell'accertamento dall'elemento oggettivo a quello soggettivo del reato, mascherando sotto le specie dell'accertamento causale argomentazioni che, in realtà, si riferiscono alla prevedibilità dell'evento morte, il cui decorso eziologico è incontrovertibilmente innescato dall'aggressione, senza che sul punto possa aver spazio alcun ragionevole dubbio¹⁵.

4. La sentenza qui segnalata ci offre lo spunto per approfondire riflessioni in punto di omicidio preterintenzionale già svolte in precedenza¹⁶, anche alla luce di successive riflessioni¹⁷ sviluppate a supporto dell'orientamento opposto¹⁸.

Come già evidenziato, la portata innovativa della sentenza si caratterizza da un lato per l'originale argomentazione su cui si fonda l'adesione all'orientamento maggioritario della prevedibilità dell'evento più grave assorbita nell'intenzione di risultato, per la cui giustificazione vengono spesi argomenti, che, pur non privi di criticità, approfondiscono la descrizione dogmatica della preterintenzione.

Viene disatteso l'orientamento ormai consolidato della dottrina¹⁹ che equipara la fattispecie preterintenzionale alle altre ipotesi di responsabilità oggettiva e si fonda sull'assunto per cui sarebbe impossibile configurare una forma intermedia di

dell'evento, ma anche alle concause sopravvenute che, per il loro carattere eccezionale, anomali e atipico, costituiscono fattori interruttivi del nesso causale penalmente rilevante. Tale lettura estensiva del disposto dell'art. 41 co. 2 c.p. è ben espressa da Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2015, n. 1214/06, imp. Boscherini, in RV233173, in cui si osserva che «se il secondo comma in esame venisse interpretato nel senso che il rapporto di causalità dovesse ritenersi escluso solo nel caso di un processo causale del tutto autonomo, verosimilmente si tratterebbe di una disposizione inutile, perché, in questi casi, all'esclusione si perverrebbe anche con l'applicazione del principio condizionalistico». Deve trattarsi, quindi, di «un processo non completamente avulso dall'antecedente, ma caratterizzato – a seconda delle varie teorie della causalità, che in realtà su questo tema non divergono significativamente, salvo forse la teoria della causalità adeguata – da un percorso causale completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale; di un evento che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta».

Per una ricostruzione analitica delle teorie causali, in grado di fornire cogliere i profili di criticità sottesi alle argomentazioni spese nella sentenza in commento, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI edizione, Milano, 2023, pp. 260-273.

¹⁵ Come noto, il ragionevole dubbio deve fondarsi su una ricostruzione plausibile della vicenda alla luce delle risultanze processuali obiettivamente accertate, e non solo su un'astratta plausibilità di tipo congetturale, come chiarito da Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 3 aprile 2018), n. 14800, imp. Troise, Rv. 272430 e Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2021, n. 5602, imp. P., Rv. 281647-04.

¹⁶ Cfr. M. NICOLINI, [La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale](#), in questa *Rivista*, 4 maggio 2023; M. NICOLINI, [La Corte d'Assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2022.

¹⁷ V. BADALAMENTI, [Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali](#), in questa *Rivista*, 13 dicembre 2023.

¹⁸ Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2022 (dep. 7 dicembre 2022), n. 46467, Rv. 283892-02, secondo cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale è costituito dal dolo per i reati di percosse o di lesioni volontarie, misto a colpa in relazione all'evento mortale. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la prevedibilità deve essere valutata in concreto, tenendo conto delle circostanze della situazione reale, conoscibili e correttamente valutabili da un agente modello, calate nelle condizioni di tempo e di luogo in cui ha operato l'imputato)».

¹⁹ Per tutti, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI edizione, Milano, 2003, p. 392.

responsabilità tra il dolo e la colpa. Si afferma, infatti, che o l'evento è sorretto da coefficienti volontaristici, e allora è imputabile a titolo di dolo, o esso, pur conseguenza della condotta, non è voluto, e dà luogo a responsabilità per colpa nei casi espressamente previsti dalla legge.

Dall'argomentata insostenibilità costituzionale della responsabilità oggettiva, ambito in cui anche la preterintenzione si iscriverebbe, deriverebbe, perciò, la necessità di una piena valorizzazione del principio di colpevolezza, che imporrebbe la necessità di imputare l'evento ulteriore solo a condizione che sia dato ravvisare i presupposti della colpa generica²⁰, in termini di prevedibilità ed evitabilità secondo i medesimi criteri di accertamento che guidano l'interprete nel giudizio sulla colpa in attività lecita.

Tutto ciò non è condiviso nella sentenza, che, invece, parte dall'assunto dell'autonomia logico-giuridica della preterintenzione rispetto agli altri coefficienti di ascrizione soggettiva, mantenendosi, sul punto, strettamente aderente al dettato codicistico, che qualifica l'illecito preterintenzionale come una fattispecie delittuosa strutturalmente distinta sia dal delitto doloso che da quello colposo.

La specificità del delitto preterintenzionale consiste nel dato per cui la realizzazione del fatto più grave non voluto è sottesa alla rappresentazione e volizione di uno meno grave: fra i due eventi sussiste una omogeneità strutturale della lesione, in cui l'evento voluto e quello non voluto sono in rapporto di progressione lineare. Se ciò è chiaro, resta il problema di includere l'evento letale nel fuoco della colpevolezza²¹; esso, come è evidente, costituisce un elemento costitutivo del reato che ne fonda il giudizio di disvalore astratto.

Date queste premesse, che sostanzialmente riproducono la tradizionale dialettica fra dottrina e giurisprudenza nell'applicazione dell'omicidio preterintenzionale, la sentenza in commento si profonde in argomentazioni originali e suggestive.

In primo luogo, nella parte in cui si valorizza la fonte legislativa del giudizio di prevedibilità, sembra che il Collegio costruisca la fattispecie ex art. 584 c.p. come un inedito reato di pericolo presunto con dolo di danno.

In sintesi: l'agente si rappresenta e vuole le percosse o lesioni, da esse deriva la morte (evento di danno), ma tali percosse o lesioni dolose generano, in base ad una previsione formulata una volta per tutte dal Legislatore, il pericolo della morte del soggetto aggredito.

La logica pare proprio quella del pericolo astratto (o presunto), in cui il pericolo per il bene giuridico tutelato «non è un elemento del fatto tipico che deve essere accertato dal giudice, ma è insito nella condotta o nell'evento, in base ad una valutazione fatta dal Legislatore sulla base di regole di esperienza»²².

²⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X edizione, Milano, 2021, p. 439.

²¹ Tanto risulta dalla rigorosa applicazione del principio scolpito dalle già citate sentenze della Corte cost. 364 e 1085/1988 che hanno sancito la necessità di connotare in termini di colpevolezza quantomeno gli elementi più significativi della fattispecie.

²² Questa l'efficace definizione di G. Piffer, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 720.

Così ricostruita la fisionomia strutturale dell'illecito, applicando i criteri interpretativi prevalenti²³, l'offesa all'interesse tutelato sarebbe esclusa dall'oggetto del dolo, essendo immanente alla valutazione legislativa sottesa all'incriminazione.

Come evidenziato in dottrina²⁴, escludere la conoscenza dell'offesa dall'oggetto del dolo si salda con l'ulteriore corollario argomentativo che, pur implicitamente, viene svolto dalla Cassazione per argomentare l'adesione all'orientamento maggioritario.

Infatti, in base al principio di colpevolezza per come declinato dalla Consulta in rapporto all'interpretazione dell'art. 5 c.p., la scelta del sistema sembra orientata nel senso di ammettere l'imputazione dolosa alla sola condizione che l'illiceità della condotta fosse conoscibile dall'agente. Potrà, quindi, aversi imputazione dolosa se il soggetto, potendo conoscere il divieto legale, abbia comunque agito.

Sullo sfondo di tale lettura, peraltro, sembra porsi la tradizionale distinzione fra reati "naturali" e reati "artificiali": i primi, essendo caratterizzati da tratti immediatamente percepibili di disvalore sociale, sarebbero certamente imputabili all'agente sulla base della corrente lettura del principio di colpevolezza, in quanto egli potrebbe senza margine di dubbio rappresentarsi la contrarietà della propria condotta ai precetti dell'ordinamento.

Questo ragionamento pare porsi sullo sfondo della sentenza in commento nella misura in cui si afferma che, essendo la stessa legge penale a formulare il giudizio di prevedibilità dell'evento più grave, l'agente non potrebbe esimersi dalla propria responsabilità in quanto, seppur in errore, esso sarebbe nondimeno inescusabile poiché concernente la fattispecie incriminatrice (art. 5 c.p.).

Questi profili più originali si affiancano ad ulteriori argomenti tradizionali che si riferiscono all'elemento oggettivo del delitto e si fondano sulla considerazione dell'omogeneità e progressività della lesione, rispetto ai quali si rimanda alle considerazioni già svolte in precedente occasione²⁵.

Per l'ampiezza dell'apparato concettuale sotteso all'argomentazione svolta dalla Cassazione, sembra ragionevole e, forse, anche auspicabile prevedere una prossima investitura delle Sezioni Unite.

Sono, infatti, ormai maturi i termini per ravvisare la presenza di un conclamato contrasto giurisprudenziale.

Da un lato, un orientamento che si fonda su proposte dottrinali ormai consolidate e descrive la preterintenzione come dolo misto a colpa.

Esso, senza dubbio, ha il pregio di radicarsi su una solida struttura dogmatica, risultante da un'ampia ed approfondita elaborazione del tema, e di non porre criticità sul piano costituzionale, in quanto certamente rispettoso del principio di colpevolezza nella misura in cui richiede l'accertamento della colpa in concreto rispetto all'evento morte non voluto.

²³ Ad esiti differenti approderebbero coloro che aderissero alla c.d. concezione realistica del reato: per una trattazione completa: V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

²⁴ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, artt. 1-84, Milano, 1995, p. 407.

²⁵ M. NICOLINI, *La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale*, in *Sistema Penale*, cit.

Non ci si può, tuttavia, esimere dal rilevare che si tratta, in ogni caso, di un argomento *contra*, o, quantomeno, *præter legem*, che fonda sulla necessità di rispettare il parametro costituzionale un'interpretazione non conforme al dettato degli artt. 42 e 43 c.p., dalla lettura dei quali, inequivocabilmente, emerge la costruzione della preterintenzione come elemento soggettivo autonomo non riducibile ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

Dall'altro, l'orientamento tradizionale del c.d. dolo unitario.

Esso ha l'indiscutibile pregio di essere aderente al dato normativo, in quanto rispettoso della volontà di conferire alla preterintenzione una sua statura ontologica autonoma.

Certamente, il suo affermarsi si è caratterizzato per la ricorsiva emersione di massime tratte, forse poco approfondite nei loro presupposti teorici, che si sono prestate ad aspre critiche sul piano del rispetto del principio di colpevolezza.

Dalla sentenza qui commentata, tuttavia, esso trae indiscutibilmente nuova linfa, in quanto, pur sulla base di argomentazioni forse non pienamente consapevoli e sviluppate, pare iscriversi in una lettura, sebbene discutibile, comunque coerente con i principi generali della materia per come interpretati nella lettura corrente.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**