



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



CONCORSO IN MAGISTRATURA BOLZANO: TRACCIA NON ESTRATTA DI DIRITTO PENALE IN TEMA DI ERRORE EX ART. 48 C.P.

L'analisi della intricata disciplina dell'errore cui ricada l'autore del fatto perché da altri ingannato vista alla luce della eventuale compatibilità con il tentativo nonché con i reati propri ed in specie con l'abuso d'ufficio; reato, quest'ultimo, tipicamente, qualificato e permeato da una forte e decisa componente volontaristica.

di **Maria Erica Gangi**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 25 Luglio 2019

Tratti il candidato della disciplina di cui all'art. 48 c.p. e dei rapporti con l'istituto del tentativo; si soffermi inoltre sulla eventuale compatibilità dell'art. 48 c.p. con i cosiddetti reati propri, con particolare riferimento al delitto di cui all'art. 323 c.p.

Elemento centrale, la cui analisi appare irrinunciabile al fine di trattare l'odierna questione, è il ruolo nevralgico assunto nel nostro Ordinamento dall'elemento psicologico: dolo o colpa quali componenti dell'agire umano nella realizzazione di una data condotta.

Senza voler addentrarsi nella copiosa letteratura giuridica sul tema esistente, si ritiene – comunque – doveroso dare atto della componente distintiva tra i due diversi aspetti psicologici.

Invero, la colpa si compone di un aspetto tracciabile in negativo quale mancanza di volontà (la colpa è generico "non volere") unitamente ad un aspetto positivo quale violazione di regola cautelare; tuttavia a detto accertamento deve seguire la verifica della prevedibilità ed evitabilità dell'evento giacché soltanto il riscontro di detti ulteriori aspetti consente di evitare la punibilità per la sola violazione della norma imposta: un'ipotesi di tal fatta configurerebbe responsabilità oggettiva asseritamente contrastata dalla Giurisprudenza Costituzionale.

Diversamente il dolo è intenzione, rappresentazione e volontà; sul punto l'art. 43 c.p. è rivelatore: il delitto è doloso "quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione".

La scienza penalistica consacra il dolo a regola cardine per la punibilità dell'autore materiale della condotta da cui sia scaturito l'eventus damni; differentemente la colpa è criterio d'eccezione essendo punito il fatto commesso a tale titolo unicamente ove ciò sia espressamente previsto dal Legislatore.

L'assunta centralità dell'elemento psicologico quale requisito per giustificare la risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento consente – lo si ribadisce – di attribuire al dolo un ruolo centrale e pulsante.

Detta dominanza si desume da una lettura combinata degli articoli che accompagnano il

disposto del 43 c.p. precisamente il riferimento è agli artt. 47 e 48 c.p.

A norma dell'art. 47 c.p. ove l'errore cada sul fatto che costituisce reato è da ritenere esclusa la punibilità dell'agente salvo che non si tratti di errore determinato da colpa e il fatto commesso sia previsto e punito a titolo di colpa.

Conclusivamente il comma terzo di detto disposto statuisce che ove l'errore cada su una legge extrapenale – diversa da quella penale – è esclusa parimenti la punibilità quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato.

Il corollario emergente dall'analisi testuale testé compiuta consente di tracciare una sintesi netta: è esclusa la punibilità dell'agente ove questo abbia agito cadendo in errore, l'error, invero, è aspetto tranciante e non compatibile con la volontà quale determinazione dell'agire al fine di provocare una determinata conseguenza.

Compendio a detta norma è la successiva (art. 48 c.p.) che plasticamente statuisce l'applicabilità dell'art. 47 c.p. anche al caso in cui l'errore sul fatto costituente reato sia determinato dall'altrui inganno; tuttavia, in detta circostanza, dell'evento realizzato dalla persona ingannata risponderà colui che l'abbia indotta in errore, postulando, pertanto, una non punibilità dell'autore materiale del fatto in favore di una sanzionabilità in capo al c.d. autore mediato.

Esigenze di completezza esegetica richiedono di integrare il quadro normativo su esposto con l'art. 111 c.p. a norma del quale colui che ha determinato a commettere un reato una persona non punibile a cagione di una qualità o condizione personale, risponde del reato commesso da questa.

La disciplina ricavabile dalla interpretazione del corredo normativo tracciato appare, dunque, inequivocabile: del fatto commesso dal soggetto ingannato risponde il c.d. ingannatore, ossia colui che ha determinato l'errore dell'agente al fine di cagionare e provocare, indi, la verifica del fatto.

È una regola aurea, quella desumibile dall'art. 48 c.p., nella misura in cui evidenzia la centralità della volontà, della intenzione, della rappresentazione cosciente e perseguita quali presupposti per la punibilità del soggetto agente, autore della condotta delittuosa di cui possa discutersi.

Il postulato su emerso consente, dunque, di escludere in maniera tranciante la compatibilità della disciplina dell'errore determinato da altrui inganno con il tentativo di

cui all'art. 56 c.p.

Al fine di meglio inquadrare detta inconciliabilità è doveroso inquadrare l'istituto del tentativo e gli elementi strutturali da cui esso è composto.

A norma dell'art. 56 c.p. ove l'azione non si compia o l'evento non si verifichi colui che compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto ne risponde a titolo di tentativo.

Lapalissiani i pilastri esegetici cui l'interprete deve dare rilievo: affinché possa aversi la punibilità a titolo di tentativo deve trattarsi di atti dotati del requisito della idoneità, delle inequivocabilità che siano direzionati, miranti, alla realizzazione del fatto di reato.

Ponendo attenzione a detti elementi strutturali va dato atto delle due tesi che si sono contese il campo in punto di delitto tentato: la tesi oggettiva e soggettiva.

Secondo la tesi soggettiva per aversi la punibilità a titolo di tentativo è necessario che risulti certa l'intenzione dell'agente di commettere il corrispondente delitto consumato; la non equivocità degli atti sarebbe rilevante ai fini probatori, desumibile non soltanto dagli elementi che compongono il fatto ma anche dai precedenti riguardanti il reo o la di lui personalità.

È stata una tesi, tuttavia, ampiamente criticata poiché produrrebbe una interpretatio abrogans dell'art. 56 c.p.; esso, invece, costituisce una figura autonoma di reato i cui elementi di imputabilità richiedono l'accertamento compiuto ai sensi e secondo i parametri di cui all'art. 42 c.p.

Differentemente, secondo la tesi oggettiva la univocità è una caratteristica oggettiva della condotta e consiste nella intrinseca capacità di rivelare ex sé l'intenzione criminale in capo all'agente.

Ciò precisato la Dottrina – anni addietro – si è interrogata circa la idoneità degli atti di “parlare da sé” e dunque di esprimere una effettiva volontà criminale.

La querelle ha assunto maggiori spunti di riflessione a seguito delle critiche mosse al codice Zanardelli che – espressamente – escludeva dall'alveo sanzionatorio gli atti meramente preparatori, ritenuti inadeguati ad esprimere la formazione di una volontà criminale.

Secondo il codice Rocco – nato in un contesto storico certamente più pervicace ed invasivo – invece non poteva ammettersi la non punibilità dell’atto preparatorio sol perché la consumazione dell’evento fosse stata arrestata ad un momento immediatamente precedente; doveva, pertanto, postularsi la piena punibilità anche della condotta funzionale e meramente propedeutica alla realizzazione del fatto.

Tuttavia, nonostante le teorizzazioni di una maggiore severità avessero intriso il clima di discussione dell’attuale codice penale approvato nel 1930 in esso non compare alcuna espressa previsione punitiva circa detti atti meramente preparatori, vuoto, questo, che ha determinato il sorgere di un nuovo dibattito incentrato sulla distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi.

Sulla querelle è intervenuta la Consulta statuendo e ribadendo il principio per cui soltanto gli atti esecutivi denotino e comportino una punibilità, definendo tali quelle azioni che, da sole, siano foriere, verso l’esterno, di una volontà criminale verso cui milita l’azione dell’autore materiale della condotta.

La disciplina in punto di tentativo, dunque, consegna un istituto centrato sulla volontà, il dolo di tentativo quale elemento psicologico richiesto, non la colpa, non il dubbio, non la mera accettazione del rischio; conclusioni, queste, che per lungo tempo hanno portato a negare la compatibilità tra tentativo e dolo eventuale fintantoché, con gli ultimi arresti Pretori, non si è giunti a spiegare il dolo eventuale alla luce della seconda – e non più della prima – formula di Frank talché esso viene inteso non soltanto mera accettazione del rischio ma piena calcolabilità delle conseguenze, seppur nefaste, che possano seguire alla condotta realizzata, accettate, volute e comunque sposate perché intese quale “prezzo” da pagare per soddisfare i propri desiderata.

Ne discende una previsione permeante il dolo eventuale visto non più come mero dubbio o cieca accettabilità del rischio ma tratteggiato quale elemento psicologico dominante nell’agente che, nel proprio foro interno, compie un giudizio di bilanciamento all’esito del quale scegliere consapevolmente di continuare nel proprio proposito criminoso nonostante le conseguenze negative che da esso possano aversi.

Una lettura innovativa del dolo eventuale che consente – oggi – di ammetterne la compatibilità con il tentativo e, quindi, di ribadire, ulteriormente, come l’art. 56 c.p. chieda una consapevolezza, una intenzione, una rappresentazione non compatibile né con la colpa né con l’errore determinato da altrui inganno, tipicamente mancante della volontà riscontrabile in capo all’agente.

Discusso circa la sintonia giuridica riscontrabile tra le figure giuridiche sopra trattate è possibile entrare nel merito di una eventuale compatibilità dell'art. 48 c.p. con i cosiddetti reati propri.

In via del tutto preliminare occorre definire il reato proprio: è tale quello per cui la qualifica soggettiva in capo all'agente sia richiesto quale elemento strutturale del fatto; ove essa manchi non potrà procedersi alla punibilità per mancanza di uno degli elementi essenziali costituenti la componente oggettiva del reato.

Questione discussa, cui in questa sede si vuole soltanto cennare, è la ammissibilità del concorso dell'estraneus nel c.d. reato proprio commesso dall'intraneus.

Sul punto occorre, seppur brevemente, distinguere le situazioni giuridiche.

Figurano, nel nostro ordinamento, i cc.dd. reati di mano propria per la cui punibilità è necessaria la realizzazione del fatto ad opera del soggetto qualificato; in essi può aversi la compartecipazione anche di altri soggetti privi della qualifica soggettiva, essi risponderanno a diverso titolo secondo la struttura dei cc.dd. reati a soggettività ristretta.

Circa le altre fattispecie delittuose la tesi intermedia, oggi prevalente, ammette il concorso dell' dell'estraneus nel c.d. reato proprio commesso dall'intraneus purché il primo agisca con la piena consapevolezza di stare agendo e dunque apportando un contributo causale ad un reato proprio; tesi questa che si fonda sulla partecipazione contributiva dei soggetti partecipanti al reato.

Detto formante è contestato da altro che ammette il predetto concorso "anomalo" purché tutta l'azione – seppur materialmente commessa dall'estraneus – sia realizzata sotto la guida e la supervisione dell'intraneus.

Da ultimo va dato atto di un ulteriore orientamento fortemente restrizionista secondo cui giammai potrebbe aversi la punibilità del soggetto autore comune in un reato proprio giacché detta eventualità sarebbe da intendere violativa del principio di riserva di Legge nonché di prevedibilità e determinatezza, brocardi tutti ancorati all'art. 25 Cost.

Soddisfatto il preliminare inquadramento dei reati propri nel nostro sistema penale è opportuno disquisire circa la compatibilità della disciplina di cui all'art. 48 c.p. eventualmente applicabile al disposto dell'art. 323 c.p. in punto di abuso d'ufficio, tipico reato proprio menzionato nel Libro II – Titolo II c.p. in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione.

La norma in analisi persegue e sanziona la condotta del Pubblico Ufficiale o dell'incaricato di Pubblico servizio – tipicamente soggetti dotati della c.d. qualifica soggettiva – che nell'espletamento del proprio servizio nella gestione della res pubblica agisca in violazione di legge o regolamento, ovvero ometta di astenersi nonostante vi sia un interesse proprio, o di un prossimo congiunto, che intenzionalmente procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o, diversamente, cagioni ad altri nocumento violando, in tal modo, le ragioni e gli scopi del proprio servizio.

Circa il profilo soggettivo – lo si ribadisce – è un reato proprio; il perfezionamento dell'elemento oggettivo richiede, alternativamente, il perseguimento di un proprio vantaggio o l'altrui danno cagionato profittando del potere detenuto il cui esercizio è, di fatto, sviato dalle ordinarie funzioni.

Detta precisazione consente di individuare il dolo generico misto a dolo intenzionale quale componente psicologica, ne discende la doverosa configurazione della predetta fattispecie delittuosa come reato in cui la volontà assume un ruolo pregnante ed irrinunciabile.

Alcune precisazioni, utili per risolvere il caso concreto posto all'odierna attenzione, debbono essere compiute circa la materialità della condotta e in concreto come possa identificarsi l'abuso d'ufficio quale espressione di sviamento di potere.

Sul punto determinante è stata la Giurisprudenza di legittimità in occasione di un arresto del 2017 nel quale ha avuto modo di precisare che sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. Sicché, il dolo intenzionale è configurabile qualora si accerti che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abbia agito con uno scopo diverso da quello consistente nel realizzare una finalità pubblica, il cui conseguimento deve essere escluso non soltanto nei casi nei quali questa manchi del tutto, ma anche laddove la stessa rappresenti una mera occasione della condotta illecita, posta in essere invece al preciso scopo di perseguire, in via immediata, un danno ingiusto ad altri o un vantaggio patrimoniale ingiusto per sé o per altri.

Le conclusioni tracciate dalla Cassazione consentono di escludere per la punibilità ex art. 323 c.p. del P.U. o Incaricato di P.S. per un fatto che abbia commesso perché indotto in

errore da altro soggetto.

Invero, la prova dell'intenzionalità del dolo esige il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto e tale certezza non può essere ricavata esclusivamente dal rilievo di un comportamento "non iure" osservato dall'agente, come tale insufficiente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva "ratio" ispiratrice del comportamento, quali, ad esempio, la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento ed il tenore dei rapporti personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento stesso ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno.

Il quadro così ricostruito e composto consente di individuare un caso che la scienza penalistica può ben definire border line atteso che ove in capo al soggetto qualificato manchi la componente volontaristica di procurare un vantaggio a sé o un nocumento ad altri non potrà dispiegarsi la risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento nonostante sotto il profilo materiale siano inquadrabili i requisiti di cui al 323 c.p.; parimenti, trattandosi di reato proprio di esso non potrà rispondere l'autore mediato, ossia colui che ha indotto in inganno il Pubblico Ufficiale, poiché in capo a questi mancherebbe il presupposto qualificante richiesto ex Lege.

Deve, dunque, concludersi per la non compatibilità – e conseguente inapplicabilità – della disciplina di cui all'art. 48 c.p. al reato proprio di cui all'art. 323 c.p.