

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

di Vincenzo Lopilato e Antonella Massaro

Diritto penale

AREE TEMATICHE

SANZIONI PENALI. MISURE DI SICUREZZA – PUNIBILITÀ – UNITÀ E PLURALITÀ DI REATI. REATO COMPLESSO

Omissis.

Argomento 9

CONCETTO GIURIDICO GENERALE

Concorso di reati e concorso apparente di norme.

A. Schema per punti

1. Concorso di reati: unità e pluralità di reati. **1.1.** Concorso di reati omogeneo formale e materiale. **1.2.** Concorso di reati eterogeneo formale e materiale. **2.** Concorso apparente di norme. **2.1.** Teoria monista. **2.2.** Teorie pluraliste. **2.3.** Principio del “ne bis in idem” sostanziale.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo del concetto giuridico generale.*

Argomento 10

APPROFONDIMENTO TEMATICO

Unità e pluralità dei reati e concorso omogeneo formale. Il caso della resistenza a più pubblici ufficiali.

A. Schema per punti

1. Unità e pluralità dei reati. Concorso di reati formale omogeneo. 2. Resistenza a più pubblici ufficiali e concorso di reati. 2.1. Primo orientamento. 2.2. Secondo orientamento. 2.3. Orientamento seguito dalle Sezioni unite.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo dell'approfondimento tematico.

B. Giurisprudenza

1. Resistenza a pubblico ufficiale e concorso formale: **Cass. pen., sez. un., 22 febbraio 2018, n.40981.**

Massima:

In tema di resistenza a pubblico ufficiale, integra un concorso formale di reati, a norma dell'art. 81, comma 1, c.p., la condotta di chi, nel medesimo contesto fattuale, usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio.

Si riporta la sentenza per esteso:

Omissis.

Fatto

RITENUTO IN FATTO

1. A.R. è stato tratto a giudizio per rispondere del delitto di cui all'art. 81 c.p., comma 2, e art. 337 c.p., per avere rivolto minacce di morte e usato violenza contro i funzionari di PS ass. F. e isp. L. dicendo loro "ti ammazzo, io sono di Ancona, quanto siete voi io vi ammazzo tutti", "lasciatemi andare che vi ammazzo", stratonandoli e tentando di prenderli a pugni per opporsi mentre i predetti pubblici ufficiali intervenivano per impedirgli di aggredire P.D.; in (OMISSIS).

Il Tribunale di Ancona, procedendo con il rito abbreviato, escluse le attenuanti generiche, riconosciuta la continuazione ex art. 81 c.p., comma 2, nonché la diminuzione per il rito, condannava l'imputato alla pena di quattro mesi e venti giorni di reclusione con sentenza in data 6 settembre 2010, che la difesa appellava chiedendo il riconoscimento delle attenuanti generiche e l'esclusione dell'aumento della pena per la ritenuta "continuazione" applicata in funzione della pluralità dei fatti commessi secondo una ricostruzione della vicenda (in tesi della difesa) incompatibile con le risultanze processuali.

2. La Corte di appello di Ancona, con sentenza del 10 aprile 2014 confermava la decisione di primo grado e, richiamando l'insegnamento di Sez. 6, n. 26173 del 2012, specificava che la "continuazione" era da ricollegarsi non tanto alla pluralità delle condotte delittuose, quanto al fatto che l'illecito era stato consumato in danno di una pluralità di pubblici ufficiali.

3. Ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, tramite il difensore avv. Paolo Tartuferi, denunciando:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

3.1. con un primo motivo, inosservanza ed erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione, vuoi per essere stata ritenuta la sussistenza di una pluralità di fatti in continuazione fra loro, pur a fronte di un'unica azione, vuoi per la mancanza di un'adeguata giustificazione dell'aumento della pena irrogata;

3.2. con un secondo motivo, la carenza di motivazione relativamente al mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, dolendosi per il trattamento sanzionatorio, definito eccessivo.

4. La Sesta Sezione penale, assegnataria del procedimento, lo ha rimesso alle Sezioni Unite, ravvisando, con riferimento alla soluzione del primo motivo di ricorso, l'esistenza di un consapevole contrasto di giurisprudenza sull'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 81 c.p., comma 1, nel caso in cui l'azione di resistenza sia stata contestualmente rivolta nei confronti di una pluralità di pubblici ufficiali impegnati nel compimento del medesimo atto dell'ufficio, avuto riguardo, in particolare, all'interesse giuridicamente protetto nel delitto previsto dall'art. 337 c.p..

Il Collegio rimettente segnala sul punto l'esistenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali che divergono nell'analisi della struttura della fattispecie e nell'individuazione dell'oggetto del reato, quale bene primario sul quale ricade l'azione del reo.

Secondo una prima tesi (da ultimo seguita da Sez. 6, n. 35227 del 25/05/2017, Provenzano, Rv. 270545) il reato di cui all'art. 337 c.p. si perfeziona con l'offesa ad ogni singolo pubblico ufficiale nei cui confronti viene esercitata la violenza o la minaccia nel momento del compimento di un atto dell'ufficio con il fine di ostacolarlo. Da questa ricostruzione della fattispecie astratta discenderebbe che, nel caso di un unico atto, contestualmente offensivo di una pluralità di pubblici ufficiali, è realizzata una pluralità di violazioni dell'art. 337 c.p., la cui sanzione andrebbe determinata in base all'art. 81 c.p..

Secondo la tesi opposta (da ultimo seguita da Sez. 6, n. 39341 del 12/07/2017, Damiani, Rv. 270939), la resistenza troverebbe il suo momento consumativo nella "opposizione all'atto" (pubblico), sicché la violenza e la minaccia al pubblico ufficiale avrebbero carattere meramente strumentale nella realizzazione dell'illecito; in tal modo la condotta del reo, incidendo in primis sull'"atto", non potrebbe che essere unica, essendo unico l'atto amministrativo ostacolato, indipendentemente dal numero dei pubblici ufficiali coinvolti nella sua esecuzione.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è pervenuto alle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: "Se, in tema di resistenza a un pubblico **ufficiale**, ex art. 337 c.p., la condotta di chi, con una sola azione, usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio, **configuri un unico reato ovvero un concorso formale di reati o un reato continuato**".

Il quesito impone la trattazione di due distinti e connessi temi di indagine: a) individuazione dell'ambito del **concorso formale omogeneo di reati ex art. 81 c.p.**, comma 1; b) analisi della fattispecie di cui all'art. 337 c.p. con particolare riguardo al profilo strutturale (condotta e oggetto materiale della stessa, così come individuati nella norma incriminatrice) nonché alla ricognizione del bene giuridicamente protetto, al fine di stabilire se **l'offesa punita è quella diretta all'atto amministrativo in sé considerato, o, viceversa, consiste nell'opposizione - violenta o minacciosa - al pubblico ufficiale che esegue detto atto**.

2. Circa il tema sub a), va osservato che l'art. 81 c.p., comma 1, individua la fattispecie del "concorso formale di reati" tanto nel caso in cui con una sola azione siano violate diverse norme di legge (c.d. **concorso formale eterogeneo di reati**), quanto nel caso in cui, con una sola azione, venga violata contestualmente più volte la medesima disposizione di legge (c.d. **concorso formale omogeneo di reati**). Nel concetto di azione unica vanno ricompresi tanto i casi in cui l'azione si risolva in un "atto unico" (conforme alla condotta normativamente prevista), quanto i casi in cui l'azione si realizzi attraverso il compimento di una "**pluralità di atti**" che siano contestuali nello spazio e nel tempo ed

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

abbiano fine unico. Con la precisazione che, a scanso di ambiguità, l'apprezzamento di tali caratteri (contestualità degli atti e unicità del fine) deve essere effettuato attraverso un raffronto rigoroso e costante della fattispecie astratta descritta dalla norma.

*2.1. In linea generale si deve ancora affermare che la **consumazione del reato si realizza ogniqualvolta**, attraverso la condotta astrattamente descritta nel precetto, **sia realizzata l'offesa tipizzata e sia lesa l'interesse protetto dalla norma (c.d. evento giuridico)**. Di qui discende che la fattispecie del concorso formale omogeneo *ex art. 81 c.p.*, comma 1, si realizza quando il bene tutelato **sia lesa più volte da una azione che, sul piano fenomenico, diviene causa di una pluralità di lesioni o eventi omogenei**. Appare opportuno specificare che l'indagine deve limitarsi alla valutazione del **solo fatto storico**, riscontrando, sulla scorta del modello normativo, l'esistenza di plurime violazioni della medesima disposizione di legge, **non essendo necessaria alcuna ulteriore specifica indagine circa la rilevanza dell'interesse tutelato dalla norma.***

*Non sembra avere sicuro fondamento, invece, l'opinione con la quale, distinguendo tra norme **incriminatrici che tutelano beni altamente personali** (vita, integrità fisica, libertà personale, onore) e norme che proteggono beni di natura diversa, si afferma che nel primo caso sarebbe sempre configurabile una pluralità di reati in ragione della rilevanza dei plurimi interessi lesi, mentre nel secondo ciò non sarebbe sempre possibile. La tesi pone infatti un alone di incertezza nel giudizio di concretizzazione della fattispecie tipica, mentre sul piano normativo non paiono rinvenirsi argomenti per una distinzione di tale fatta, nè criteri discretivi oggettivi che consentano di distinguere con sufficiente precisione tra i beni altamente personali e quelli che tali non sarebbero.*

*2.2. Passando al piano applicativo di quanto fin qui ricordato, ai fini della verifica in concreto della ricorrenza di un'ipotesi di concorso formale omogeneo di reati, bisogna pertanto procedere all'ideale scissione della complessiva vicenda fattuale in tante parti quanti **sarebbero gli eventi giuridici**, verificando quindi se ognuno degli autonomi frammenti di essa integri, in tutte le sue componenti (**soggettiva ed oggettiva**) **la fattispecie prevista dal legislatore**: tenendosi presente che sul piano soggettivo occorre attentamente verificare che il dolo investa ciascuno dei singoli frammenti del fatto. Infatti, **perchè si abbia concorso formale di reati è necessario che l'azione unica sia accompagnata e sorretta dall'elemento soggettivo proprio di ciascuna fattispecie criminosa**. In altri termini: **non potendo farsi derivare la unicità o la pluralità dell'azione puramente e semplicemente dalla pluralità delle persone offese, è necessario, quando si verifica una tale ipotesi, un quid pluris consistente nella riconoscibile esistenza di uno specifico atteggiamento psicologico diretto a realizzare l'evento tipico previsto dalla norma incriminatrice nei confronti di ciascuna, distintamente, delle suddette persone, elemento quest'ultimo rinvenibile solo, come detto, attraverso la analisi concreta del fatto**. Nel caso di verifica positiva, si potrà quindi affermare che ricorre la fattispecie del concorso formale omogeneo.*

*3. Passando al tema relativo al delitto di resistenza a un pubblico ufficiale, occorre in primo luogo esaminare la struttura **della fattispecie e, attraverso essa, rinvenire, secondo la ratio della disposizione ma avuto riguardo comunque alla descrizione normativa della condotta incriminata, l'interesse protetto dall'art. 337 c.p.***

Si è già fatto cenno in premessa che, all'interno della medesima Sesta Sezione, sul punto si sono formati due orientamenti giurisprudenziali contrapposti.

*3.1. Con il primo (ex multis: Sez. 6, n. 38182 del 26/09/2011, De Marchi, Rv. 250792 e Sez. 6, n. 26173 del 17/05/2012, Momodu, Rv. 253111), si **afferma che la violenza o la minaccia adoperate nel medesimo contesto nei confronti di più pubblici ufficiali, per contrastare il compimento di un atto del loro ufficio, configura tanti reati di resistenza quanti sono i soggetti passivi coinvolti**. La tesi si fonda sulla considerazione che l'azione delittuosa, **pur ledendo unitariamente l'interesse del regolare funzionamento della pubblica amministrazione**, si risolve in altrettante e distinte offese al libero espletamento dell'attività di ciascuno dei pubblici ufficiali incaricati del compimento dell'atto (che rappresenta l'oggetto materiale della condotta). In senso conforme si esprimono Sez. 6, n. 35376*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

del 22/06/2006, Mastroiacovo, Rv. 234831 e, da ultimo, Sez. 6, n. 35227 del 25/05/2017, Provenzano, Rv. 270545, in cui, in particolare, viene messo in rilievo che l'opposto indirizzo svaluta la tutela della libertà di azione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio e trascura che la pubblica amministrazione è un'entità astratta che agisce per mezzo di persone fisiche, ciascuna delle quali, pur operando come organo della stessa, conserva una distinta identità suscettibile di offesa così come previsto dal dato testuale della disposizione.

3.2. La tesi opposta (v. fra le più recenti: Sez. 6, n. 37727 del 09/05/2014, Pastore, Rv. 260374; Sez. 6, n. 4123 del 14/12/2016, Mozzi, Rv. 269005; Sez. 6, n. 39341 del 12/07/2017, Damiani, Rv. 270939; Sez. 6, n. 52725 del 28/09/2017, Diop, Rv. 271559), partendo dalla valorizzazione dell'interesse giuridico del regolare andamento della pubblica amministrazione, concentra l'attenzione sull'"atto" che deve essere eseguito, affermando che solo l'ostacolo all'esecuzione di quest'ultimo concreterebbe la lesione dell'interesse protetto; secondo questa tesi, l'aspetto dell'integrità psico-fisica del pubblico ufficiale incaricato dell'esecuzione dell'"atto" assumerebbe, pertanto, un rilievo **secondario o collaterale**, con la conseguenza che la eventuale pluralità dei pubblici ufficiali fatti oggetto di minaccia o violenza non avrebbe incidenza alcuna sul piano dell'evento giuridico che rimarrebbe comunque unico.

Nell'alveo di questo orientamento si pone Sez. 6, n. 4123 del 14/12/2016, Mozzi, Rv. 269005, che, in particolare, osserva come l'opposta tesi perda di vista il bene indiscutibilmente rappresentato dal regolare svolgimento dell'attività della p.a., mentre la persona fisica del pubblico ufficiale è tutelata dalle norme generali poste a presidio dell'integrità fisica dell'individuo quando la violenza supera lo stadio minimale delle percosse o della minaccia semplice, che vale ad integrare l'elemento costitutivo della "violenza o minaccia" di cui al citato art. 337 c.p.. E Sez. 6 n. 39341 del 12/07/2017, Damiani, Rv. 270939, aggiunge che l'uso della violenza o della minaccia, per opporsi al compimento di un atto di ufficio o di servizio, non si identificherebbe necessariamente nella minaccia o violenza contro la persona del pubblico ufficiale, potendosi manifestare in forme diverse da quelle riconducibili alle previsioni degli artt. 610 o 612 c.p., esplicandosi anche mediante violenza o minaccia impropria che, pur non aggredendo direttamente il pubblico ufficiale, riverbera negativamente sull'esplicazione della funzione, impedendola od ostacolandola.

4. Ritiene il Collegio che la soluzione del contrasto imponga, come anticipato, un'analisi che tenga conto anzitutto della struttura obiettiva dell'illecito come emergente dal testo dell'art. 337 c.p., quindi dell'interesse protetto desumibile da tale articolazione strutturale, oltre che dalla collocazione sistematica e dall'intitolazione dell'articolo.

Invero, l'idea che l'individuazione della condotta incriminata, ai fini della verifica di ipotesi di concorso di reati, **debba partire dall'individuazione del bene giuridico protetto ed essere incentrata su di esso**, già ripudiato dalla giurisprudenza di legittimità allorchè a venire in rilievo è il principio di specialità (cfr. da ultimo, tra molte Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902), non solo non è formalmente conforme alle regole sull'interpretazione delle leggi, ma incorre - come rimarca autorevole Dottrina - nel vizio logico di confondere oggetto materiale e oggetto giuridico della tutela, che segna i limiti entro i quali il primo è tutelato. E si pone in contrasto, perciò, con i **principi di tassatività e materialità**, senza offrire garanzia aggiuntiva al principio di offensività, che sui limiti della tutela, appunto, riverbera.

4.1. Occorre dunque partire dalla considerazione che la condotta tipica del delitto in esame si concreta nell'uso della violenza o della minaccia da chiunque esercitata per "opporsi a un pubblico ufficiale" (o a un incaricato di un pubblico servizio o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza) mentre compie un atto dell'ufficio o del servizio. L'elemento oggettivo del reato risulta tipizzato sul piano modale e teleologico, essendo sanzionata ogni condotta diretta a conseguire lo scopo oppositivo indicato dalla disposizione attraverso l'uso di violenza o minaccia nei confronti del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio agente. I suddetti elementi fattuali rilevano nella loro idoneità e univocità a impedire o a turbare la libertà di azione del soggetto passivo, sicchè

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

il reato è integrato da qualsiasi condotta che si traduca in un atteggiamento, anche implicito, purchè percepibile, che impedisca, intralci o valga a compromettere, anche solo parzialmente o temporaneamente, la regolarità del compimento dell'atto dell'ufficio o del servizio, restando così esclusa ogni resistenza meramente passiva, come la mera disobbedienza.

*La **struttura della fattispecie sotto il profilo fattuale, prevede, dunque, una condotta commissiva-oppositiva** connotata: a) dalla violenza o dalla minaccia (esclusa, come detto, la mera resistenza passiva) rivolta (in modo diretto o indiretto, esplicito o implicito) esclusivamente contro il pubblico ufficiale o il soggetto normativamente ad esso equiparato, siccome tesa a coartarne o a impedirne l'agire funzionale; b) dalla volontà (dolo specifico) di ostacolare il soggetto passivo nel momento dell'esercizio della funzione pubblica.*

L'espressione adoperata dal legislatore - "mentre compie un atto di ufficio o di servizio" - ha la finalità di individuare contesto e finalità della condotta oppositiva e di circoscriverne la rilevanza nell'ambito di un obiettivo nesso funzionale ed di un determinato arco temporale, ricompreso tra l'inizio e la fine dell'esecuzione dell'atto dell'ufficio o del servizio; sicchè, al di fuori del suddetto ambito, la violenza o la minaccia rivolte al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio configurano fattispecie diverse, quali ad esempio la violazione dell'art. 336 c.p. nel caso in cui la violenza e la minaccia siano antecedenti all'atto dell'ufficio. Significativamente, richiamandosi alla medesima ratio, già la Corte costituzionale, con ordinanza n. 425 del 1996, ha messo in evidenza come l'art. 337 c.p. non sia rivolto a punire la violazione di una privilegiata posizione personale connessa ad una ormai tramontata configurazione dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini, ma la maggior offesa arrecata alla pubblica amministrazione da una condotta volta ad impedire con violenza o minaccia l'attuazione della sua volontà: all'evidenza sottintendendo l'esistenza di una compenetrazione tra la persona fisica del pubblico ufficiale e la pubblica amministrazione per la quale quello agisce.

*4.2. Così individuati la **condotta sanzionata e l'oggetto materiale su cui la stessa ricade, consistenti nell'opposizione-offesa a "un" (id est ciascun) pubblico ufficiale agente, non può condurre a diverse conclusioni l'individuazione dell'interesse protetto dall'art. 337 c.p.***

Che il "regolare funzionamento della pubblica amministrazione" rappresenti il bene giuridico tutelato, è univocamente e concordemente affermato, sulla base della collocazione sistematica e dell'intitolazione della disposizione, in tutta la giurisprudenza di legittimità, che implicitamente esclude la possibilità di rinvenire nella norma plurimi interessi giuridici di pari rango contemporaneamente protetti (regolare andamento della pubblica amministrazione e integrità fisica del pubblico ufficiale).

*E' giocoforza, pertanto, **circoscrivere il significato dell'espressione "regolare funzionamento della pubblica amministrazione".***

*Secondo dottrina e giurisprudenza di diritto amministrativo, la pubblica amministrazione è unanimamente intesa come organizzazione complessa costituita sia dai beni materiali strumentali al raggiungimento delle finalità pubbliche sia dalle persone che per essa agiscono. La relazione giuridica intercorrente tra la persona fisica che ricopre l'ufficio o la funzione pubblica e la pubblica amministrazione è definito "**rappporto organico**" che determina l'identificazione della persona fisica incardinata nell'ufficio o nel servizio pubblico con la stessa pubblica amministrazione, sicchè il **pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio è esso stesso pubblica amministrazione costituendo lo** strumento della sua estrinsecazione nel mondo giuridico tanto sul piano volitivo che su quello esecutivo. Nel campo del diritto penale il testo dell'art. 357 c.p. ricalca la ricostruzione giuridica dianzi esposta ricollegando la figura del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio al concreto esercizio della funzione o del servizio secondo un modello definitorio che esclude l'esistenza di un'alterità tra persona incardinata nella p.a. e quest'ultima. Ne deriva che il "regolare andamento della pubblica amministrazione" implica, non solo la mancanza di manomissione dei beni pubblici o la loro distrazione per il perseguimento di scopi diversi da quelli istituzionali, ma anche*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

la mancanza di interferenze nel procedimento volitivo od esecutivo di colui che, incardinato nella amministrazione, la personifica essendo espressione di volontà di quest'ultima. Pertanto l'interesse al normale funzionamento della pubblica amministrazione va inteso in senso ampio, in quanto in esso si ricomprende anche la sicurezza e la libertà di determinazione e di azione degli organi pubblici, mediante la protezione delle persone fisiche che singolarmente o in collegio ne esercitano le funzioni o ne adempiono i servizi, così come previsto dagli artt. 336,337 e 338 c.p.

5. *Le argomentazioni spese a sostegno della tesi per la quale l'opposizione sarebbe nei confronti dell'atto e non del pubblico ufficiale non possono essere, perciò, ritenute valide, perchè da un lato, non tengono conto della descrizione dell'illecito come configurato dal testo della norma e dall'altro, sul piano logico-giuridico, anche quando fanno riferimento all'interesse protetto, non evocano argomenti idonei a superare la lettera della legge.*

Può solo aggiungersi che non appare dirimente la considerazione che il delitto di resistenza assorbirebbe soltanto il minimo di violenza in cui si estrinseca l'opposizione per essere la tutela fisica o morale dello stesso assicurata da altre disposizioni in cui l'offesa superi il tasso minimo tollerabile. Tale interpretazione finisce con lo svilire il raggio di copertura normativa sino a ritenere subvalente e collaterale l'offesa al pubblico ufficiale, ponendosi in contrasto con la lettera della legge. Infatti, proprio la circostanza che l'elemento oggettivo del reato di resistenza sia integrato dalla violenza o dalla minaccia al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio in determinato momento, conferisce centralità alla persona del singolo soggetto pubblico chiamato a manifestare la volontà della pubblica amministrazione.

Parimenti non ha significatività il raffronto tra l'art. 337 e l'art. 338 c.p. (v. fra le altre Sez. 6, n. 4123 del 14/12/2016, Mozzi; Rv. 269005) che collega alla violenza o minaccia a un "corpo" politico, amministrativo o giudiziario un trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello riservato ai responsabili della violazione degli artt. 336 e 337 c.p., con l'affermazione che per conseguenza sarebbe del tutto irragionevole applicare ex art. 81 c.p. una pena maggiore al soggetto che rivolgesse minacce nei confronti di più pubblici ufficiali per opporsi al compimento dell'atto dell'ufficio ex art. 337 c.p. rispetto a colui che agisce nei confronti di un organo collegiale della pubblica amministrazione. Si tratta di fattispecie fra loro diversamente strutturate e la diversa sanzione (più grave nel caso di violazione dell'art. 338 c.p. rispetto a quella dell'art. 337 c.p.) risponde a criteri di ragionevolezza, posto che nell'art. 338 c.p. è prevista la violenza o la minaccia verso l'unità indistinta dall'organo pubblico collettivo, oggetto di aggressione, piuttosto che la tutela dei singoli componenti. Nè possono incidere ai fini della comparazione delle norme incriminatrici aspetti fattuali particolari delle fattispecie concrete, rilevanti ai fini della ricorrenza del concorso di reati o di circostanze aggravanti e in quanto tali idonei a determinare l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per un titolo piuttosto che per l'altro, perchè, al fine di una ricostruzione della portata del precetto e della volontà del legislatore, è alle fattispecie astratte che occorre avere riguardo.

6. *La conclusione dell'analisi consente pertanto di rispondere al quesito posto all'esame delle Sezioni Unite nei seguenti termini:*

"In tema di resistenza a un pubblico ufficiale, ex art. 337 c.p., integra il concorso formale di reati, a norma dell'art. 81 c.p., comma 1, la condotta di chi usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio".

7. *Il primo motivo di ricorso deve essere rigettato alla luce delle conclusioni cui si è pervenuti.*

La duplice violazione contestata all'imputato è resa evidente dalla motivazione della sentenza impugnata che, ai fini della ricostruzione della vicenda (non sindacabile, nè censurata, nella presente sede) richiama il contenuto del capo di imputazione siccome ritenuto conforme al fatto concreto. Da esso si desume che la violenza è stata esercitata dall'imputato nel medesimo contesto spazio-temporale nei confronti di ciascuno dei pubblici ufficiali intervenuti per contenerne la furia aggressiva. La violenza si è risolta nella distinta aggressione rivolta verso entrambi i pubblici ufficiali, consistita nel proferire nei loro confronti minacce, nello strattonearli e nel tentativo di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

prenderli a pugni nel momento in cui essi intervenivano per impedirgli di aggredire una terza persona. Si deve pertanto affermare che la regola di diritto applicata dalla Corte territoriale è corretta ed è legittimo l'aumento di pena applicato nella ritenuta sussistenza di un concorso formale omogeneo.

8. Il secondo motivo di ricorso è inammissibile.

Il ricorrente si duole dell'insufficiente motivazione in ordine all'aumento di pena per la ritenuta ricorrenza della ipotesi di cui all'art. 81 c.p. e deduce l'inosservanza dell'art. 62-bis c.p. in relazione alla mancata concessione delle attenuanti generiche, essendo i precedenti penali non specifici e non essendo stato adeguatamente considerato il comportamento ammissivo e resipiscente tenuto dall'imputato.

In relazione al primo aspetto, va osservato che non sussiste un obbligo di specifica motivazione per l'entità di ogni aumento della pena determinato ex art. 81 c.p., essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni poste, in generale, a sostegno della quantificazione del trattamento sanzionatorio, quando, come nella specie, non solo si è in presenza di più fatti sostanzialmente omogenei, ma la stessa pena inflitta, nelle sue componenti di pena-base e di aumenti a titolo di continuazione, è complessivamente modesta e sostanzialmente attestata sui minimi edittali, emergendo così dal contesto della giustificazione che ne è stata apprezzata la congruità con un giudizio esaustivo, squisitamente di merito e perciò non sindacabile in questa sede.

Del pari, in punto di attenuanti generiche la motivazione resa dalla Corte territoriale è scevra da vizi e adeguata, essendo stati presi in considerazione e valutati tutti i punti sottoposti alla sua attenzione. In particolare la negazione delle richieste attenuanti si fonda sulla valutazione dei precedenti giudiziari dell'imputato, nonchè sulla gravità del fatto. Si tratta di due elementi specifici richiamati dall'articolo 133 c.p., valutabili anche ex art. 62-bis c.p., apprezzati in termini negativi secondo criteri di giudizio non manifestamente irragionevoli e non sindacabili nel merito. La gravità del fatto è congruamente giustificata dalla descrizione del comportamento violento e intimidatorio che si è protratto per circa un'ora. La Corte territoriale ha inoltre preso in considerazione la condotta dell'imputato successiva alla consumazione del reato concretatasi nella profferta di scuse agli operanti; ma ha ritenuto, con giudizio di merito non sindacabile, che tale circostanza di fatto, non era sufficiente ad elidere gli aspetti negativi già messi in risalto. La motivazione resiste quindi a tutte le censure mosse.

9. Per le suddette ragioni il ricorso va rigettato e il ricorrente va condannato al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 22 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 24 settembre 2018 .

Omissis.

C. Dottrina

1. Per le sezioni unite sussiste concorso formale tra più reati di resistenza a pubblico ufficiale nel caso in cui la condotta di violenza o minaccia sia utilizzata per opporsi a una pluralità di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, di S. Bernardi, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2018.

1. Con una sentenza depositata lo scorso 24 settembre, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno avuto modo di chiarire il proprio orientamento in merito alla sussistenza di un unico reato o di una pluralità di reati di resistenza a pubblico ufficiale nel caso in cui la condotta violenta o minacciosa sia utilizzata per opporsi a diversi pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

La risposta fornita a tale questione, per la precisione, è nel senso della pluralità di reati: e difatti dalla pronuncia in commento si ricava che *“in tema di resistenza a un pubblico ufficiale ex art. 337 cod. pen., integra concorso formale di reati, a norma dell’art. 81, primo comma, cod. pen., la condotta di chi usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio”*.

2. Oggetto di contestazione nel caso in esame, in verità, era la continuazione tra più reati ex art. 337 cod. pen., per essersi l’imputato violentemente opposto a due distinti agenti di polizia nell’esercizio delle proprie funzioni, minacciandoli di morte, stratonandoli e tentando di prenderli a pugni.

Il giudice dell’appello, nel confermare la condanna di primo grado, si era peraltro premurato di specificare come la continuazione non fosse da ricollegarsi alla sussistenza di una pluralità di condotte delittuose, quanto piuttosto alla pluralità di pubblici ufficiali nei cui confronti il reato era stato perpetrato.

A seguito di ricorso per cassazione dell’imputato la Sesta sezione penale della Corte, assegnataria del procedimento, rilevava l’esistenza di un consapevole contrasto nella giurisprudenza di legittimità, inerente proprio alla riscontrabilità di un unico reato o, di contro, di una pluralità di reati (in concorso formale) nei casi in cui la condotta di resistenza a pubblico ufficiale fosse rivolta nei confronti di una pluralità di soggetti passivi.

Con riferimento a tale contrasto si rintracciavano due principali orientamenti in seno alla Corte di legittimità, i quali sono giunti a soluzioni contrapposte argomentando sulla base di una differente individuazione del bene giuridico tutelato dall’art. 337 cod. pen.

Secondo la prima tesi, il delitto in esame risulterebbe offensivo di ogni singolo pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nei cui confronti la violenza o minaccia è esercitata al fine di ostacolare l’esercizio del suo ufficio o servizio.

Tale soluzione considera difatti l’azione delittuosa lesiva non solo del generale interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, ma, nello specifico, della libertà d’azione di ciascuno dei pubblici agenti o incaricati, ossia delle persone fisiche attraverso le quali la stessa pubblica amministrazione agisce. Di conseguenza, in presenza di una condotta violenta o minacciosa rivolta verso una pluralità di soggetti qualificati dovrebbe correttamente riconoscersi anche una pluralità di violazioni dell’art. 337 cod. pen. (tante quante i soggetti passivi coinvolti), con sequenziale applicabilità delle regole in tema di concorso di reati.

La seconda tesi, invece, individua il bene giuridico tutelato direttamente nel generale interesse pubblicistico, valorizzando quale momento consumativo del reato la condotta di opposizione all’atto della pubblica amministrazione, a prescindere dal numero di agenti di cui essa si serva nel caso concreto per perseguire le proprie finalità. Se dunque l’offesa viene rintracciata nell’opposizione alla pubblica amministrazione in sé, la collaterale lesione dell’integrità psico-fisica dei pubblici agenti acquisisce un rilievo esclusivamente secondario, sicché il reato di resistenza rimarrebbe comunque unico (essendo riscontrabile, nei fatti, un unico soggetto passivo, cioè la pubblica amministrazione).

3. Alla luce di simile contrasto interpretativo, la Sesta sezione penale rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, chiedendo loro di chiarire *“se, in tema di resistenza a un pubblico ufficiale, ex art. 337 cod. pen., la condotta di chi, con una sola azione, usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio, configuri un unico reato ovvero un concorso formale di reati o un reato continuato”*.

Nel rispondere al quesito loro sottoposto, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover compiere due distinti passaggi argomentativi. Anzitutto, si sono sentite in dovere di delimitare l’ambito di applicazione dell’istituto del concorso formale omogeneo di reati di cui all’art. 81, comma primo, cod. pen.; in un secondo passaggio, poi, hanno affrontato il problema della corretta individuazione dell’offesa punita dal reato di resistenza a pubblico ufficiale e il conseguente nodo della

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

ricognizione di una pluralità o meno di reati nel caso di condotte poste in essere nei confronti di più pubblici agenti.

4. Con riguardo al primo profilo, le Sezioni Unite hanno voluto soffermarsi sui caratteri distintivi del concorso formale di reati, e in particolare sul concetto di “azione unica” rilevante *ex art. 81 co. 1 cod. pen.*: tale unicità, secondo un orientamento tradizionale cui i giudici di legittimità dimostrano di volersi attenere, ricorrerebbe non solo nel caso in cui l’azione si risolvesse in un “atto unico”, ma anche quando essa si consumi mediante una “pluralità di atti” posti in essere nel medesimo contesto spazio-temporale e accomunati da un’identità di fine, sempre che tale valutazione si accompagni “a un raffronto rigoroso e costante della fattispecie astratta descritta dalla norma”.

Quale criterio idoneo a discernere tra unicità e pluralità di reati, inoltre, le Sezioni Unite precisano di prescegliere la teoria secondo la quale si ha concorso formale omogeneo ogni volta che l’azione naturalisticamente intesa è concretamente causa di una pluralità di lesioni del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. A tal proposito, i giudici decidono di negare espressamente fondamento giuridico a quell’opinione, formulata da autorevoli voci in dottrina, che considera sussistente una pluralità di reati nei soli casi in cui le diverse offese riguardino c.d. beni altamente personali (quali i beni della vita, dell’integrità fisica o della libertà personale).

Di conseguenza, la soluzione di ogni caso problematico in tema di “unità o pluralità dell’azione” (*rectius*, di reati) richiederebbe, a giudizio delle Sezioni Unite, l’“ideale scissione della complessiva vicenda fattuale in tante parti quanti sarebbero gli eventi giuridici”, per verificare successivamente se ciascuno degli “autonomi frammenti fattuali” del caso di specie integri o meno la fattispecie incriminatrice, sotto il profilo tanto oggettivo quanto soggettivo.

5. Sulla base di queste premesse teoriche, dunque, le Sezioni Unite inquadrano finalmente il problema della resistenza a pubblico ufficiale, sottolineando l’esigenza di ricavare l’interesse protetto dalla norma incriminatrice dall’esame della struttura della fattispecie legale in questione. Il ragionamento contrario, volto a definire la condotta incriminata dalla norma partendo da un’aprioristica individuazione del bene giuridico tutelato, celerebbe infatti il “vizio logico di confondere oggetto materiale e oggetto giuridico della tutela, che segna i limiti entro i quali il primo è tutelato”.

È dunque alla condotta di violenza o minaccia esercitata per “opporsi a un pubblico ufficiale (...) mentre compie un atto del suo ufficio” che bisogna guardare per determinare la specifica offesa punita dalla fattispecie incriminatrice in esame: l’elemento oggettivo del reato risulta difatti interamente tipizzato sotto il profilo modale e teleologico, concernendo tutte quelle condotte commissive-oppositive che siano contemporaneamente connotate da violenza o minaccia – rivolte nei confronti del pubblico ufficiale o soggetto equiparato – e dallo scopo di ostacolare l’esercizio della funzione pubblica da parte del soggetto passivo. In questo senso, anche l’utilizzo dell’espressione “mentre compie un atto di ufficio o di servizio” appare chiaramente diretto a limitare la rilevanza penalistica della condotta nell’ambito di un obiettivo nesso funzionale e temporale con l’esercizio dell’atto d’ufficio o servizio.

Le Sezioni Unite ritengono pertanto che sia corretto, alla luce di queste valutazioni, individuare il bene giuridico protetto dalla fattispecie *de qua* nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione, escludendo al contempo la possibilità di considerare la fattispecie pluri-offensiva (e quindi negando il rango di interesse parimenti protetto dalla norma al bene dell’integrità psico-fisica dei pubblici agenti persone fisiche). La portata di tale interesse tutelato, tuttavia, a loro giudizio deve essere accuratamente definita in correlazione alle caratteristiche della condotta delittuosa in esame.

Sulla base della preliminare osservazione per cui la pubblica amministrazione deve essere considerata un’organizzazione complessa, costituita tanto dai beni materiali strumentali al perseguimento delle finalità pubbliche, quanto dalle persone fisiche che per essa agiscono, in virtù

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

di un rapporto di immedesimazione organica, le Sezioni Unite concludono infatti che lesiva del “regolare andamento della pubblica amministrazione” è non solo qualunque condotta di manomissione dei suddetti beni strumentali, ma anche ogni interferenza nel procedimento volitivo o esecutivo di coloro che sono preposti alla realizzazione della volontà pubblica. L’interesse protetto, perciò, deve essere letto nella sua specifica declinazione quale interesse a preservare “la sicurezza e la libertà di determinazione e di azione degli organi pubblici, mediante la protezione delle persone fisiche che singolarmente o in collegio ne esercitano le funzioni o ne adempiono i servizi, così come previsto dagli artt. 336, 337 e 338 cod. pen”.

Nel caso del delitto di resistenza a pubblico ufficiale, dunque, è sbagliato ritenere che oggetto materiale dell’opposizione punita sia l’atto pubblico in sé, e non l’azione di ogni singolo pubblico ufficiale o incaricato; tale considerazione è del resto avvalorata anche della scelta, quali modalità della condotta del delitto in esame, della violenza o minaccia, scelta che contribuisce a conferire “centralità al singolo soggetto pubblico chiamato a manifestare la volontà della pubblica amministrazione”.

6. All’esito di tale analisi, le Sezioni Unite ritengono quindi di poter aderire a quell’orientamento giurisprudenziale che riconosce espressamente la sussistenza di una pluralità di reati di resistenza a pubblico ufficiale nel caso in cui la condotta di opposizione abbia a oggetto una pluralità di soggetti pubblici, risolvendo la questione sottoposta dalla Sesta sezione penale nel senso dell’esistenza di un concorso formale omogeneo di reati *ex art. 337 cod. pen.*

Di conseguenza, nel caso di specie, avendo l’imputato esercitato violenza e minaccia, nel medesimo contesto spazio-temporale, nei confronti di entrambi i pubblici ufficiali che stavano in quel momento svolgendo le proprie funzioni, l’aumento di pena conseguente all’applicazione dell’art. 81 cod. pen. (pur se in relazione alla diversa disciplina del reato continuato) doveva considerarsi legittimo.

7. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite alla *quaestio iuris* oggetto di controversia nel caso in esame appare condivisibile nel proprio risultato interpretativo, ma impone a nostro avviso alcune precisazioni in relazione al percorso argomentativo che le stesse hanno scelto di seguire.

La pronuncia qui oggetto d’analisi, infatti, sembra aver tentato di risolvere congiuntamente – e in maniera non del tutto soddisfacente – due problemi che, invece, sembrano distinti.

Da un lato, infatti, la questione che per prima merita attenzione è se la condotta di chi nello stesso momento (o in stretta prossimità temporale) si opponga a più pubblici ufficiali, mediante violenza o minaccia, integri uno solo o più reati di resistenza a pubblico ufficiale; dall’altro, laddove già si sia riscontrata la pluralità di reati, il secondo problema sta nel chiarire se essi configurino un’ipotesi di concorso formale o materiale (in quest’ultimo caso, eventualmente avvinti dalla continuazione *ex art. 81 cpv. cod. pen.*).

Tale commistione, in verità, è probabilmente imputabile già al modo in cui è stata formulata la stessa questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite, la quale faceva espresso riferimento alla condotta di resistenza posta in essere con “una sola azione”; e proprio in merito alla definizione del concetto di “azione unica” tanto la giurisprudenza di legittimità, quanto la maggior parte degli Autori che si sono occupati del tema tendono invero a *sovrapporre il piano dei criteri utilizzati al fine di sciogliere i problemi di unità o pluralità di reati con il piano della delimitazione dell’ambito di applicazione dell’istituto del concorso formale di reati rispetto al concorso materiale.*

Come infatti messo chiaramente in luce dalla dottrina più recente, criteri quali quello dell’identità del contesto spazio-temporale e dell’identità dello scopo sono stati inizialmente conati proprio per rispondere al problema del discernimento delle situazioni in cui, pur a fronte di una pluralità di “atti”, il reato si potesse ritenere unico: salvo poi essere quasi meccanicamente trasposti all’interno della disciplina di cui all’art. 81 comma 1 cod. pen., che, tuttavia di per sé presuppone proprio la pluralità di reati.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

Se, dunque, il criterio – di natura prettamente *giuridica* – della pluralità di offese a beni giuridici facenti capo a soggetti distinti ci appare idoneo a guidare la decisione nel senso della sussistenza di una pluralità di reati (anche se con le dovute precisazioni che saranno svolte di qui a breve), la differente questione della commissione di tali distinti reati con una sola azione o con più azioni, ai fini dell'applicabilità della disciplina del concorso formale o materiale, avrebbe certamente meritato una trattazione più chiara e approfondita: tanto più che, nel caso di specie, la formale contestazione mossa all'imputato era a titolo di continuazione, e dunque implicitamente riferibile a un concorso materiale di reati.

Si potrebbe difatti ritenere che, a fronte di una pluralità di condotte di minaccia e di violenza poste in essere nei confronti di soggetti diversi, ciò che rileva ai fini del riconoscimento di un concorso formale di reati debba essere, più che l'identità del contesto criminoso (criterio di cui s'è del resto denunciata la scarsa determinatezza, con riferimento al suo utilizzo in tema di unità-pluralità di reati), l'effettiva sovrapposizione delle azioni esecutive relative ai distinti reati.

8. Da ultimo, anche la scelta delle Sezioni Unite di rintracciare quale unico bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 337 cod. pen. l'interesse al regolare andamento della pubblica amministrazione non appare del tutto condivisibile.

In particolare, a giudizio della Corte ciascuna lesione della sfera individuale dei pubblici agenti coinvolti nella fattispecie delittuosa, pur considerata nella sua specificità, non può che riflettersi sulla più generale offesa dell'interesse pubblicistico, in virtù del rapporto organico che intercorre tra pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio e pubblica amministrazione.

Tale interpretazione, sebbene dichiaratamente muova dall'analisi delle caratteristiche della struttura del reato in questione, in realtà ci sembra non valorizzare appieno la tipicità delle condotte di violenza o minaccia descritte dalla norma incriminatrice: operazione intellettuale che, invece, appare necessaria se – come vigorosamente sostenuto da parte della dottrina – riteniamo fondamentale attribuire un contenuto univoco e uniforme all'interno del nostro ordinamento giuridico alle nozioni di violenza e minaccia quali peculiari modalità della condotta, di per sé descrittive di ben specifiche forme di offesa a beni giuridici.

In questo senso, ci pare impossibile non rintracciare quale elemento intrinseco di ogni condotta violenta posta in essere contro un individuo una precisa offesa al bene giuridico della sfera fisica individuale, offesa che certamente non può essere ritenuta interamente ricompresa nella lesione di un bene quale il buon andamento della pubblica amministrazione; similmente, la specificità della condotta di minaccia non può che essere la compromissione dell'integrità psichica e della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo.

In aggiunta a simili osservazioni, peraltro, ci pare difficile non notare come sia intrinsecamente contraddittorio argomentare la sussistenza di una pluralità di offese, aventi a oggetto soggetti passivi differenti, pur considerando il reato in questione come mono-offensivo; delle due infatti l'una: o si riconosce che il delitto di resistenza a pubblico ufficiale offende, accanto al generale interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, anche beni giuridici di natura prettamente personale, facenti capo ai pubblici agenti, o altrimenti si è costretti ad ammettere l'unicità della lesione al bene giuridico pubblicistico, sebbene questa si sia di fatto concretizzata nell'interferenza nel processo volitivo di una pluralità di soggetti chiamati ad agire in nome e per conto della pubblica amministrazione.

9. In conclusione, la qualificazione del delitto di resistenza a pubblico ufficiale quale reato pluri-offensivo ci sembra l'unica soluzione idonea a non svalutare né l'importanza di simili beni giuridici, dotati peraltro di rilievo costituzionale, né la scelta del legislatore di vincolare la fattispecie incriminatrice in questione a modalità della condotta tipiche, di per sé dotate di un intrinseco significato offensivo.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Anche seguendo questa differente strada, del resto, la soluzione della questione in esame sarebbe stata la medesima, dovendosi certamente riconoscere una pluralità di reati *ex art. 337 cod. pen.* nel caso in cui l'offesa al fondamentale bene dell'integrità-psicofisica riguardi individui differenti.

2. Condotta unica e riproducibilità dell'offesa nel delitto di resistenza a pubblico ufficiale, di D. Brunelli, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 3, 373.

Nota a sentenza: Cass. pen. Sez. Unite Sent., 22 febbraio 2018, n. 40981

Sommario: Tipicità unitaria o plurima al tempo della crisi della legalità - Il ritorno alla "struttura della fattispecie" - Unicità della condotta e "struttura della fattispecie" - Pluralità di lesioni o eventi omogenei - Rilevazione del bene tutelato e "struttura della fattispecie" - Il regolare funzionamento della pubblica amministrazione - Una motivazione tutt'altro che risolutiva - (Segue) nei richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale - (Segue) negli argomenti di contorno - Libertà di agire del singolo agente versus libertà di agire della pubblica amministrazione - Test di riconoscimento del concorso formale omogeneo: dal *ne bis in idem* processuale alla marginalizzazione delle qualificazioni multiple - Residualità dei casi di tipicità plurima omogenea - Conclusione

Tipicità unitaria o plurima al tempo della crisi della legalità

Nel breve volgere di un anno le Sezioni Unite si pronunciano per la terza volta sul tema della tipicità unitaria o plurima, occupandosi, in questa occasione, non già del rapporto tra fattispecie criminose, come nelle altre due sentenze del 2017, **bensi del classico problema dell'unicità o pluralità di violazioni, quando è in discussione la stessa disposizione di legge.**

Il caso propone un contrasto di vedute che circola da sempre nei massimari giurisprudenziali, con pronunce contrastanti anche della stessa Sezione della Corte: **quello della resistenza opposta a due o più agenti pubblici, i quali insieme stanno compiendo uno stesso atto d'ufficio o di servizio.**

Una o due violazioni contestuali dell'art. 337 c.p.?

La questione, che riveste come al solito una limitata portata pratica in termini di quantificazione sanzionatoria, coinvolge tuttavia strumenti esegetici tradizionali, che evocano suggestioni e polemiche culturali di un certo respiro, **quali il concetto di azione unica e la rilevazione del bene giuridico oggetto di tutela.**

La sentenza in commento, nel rispondere al quesito in maniera risoluta a favore della pluralità dei reati (tipicità plurima omogenea), intende porsi in linea di continuità con il principio ispiratore che ha caratterizzato la giurisprudenza del Collegio riunito per almeno un decennio(1), e in particolare le due sentenze immediatamente precedenti, poiché dichiara di condividere la rivendicazione del deciso recupero **del valore fondante della fattispecie nella sua dimensione strutturale,** in una stagione viceversa burrascosa per il principio di legalità-tipicità e favorevole all'irruzione di creazioni giurisprudenziali preterlegali, alimentate da atmosfere sostanzialistiche irrispettose dei dati letterali(2).

In effetti, tale prospettiva aveva già ispirato la sentenza relativa al problema del rapporto tra malversazione e truffa, nella quale erano stati nuovamente messi al bando i criteri "sostanzialistici" (consunzione, assorbimento, ante-fatto o post-fatto non punibile) di asseverazione del concorso apparente di norme, tacciati di fondarsi su "elementi incerti quale dato di discriminazione, come l'identità del bene giuridico tutelato dalle norme in comparazione e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, di non univoca individuazione, e per questo suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti"; sulla base di tali premesse, la Corte aveva ritenuto che il fenomeno della tipicità unitaria, al di là delle clausole espresse di riserva, **si esaurisse tutto nel più sicuro spettro del principio di specialità, "anche nelle più ampie declinazioni della specialità bilaterale", nella direzione della salvaguardia del principio di legalità pur se, come nella specie, non a favore del reo(3).**

Ed analoga preoccupazione di tenuta del perimetro formale della fattispecie, stavolta a favore del reo e della soluzione unitaria, aveva indirizzato la successiva sentenza in materia di detenzione e porto di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

armi, in cui la Corte riunita aveva tratto rigorose ed inaspettate conseguenze dalla premessa che non si potesse avere il concorso dei reati sol perché le norme in comparazione tutelano beni giuridici diversi, essendo invece unicamente determinante - ancora una volta - il rapporto strutturale tra le relative fattispecie, nella chiave logico-formale del principio di specialità(4).

Invero, la tematica della comparazione di norme differenti, sia nella dimensione della coesistenza, sia in quella della intertemporalità, impegna l'interprete a pronunciarsi preliminarmente sulla praticabilità delle aperture "sostanzialistiche" **al ne bis in idem**(5), le quali spesso comportano anche soluzioni a sfavore del reo (più offese ergo più reati), sicché la materia si presta ad ospitare gli echi del dibattito sulla tenuta della legalità formale e sulla sua odierna crisi; invece, il contiguo dilemma dell'applicazione unica o plurima della medesima norma incriminatrice, su cui si cimenta la sentenza in commento, non sembra a tutta prima implicare siffatte opzioni metodologiche di fondo.

Qui la "procedura" sembra più univoca: **richiede di precisare dapprima i criteri identificativi dell'unicità della condotta, perché il riscontro nel concreto di una pluralità di condotte porta pressoché automaticamente alla diagnosi della pluralità dei reati**(6); di seguito, impone la necessità di immettersi nel territorio "infido" del contenuto offensivo del reato, alla stregua del quale conteggiare le offese (eventi in senso giuridico) arrecate da quell'unica condotta posta in essere dal reo. Non essendo pensabile, né essendo stato proposto altro, più affidabile, criterio solutore, l'interprete non ha a disposizione lidi sicuri, ma stavolta dovrà muoversi guardingo sul limitare della legalità formale e - in assenza di soluzioni espresse da parte del legislatore - sciogliere l'enigma necessariamente attraverso la messa a fuoco del contenuto offensivo del reato e, quindi, dovendo obtorto collo contare sul discusso strumento del bene giuridico.

Il ritorno alla "struttura della fattispecie"

In tali casi l'esperienza porta a ritenere che ogni soluzione dell'enigma sia tutto sommato plausibile sol che venga ben motivata, e ciò equivale a dire che la bontà dell'esercizio logico condiziona in maniera decisiva l'apprezzabilità del conclusum. Più in generale, verosimilmente, si tratta di casi in cui il diritto basato sull'efficacia del segno linguistico mostra limiti obiettivi, la portata dei quali è comunque mitigata dalle ridotte conseguenze pratiche del dilemma.

Ora, mentre il giurista tende a illustrare tali questioni "aperte" avendo come principale cura quella di segnalare la tenuta del discorso argomentativo, il giudice, per il suo ufficio, è chiamato a decidere il caso, a sciogliere l'alternativa, prendendo posizione sulla bontà del suo narrato e sugli errori di quello avversato: non può permettersi cautela e disincanto, ma gli è richiesta una qualche dose di sicumera e discernimento. Ancor maggiore ostentazione ci si attende dalle Sezioni Unite, le quali, non potendosi qui consentire, con un dilemma di tal fatta, la soluzione di compromesso a cui talvolta hanno abituato la platea, debbono munirsi di sciabola e menar fendenti alla soluzione infine soccombente.

La sentenza in commento percorre plasticamente questa strada, districandosi con agilità in labirinti dogmatici, su cui generazioni di giuristi - non solo italiani - si sono esercitati, ed esibendo determinazione pari solo alla sinteticità espositiva a cui viene affidata la verve liquidatoria delle tesi avverse. Lo strumento designato per accompagnare l'interprete nel percorso è - come anticipato - quello della "struttura della fattispecie", sulla cui virtualità si fa assegnamento per sconfiggere le sirene fallaci, sia degli apriorismi che affiorano nei ragionamenti attorno al bene giuridico, sia dei discorsi condizionati dalle variabili "fenomeniche" del fatto concreto. Vedremo di seguito se il richiamo al vessillo della "articolazione strutturale del testo", che nella attuale temperie culturale acquisterebbe le sembianze di una affascinante sfida sui principi, possa davvero rendere solida la soluzione proposta, o se, al contrario, date le premesse, non finisca per risolversi in una declamazione autoreferenziale.

Unicità della condotta e "struttura della fattispecie"

Cominciamo, dunque, a passare in rassegna le cadenze motivazionali della sentenza. L'incipit illustra che il primo problema relativo all'unicità o pluralità delle condotte nella specie neppure si pone,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

poiché l'itinerario processuale aveva dissolto l'originaria prospettazione della continuazione (art. 81, comma 2, c.p.) tra reati ritenuta dal Tribunale, avendo la Corte d'Appello chiarito che il termine "continuazione" era stato impropriamente designato per rappresentare la pluralità degli illeciti e non delle condotte. I giudici di appello avevano, dunque, scorto nella vicenda un'unica condotta, poiché le minacce e le violenze si erano manifestate in unico contesto spazio-temporale e con unica finalità oppositiva, e di questa precisazione beneficia subito il quesito sottoposto alle Sezioni Unite, che pone l'unicità della condotta come premessa e non come una delle incognite.

Come si è accennato, **talvolta il dilemma unità-pluralità di reati sfuma di fronte alla constatazione della pluralità delle condotte** riscontrabili nell'accadimento concreto, ma nel caso di specie tale commodus discessus non era praticabile.

Sul punto però la Corte, non appagandosi di una salomonica presa d'atto - peraltro del tutto giustificata data l'asperità del programma da svolgere in seguito - non resiste alla tentazione di sviluppare una impegnativa e sorprendente precisazione, verosimilmente per testare sin da subito le capacità dello strumento che si propone di valorizzare: la "struttura della fattispecie". Infatti, dopo aver ricordato che il connotato unificante del concorso formale, in entrambe le versioni (eterogeneo ed omogeneo), consiste nell'unicità della condotta da apprezzarsi su base "naturalistica" (contestualità degli atti ed unicità del fine), la motivazione precisa che "a scanso di ambiguità, **l'apprezzamento di tali caratteri (contestualità degli atti ed unicità del fine) deve essere effettuato attraverso un raffronto rigoroso e costante della fattispecie astratta descritta dalla norma"**.

A prima vista sembra una precisazione scontata, che - peraltro - è in linea con la maggioranza delle opinioni espresse in dottrina(7); ma, a pensarci meglio, sarebbe stato preferibile un qualche ulteriore chiarimento, in luogo di uno stentoreo obiter dictum. Con questa proposizione, infatti, **la Corte esclude che il tema dell'unicità della condotta nel concorso di reati dipenda esclusivamente dalle peculiarità dell'accadimento concreto, per sostenere, invece, che la nozione pesca sì da premesse fattuali, ma si risolve pur sempre in qualificazioni giuridiche.**

La ricaduta in termini pratici è la seguente. Se Tizio offende l'onore di un pubblico ufficiale mentre compie un atto del suo ufficio e subito dopo lo minaccia, egli compie (non una ma) due azioni, poiché muta la qualificazione giuridica dei due "atti" posti in essere contestualmente e con unico fine (il primo alla stregua dell'oltraggio, il secondo alla stregua della resistenza); trattandosi di due azioni (tipiche) è poi pacifico che sussistano due distinti reati, eventualmente legati dalla continuazione (art. 81, comma 2: due azioni "anche in tempi diversi", ma non necessariamente). **Se, invece Tizio, dapprima minaccia quel pubblico ufficiale e subito dopo usa violenza contro di lui per opporsi all'atto mentre esso viene compiuto, data l'unicità di contesto e di fine e data l'unicità della fattispecie di "raffronto", l'azione rimane unica e unico resta il reato di resistenza.**

La soluzione di per sé potrebbe lasciare perplessi; ancor di più se si considera che sono facilmente prospettabili casi dubbi sul piano della qualificazione giuridica. Si pensi, ad esempio, allo "sputo", che costituisce la cd. ingiuria reale, al confine tra l'oltraggio e la violenza: se allo sputo segue subito dopo una minaccia, si tratterà di una condotta unica o plurima a seconda delle opzioni qualificatorie del preliminare contegno.

In effetti, anche per semplicità, a differenza di quel che sbrigativamente opina la Cassazione, sembra più lineare una costruzione che colga nel concorso formale una combinazione felice tra fatto e diritto, ciascuna delle due dimensioni incarnata dalle due componenti dell'istituto: dal fatto (contesto e sequenza temporale serrata) dipende il numero delle condotte, dal diritto (qualificazione giuridica) il numero dei reati(8).

Si aggiunga che, a rigore, sarebbe peraltro impossibile usare il criterio patrocinato dalla Cassazione nell'ipotesi del concorso formale eterogeneo, poiché a fronte di differenti "fattispecie astratte" non potranno che rinvenirsi differenti azioni, oggetto del "rigoroso controllo", mentre quel tipo di azione unica già giuridicamente qualificata sembra configurabile solo nell'ipotesi del concorso formale

omogeneo; il che è in evidente contrasto con la lettera del comma 1 dell'art. 81, che riferisce la unicità delle azioni sia alla stessa che a diversa "violazione di legge"(9).

Il tema è comunque molto studiato in dottrina e avrebbe meritato una trattazione più che un semplice monito, una volta che si era scelto il rilascio di quella impegnativa "precisazione".

Pluralità di lesioni o eventi omogenei

Con il passaggio successivo si entra finalmente in medias res. Sostiene la Corte che si ha concorso formale omogeneo - quello che interessa nella specie - **quando "il bene tutelato sia leso più volte da una azione che, sul piano fenomenico, diviene causa di una pluralità di lesioni o eventi omogenei"**.

Inevitabile anche per chi intenda riferirsi solo alla dimensione strutturale del reato - come abbiamo evidenziato in premessa - dover maneggiare l'ordigno talvolta infido del "bene tutelato" quando si tratti di stabilire se una unica condotta abbia violato più volte la stessa disposizione di legge, perché - ammette la Corte - solo una moltiplicazione di eventi offensivi dello stesso tipo, anche eventualmente non consacrati in altrettanti eventi naturalistici, può generare la pluralità dei reati(10).

Nonostante ciò, tuttavia, la Corte mette le mani avanti e soffoca sul nascere qualunque ipotesi di apertura a criteri o considerazioni diversi rispetto alla rigorosa attenzione alla morfologia del "modello normativo". Si legge, infatti, che questo necessario passaggio circa l'unicità o la molteplicità degli eventi "giuridici" deve avvenire "riscontrando, sulla scorta del modello normativo, l'esistenza di plurime violazioni della medesima disposizione di legge, non essendo necessaria alcuna ulteriore specifica indagine circa la rilevanza dell'interesse tutelato dalla norma".

Il bene giuridico, dunque, deve essere semplicemente "estratto" dalla fattispecie, ma poi non si presta ad essere soppesato; è sufficiente ai fini della pluralità dei reati che si riscontri una pluralità delle offese, quale che sia la relativa importanza del bene. Il riferimento critico è a quella nota corrente di pensiero che invece consentirebbe la moltiplicazione solo in caso di offesa a beni altamente personali, negandola negli altri casi(11), e la chiusura, in questo senso, è motivata dalla circostanza che una simile distinzione non è fondata "sul piano normativo" ed inoltre genera incertezze applicative.

Si tratta, a ben vedere, di un secondo obiter dictum, dal momento che l'orientamento giurisprudenziale che si esprime a favore della unicità del delitto di resistenza a pubblico ufficiale nel caso di specie non impiega siffatta distinzione, ma si fonda sul rilievo della dimensione superindividuale del bene offeso, piuttosto che sulla sua natura non altamente personale; in altri termini, non si tratterebbe di una pluralità di offese a un bene non altamente personale (come nel caso di reato contro il patrimonio), ma di una offesa unica, pur coinvolgente due (o più) soggetti passivi distinti(12).

Anche in questa ulteriore "precisazione", non propriamente rilevante, ma sempre dettata dalla prospettiva programmatica del ritorno al solido terreno della "fattispecie", il rapido cenno motivazionale appare tutt'altro che convincente. **Se, in effetti, la censurata distinzione di origine dottrinale tra bene personale e bene non altamente personale non trova riscontro in sicuri elementi normativi, ciò non significa, tuttavia, che la stessa sia foriera di maggiori incertezze rispetto a quelle derivanti dalla opposta tesi, sposata senza tentennamenti dalla Cassazione.**

Come è noto, infatti, la distinzione è sorta dalla necessità di risolvere i casi dubbi riferiti alle offese patrimoniali e l'espressione "beni non altamente personali" risulta praticamente equivalente a "beni della persona non patrimoniali"; dunque, nessun "alone di incertezza nel giudizio di concretizzazione della fattispecie tipica": **un ladro che entra in una scuola e ruba le merende degli alunni mentre questi si trovano in giardino commette un solo furto e non un numero di furti equivalente a quello dei soggetti passivi, ciascuno dei quali, tuttavia, si potrà costituire parte civile nel relativo processo. È piuttosto la tesi avversa che genera il menzionato "alone di incertezza" applicativa, perché nei delitti contro il patrimonio sovente si moltiplicano i soggetti passivi, con uno scenario affollato di proprietari, possessori, detentori delle cose mobili o dei beni. Non è facile, per**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 17 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

esempio, stabilire quanti furti commette un ladro che sottragga valige in un deposito di bagagli alla stazione; ed è ancor più difficile, nella prospettiva della pluralità dei reati di furto, stabilire cosa accada qualora lo stesso ladro usi violenza contro il guardiano del deposito prima di darsi alla fuga, perché bisognerebbe capire quanti e quali furti si trasformano in rapina impropria (art. 628, comma 2, c.p.), e se dopo tale trasformazione la pluralità dei reati ancora sussista(13).

Insomma, salvo riprendere il discorso, non sembra che la tesi che fa sempre coincidere i soggetti passivi della stessa condotta con il numero dei reati da essa generati, anche in caso di offese a beni non altamente personali, riduca i margini di incertezza applicativa del concorso formale.

Rilevazione del bene tutelato e "struttura della fattispecie"

Dopo queste due improvvide e comunque fugaci "precisazioni", è tempo di tornare al cuore del problema. Il **tema da affrontare è, dunque, quello della individuazione-estrazione del bene tutelato, poiché solo dopo aver esattamente messo a fuoco tale elemento si potrebbe stabilire se quell'unica condotta abbia prodotto uno o più eventi lesivi.**

In effetti, il contrasto di orientamenti a cui l'intervento delle Sezioni Unite deve mettere riparo riguarda proprio la diversa ricostruzione del **bene tutelato** nel delitto di resistenza a pubblico ufficiale: **chi sostiene l'unità, giura che il contenuto offensivo del reato si risolve nell'ostacolo all'esecuzione dell'atto, mentre l'aspetto dell'integrità psico-fisica del pubblico ufficiale incaricato della sua esecuzione assumerebbe un rilievo collaterale; chi opta per la pluralità, premesso che la pubblica amministrazione agisce per mezzo di persone fisiche, ritiene che ciascuna di esse nel reato di resistenza è destinataria di altrettante e distinte offese al libero espletamento della propria attività di ufficio o servizio(14).**

È anche e soprattutto a proposito di tale tema che la sentenza ribadisce l'opzione metodologica del saldo **riferimento agli elementi strutturali della fattispecie**, premettendo che "occorre in primo **luogo esaminare la struttura della fattispecie**, e, attraverso essa, rinvenire, secondo la ratio della disposizione ma avuto riguardo comunque alla descrizione normativa della condotta incriminata, l'interesse protetto dall'art. 337 c.p.", e aggiungendo che allo scopo è necessario tener conto della "articolazione strutturale [...] dell'illecito come emergente dal testo dell'art. 337, [...] oltre che d[e]lla collocazione sistematica e d[e]lla intitolazione dell'articolo".

Che il bene giuridico debba essere individuato per il tramite di una interpretazione letterale e sistematica della norma può apparire scontato, ma, anche su tale passaggio, non mancano riferimenti critici a tesi che si ritengono contrapposte. **In particolare, si censura l'idea che il punto di partenza dell'esegesi possa ravvisarsi in una aprioristica posizione del bene giuridico alla luce della quale compiere l'interpretazione della norma, poiché tale metodica non sarebbe conforme alle regole dell'interpretazione e genererebbe il "vizio logico di confondere oggetto materiale e oggetto giuridico della tutela".** Proprio in tale passaggio viene evocato l'immediato precedente delle Sezioni Unite su detenzione e porto d'armi, come espressivo del "ripudio" di una esegesi che "debba partire dall'individuazione del bene protetto".

Si tratta di un passaggio forse troppo sintetico, in cui tuttavia non risulta chiarita la pertinenza della polemica rispetto al caso di specie. Il bene giuridico, nella dottrina tradizionale, è bensì considerato **un'entità preesistente alla norma, che orienta e legittima le scelte di incriminazione; ma la stessa dottrina chiarisce come, una volta effettuate tali scelte per il tramite di una fattispecie legale, l'entità di riferimento sia abilitata a fungere da strumento (non più critico, ma) esegetico, se e nei limiti in cui la sua dimensione risulti refluita all'interno della norma positiva(15).** Nessuno pretende di individuare il bene protetto da una norma al di fuori o contro di essa, se non in una prospettiva *de iure condendo*(16); semmai si è osservato - come noto - che a un simile paradigma potrebbe imputarsi il difetto del circolo vizioso, dato che l'interprete pretenderebbe di rilevare il bene dallo stesso testo normativo che poi verrebbe interpretato alla luce di quel bene, **finendo per tale via per contestare alla base la stessa correttezza metodologica della funzione interpretativa del bene giuridico(17).**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 18 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Ma nello specifico contesto, non si tratta di rispolverare tale antica polemica, dal momento che è la stessa Corte a **dar per scontato che occorra individuare il bene protetto dall'art. 337 per risolvere il quesito che le è stato posto**. Basti osservare, comunque, che invero, in relazione all'art. 337, le varie ipotesi avanzate in dottrina e in giurisprudenza circa le sembianze del bene tutelato sembrano attenersi a tale criterio, poiché **la formulazione della fattispecie contiene riferimenti sia a possibili beni individuali, sia a possibili beni superindividuali**.

Anche questa ulteriore messa in guardia dall'apriorismo concettuale, dunque, sembra superflua.

Il regolare funzionamento della pubblica amministrazione

In effetti, la Corte sembra rendersi conto che l'avvertenza metodologica non consente di effettuare alcuna scrematura delle ipotesi in campo, ed ecco che il ragionamento si fa più stringente.

Viene posto l'accento sulla centralità del dato modale che figura nella fattispecie dell'art. 337, consistente in una **condotta di violenza o minaccia**, teleologicamente orientata, e diretta ad "impedire o turbare la libertà di azione del soggetto passivo"; l'altro elemento connotante la fattispecie, che descrive il **soggetto passivo nel "mentre compie un atto di ufficio o servizio"**, avrebbe, invece, solo la funzione di "circoscrivere[e] la rilevanza [della condotta] nell'ambito di un obiettivo nesso funzionale e di un determinato arco temporale".

Così costruita all'interno della fattispecie una sorta di gerarchia fra elementi costitutivi del fatto, si richiama a conforto una pronuncia della Corte costituzionale del 1996, proprio in tema di art. 337 c.p., che evidenzerebbe "l'esistenza di una compenetrazione tra la persona fisica del pubblico ufficiale e la pubblica amministrazione per la quale quello agisce"(18).

Sulla base di tali elementi l'individuazione-estrazione del bene tutelato - secondo la sentenza che si commenta - è presto fatta: si tratta del c.d. "regolare funzionamento della pubblica amministrazione", nozione che **identificherebbe una entità diversa, sia dall'integrità psico-fisica della persona del pubblico ufficiale, sia dall'interesse obiettivo al compimento dell'atto d'ufficio**. Infatti, posto il rapporto organico che lega l'agente alla pubblica amministrazione, **la persona fisica diventa essa stessa pubblica amministrazione**, "costituendo lo strumento della sua estrinsecazione nel mondo giuridico tanto sul piano volitivo che su quello esecutivo", **con la conseguenza che il regolare andamento della pubblica amministrazione richiede "anche la mancanza di interferenze nel procedimento volitivo ed esecutivo di colui che, incardinato nella amministrazione, la personifica essendo espressione di volontà di quest'ultima"**.

Concepito in tali termini il bene giuridico che "si ricava" dalla fattispecie, sussisterebbe una singola offesa per ciascuno dei soggetti coinvolti dall'azione minacciosa o violenta, risultando più volte turbato il regolare andamento della p.a., anche a fronte dell'identità dell'atto che si sta compiendo(19). Tale conclusione troverebbe il conforto del dato letterale, che descrive la condotta tipica e l'oggetto materiale su cui ricade: "un" pubblico ufficiale equivale a "ciascun" pubblico ufficiale, fa notare la sentenza; inoltre, sarebbe confermata sul piano sistematico dalla nozione di pubblico agente che si ricava dall'art. 357 c.p., la quale "esclude l'esistenza di un'alterità tra persona incardinata nella p.a. e quest'ultima".

Si sarebbe con ciò descritta un'operazione di mera "rilevazione" del bene giuridico dalla fattispecie criminosa, rigorosamente attenta al metodo strutturale, e dunque al riparo da precomprensioni assiologiche o da opzioni non controllabili giuridicamente.

L'ultima parte della motivazione si dedica innanzitutto alla critica della tesi avversa, che costruisce la tutela in funzione dell'interesse obiettivo al compimento dell'atto. Essa viene liquidata con la considerazione che non avrebbe il conforto del dato testuale (non tiene "conto della descrizione dell'illecito come configurato dal testo della norma" e non evoca "argomenti idonei a superare la lettera della legge").

Due passaggi finali sono destinati a "confutare" gli argomenti contrari. In primo luogo, quello per cui **la tutela della persona fisica del pubblico agente sarebbe comunque riconducibile ad altre norme**, mentre il delitto di resistenza assorbe solo il minimo di violenza in cui si manifesta la condotta

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 19 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

oppositiva. Tale circostanza dovrebbe - in linea logica - escludere che la figura in questione tuteli nuovamente la persona del pubblico agente, e avvalorare l'opposta tesi che è l'interesse al compimento dell'atto il cuore del contenuto offensivo dell'incriminazione. L'argomento è però sorprendentemente liquidato con una "scrollata di spalle", poiché, per le Sezioni Unite la conclusione patrocinata circa la centralità della tutela della persona possiede la forza insuperabile che le imprime la lettera della legge, e quindi qualunque opinione contraria si porrebbe in contrasto con essa.

In secondo luogo, si esamina il possibile argomento contrario, ricavabile dal confronto tra la norma in esame e la contigua figura della violenza o minaccia a organo collegiale (art. 338 c.p.), punita più gravemente in astratto. Si potrebbe, infatti, sostenere che sarebbe irragionevole sovvertire tale valutazione di maggiore gravità, applicando in concreto una pena maggiore al soggetto che agisce contro i singoli, in quanto autore di più reati, rispetto al soggetto che agisce contro un organo collegiale, composto da più soggetti passivi, che invece ne commetterebbe uno solo; ma, secondo le Sezioni Unite, l'obiezione deve essere respinta perché non tiene conto che nell'art. 338 "è prevista la violenza o la minaccia verso l'unità indistinta dell'organo collettivo, oggetto di aggressione, piuttosto che la tutela dei singoli componenti", e, dunque, le due norme non sarebbero paragonabili.

Una motivazione tutt'altro che risolutiva

Un argomento serrato, asciutto e vigoroso, dal quale non trapelano dubbi e incertezze, diverso da altre sentenze, anche recenti, delle Sezioni Unite, in cui invece emergevano contesti fortemente problematici e la testimonianza di decisioni sofferte e laceranti.

Ma, siamo davvero al cospetto di un prodotto che raggiunge uno standard di plausibilità in grado di conferire autorevolezza alla tesi prescelta? Siamo davvero di fronte ad un interprete che si è limitato a "rilevare" la soluzione dal testo della norma, rifiutando le insidie della tesi avversa che invece estrae la soluzione da apriorismi concettuali, privi di base legale?

La risposta a tali interrogativi è negativa, perché, a ben vedere, anche al netto degli estemporanei obiter dicta, la **motivazione che abbiamo passato in rassegna mostra di sorreggersi su quelle stesse basi di argilla, che accredita alla tesi avversa.**

Innanzitutto per gli argomenti centrali. Ammesso che, dall'operazione di individuazione del bene protetto, si possa passare meccanicamente al conteggio degli eventi lesivi scaturiti dalla condotta dell'agente, si è già evidenziato come l'aver ravvisato la centralità della struttura della fattispecie attorno alla condotta violenta o minacciosa nei confronti del singolo agente pubblico, e della sua libertà di decidere ed eseguire per conto della pubblica amministrazione di cui egli è organo, costituisca niente altro che il prodotto della petizione di principio che pretende di disporre in ordine gerarchico elementi fattuali apparentemente collocati sulla stessa linea.

In particolare, non sarebbe di per sé implausibile affermare che l'estremo fattuale riferito al contestuale compimento dell'atto dell'ufficio o del servizio costituisca un secondario connotato di rilevanza temporale dell'offesa tipica, come sostiene la sentenza; ma una simile affermazione suppone che già si conosca in che cosa consiste tale offesa, vale a dire che solo "aprioristicamente" e al di fuori della fattispecie si sia "partiti" dall'individuazione del bene e si sia incentrata su di essa l'interpretazione della norma. **In questo senso, il vizio di fondo che si annida nel cuore della motivazione svolta dal Supremo collegio coincide proprio con quello che si vorrebbe scongiurare: la graduatoria tra elementi strutturali della fattispecie è un predicato dell'opzione sul bene giuridico e non viceversa.**

Del resto, si potrebbe sostenere al contrario, quantomeno con pari dignità logica, che quel dato temporale ("mentre compie"), lungi dal costituire un ammeniccolo secondario, incarni proprio le peculiarità di una tutela che, altrimenti, sarebbe rivolta solo alla persona fisica dell'agente, alla sua libertà morale e/o alla sua integrità; si potrebbe osservare che in tanto un'offesa a tali beni individuali si trasforma in una offesa qualificata al bene superindividuale, senza esaurirsi in essa, in quanto sussista l'interesse pubblico al compimento dell'atto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 20 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

Sul piano sistematico, si potrebbe rilevare che si tratta dello stesso interesse che sta alla base dell'incriminazione del delitto di violenza o minaccia di cui all'art. 336 c.p., e che il dato temporale segna soltanto l'elemento differenziale con tale fattispecie; in un caso si tratta di violenza costrittiva dove l'atto, da compiersi in futuro, costituisce la finalità dell'azione, nell'altro caso (art. 337) si tratta di violenza oppositiva occasionata dall'attualità del compimento dell'atto(20).

Né - inoltre - è fondato il supporto che le Sezioni Unite pensano di ricavare dall'art. 357 c.p., perché dalla storia della norma, che racconta di una nozione "soggettiva" di agente pubblico (conta il rapporto di dipendenza), trasformatasi con la riforma del 1990 in una nozione "oggettivata" (conta la regolamentazione pubblicistica dell'attività svolta), si desume semmai il contrario; vale a dire che la tutela penale del pubblico ufficiale non si rannoda alla sua persona, ma alla natura della sua attività, e, dunque, dell'ufficio o servizio che è chiamato a svolgere.

Quanto al piano letterale, la sentenza sviluppa un argomento che, sia pure marginalmente, valorizza il riferimento all'"un" agente pubblico, come se la norma volesse riferirsi a "ciascuno" di essi; qui basterebbe replicare notando che soggetto passivo della condotta può essere anche il privato che, richiesto dal funzionario, gli presta assistenza, e che in proposito il legislatore si affida, invece, ad un pronome declinato al plurale ("coloro"). Se davvero si dovesse assegnare valore decisivo a tali indicazioni, ne discenderebbe paradossalmente che quando vengono coinvolti nella condotta tipica più soggetti privati richiesti dal pubblico agente il reato rimane unico con riferimento a costoro, moltiplicandosi solo se e quando più siano i soli pubblici agenti.

Il paradosso si accresce, poi, ponendo attenzione al dato testuale dell'art. 53, comma 2, c.p., in cui pure compare un privato che legalmente richiesto presta assistenza al pubblico agente, con un riferimento letterale, invece, al singolare ("qualsiasi persona").

È evidente, quindi, che in realtà si tratta di un argomento di nessun peso, poiché non si possono basare conclusioni così impegnative su equivoche variabili grammaticali del testo normativo.

(Segue) nei richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale

Né miglior sorte arride al richiamo della pronuncia della Corte costituzionale del 1996, che la sentenza contiene, dalla quale si dovrebbe desumere - come visto - la "compenetrazione tra la persona fisica del pubblico ufficiale e la pubblica amministrazione per la quale quello agisce".

In realtà basta rileggere le rapide motivazioni di quella ordinanza per avvedersi del contrario, vale a dire che secondo la visione del Giudice delle leggi "a differenza di quanto si verifica nel delitto di oltraggio, nel reato di resistenza non viene in preminente considerazione il diritto personale del cittadino investito di pubblica funzione al rispetto della propria dignità e libertà privata, bensì il diritto-dovere della stessa pubblica amministrazione di non subire intralci nell'assolvimento dei suoi compiti".

Tale rilievo consentiva alla Corte di liquidare come non pertinenti le considerazioni svolte a proposito della concezione "ormai tramontata [...] dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini" espressa dalla comminatoria editale del delitto di cui all'art. 341 c.p., all'epoca vigente, e di ritenere che invece nell'art. 337 fosse giustificata la "maggior offesa arrecata alla pubblica amministrazione da una condotta volta ad impedire con violenza o minaccia l'attuazione della sua volontà".

Ma che tale volontà fosse quella del pubblico ufficiale demandata ad attuarla e non quella obiettivamente formatasi all'interno dell'organismo pubblico costituisce una illazione che non si ricava da quel testo e dalla logica della decisione assunta dalla Corte, semmai espressiva di una concezione che ravvisa nell'art. 337 una tutela del tutto trascendente l'individuo, quindi insuscettibile di essere replicata in funzione del numero degli esecutori.

(Segue) negli argomenti di contorno

Tutto quanto precede fa pensare che, nonostante le aspettative sorte dall'invocato "ritorno alla fattispecie", in alternativa alla lettura proposta dalla sentenza delle Sezioni Unite, con altrettanta plausibilità sia possibile scorgere, impressa nella stessa fattispecie, la conclusione che comunque a un unico atto d'ufficio corrisponda un'unica offesa, anche se i soggetti coinvolti dalla condotta

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 21 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

oppositiva siano più d'uno; che, dunque, il monito ad abbandonare apriorismi e precomprensioni, lungi dal fornire all'interprete una soluzione univoca prêt-à-porter, lasci le cose esattamente come stanno, cioè con una alternativa tutta da sciogliere.

Né la tesi sostenuta nella sentenza pare acquisti maggior fondatezza nella parte in cui vengono esposti (invero sinteticamente) gli argomenti di contorno.

Quanto al tema del rapporto con i reati contro la persona, i sostenitori della tesi unitaria fanno notare che la tutela individuale dell'agente è rimessa alle concorrenti norme penali eventualmente integrate dal comportamento aggressivo del resistente, le quali si prestano ad essere applicate più volte nei casi in cui vi sia una pluralità di soggetti pubblici coinvolti. Non v'è dubbio che, se invece si dovesse ritenere che il delitto di resistenza assorbe anche i delitti contro la persona, sarebbe più difficile optare per la tesi unitaria in caso di coinvolgimento di più agenti pubblici.

Ciò posto, l'osservazione contenuta nella sentenza, con la quale si fa notare che solo il delitto di percosse viene assorbito dal quello di resistenza, non sembra di per sé in grado di inficiare il valore della considerazione, poiché rimarrebbe comunque in capo alla tesi della pluralità l'onere di spiegare come mai la persona del pubblico ufficiale viene tutelata due volte: prima come individuo, e poi come espressione individualizzata della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, quanto al raffronto con la tutela del soggetto pubblico di natura collegiale, ex art. 338 c.p., la replica all'argomento che fa notare l'irragionevolezza di un incremento sanzionatorio in caso di offesa a una pluralità di soggetti non costituita in collegio si risolve in un paralogismo: la Corte osserva che nell'art. 338 si tutela l'organo collegiale e non i "singoli componenti", ma ciò costituisce proprio quello che si dovrebbe dimostrare, non la logica premessa del raffronto. Se si colloca anche la tutela dell'art. 338 nell'orbita dell'atto dell'ufficio, la maggior pena è correlabile alla maggiore importanza dell'organo e, presuntivamente, delle funzioni svolte, mentre, collocando anche l'art. 337 nella stessa prospettiva, non si spiegherebbe un sovertimento determinato dalla circostanza, non così rilevante, che più siano i soggetti pubblici coinvolti. In definitiva, anche gli esiti del raffronto con la pena prevista per il reato di violenza o minaccia a un organo collegiale, dipendono dalle conclusioni a cui si perviene in relazione al contenuto offensivo dell'art. 337, ma non possono in alcun modo incidere su di esse.

Omissis.

Argomento 11

APPROFONDIMENTO TEMATICO

Concorso apparente di norme e concorso di reati eterogeneo. Il rapporto tra truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e il reato di malversazione in danno dello Stato.

A. Schema per punti

1. Concorso di reati e concorso apparente di norme: teoria monista e teorie pluraliste. 2. Il rapporto tra truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e malversazione in danno dello Stato. 2.1. Prima tesi. 2.2. Seconda tesi. 2.3. Posizione delle Sezioni unite.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo dell'approfondimento tematico.

B. Giurisprudenza

1. Il principio di specialità come unico criterio in materia di concorso apparente di norme. Il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis cod. pen.) concorre con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis cod. pen.): **Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n.20664.**

Omissis.

Il quesito trova la sua origine nella presenza di due contrapposte interpretazioni delle disposizioni richiamate.

Per la prima, si esclude un rapporto di specialità tra due reati e si ritiene il concorso delle fattispecie (Sez. 2, n. 29512 del 16/06/2015, Sicilfert s.r.l., Rv. 264232; Sez. 2, n. 43349 del 27/10/2011, Bonaldi, Rv. 250994; Sez. 6, n. 4313 del 02/12/2003, dep. 2004, Gramegna, Rv. 228655; Sez. 1, n. 4663 del 07/11/1998, Saccani, Rv. 211494; Sez. 6, n. 3362 del 15/12/1992, Scotti, Rv. 193155), in ragione della mancanza di identità degli interessi protetti.

L'eventuale concomitanza dei due comportamenti, l'uno preso in considerazione dalla truffa, antecedente al conseguimento dei fondi pubblici e riguardante la fase percettiva della provvidenza economica, in cui la previsione del reato è funzionale alla tutela del patrimonio pubblico, l'altro, punito dall'art. 316 bis c.p., successivo a tale momento, riguardante la fase esecutiva del progetto finanziato, limitata a tutelare l'interesse pubblico che l'erogazione intende perseguire, non vale a caratterizzare la prima o la seconda delle due ipotesi delittuose come speciale rispetto all'altra.

Secondo l'opposta interpretazione (Sez. 2, n. 42934 del 18/09/2014, Messina, non mass. sul punto; Sez. 6, n. 23063 del 12/05/2009, Bilotti, Rv. 244180; Sez. 2, n. 39644 del 09/07/2004, Ambrosio, Rv. 230365), non si ritiene dirimente, al fine di individuare gli spazi applicativi delle disposizioni, la considerazione che i diversi momenti di consumazione tra i due reati possano non coincidere, posto che il problema sorgerebbe proprio quando la diversa destinazione dei beni viene impressa allorché l'erogazione venga conseguita con artifici e raggiri, prospettandosi in tal caso un'ipotesi di concorso apparente di norme.

Sulla base di tale ultima ricostruzione, esclusa la rilevanza, quale discrimine utilizzabile per l'applicazione del principio di specialità, dell'identità di materia o di interesse protetto, si ritiene non corretto sottoporre a sanzione due comportamenti offensivi dello stesso bene, giacché il diverso

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 23 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

impiego del finanziamento non sarebbe che una conseguenza naturale del conseguimento dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri.

Entrambi gli orientamenti interpretativi, contenuti nei due filoni giurisprudenziali citati, escludono quindi che le fattispecie siano tra loro in rapporto di specialità.

Il primo ritiene il concorso di reati in virtù della diversità della materia disciplinata dalle due disposizioni; il secondo, che nega tale concorso, conclude per la presenza di un concorso apparente di norme, in quanto valuta i comportamenti tipizzati nelle disposizioni in esame offensivi del medesimo bene giuridico, in stati e gradi diversi, ed evoca a sostegno della propria ricostruzione il principio del rapporto di sussidiarietà tra le norme.

Omissis.

L'esame sulla fondatezza dell'una o dell'altra soluzione interpretativa deve prendere le mosse dalla considerazione dei principi vigenti sul concorso apparente di norme che ricorre ove, attraverso un confronto degli elementi strutturali, più fattispecie risultino applicabili al medesimo fatto, e che è regolamentato dall'art. 15 c.p., secondo cui: "Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito".

Da tale norma si trae il principio generale che, ove si escluda il concorso apparente, è possibile derogare alla regola del concorso di reati solo quando la legge contenga l'espressione delle c.d. clausole di riserva, le quali, inserite nella singola disposizione, testualmente impongono l'applicazione di una sola norma incriminatrice prevalente che si individua seguendo una logica diversa da quella di specialità.

*Sul rapporto di specialità si fonda anche la comparazione, e quindi l'applicazione delle componenti accessorie del reato, posto che le disposizioni di cui agli artt. 68 e 84 c.p., informano le correlazioni tra gli elementi eventuali del reato nei medesimi termini previsti dall'art. 15, i cui principi sono volti ad evitare l'addebito plurimo di un accadimento, ove unitariamente valutato dal punto di vista normativo: condizione che si porrebbe in contrasto col principio del *ne bis in idem* sostanziale.*

3.1. E' noto che sul punto sussiste un ampio e risalente dibattito in dottrina tendente ad ampliare il concorso apparente di norme alle figure dell'assorbimento, della consunzione e dell'ante-fatto o post-fatto non punibile: classificazioni ritenute tuttavia prive di sicure basi ricostruttive, poichè individuano elementi incerti quale dato di discriminazione, come l'identità del bene giuridico tutelato dalle norme in comparazione e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, di non univoca individuazione, e per questo suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti. In particolare, la loro applicazione quale criterio ermeneutico è stata ripetutamente negata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite per la mancanza di riferimenti normativi che consentano un collegamento di tale ricostruzione alla voluntas legis.

3.2. La giurisprudenza delle Sezioni Unite risulta invece saldamente fondata sul criterio di specialità, individuato quale unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente, con ampliamento della sua applicazione alle ipotesi di illeciti amministrativi secondo la previsione della L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 9, che ha imposto la comparazione delle fattispecie astratte, prescindendo dalla qualificazione, penale o amministrativa, degli illeciti posti a raffronto.

*4. Più di recente è stata avvertita l'esigenza di porre in discussione tali consolidati principi sulla base della rinnovata attenzione, convenzionale e costituzionale, al divieto del *ne bis in idem* sostanziale, che trova riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, nell'art. 4 Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sulla base di quanto specificamente elaborato anche dalla Corte EDU con la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia ed in successive pronunce sul tema della medesima autorità (Corte EDU, Grande Camera, 15/11/2016, A e B contro Norvegia), fino a giungere alla sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016.*

In particolare, le pronunce della Corte EDU succedutesi in argomento, cui si è già fatto riferimento, fondano la necessità di una comparazione di quanto contestato con l'oggetto di un

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 24 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

precedente giudizio; sottolineano la funzione processuale di tale limite; e non escludono che la regolamentazione sostanziale del fatto possa essere descritta in più di una disposizione incriminatrice (penale o amministrativa) stante la più ampia libertà decisionale riconosciuta allo Stato nazionale in argomento. Tali interpretazioni quindi non impediscono di ritenere il concorso di norme nell'ipotesi in cui non si ravvisi la coincidenza materiale nella fattispecie astratta.

L'essenza del divieto espresso dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia è individuabile nella necessità di non sottoporre ad accertamento due volte l'interessato per il medesimo fatto storico, divieto che non ha natura assoluta, non essendo precluso il perseguimento della persona sottoposta a controllo in due autonome procedure, pur auspicandosi una trattazione unitaria, ma solo la sottoposizione ad autonomo giudizio quando sia stato definito uno dei due. Si deve sottolineare che, anche ai fini processuali, l'oggetto della comparazione riguarda accadimenti che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete riconducibili al medesimo colpevole ed indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio.

4.2. Nè al fine di sostenere la necessità di un ampliamento del campo di azione del concorso apparente di norme, al di là della previsione legale, risulta potersi utilmente evocare la sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016 che ha ridefinito l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., prescrivendola anche nell'ipotesi in cui oggetto del giudizio concluso sia un reato in concorso formale con l'altro posto in comparazione.

Tale pronuncia ha precisato che, nel discriminare tra fatto giuridico e naturalistico, essenziale per stabilire i poli posti a raffronto, ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare l'identità del fatto ed ha espressamente chiarito che "la tutela convenzionale affronta il principio del ne bis in idem con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto ad esigenze contrarie di carattere sostanziale. Questa circostanza non indirizza l'interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza Europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l'imputato, quando un'altra esegesi della disposizione sia collocabile nella cornice dell'idem factum".

5. Sicchè, riportando l'analisi nell'ambito più strettamente attinente alla questione rimessa a questo Collegio, si deve concludere che sia l'univoca giurisprudenza della Corte di legittimità sia la mancanza di principi che impongano l'ampliamento postulato dall'opposta tesi, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU e del Giudice delle leggi, conducono ad escludere la presenza di un sostegno ermeneutico all'ipotesi di considerare, nell'ambito dell'istituto del concorso apparente di norme, criteri valutativi diversi da quello di specialità.

6. La schematizzazione descrittiva del criterio di specialità, anche nelle più ampie declinazioni della specialità bilaterale, non si attaglia alle fattispecie in esame, che hanno genesi e sviluppo autonomo, posto che lo stesso può ravvisarsi solo ove vi sia un identico contesto di fatto ed una delle norme contenga necessariamente gli elementi dell'altra.

6.1. In particolare, la pronuncia che ha argomentato in maniera più ampia sulla presenza del concorso apparente di norme tra le due fattispecie (Sez. 6, n. 23063 del 12/05/2009, Bilotti, Rv. 244180) ha fatto riferimento al principio di sussidiarietà, non a quello di specialità.

Per contro, la più risalente pronuncia (Sez. 2, n. 39644 del 09/07/2004, Ambrosio, Rv. 230365) è pervenuta alle medesime conclusioni facendo leva sulla sussidiarietà dichiarata dall'ordinanza della Corte cost. n. 94 del 2004, che in realtà poneva a raffronto le diverse fattispecie di cui agli artt. 640-bis e 316—ter cod. pen. e coerentemente concludeva in tal senso in quanto tale rapporto tra le fattispecie era conclamato dalla clausola di riserva in essa contenuta «salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640-bis cod. pen.»

6.2. Risulta a questo punto necessario valutare gli elementi costitutivi dei reati oggetto di analisi in questo procedimento, al fine di verificare la natura del concorso ipotizzabile.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 25 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

È del tutto pacifico che gli artifici e raggiri non costituiscono l'unica modalità attraverso la quale possa ottenersi la percezione dei finanziamenti e delle altre forme di provvidenze previste dall'art. 316-bis cod. pen., così come, per contro, la percezione illegittima, non necessariamente sfocia nello storno delle somme erogate dalla loro finalità che individua l'elemento caratterizzante della disposizione di cui all'art. 640-bis cod. pen. (Sez. U, n. 7537 del 16/12/2010, dep. 2011, Pizzuto, Rv. 249105).

Nel senso indicato, oltre che la lettera delle disposizioni, depongono lo sviluppo storico e sistematico delle due previsioni incriminatrici.

Si tratta di norme contenute in disposizioni di legge autonome, ma entrate in vigore a brevissima distanza l'una dall'altra, pari a poco più di un mese, e la mancata previsione di clausole di riserva (le sole che, al di là del principio di specialità, autorizzano un rapporto di valore tra le diverse disposizioni incriminatrici) depone di per sé nel senso di una meditata definizione di autonomia delle fattispecie.

Tale chiave di lettura si ricava anche dalle valutazioni sulla complessiva finalità della disposizione che ha introdotto l'art. 640-bis cod. pen., contenuta nell'art. 22 legge 19 marzo 1990, n. 55, che reca come titolo "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale".

La norma è mirata a prevenire l'infiltrazione di imprese che trovano origine o possano connettersi a contesti criminali territoriali. Il bene giuridico avuto di mira dal legislatore non è solo la protezione dallo storno delle somme dalla finalità pubblica che si voleva imprimere con l'erogazione, ma anche la corretta individuazione del beneficiario.

Del resto, in linea di ricostruzione astratta, l'acquisizione di fondi pubblici — a fondo perduto o a tassi agevolati — non consente al percettore di realizzare un utile esclusivamente attraverso lo storno delle somme dalle loro finalità, circostanza che imporrebbe di ritenere la condotta caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 316-bis cod. pen. quale inevitabile prosecuzione della prima; ma ben può identificarsi anche nella convenienza economica del credito, tale da permettere all'impresa che ne usufruisce un margine di utile decisamente maggiore di quello ritraibile a seguito del ricorso al credito a prezzi di mercato, e quindi da consentire a coloro che vi accedono di recuperare quote di mercato maggiori, quale effetto dell'abbattimento dei costi.

7. La considerazione di tali profili pone in evidenza l'autonomia esistente tra le fattispecie.

L'artificio e raggiro, ove sfociante nell'erogazione, crea un indubbio vantaggio al percettore, con danno dell'ente erogatore, che può essere economico, oltre che, congiuntamente o disgiuntamente, riguardare la possibilità di incidere sulla corretta distribuzione delle risorse, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo; il danno inoltre si può realizzare anche nei confronti del privato concorrente nell'erogazione del credito, in quanto ingiustamente pretermesso.

7.1. Quanto al primo profilo le Sezioni Unite (sent. n. 26351 del 26/06/2002, Fedi, Rv. 221663) hanno posto in evidenza come il danno considerato dall'art. 640-bis cod. pen. non possa essere circoscritto a quello patrimoniale strettamente inteso, poiché nel caso di erogazioni stanziata è economicamente indifferente l'attribuzione ad uno o ad altro operatore; sicché l'attività truffaldina deve intendersi come volta a tutelare il patrimonio valutato in senso dinamico, comprendente la funzione sociale dell'intervento ed i principi di buona amministrazione.

Analogamente, il richiamo all'intera disposizione di cui all'art. 640 cod. pen., utilizzato dalla parte descrittiva della nuova disposizione per definirne i contorni caratterizzanti, impone di escludere che questo si riferisca solo alla circostanza aggravante del danno apportato all'ente pubblico di cui al secondo comma, n. 1, dovendosi intendere riferito anche alla fattispecie di cui al primo comma. Ciò rende rilevante, ai fini della consumazione del reato, anche la verifica di un danno economico nei confronti dell'operatore concorrente, escluso illegittimamente dall'accesso ai fondi, per effetto della falsa rappresentazione della realtà esposta dall'autore del reato.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 26 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

7.2. *Ciò consente di cogliere l'assenza di un nesso di interdipendenza necessaria tra i due reati contestati, la cui consumazione presuppone una pianificazione autonoma da parte dell'autore, rientrando nella figura del concorso di reati, che eventualmente possono tra loro essere connessi da unicità ideativa.*

7.3. *Né a diverse conclusioni permette di giungere l'analisi del testo della disposizione di cui all'art. 316-bis cod. pen., stante l'assoluta indifferenza delle fase genetica del credito rispetto alla descrizione normativa. Si vuole in particolare sottolineare che nessun richiamo testuale consente di limitare l'applicazione della disposizione ai soli contributi acquisiti lecitamente, poiché la norma rimanda all'acquisizione del finanziamento, nelle sue varie forme, come fatto storico, prescindendo dalla focalizzazione degli aspetti inerenti alle modalità di ingresso nel patrimonio del destinatario di tali importi, cosicché l'elemento genetico risulta indifferente al fine della configurazione della fattispecie.*

7.4. *Sulla base delle richiamate differenze tra le due fattispecie in comparazione si possono verificare almeno tre tipi di situazioni diverse: a) il privato ottiene un finanziamento illecitamente e, successivamente, utilizza la somma per scopi privati (l'ipotesi più frequente); b) il privato ottiene con mezzi fraudolenti l'erogazione, ma la destina effettivamente ad opere o attività giustificanti il sostegno economico richiesto (ipotesi più rara ma non certo impossibile); c) il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma omette di destinarlo all'attività o all'opera di pubblico interesse per cui era stato erogato.*

Nell'ultimo caso si verte in ipotesi di malversazione "pura"; nel secondo viene in evidenza l'autonomia fra le due fattispecie, in quanto il privato pone in essere una truffa ma poi non compie una malversazione; nel primo caso dopo aver compiuto la truffa, con una condotta anche cronologicamente autonoma ed eventuale, il privato pone in essere la malversazione.

Sussiste inoltre l'ulteriore possibilità che l'importo riscosso sia destinato a fini pubblici diversi da quelli avuti di mira dall'ente erogante, con condotta astrattamente paragonabile alla figura giuridica del peculato per distrazione, ed anche in questo caso il testo normativo non permette di escludere la consumazione del reato.

L'analisi dell'atteggiarsi delle fattispecie astratte ha il pregio di mettere in luce come le situazioni concrete in cui i due reati possono realizzarsi siano molteplici e possano combinarsi tra loro, con modalità autonome. Il che sottolinea la differenza strutturale tra le due fattispecie e le interferenze tra le condotte che, anche se in via eventuale, possono verificarsi.

La possibilità astratta di tali diverse conseguenze porta a concludere che la soluzione giuridica non può che essere quella del concorso materiale dei due reati eventualmente, e solitamente, unificabili nel vincolo della continuazione.

7.5. *Né possono considerarsi rilevanti, ai fini dell'assorbimento nella fattispecie minore in quella più grave, i casi in cui nel concreto il reato si attinge come naturale prosecuzione della condotta truffaldina, ritenendo possibile l'effetto di assorbimento. Una tale chiave interpretativa trascura l'elemento essenziale dell'istituto del concorso di norme che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, per apprezzare la valutazione implicita di correlazione tra norme ritenuta dal legislatore, non dal loro atteggiarsi concreto, condizione che riguarda il diverso istituto del concorso tra i reati e la valutazione dell'elemento soggettivo al fine di accertare nel concreto la natura autonoma o unica dell'attività ideativa.*

7.6. *Va da ultimo rimarcato che i due reati si consumano fisiologicamente in tempi diversi - momento percettivo ed attività esecutiva, di natura omissiva istantanea - della condotta finanziata, e che nel caso di specie la condotta qualificata ai sensi dell'art. 316-bis cod. pen. si è distanziata di parecchi anni rispetto alla percezione delle provvidenze. Tale condizione di fatto, come già valutato da precedenti delle Sezioni Unite (sent. n. 23427 del 09/05/2001, Ndiaye, Rv. 218770) è un rilevante indicatore dell'autonomia delle fattispecie, preclusivo di un rapporto di identità tra norme suscettibile di qualificare un concorso apparente.*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 27 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

La conclusione raggiunta sulle fattispecie risulta ulteriormente evidenziata dalla circostanza che il reato di cui all'art. 316-ter cod. pen., omologo a quello di cui all'art. 640-bis cod. pen., pur procurando l'identico evento d'indebita percezione dei fondi, è punito in modo più mite di quest'ultima incriminazione, cosicché rispetto a questo la fattispecie di cui all'art. 316-bis cod. pen., che si realizzerebbe ove gli importi riscossi vengano sottratti alle finalità a cui erano destinati per essi stabilite, non potrebbe ridursi ad un irrilevante post factum non punibile, pena l'irriducibile contraddizione della ricostruzione sistematica.

7.7. Se, per comune indicazione proveniente dalle esegesi in materia formulate dalla giurisprudenza di legittimità, il rapporto tra le norme in esame è estraneo al criterio di specialità, deve escludersi anche l'operatività di quello di sussidiarietà, il cui presupposto dogmatico - la connessione dei fatti descritti secondo l'id quod plerumque accidit -, al di là del mancato riconoscimento normativo di tale principio in tema di concorso apparente di norme, risulta concretamente escluso, nel rapporto tra le due norme, dalle ricostruzioni espresse.

8. La violazione del principio di legalità non può essere sostenuta dall'esigenza di evitare l'interpretazione in malam partem, posto che la finalità evocata è superata dall'individuazione dell'autonomia degli interessi tutelati e dalla conseguente necessità che questi trovino riconoscimento. Tale esigenza risulta ancora più cogente dalla considerazione in entrambe le fattispecie della possibile provenienza comunitaria dei fondi: circostanza, questa, che impone di non ignorare il costante richiamo della Corte di giustizia U.E. all'effettività di tutela che l'ordinamento degli Stati nazionali deve garantire agli interessi comunitari.

Per contro, le esigenze di giustizia sostanziale di correlazione della sanzione alla gravità del fatto trovano ampia possibilità di tutela con l'applicazione dei criteri ordinari in tema di concorso dei reati e nella previsione del contemperamento del cumulo materiale della sanzione conseguente all'applicazione dell'art. 81 cod. pen., ove se ne riconoscano i presupposti.

9. Il quesito sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite deve quindi essere risolto nel senso seguente:

"Il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis cod. pen.) concorre con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis cod. pen.)."

10. Passando all'analisi degli ulteriori motivi di ricorso proposti si deve escludere l'ammissibilità della deduzione inerente alla mancanza di elementi caratterizzanti l'ipotesi di truffa, poiché la declaratoria di prescrizione del reato impone una modifica della pronuncia sul punto solo nell'ipotesi dell'emergere di risultanze che dimostrino la presenza di condizioni che impongono il proscioglimento, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 129, comma 2, cod. proc. pen.: ipotesi, questa, esclusa con argomentazioni adeguate e logiche, perciò incensurabili, dalle pronunce di merito.

11. Anche per la contestazione riguardante la sussistenza del reato di cui all'art. 316-bis cod. pen. connesso alla distrazione dei beni strumentali, risulta dirimente rilevare che tutte le deduzioni contenute nell'atto di impugnazione non si rapportano con le risultanze specificamente evidenziate dai giudici di merito, ma sottolineano aspetti di fatto che, anche ove dimostrati, risulterebbero inidonei a porre nel nulla le circostanze poste a logico fondamento dell'accertamento di responsabilità. Né l'esame della norma sulla base della quale è stato erogato il finanziamento evidenzia la non imperatività del carattere della novità dell'attività beneficiata, in quanto tale presupposto costituisce, sulla base del testo del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 185, la condizione legittimante l'erogazione espressa dall'art. 1 ove prevede: «Le disposizioni del presente titolo sono dirette a favorire l'ampliamento della base produttiva e occupazionale nonché lo sviluppo di una nuova imprenditorialità»: novum che non è dato riscontrare nell'ipotesi di costituzione di una società paravento, quale quella accertata nella specie.

12. Estranee all'ambito valutativo rimesso al giudizio di legittimità risultano le censure formulate con riferimento al mancato riconoscimento delle attenuanti generiche in favore della Battilana,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 28 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

nonché alla sottoposizione alla condizione del pagamento della provvisoria in favore della parte civile della sospensione concessa, e al mancato riconoscimento della non menzione della condanna, riguardanti entrambe le ricorrenti.

Si tratta, infatti, di decisioni rimesse alla valutazione discrezionale del giudice di merito, rispetto alle quali la mancata dimostrazione di insussistenza delle condizioni fondanti la valutazione nel concreto o di assenza di motivazione sul punto rende insuscettibili di censura le relative disposizioni.

Quel che rileva è la presenza di una argomentazione di sostegno e la sua coerenza rispetto alle emergenze di fatto, condizioni la cui sussistenza non è contestata nel ricorso.

13. Al rigetto dei ricorsi consegue la condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese processuali, nonché alla rifusione delle spese di rappresentanza della parte civile INVITALIA s.p.a. in questo grado, liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi e condanna le ricorrenti al pagamento delle spese processuali, nonché alla rifusione in favore della parte civile costituita delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi euro 6.000,00 oltre gli accessori di legge.

Così deciso il 23/02/2017.

Omissis

2. Il rapporto tra accesso abusivo a un sistema informatico e reato di detenzione e diffusione dei codici d'accesso: **Cass. pen., sez. II, 14 gennaio 2019, n. 21987.**

Nota. *È una sentenza non trattata a lezione, ma che riporto di seguito trattandosi di un caso nel quale la Cassazione sembra aver applicato il diverso criterio della consumazione in contrasto con la pronuncia della Sezioni Unite.*

Massima:

Il meno grave - quoad poenam - delitto di cui all'art. 615-quater c.p., non può concorrere con quello, più grave, di cui all'art. 615-ter c.p., del quale costituisce naturalisticamente un antecedente necessario, sempre che quest'ultimo sia contestato, procedibile ed integrato nel medesimo contesto spazio-temporale in cui fu perpetrato l'antefatto, ed in danno della medesima persona fisica titolare del bene protetto.

Si riporta di seguito un estratto della parte motivazionale:

Omissis.

Fatto

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte d'appello di Brescia ha in ampia parte confermato la sentenza con la quale, in data 5.12.2016, il Tribunale di Brescia aveva dichiarato A.P., in atti generalizzato, colpevole dei reati ascrittigli al capo B) delle imputazioni (reati di cui agli artt. 640 ter, 615 ter e 615 quater c.p.) e F.S., in atti generalizzata, colpevole dei reati ascrittigli al capo A) delle imputazioni (reati di cui agli artt. 640 ter e 615 quater c.p.), condannandoli entrambi alle pene per ciascuno ritenute di giustizia, e F. alle statuizioni civili in favore della p.c. AR..

In parziale riforma, la Corte d'appello ha riconosciuto all'imputata F. il beneficio della non menzione.

1.1. Le contestazioni evocano due distinte condotte, poste in essere in pari data e con analoghe modalità, ovvero mediante l'utilizzo di codici di accesso a conti correnti bancari fraudolentemente carpiri mediante l'invio di e-mail che sollecitavano l'invio di dati riservati relativi ad un rapporto di c.c. bancario; in tal modo, gli imputati si procuravano fraudolentemente le parole chiave ed i dati riservati di accesso al sistema informatico della banca riferibili alle pp.00. dei reati a ciascuno di essi separatamente contestati, vi accedevano abusivamente, intervenendo sui dati riservati inerenti

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 29 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

al singolo rapporto bancario, e successivamente procedevano alla ricarica di carte di credito delle quali avevano rispettivamente disponibilità, ciascuno ottenendo in tal modo un ingiusto profitto.

2. Contro tale provvedimento, gli imputati hanno proposto ritualmente distinti ricorsi, denunciando i seguenti motivi, enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173 disp. att. c.p.p., comma 1:

(A.) violazione di leggi sostanziali e processali e vizi di motivazione:

I - in ordine all'affermazione di responsabilità relativa ai reati di cui al capo B) ed alla qualificazione giuridica delle condotte accertate (in particolare lamentando che il reato di cui all'art. 615 quater c.p., sarebbe assorbito negli altri due reati contestati all'imputato);

II - in ordine alla contestata e ritenuta recidiva;

III - in ordine all'entità degli aumenti di pena per la continuazione;

IV - in ordine alla conclusiva quantificazione della pena ed al diniego delle circostanze attenuanti generiche;

(F.) violazione di leggi sostanziali e processali e vizi di motivazione:

I - in ordine all'affermazione di responsabilità relativa ai reati di cui al capo A);

II - in ordine alla qualificazione giuridica delle condotte accertate (in particolare lamentando che il reato di cui all'art. 615 quater c.p., sarebbe assorbito nel reato di cui all'art. 640-ter c.p., pure contestato all'imputata);

III - in ordine alla conclusiva quantificazione della pena ed al diniego delle circostanze attenuanti generiche.

3. All'odierna udienza pubblica, è stata verificata la regolarità degli avvisi di rito; all'esito, la parte presente ha concluso come da epigrafe, ed il collegio, riunito in camera di consiglio, ha deciso come da dispositivo in atti, pubblicato mediante lettura in udienza.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

La sentenza impugnata va annullata senza rinvio, nei confronti di A.P., limitatamente al reato di cui all'art. 615 quater c.p., che è assorbito dal reato di cui all'art. 615 ter c.p.; va, conseguentemente, eliminato l'aumento di pena irrogato in continuazione per il reato di cui all'art. 615 quater c.p.. Nel resto, il ricorso è inammissibile.

Il ricorso di F.S. è integralmente inammissibile.

1. Le doglianze degli imputati riguardanti l'accertamento dei fatti contestati sono del tutto prive della specificità necessaria ex art. 581 c.p.p., (in difetto del compiuto riferimento alle argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato), sollecitano una non consentita rivalutazione di risultanze fattuali già conformemente valorizzate dai due giudici del merito, in difetto di documentati travisamenti, e comunque risultano manifestamente infondate.

1.1. La Corte di appello - con argomentazioni giuridicamente corrette, nonché esaurienti, logiche e non contraddittorie, e, pertanto, esenti da vizi rilevabili in questa sede - ha motivato le contestate affermazioni di responsabilità valorizzando (f. 6 s. della sentenza impugnata) le analogie tra le condotte ascritte a ciascuno degli imputati (all'epoca dei fatti, conviventi), e documentalmente accertate, per effetto delle quali le somme di denaro de quibus risultano conclusivamente confluite su due carte di credito prepagate, una intestata all' A., l'altra alla F., entrambe "accese" immediatamente prima che le accertate condotte fossero poste in essere, ed entrambe successivamente oggetto di tardive denunce di smarrimento.

1.2. Nel complesso, quindi, la Corte di appello ha riesaminato e valorizzato lo stesso compendio probatorio già sottoposto al vaglio del Tribunale e, dopo avere preso atto delle censure dell'appellante, è giunta alla medesima conclusione in termini di sussistenza della responsabilità dell'imputato che, in concreto, si limita a reiterare le doglianze già incensurabilmente disattese dalla Corte di appello e riproporre la propria diversa "lettura" delle risultanze probatorie acquisite,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 30 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

fondata su mere ed indimostrate congetture, senza documentare nei modi di rito eventuali travisamenti degli elementi probatori valorizzati.

2. *Quanto alla qualificazione giuridica dei fatti accertati, la Corte d'appello ha ritenuto che i reati di cui agli artt. 640 ter e 615 ter c.p., commessi dall' A., potessero concorrere, correttamente conformandosi all'orientamento per il quale integra anche il reato di frode informatica (art. 640 ter c.p.), e non già soltanto quello di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 ter c.p.), la condotta di introduzione nel sistema informatico delle Poste italiane S.p.A. mediante l'abusiva utilizzazione dei codici di accesso personale di un correntista e di trasferimento fraudolento, in proprio favore, di somme di denaro depositate sul conto corrente del predetto (Sez. 2, sentenza n. 9891 del 24/02/2011, rv. 249675, D.; Sez. 5, sentenza n. 1727 del 30/09/2008, dep. 2009, rv. 242938, R.).*

2.1. *Ad analoghe conclusioni, per trasparente identità di ratio, può pervenirsi in ordine ai rapporti tra i reati di frode informatica e detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615 quater c.p.), commessi dalla F..*

3. *A conclusioni diverse deve, al contrario, pervenirsi in ordine ai rapporti tra i reati di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 ter c.p.) e detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615 quater c.p.), commessi dall' A..*

3.1. *Deve premettersi che all'imputato è stato in parte qua unicamente contestato di essersi procurato fraudolentemente le parole chiave ed i dati riservati di accesso al sistema informatico della banca della p.o..*

3.1.1. *L'art. 615 quater c.p., incrimina con identica sanzione un ampio novero di condotte ("procurarsi", "riprodurre", "diffondere", "comunicare" o "consegnare" a terzi), tutte singolarmente integranti il reato di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici, e tutte aventi natura giuridica di reato di pericolo (poichè il relativo disvalore è incentrato su condotte prodromiche rispetto ad un eventualmente successivo accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico), di mera condotta, per la cui integrazione non assume rilievo l'effettivo utilizzo del mezzo d'accesso ad un sistema informatico o telematico protetto de quo, essendo sufficiente la mera idoneità dei dati carpiti a consentire detto accesso.*

3.1.2. *La disposizione ha, quindi, struttura di c.d. norma a più fattispecie, chiara apparendo l'intenzione del Legislatore di prevedere distinte fattispecie alternative di reato, integrate da elementi materiali differenti quanto alla condotta tra loro distinte, che possono concorrere.*

3.1.3. *Ciò premesso, è noto al collegio che un orientamento abbastanza risalente e rimasto isolato (Sez. 2, n. 36721 del 21/02/2008, B., rv. 242084, in motivazione) ha ritenuto che i reati di cui agli artt. 615 ter e 615 quater c.p., potrebbero concorrere.*

In proposito, si è osservato che, "dal momento che il delitto di accesso abusivo è strutturato come reato di pericolo, la norma di cui all'art. 615-quater delinea una fattispecie di pericolo necessariamente indiretto: dalla condotta diretta a procurare a sè o ad altri il codice di accesso al sistema informatico altrui deriva, infatti, il pericolo sia di una successiva, immediata introduzione abusiva nel sistema stesso (che è situazione di per sè pericolosa per la riservatezza dei dati e/o dei programmi che vi sono contenuti), sia di una ulteriore condotta di diffusione del codice (in favore di soggetti) che potranno, a loro volta, servirsene per realizzare un accesso abusivo oppure cederlo a terzi".

3.1.4. *Il collegio ritiene, al contrario, che i due reati non possano concorrere.*

3.1.4.1. *I delitti di cui agli artt. 615 ter e 615 quater c.p., sono collocati entrambi tra quelli contro l'inviolabilità del privato domicilio (meramente residuale appare la disarmonia conseguente alla previsione dell'aggravante di cui all'art. 615 ter, comma 3, che tutela domicili non privati, ma considerati piuttosto per la loro dimensione pubblicistica), avendo il Legislatore ritenuto che i sistemi informatici costituiscano "un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantito dallo art. 14 Cost., e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 31 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

tradizionali agli artt. 614 e 615 c.p." (cfr. *Relazione sul disegno di legge che ha introdotto i predetti reati*).

3.1.4.2. In particolare, l'incriminazione dell'accesso abusivo al sistema informatico altrui (art. 615 ter) è sostanzialmente finalizzata a contrastare il rilevante fenomeno degli hackers, e cioè di quei soggetti che, servendosi del proprio elaboratore, collegato con la rete telefonica, riescono a entrare in comunicazione con i diversi sistemi informatici che a quella stessa rete sono collegati, aggirando le misure di protezione predisposte dal titolare del sistema.

Con l'art. 615 quater, il Legislatore ha inteso, inoltre, rafforzare la tutela e la segretezza dei dati e dei programmi contenuti in un elaboratore, già assicurata dall'incriminazione dell'accesso e della permanenza in un sistema informatico o telematico prevista dal citato art. 615 ter.

3.1.4.3. I predetti reati sono, quindi, posti a tutela del medesimo bene giuridico, ovvero il c.d. "domicilio informatico", che l'art. 615 quater, protegge in misura meno ampia (ovvero limitatamente alla riservatezza informatica del soggetto) e l'art. 615 ter, più incisivamente, operando un più ampio riferimento al domicilio informatico tout court, da intendere, in linea con quanto emergente dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 9 del 1989, quale "spazio ideale di esclusiva pertinenza di una persona fisica o giuridica", delimitabile prendendo come parametro il domicilio delle persone fisiche, ed al quale risulta estensibile la tutela della riservatezza della sfera individuale, che costituisce bene costituzionalmente protetto.

Lo stesso orientamento innanzi menzionato riconosce che l'art. 615 quater, "reprime una serie di condotte prodromiche alla (possibile) realizzazione del delitto di accesso abusivo in un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, e, quindi, pericolose per il bene giuridico tutelato attraverso l'art. 615 ter c.p."

3.1.4.4. Proprio da tali (pacificamente condivise) connotazioni emerge, a parere del collegio con evidenza, che il reato di cui all'art. 615 quater costituisce necessario antecedente del reato di cui all'art. 615 ter, poichè le due fattispecie criminose si pongono in stretta connessione, tutelando entrambe il medesimo bene giuridico, ovvero il domicilio informatico, passando da condotte meno invasive a condotte più invasive, poichè indiscriminate, che, sotto un profilo naturalistico, necessariamente presuppongono le prime.

3.1.4.5. In generale, l'antefatto non punibile ricorre nei casi in cui la commissione di un reato meno grave costituisce ordinariamente strumento per la commissione di un reato più grave. Esso (come la progressione criminosa ed il postfatto non punibile) non costituisce fattispecie autonomamente disciplinata, poichè rientra tra i casi di concorso apparente di norme da risolvere ai sensi dell'art. 15 c.p., attraverso una operazione interpretativa che impone la considerazione "congiunta" di due fattispecie tipiche, resa oggettivamente evidente dal fatto che per una di esse, destinata ad essere assorbita nell'altra, sia prevista una sanzione più lieve.

La giurisprudenza di questa Corte ha, in proposito, già chiarito che, nei casi in cui, al contrario, detta operazione interpretativa sembrerebbe sortire esito inverso, ovvero comportare l'assorbimento della fattispecie più grave in quella meno grave, l'assorbimento andrebbe negato, "dovendosi ravvisare un intento di consentire, attraverso un effettivo autonomo apprezzamento del disvalore delle ipotesi criminose, il regime del concorso dei reati. Invero, l'aver sottoposto a più benevolo trattamento il fatto/reato che potrebbe per la sua struttura essere assorbente, sta a dimostrare che della fattispecie eventualmente assorbibile non si è tenuto conto: pertanto la norma che la punisce è applicabile in concorso con l'altra, senza incorrere in duplicità di addebito" (Sez. U, n. 23427 del 09/05/2001, rv. 218770, che ha, per tali ragioni, negato la possibilità di assorbire, quale antecedente non punibile, il delitto di ricettazione - punito più gravemente - in quello di commercio di prodotti con segni contraffatti).

3.1.4.6. Ad esempio, questa Corte (Sez. 2, sentenza n. 6955 del 15/04/1998, rv. 211104; Sez. 5, sentenze n. 431 del 30/06/2015, dep. 2016, rv. 265585 e n. 19047 del 19/02/2010, rv. 247250) è ferma nel ritenere che possa verificarsi l'assorbimento della contravvenzione del possesso ingiustificato di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 32 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

arnesi atti allo scasso (art. 707 c.p.) nel delitto di furto aggravato dalla violenza sulle cose (art. 625 c.p., comma 1, n. 2) quando ricorra un nesso di immediatezza e strumentalità tra il possesso degli arnesi atto allo scasso ed il loro uso; perchè si verifichi questa situazione, occorre che:

- 1) gli strumenti siano stati effettivamente usati per la commissione del furto;*
- 2) il loro possesso sia stato limitato all'uso momentaneo necessario per l'effrazione;*
- 3) non vi sia stato distacco temporale e spaziale tra la commissione del furto e l'accertamento del possesso degli arnesi;*
- 4) tali arnesi non siano di natura e quantità tali da assumere una rilevanza giuridica autonoma rispetto all'ambito di consumazione del delitto circostanziato.*

3.1.4.7. Inoltre, in tema di furto di documenti, è stato escluso il concorso tra il reato di furto (art. 624 c.p.) e quello di falso per soppressione (art. 490 c.p.) nei casi in cui vi sia contestualità cronologica tra sottrazione e distruzione, e l'azione sia stata compiuta all'unico scopo di eliminare la prova di un diritto, in quanto, in tal caso, la sottrazione deve essere considerata come un antecedente non punibile, destinato ad essere assorbito nella condotta unitaria finalisticamente individuata dallo scopo unico che anima ab initio la coscienza e volontà dell'agente, e che caratterizza la fattispecie di cui all'art. 490 (Sez. V, n. 13836 del 11/12/2013, dep. 2014, Rv. 260200).

3.1.4.8. In virtù di tali considerazioni, deve concludersi che il meno grave - quoad poenam - delitto di cui all'art. 615 quater, non possa concorrere con quello, più grave, di cui all'art. 615 ter, del quale costituisce naturalisticamente un antecedente necessario, sempre che quest'ultimo - come nel caso di specie - sia contestato, procedibile (la fattispecie di reato prevista dall'art. 615 ter, comma 1, non aggravata, è, diversamente dalle fattispecie aggravate di cui ai commi 2 e 3, procedibile a querela di parte; il reato di cui all'art. 615 quater è sempre procedibile d'ufficio) ed integrato nel medesimo contesto spazio-temporale in cui fu perpetrato l'antefatto, ed in danno della medesima persona fisica (titolare del bene protetto).

3.1.4.9. Nei confronti dell'imputato A.P. (l'unico al quale erano stati contestati e ritenuti i reati di cui agli artt. 615 ter e 615 quater c.p.) va quindi dichiarato l'assorbimento del reato di cui all'art. 615 quater in quello di cui all'art. 615 ter, e va conseguentemente disposta l'eliminazione dell'aumento di pena operato in continuazione per il reato assorbito.

4. Le comuni doglianze inerenti alla conclusiva determinazione, per ciascuno, del trattamento sanzionatorio, sono del tutto generiche (in difetto del compiuto riferimento alle argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato) nonchè manifestamente infondate, in considerazione dei rilievi con i quali la Corte di appello - con argomentazioni giuridicamente corrette, nonchè esaurienti, logiche e non contraddittorie, e, pertanto, esenti da vizi rilevabili in questa sede - ha motivato le contestate statuizioni, valorizzando la premessa ed indiscutibile gravità dei fatti, i plurimi e specifici precedenti dell' A., e l'assenza di elementi sintomatici della necessaria meritevolezza per la F. (irrilevante risultando ex lege la mera incensuratezza), nel complesso comunque pervenendo all'irrogazione di una pena estremamente mite, perchè ben lontana dai possibili limiti edittali massimi, ed anzi prossima a quelli minimi.

5. La declaratoria d'inammissibilità totale del ricorso di F.S. comporta, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali nonchè - apparendo evidente dal contenuto dei motivi che ella ha proposto il ricorso determinando la causa d'inammissibilità per colpa (Corte Cost., sentenza 13 giugno 2000, n. 186) e tenuto conto dell'entità della predetta colpa, desumibile dal tenore della rilevata causa d'inammissibilità - della somma di Euro duemila in favore della Cassa delle Ammende a titolo di sanzione pecuniaria.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di A.P. limitatamente all'aumento di pena per il reato di cui all'art. 615 quater c.p., che elimina. Dichiaro inammissibile il ricorso nel resto.

Dichiaro inammissibile il ricorso di F.S. che condanna al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro duemila alla Cassa delle ammende.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 33 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*Così deciso in Roma, il 14 gennaio 2019.
Depositato in Cancelleria il 20 maggio 2019.
Omissis.*

C. Dottrina

1. Concorso di reati - il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p. di C. Sotis in Giur. It., 2020, 1, 187.

Nota a sentenza: Cass. pen. Sez. II Sent., 14 gennaio 2019, n. 21987

La decisione si pone in controtendenza con gli ultimi arresti delle Sezioni Unite, che applicano la disciplina dell'art. 15 c.p. mediante il solo raffronto strutturale tra fattispecie. Questa sentenza fa infatti leva sul c.d. criterio dell'assorbimento per affermare che, per fatti come quelli in causa, il delitto di cui all'art. 615 *quater* c.p. è in concorso apparente con quello di cui all'art. 615 *ter* c.p.

Dapprima si dirà per quali ragioni sia condivisibile questa tendenza delle Sezioni Unite. In seguito verranno però evidenziate alcune specificità messe da parte dalla sentenza, e che si ritengono invece centrali per giungere ad affermare che in questo caso non è possibile procedere ad un autonomo aumento di pena per il delitto di cui all'art. 615 *quater* c.p. Sulla base di questa affermazione in conclusione si propone di offrire una diversa soluzione, sostenendo che l'art. 81 c.p. è idoneo a giustificare una decisione di nessun aumento di pena per uno dei reati in concorso.

Sommario: Premessa: un caso difficile - Il criterio strutturale e l'art. 15 c.p.: le ragioni a favore di una corrispondenza biunivoca - L'assorbimento dell'offesa come caratteristica del caso in questione - Una proposta di lettura dell'art. 81 c.p.

Premessa: un caso difficile

Mediante l'invio di email si ottengono fraudolentemente le credenziali per accedere al profilo bancario *online* del conto del suo legittimo titolare, si accede a questo profilo cliente per effettuare un versamento a proprio favore, in questo caso una ricarica di una carta di pagamento di cui si ha la disponibilità. Il fenomeno è così *tipico* da avere anche un nome: *phising*. Questo fatto tuttavia oltre a integrare gli elementi della frode informatica (art. 640 *ter* c.p.), riflette anche quelli descritti nelle fattispecie incriminatrici che puniscono di per sé i vari passi di cui si compone questa rapida sequenza, cioè, rispettivamente, la "detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici" (art. 615 *quater* c.p.) e "l'accesso abusivo ad un sistema informatico" (art. 615 *ter* c.p.). *Quid juris?* Occorre per questo fatto chiaramente unitario applicare sia il delitto di frode informatica, sia entrambi i due reati di passaggio?

La seconda sezione della Corte di cassazione con questa decisione afferma che per fatti come quello in causa il delitto di "detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici" (art. 615 *quater* c.p.) è assorbito dal "delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico" (art. 615 *ter* c.p.). Il primo, afferma la Corte, costituisce "necessario antefatto da risolversi ai sensi dell'art. 15 c.p.", le due norme debbono quindi qualificarsi in concorso apparente, e va "conseguentemente disposta l'eliminazione dell'aumento di pena per il reato assorbito". Entrambi i delitti tuttavia (quelli degli art. 615 *ter* e *quater* c.p.), secondo la Corte, concorrono con il delitto di "frode informatica" (art. 640 *ter* c.p.).

L'antefatto e il post-fatto non punibile, come anche le diverse, ma vicine categorie del reato progressivo e della progressione criminosa⁽¹⁾, abbracciano tradizionalmente ipotesi in cui "schemi tipici di vita" unitari registrano qualificazioni giuridiche multiple e si pongono quindi come terreno di confine tra il concorso apparente di norme ed il concorso formale di reati/reato continuato. Ipotesi così sul confine che Giuliano Vassalli nella sua voce del 1958 richiamava per l'antefatto e il post fatto non punibile le denominazioni, di marca tedesca, di "concorso materiale apparente" o di "concorso materiale improprio"⁽²⁾.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 34 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

Quello a cui la seconda sezione della Corte di cassazione ha dato risposta è quindi un "caso difficile", reso oggi ancor più tale dal contesto giurisprudenziale in cui si cala, di crescente adesione alle teorie c.d. moniste. Gli ultimi arresti delle Sezioni Unite⁽³⁾ ancorano infatti le soluzioni di concorso apparente sul terreno del *solo* raffronto strutturale, quando cioè emerga una relazione tra norme di specialità di tipo unilaterale, sia per aggiunta, sia per specificazione, o di tipo bilaterale solo per specificazione⁽⁴⁾, in queste ipotesi infatti si assiste a quella medesimezza di materia di cui parla l'art. 15 c.p.

Le teorie moniste del solo raffronto strutturale, infatti, avendo ad oggetto le fattispecie e non i fatti concretamente realizzati, non sono per loro natura in grado di vedere le sovrapposizioni che emergono tra norme tra loro non in rapporto di specialità, ma chiamate cumulativamente a punire un fatto che è unitario secondo un giudizio che si basa su informazioni provenienti dalla realtà: come l'argomento dell'*id quod pleurmque accidit*, che ci dice che qualora nella grande maggioranza dei casi il fatto commesso ricalca uno schema tipico di mezzi a scopi, il disvalore dei delitti di passaggio è assorbito in quello del delitto conclusivo e più grave. Ed è esattamente quanto sembra esserci in questo caso: il *phising* è una (criminologicamente) *tipica* frode informatica, realizzata tramite la fraudolenta e profittevole captazione delle *password*, così da accedere abusivamente ad un dominio informatico protetto per ottenere, tramite un ordine di disposizione, un ingiusto profitto con altrui danno.

Chiaro dunque che ancorando sul solo terreno del raffronto strutturale il concorso apparente di norme questo è un caso difficile, o quantomeno "scomodo", perché l'interprete è posto di fronte al dilemma o di cercare la soluzione su informazioni non ricavabili dalle fattispecie, o di restare fedele al criterio strutturale, con il risultato però di dovere applicare più reati a fronte della commissione di un fatto che si presenta (secondo i criteri che vedremo) come unico.

Per cercare di offrire una nostra proposta per uscire da questo dilemma riteniamo quindi di procedere in questo modo: prima di tutto richiameremo per quali ragioni sia condivisibile la tendenza delle Sezioni Unite di crescente adesione alle teorie c.d. moniste, e quindi di soluzione del concorso apparente di norme sul solo terreno strutturale e, simmetricamente, quelle per cui occorra segnare il commiato dalle teorie pluraliste, che aprono ai criteri valoriali. Fatto ciò cercheremo di evidenziare alcune specificità di questa vicenda messe da parte dalla sentenza, e a nostro avviso invece centrali per giungere ad affermare che, in questo caso, non è possibile procedere ad un autonomo aumento di pena per il delitto di cui all'art. 615 *quater* c.p. Sulla base di questa affermazione cercheremo in conclusione di riflettere su quale possa essere allora la soluzione più adeguata che, lo anticipiamo, va a nostro avviso ricercata sul terreno dell'art. 81 c.p.

Il criterio strutturale e l'art. 15 c.p.: le ragioni a favore di una corrispondenza biunivoca

Come accennato, è condivisibile che il terreno strutturale di verifica delle relazioni di specialità **unilaterale o bilaterale tra fattispecie** come unico criterio di valutazione del concorso apparente di norme, stia progressivamente facendo sempre più breccia nella giurisprudenza di legittimità. Imponendo, infatti, di osservare i rapporti tra gli elementi delle fattispecie, esso offre un criterio più falsificabile e verificabile, in una parola più solido nei suoi esiti, e quindi meno dipendente dalla intuizione di un singolo giudice di quanto, invece, avvenga con i criteri valoriali.

Oltre che sul piano pragmatico il criterio si rivela preferibile anche su **quello sistematico**, per la coerenza che esso offre tra **oggetto, metodo, parametro e misura** del giudizio. Il concorso apparente di norme infatti è problema di limiti di applicazione della legge penale⁽⁵⁾, che trova il suo fondamento nel **principio di legalità**, segnatamente nella valutazione di necessità di pena (il *parametro* del giudizio) espressa dal legislatore, cioè dal solo legittimo detentore del potere punitivo. Ora, poiché la legge esprime le sue opzioni punitive unicamente tramite la posizione di fattispecie incriminatrici, è mediante **l'osservazione dei rapporti strutturali (il metodo del giudizio) tra le fattispecie (l'oggetto del giudizio) che è possibile valutare la necessità di pena**, e, quindi, ripercorrendo all'inverso la catena, il rispetto del principio di legalità, *ergo* i limiti di applicazione della legge penale, e, in definitiva, se le norme siano solo apparentemente in concorso. Cioè, ai sensi dell'art. 15

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 35 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

c.p., se tra esse vi siano più norme in rapporto di specialità che regolano la stessa materia (la *misura* del giudizio). Da qui anche due programmi di azione saldamente legati a questa impostazione. Per un verso, e in un momento idealmente a monte, prima di valutare strutturalmente i rapporti tra fattispecie occorre in sede di interpretazione valutare a fondo se il fatto integri tutti gli elementi di tutte le norme penali⁽⁶⁾, per altro verso, avere a mente che se un concorso si può risolvere sul terreno del raffronto strutturale si deve per ciò solo affrontarlo su questo terreno.

Inoltre a sostegno del criterio strutturale interviene anche la logica. Guardare i rapporti tra norme e non il concreto atteggiarsi dei fatti evita di fare dipendere il concorso apparente di *norme* dalle peculiarità e differenze tra i *fatti*, e quindi di incorrere nell'assurdo corollario di affermare o negare il concorso apparente tra due stesse norme a seconda dei fatti concretamente commessi⁽⁷⁾.

Infine, la ragione dirimente a favore del criterio strutturale è che esso trova piena rispondenza nell'art. 15 c.p. mentre i criteri c.d. valoriali, non verificando relazioni di specialità ne sono irremediabilmente esclusi.

Il criterio strutturale presenta anche limiti: una sua difficoltà di attuazione⁽⁸⁾; la relativa fragilità dei suoi criteri discretivi - in particolare per ciò che riguarda la distinzione tra specialità per aggiunta o per specificazione⁽⁹⁾; la pretesa, infine, di isolare le fattispecie dal mondo dei fatti che sconta una visione della norma eccessivamente giuspositivistica, poiché fatto e diritto non sono completamente separabili (in proposito va però segnalato che recentemente è stata offerta una convincente rilettura del criterio strutturale più permeabile a dati non esclusivamente linguistici, primo fra tutti la valutazione dell'offesa⁽¹⁰⁾). Questi limiti tuttavia sono decisamente inferiori a quelli che presentano le teorie pluralistiche, che accanto alla specialità affiancano i criteri c.d. valoriali su cui poggiano la sussidiarietà tacita e soprattutto la consunzione.

Certo, restano fuori dal campo di azione del criterio strutturale proprio i casi in cui non è dal raffronto tra elementi di fattispecie che emergono aporie e sproporzioni, bensì dalle sovrapposizioni tra il fatto concreto unitariamente considerato e le norme. Ed è proprio quanto accade nella sentenza in epigrafe, in cui il criterio strutturale non è in grado di operare, ma rimane evidente che l'applicazione di tre reati evocati a fronte di un fatto unitario si pone in contrasto già con l'idea di *ne bis in idem*, cioè ancor prima di avere compreso cosa effettivamente stabilisca il divieto in questione.

Dal punto di vista strutturale non vi è relazione di specialità, né di tipo unilaterale, né di tipo bilaterale, tra le fattispecie incriminatrici contestate. Chiaro d'altronde che dal punto dell'accadimento realmente commesso, il quadro di vita esprime una condotta unitaria di frode informatica perpetrata passando per quella modalità descritta, e di per sé punita anche dagli altri due reati mediante l'ottenimento, prima, di codici di accesso al fine di profitto (art. 615 *quater* c.p.) e l'uso, poi, di quegli stessi codici (art. 615 *ter* c.p.). È quindi un frutto buono dei criteri valoriali di mettere in evidenza questa incongruenza. Tuttavia, se questi hanno il merito di segnalare la sproporzione, si rivelano al contempo incapaci di offrire un tracciato sufficientemente solido attraverso cui dare giustizia alle incongruenze da loro segnalate. Cioè attraverso cui stabilire quali, tra i numerosissimi casi di sovrapposizione normativa, determinerebbero un concorso apparente di norme. Evocare il c.d.⁽¹¹⁾ criterio dell'assorbimento affermando che un reato è assorbito da un altro poiché questo ne esprime tutto il disvalore è affermazione, infatti, che poggia su argomentazioni malleabili come l'argilla: per stabilire quale sia il disvalore del reato occorre, a sua volta, decidere quali ne siano gli indici (bene giuridico, note modali, schemi ricorrenti nella realtà) a loro volta malleabili. Insomma, l'assorbimento descrive un orizzonte di senso metodologicamente non compatibile con il campo a cui si iscrive il concorso apparente di norme che è quello dei limiti di applicazione della legge penale.

L'assorbimento dell'offesa come caratteristica del caso in questione

Lo sforzo della Corte nel trovare una soluzione è lodevole, ma ponendosi lo scopo di affermare un concorso apparente di norme facendo leva **su criteri valoriali certi nodi argomentativi** e concettuali vengono al pettine, perché è dalla pretesa di disciplinare il caso alla luce dell'art. 15 c.p. che discendono inevitabilmente delle contraddizioni.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 36 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

In particolare il maggior profilo di criticità dell'argomentazione che vorrei mettere in evidenza si collega al principio "di diritto" affermato, secondo cui il delitto di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici" (art. 615 *quater* c.p.) è assorbito dal "delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico" (art. 615 *ter* c.p.), e quindi queste due norme si trovano (per fatti come quelli in causa) in concorso apparente di norme, mentre non vi è assorbimento da parte della frode informatica (640 *ter* c.p.).

Questa affermazione, infatti, finisce per levare dal proscenio la frode informatica e per osservare i (soli) rapporti tra i delitti di cui agli artt. 615 *ter* e *quater* c.p.

La ragione per cui si mette da parte la frode informatica è che qui si vuole valutare un concorso di apparente di norme, segnatamente tra il delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p. e quello di cui all'art. 615 *quater* c.p. ed è coerente con questa impostazione mettere da parte un terzo reato. Non sembra infatti un concorso apparente tra due norme possa dipendere da una terza norma. Il problema però è che qui le informazioni ce le offre il fatto e non le norme, e in particolare che quel fatto concretamente verificatosi trova *tre norme* e non due che sono chiamate a qualificarlo. Ed è solo tenendo a mente questo che ci si avvede della problematicità di punire per questo fatto anche per il reato di detenzione (art. 615 *quater* c.p.).

Nel caso in esame infatti sembra mancare una carica offensiva propria espressa dal delitto di detenzione perché il fatto commesso si è concluso ricaricando una propria carta di pagamento di cui si aveva la disponibilità, quindi perché si configura e si qualifica come una frode informatica consumata. È tenendo a mente questo, cioè che in questo caso i reati che vengono in gioco sono tre, che risulta svuotato di un'autonoma offesa il delitto di detenzione. Se ci limitiamo ad osservare i reati di detenzione e di accesso abusivo occorre infatti ricordare che il primo, a differenza del secondo, richiede il fine di profitto o di danno. Quindi, se ci si dovesse trovare di fronte ad un fatto "solo" di detenzione di *password* al fine di profitto o di danno e poi di accesso abusivo su un sistema informatico in virtù di quelle *password*, ma per altro scopo, il principio di integrale valutazione del fatto richiederebbe di applicare entrambi i delitti, perché, ognuno, rispettivamente, prevede e punisce una specifica offesa. Quando però il fatto si presenta sin dall'origine come quello in causa, e quindi i reati in gioco sono questi tre, ci si avvede che il delitto di detenzione (art. 615 *quater* c.p.) può realmente risultare sprovvisto di una offesa autonoma e ulteriore rispetto a quella già descritta e punita dagli altri reati in concorso. Per quanto concerne il fine di profitto/danno l'art. 615 *quater* c.p. non descrive ovviamente nessuna ulteriore offesa rispetto alla frode informatica, e lo stesso può dirsi per il pericolo di accesso al domicilio informatico, perché in questo caso si è ottenuta fraudolentemente una *password* (verosimilmente proprio una *One Time Password*, come sono soliti avere i sistemi bancari) che vale ed è funzionale a *quello* specifico accesso punito dall'art. 615 *ter* c.p. e che non potrebbe essere detenuta per effettuare altri accessi con fine di profitto.

Insomma: se teniamo a mente i tre reati ed il loro combinarsi possiamo affermare che, per un fatto di un accesso abusivo mediante *password* fraudolentemente carpite che esiti in una dazione, l'offesa è compiutamente descritta e punita dai "soli" reati di accesso abusivo e di frode, senza che il delitto di detenzione preveda nessuna ulteriore carica di offesa. Nessun aumento di pena può essere ascritto alla commissione del delitto di detenzione, però al contempo siamo fuori dal campo di disciplina dell'art. 15 c.p., e quindi del concorso apparente di norme. Cosa fare in questi casi?

Una proposta di lettura dell'art. 81 c.p.

Facciamo il punto.

L'art. 15 c.p. è la norma che disciplina quando debba aversi concorso apparente di norme, e a tale fine fa leva sul concetto di specialità, e questo per le ragioni anzidette non può che risultare da una valutazione tra fattispecie svolta mediante il criterio strutturale. Su questo quindi non siamo d'accordo con la sentenza quando fonda l'assorbimento del reato di detenzione sull'art. 15 c.p.

Siamo giunti ad affermare, e questa volta in accordo, se non con la motivazione, almeno con lo spirito e con il dispositivo della sentenza in commento, che non residua però nessuno spazio di maggiore

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 37 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

meritevolezza di pena all'art. 615 *quater* c.p. Il fatto descritto da questo ultimo delitto non aggiunge nulla in punto di offesa realizzata da quanto già stabilito (e punito) dagli artt. 615 *ter* e 640 *ter* c.p. Rispetto al primo, la detenzione di quella determinata *password* è strettamente funzionale e sta e cade assieme a quel determinato accesso abusivo, punito dall'art. 615 *ter* c.p.; rispetto al secondo, il fine di profitto o danno altrui si è poi concretizzato nel danno/profitto realizzato mediante il versamento e punito dall'art. 640 *ter* c.p.

Teniamo ferme entrambe queste premesse. La prima, cioè che siamo fuori dall'art. 15 c.p., come fanno a nostro avviso correttamente le Sezioni Unite, e la seconda, cioè che non si può procedere a nessun aumento di pena per il reato di detenzione ex art. 615 *quater*, come fa a nostro avviso correttamente la seconda sezione in questa sentenza. Così facendo ci si rende conto che la soluzione passa per una riflessione sull'art. 81 c.p.

E qui si aprono due alternative.

O si afferma che per l'art. 81 c.p. l'aumento di pena per ognuno dei reati in concorso è obbligatorio⁽¹²⁾. E allora in casi come questi, in cui un reato non aggiunge davvero nulla all'offesa realizzata e punita dagli artt. 615 *ter* e 640 *ter* c.p., occorrerà forzosamente giustificare il non aumento di pena tramite l'art. 15 c.p., aprendo però a interpretazioni *contra legem*, anche dal punto di vista letterale con questa disposizione e pagando i costi a cui abbiamo accennato.

Oppure si afferma che l'art. 15 c.p. non può essere chiamato a regolare questi casi, e allora occorre affermare che per l'art. 81 c.p. l'aumento di pena per ognuno dei reati in concorso non è obbligatorio. Questa seconda soluzione è a nostro avviso preferibile. Certo, siamo consapevoli che nella logica del codice Rocco con l'art. 81 c.p. si è voluto segnare il commiato da quel concorso *ideale* previsto nel codice Zanardelli all'art. 79 che in caso di medesimezza del fatto prevedeva la punizione solo per la disposizione più grave⁽¹³⁾, e che nelle intenzioni del legislatore il concorso formale è chiamato, nel codice vigente, a temperare il regime sanzionatorio di ipotesi di concorso materiale, non a regolare vicende di assorbimento. Però il punto è che una volta che si afferma - correttamente - che il concorso apparente di norme è solo quello di tipo strutturale, connesso a problemi di limiti di applicazione della legge penale, vien fuori con prepotenza il *tertium genus* tra concorso apparente e concorso materiale. Quello che come visto veniva chiamato con formula espressiva il "concorso materiale apparente". E varie ragioni militano a nostro avviso a sostegno di una soluzione che passi per nessun aumento di pena ex art. 81 c.p. per i casi in cui si registra un effetto di assorbimento dell'offesa.

Anzitutto il dato letterale. La formula "è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo" fissa un massimo, ma non un minimo, ed è semanticamente compatibile con una decisione di nessun aumento di pena. Il verbo utilizzato è "aumentare", ma è anche vero che si fissa solo l'editto massimo di aumento sino al triplo. Ed infatti è qui l'avverbio "fino" che letteralmente rende semanticamente compatibile anche la decisione di nessun aumento.

Poi interviene la ragione sistematica. Poiché l'art. 15 c.p. è chiamato a regolare i soli conflitti apparenti di norme, e che sono tali solo quelli - *repetita juvant* - che presentano una relazione di specialità osservata a seguito di raffronto strutturale tra fattispecie, quando non può assegnarsi una maggior punizione per una ragione di tipo non strutturale (in questo caso per radicale difetto di maggiore offesa) il metro normativo è l'art. 81 c.p.

E qui la simmetria torna, perché anche in questo caso si realizza quella speculare coerenza tra *oggetto*, *metodo*, *parametro* e *metro* del giudizio. Il principio in gioco qui non è più infatti la legalità, ma la proporzionalità tra gravità del fatto e pena (il *parametro* del giudizio), e alla luce di questo ben possono intervenire valutazioni di tipo non strutturale (il *metodo* del giudizio), come l'offesa anzitutto, poi il rapporto tra mezzi e scopo, l'*id quod plerumque accidit*, l'immediatezza e lo scopo unitario che anima la volontà dell'agente. E queste valutazioni debbono necessariamente osservare il mondo dei fatti (l'*oggetto* del giudizio) in raffronto con le fattispecie incriminatrici, perché è da questo raffronto che emerge l'eventuale sproporzione tra la pena comminata per ogni singolo reato, in caso di realizzazione solo di quel reato, e quella emergente a seguito della

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 38 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 30 APRILE 2022

commissione di un fatto in cui si registrano sovrapposizioni, e doppie (o triplici) valutazioni di elementi *e di offese* commessi nella realtà una sola volta, come è esattamente il caso nella vicenda qui in esame. Insomma, per questo tipo di analisi muta il *parametro*, quindi *l'oggetto*, e di conseguenza anche il *metodo*, perché è pienamente coerente con la valutazione della proporzionalità sanzionatoria effettuare ragionamenti sul disvalore del fatto rispetto al disvalore complessivo delle norme chiamate a qualificare quel fatto. E crediamo quindi sia coerente che il *metro* normativo sia l'art. 81 c.p. Una norma che si pone sul terreno della determinazione della pena, in cui è, quindi, fisiologica una discrezionalità giudiziale⁽¹⁴⁾ che può arrivare a dire che non è possibile effettuare nessun aumento di pena per un reato in cui si registri un assorbimento dell'offesa.

Omissis.