

CAPITOLO XIII

LA PUNIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Generalità. – 2. Condizioni obiettive di punibilità. – 3. Cause di non punibilità in senso stretto. – 4. Cause sopravvenute di non punibilità. – 5. Particolare tenuità del fatto.

1. GENERALITÀ

1.1. La Gc adotta la categoria della **punibilità** – intesa come **possibilità di applicare la pena** per il reato commesso dall'agente – ed esclude che essa integri un elemento costitutivo del reato (VII, 3.1).

nozione

Tale categoria si attualizza in istituti che, fondati in tutto o in parte su ragioni attinenti all'**opportunità** di punire e non alla meritevolezza di pena, hanno l'effetto: - di subordinare il sorgere della punibilità al verificarsi di determinate condizioni (**condizioni obiettive di punibilità**: *infra*, 2); - di escludere la punibilità per la particolare qualifica rivestita dall'agente o per i suoi rapporti con la persona offesa (**cause di non punibilità in senso stretto**: *infra*, 3); - di far venir meno la punibilità in ragione di un comportamento di ravvedimento *post delictum* antitetico a quello integrante il reato commesso (**cause sopravvenute di non punibilità**: *infra*, 4) o in base ad una valutazione del giudice (*infra*, 5).

Trattasi di istituti che presuppongono l'esistenza di un reato, quale fatto **tipico, antiggiuridico e colpevole**.

Il recepimento da parte della G della categoria della **punibilità**, nei termini sopra indicati, è il risultato di un progressivo **affinamento concettuale**, conseguente: - al superamento della generica categoria delle cause incidenti sulla punibilità, elaborata sotto il vigore del codice di rito previgente, per giustificare la pronuncia di una sentenza di condanna anche nel caso di prova insufficiente sulle stesse (XI, 1.1); - alla valorizzazione della categoria delle condizioni obiettive di punibilità, applicata dalla G più recente alla dichiarazione di fallimento, quale elemento del reato di bancarotta prefallimentare (*infra*, 3.3.1); - all'approfondimento della categoria dogmatica della punibilità, giustificato dal proliferare dei casi in cui il legislatore utilizza tale strumento premiale per sollecitare condotte di ravvedimento *post delictum* (IX, 1.3.3 s.).

1.2. La punibilità è categoria di diritto penale **sostanziale** e tale natura caratterizza perciò gli istituti giuridici sopra richiamati, rispetto ai quali assume rilevanza.

natura sostanziale

Netta è dunque la differenza dagli istituti che invece incidono sulla **procedibilità** del reato (querela, richiesta, istanza, autorizzazione a procedere), aventi natura processuale (VII, 1.6; VII, 3.5).

2. CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITÀ

definizione

2.1. Alla categoria delle **condizioni obiettive di punibilità** (c.o.p.) (che il c.p. non definisce, ma che menziona negli artt. 44 e 158, co. 2: *infra*, 2.3) la G riconduce gli elementi della fattispecie che, presupponendo un fatto tipico, antigiusuridico e colpevole, condizionano il sorgere della punibilità per ragioni di opportunità o comunque per ragioni non attinenti alla dimensione offensiva del fatto.

Si tratta delle c.o.p. c.d. **estrinseche** o proprie, alle quali ha fatto sinteticamente riferimento anche **Cc 13.12.1988, n. 1085**, affermando che trattasi di “elementi estranei alla materia del divieto”, ai quali **non** si applica il **principio di colpevolezza** di cui all’art. 27, co. 1 Cost. (III, 11.2.3.3).

Secondo **Cass. IV, 8.2.2017, n. 13910/17, Santoro**: “(...) la giurisprudenza della Corte costituzionale, (...) ha osservato che il **fatto offensivo** costituente reato è, in quanto tale, **meritevole di pena**, nel senso che sono in esso presenti i requisiti sufficienti per tracciare il confine tra la sfera del lecito e quella dell’illecito e per giustificare il ricorso alla sanzione criminale, con la conseguenza che la previsione normativa deve essere, pertanto, espressa e resa in forma determinata, per assicurare, attraverso la certezza dell’incriminazione, la libertà dei cittadini.

Non in tutti i fatti meritevoli di pena è però rinvenibile anche un’**esigenza effettiva di pena**: la **punibilità** del reato può (allora) essere **subordinata** ad elementi di varia natura, nei quali si cristallizza una valutazione d’**opportunità politica**, estranea al contenuto dell’offesa e dipendente dal modo con cui è apprezzata la sua rilevanza in concreto per l’ordinamento.

Tali elementi condizionanti fungono, in pratica, da **filtro selettivo** nel ricorso alla sanzione criminale per fatti pur (astrattamente) meritevoli di pena; ma, non concorrendo a definire il discrimine fra lecito ed illecito, non devono sottostare ad un’esigenza di determinatezza in funzione di garanzia della libertà (assicurata con la previsione di un’offesa dal contenuto tipico tassativamente definito), bensì in funzione della parità di trattamento tra gli autori del fatto illecito, la cui selezione repressiva non può porsi in contrasto con il principio d’uguaglianza (Corte cost. 16.5.1989, n. 247).

In tale prospettiva si comprende la considerazione secondo la quale soltanto gli elementi **estranei alla materia del divieto** (come le **condizioni estrinseche** di punibilità che, restringendo l’area del divieto, condizionano, appunto, quest’ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27, primo comma, Cost.* (Corte cost. 13.12.1988, n. 1085)”.

La G recepisce dunque l’orientamento della Dp che qualifica come c.o.p. estrinseche gli avvenimenti futuri e incerti, estranei al fatto, tali che non si possa concepire un divieto di realizzarli, i quali condizionano la punibilità solo per ragioni di opportunità e non attengono alla dimensione lesiva del fatto di reato.

Non viene invece recepita dalla G la categoria delle c.o.p. intrinseche, che secondo una parte della D si caratterizzano per la loro incidenza sull’interesse tutelato, né viene recepito l’orientamento espresso da una D rimasta minoritaria, che assimila le c.o.p. estrinseche alle condizioni di procedibilità.

2.2. Trattando della natura di c.o.p. della sentenza di fallimento nel reato di bancarotta prefallimentare, la G ha avuto occasione di prendere posizione, in termini generali, sull'incidenza delle c.o.p. estrinseche sulla **consumazione** del reato, definita come “**completa realizzazione della fattispecie**”.

consumazione

Così Cass. V, **8.2.2017, n. 13910/17, Santoro**: “[L’art. 158, co. 2 c.p.], al pari dell’art. 44 c.p., sembra confermare, sul piano dogmatico, che la condizione obiettiva di punibilità viene vista dal legislatore come elemento estraneo al reato, inteso nella sua dimensione di condotta già espressiva in termini compiuti di disvalore e (...) meritevole di pena, sebbene ancora non necessitante di quest’ultima, secondo le indicate valutazioni di opportunità.

Tuttavia, lo stesso art. 158, co. 2 c.p. dimostra che, nel dettare la disciplina delle questioni che presuppongono la consumazione del reato, è proprio il verificarsi della condizione che assume rilievo determinante.

Siffatta considerazione consente di affermare che il concetto di **consumazione** del reato di cui all’art. 8 c.p.p., in assenza di vincolanti e diverse prescrizioni normative, deve appunto essere ricostruito nei termini di **completa realizzazione della fattispecie incriminatrice** (...).

La conclusione, oltre a garantire una piena equiparazione delle soluzioni in tema di *tempus* e di *locus commissi delicti*, la cui diversificazione non avrebbe senso alcuno, è coerente con le finalità delle norme che assumono la **consumazione** del reato a presupposto della loro applicabilità, giacché la condizione di punibilità, pur estranea, nell’accezione che qui assume rilievo, all’offesa, comunque rappresenta il dato che giustifica l’intervento sanzionatorio dello Stato.

In altri termini, se pure è vero che, dal punto di vista dell’offesa, la massima gravità concreta del fatto si è raggiunta, in termini di disvalore, in epoca anteriore alla realizzazione della condizione, è però anche vero che, secondo quanto lo stesso legislatore mostra di ritenere, in presenza di una condizione di punibilità, occorre attribuire rilievo anche al momento (e quindi al luogo) in cui si realizza l’**opportunità della punizione**”.

2.3. Le c.o.p. operano **oggettivamente**, come prevede l’art. 44 c.p.: *Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.*

disciplina

Inoltre esse incidono sul *dies a quo* del termine di prescrizione, come dispone l’art. 158, co. 2, I pt.: *Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della **prescrizione** decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata.*

Pressoché inesistente è la G in ordine alla configurabilità del **tentativo** di delitto per il quale è prevista una c.o.p. (XIV, 3.10.5).

2.3.1. Nell’ambito della **casistica** riguardante le c.o.p., una posizione centrale assume la problematica della qualificazione giuridica della **sentenza di fallimento** (ora di apertura della **liquidazione giudiziale** nel c.c.i.i.) nel reato di **bancarotta prefallimentare**, fraudolenta o semplice (artt. 216, co. 1 e 217 l.f., ora artt. 322 e 323 c.c.i.i.).

sentenza di fallimento

La G ha qualificato la sentenza di fallimento dapprima come condizione di esistenza del reato (o elemento essenziale *sui generis* del reato) e successivamente come c.o.p. estrinseca, orientamento quest'ultimo divenuto poi costante.

In proposito, è necessario prendere le mosse da **S.u. 25.1.1958, n. 2/58, Mezzo**, Rv. 098004/05, che ha affermato i seguenti principi: - la **condizione obiettiva di punibilità**, quali che siano le incertezze in ordine alla sua esatta nozione, risponde alla caratteristica di **non** fare parte dell'insieme degli **elementi necessari** per l'**esistenza** del reato, inteso come fatto lesivo di un interesse penalmente protetto; - la dichiarazione di fallimento, rispetto ai fatti di bancarotta che siano anteriori alla sua pronuncia, costituisce una **condizione di esistenza del reato**, oltre a determinare la punibilità; - la condizione di esistenza si differenzia concettualmente dalla condizione obiettiva di punibilità, perché, mentre quest'ultima presuppone un reato già perfetto oggettivamente e soggettivamente, essa inerisce invece così intimamente alla struttura del reato da **qualificare** come reato quei fatti che, fuori dal fallimento, sarebbero penalmente irrilevanti.

Al di là delle (discutibili) categorie dogmatiche utilizzate, l'idea di fondo che è alla base di questa impostazione delle S.u. (alla quale si è per lungo tempo uniformata la G) è che la sentenza di fallimento incide sulla stessa configurabilità dell'**offesa al bene giuridico**: solo con la sentenza di fallimento gli atti dell'imprenditore assumono rilevanza penale, perché con la constatazione giudiziale dell'insolvenza viene accertata la lesione arrecata ai diritti dei creditori, onde soltanto con la dichiarazione di fallimento si verifica l'esposizione al pericolo (e quindi si realizza l'offesa) dell'interesse tutelato.

Pur qualificata come "condizione di esistenza del reato", la sentenza di fallimento, secondo le S.u., **non** rappresenta tuttavia l'**evento** del reato, tanto che non è richiesto un nesso eziologico tra la condotta incriminata ed il dissesto, né si richiede che sussista un nesso di natura psicologica ed in particolare che il dissesto sia prevedibile: di qui la qualificazione della sentenza di fallimento anche come "**elemento essenziale sui generis**".

Sempre in questa prospettiva, la sentenza di fallimento, incidendo sulla consumazione del reato, assume rilevanza ai fini dell'applicazione dell'**amnistia** e dell'**indulto** (applicabili solo se il fallimento è dichiarato prima del relativo termine di efficacia), della **prescrizione** (incidendo sul *dies a quo* del decorso del termine prescrizione) e della determinazione della **competenza per territorio** (da individuarsi in base al luogo in cui ha sede l'Autorità giudiziaria che ha dichiarato il fallimento) (*e.p.*, oltre a S.u. 25.1.1958, Mezzo, Cass. V, 15.12.1988, n. 2334/89, Grespan, Rv. 180525; Cass. V, 26.6.1990, n. 15850/90, Bordoni, Rv. 185883; Cass. V, 27.9.2006, n. 36088/06, Corsatto, Rv. 235481).

Questa impostazione è stata confermata, con riferimento al reato di bancarotta nell'ambito dell'amministrazione controllata ed al fine di risolvere un problema di successione di leggi penali nel tempo, da **S.u. 26.2.2009, n. 24468/09, Rizzoli** (V, 2.6.6.4): "il decreto di ammissione all'amministrazione controllata ripete, nell'ambito della corrispondente fattispecie di bancarotta, la stessa natura e gli stessi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento ed integra, pertanto, un **elemento costitutivo** del reato e non già una mera condizione obiettiva

di punibilità, presupponendo questa un reato già strutturalmente perfetto, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo”.

In questo contesto si è inserita la sentenza **Cass. V, 24.9.2012, n. 47502/12, Corvetta**, Rv. 253493, che, sovvertendo completamente l'impostazione tradizionale, ha affermato che “nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituisce **elemento essenziale** del reato, in qualità di **evento** dello stesso e pertanto deve porsi in **rapporto causale** con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'**elemento soggettivo** del dolo”: trattasi di orientamento condiviso da alcune sentenze successive (p.e. Cass. V, 1.3.2023, n. 27426/23, Pambianchi, Rv. 284785), ma rimasto minoritario.

Va in proposito segnalata innanzitutto **S.u. 31.3.2016, n. 22474/16, Passarelli**, Rv. 266804, la quale ha ribadito che: “(...) i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale **in qualsiasi momento** essi siano stati commessi e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Non si richiede **alcun nesso (causale o psichico)** tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività (...). La condotta, in altre parole, si perfeziona con la distrazione, mentre **la punibilità** della stessa è **subordinata alla dichiarazione di fallimento**, che, ovviamente, consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva prefallimentare) e comunemente esterno alla condotta stessa”.

La Gc ha poi affermato, **più esplicitamente**, che nella bancarotta prefallimentare la sentenza di fallimento costituisce una **condizione obiettiva di punibilità estrinseca**.

Tra le molte sentenze si può citare **Cass. V, 8.2.2017, n. 13910/17, Santoro**, Rv. 269388/89, che facendo applicazione della categoria della c.o.p. estrinseca, secondo la nozione espressa da Cc 13.12.1988, n. 1085 (*supra*, 2.1), ha affermato che “la dichiarazione di fallimento (...) in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, rappresenta una **condizione estrinseca di punibilità** (...), che restringe l'area del penalmente illecito, imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alle condotte del debitore, **di per sé offensive** degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento”.

In tema di prescrizione, amnistia, indulto e competenza territoriale, la sentenza è giunta tuttavia alla medesima conclusione pratica alla quale era giunto l'orientamento tradizionale: “il luogo e il tempo della commissione del reato, ai fini della determinazione della **competenza territoriale**, dei tempi di **prescrizione** e del calcolo del termine di efficacia dell'**amnistia** o dell'**indulto**, coincidono con quelli della sentenza di fallimento” (conf., *e.p.*, Cass. V, 19.3.2014, n. 26542/14, Riva, Rv. 260690; Cass. V, 5.12.2014, Geronzi, n. 15613/15; Cass. V, 6.10.2017, n. 4400/18, Cragnotti, Rv. 272256; sui riflessi della qualificazione della sentenza di fallimento sull'applicabilità dell'art. 649 c.p.p. v. però Cass. V, 15.2.2018, n. 25651/18, Pessotto, Rv. 273468: XV, 4.6.3).

altre fattispecie

2.3.2. La G ha qualificato come c.o.p. gli elementi di alcune fattispecie incriminatrici, senza tuttavia impegnarsi in motivazioni approfondite di tale qualificazione.

Secondo la G sono c.o.p.:

- l'**inottemperanza all'ingiunzione** di eseguire la sentenza nel delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, co. 1 c.p.) (*e.p.* Cass. VI, 25.9.2013, n. 50097/13, S., Rv. 258497; Cass. VI, 19.3.1997, n. 4298/97, Olivieri, Rv. 208885; Cass. VI, 24.9.1993, n. 2559/93, Masi, Rv. 196022);

- il **pericolo per la pubblica incolumità** nel delitto di incendio di cosa propria doloso (art. 423, co. 2 c.p.) (*e.p.* Cass. I, 29.9.1982, n. 937/83, Taver-niti, Rv. 157238; Cass. II, 13.4.1971, n. 527/72, Araco, Rv. 119970; Cass. III, 29.1.1968, n. 145/68, Di Nolfo, Rv. 107349) e colposo (artt. 423 e 449 c.p.) (Cass. I, 14.3.1984, n. 4052/84, D'Avanzo, Rv. 164014);

- il **pericolo di incendio** nel delitto di danneggiamento seguito da incendio (art. 424, co. 1 c.p.) (Cass. I, 12.2.1988, n. 10247/88, Pesce, Rv. 179480);

- il **pubblico scandalo** nel delitto di incesto (art. 564 c.p.) (Cass. I, 24.6.1966, n. 1076/66, Epaminonda, Rv. 102756);

- il **nocumento** nel delitto di rivelazione del contenuto di documenti segreti (art. 621 c.p.) (Cass. V, 12.5.2014, n. 51089/14, Fedi, Rv. 261726; Cass. V, 16.1.2009, n. 17744/09, Paciello, Rv. 243601)

- il **pericolo di nocumento** nel delitto di rivelazione di segreto professionale (art. 622 c.p.) (Cass. V, 7.3.2016, n. 34913/16, Valenti, Rv. 267833)

- il **nocumento** nel reato di trattamento illecito di dati personali (art. 167 c.privacy) (*e.p.* Cass. V, 28.9.2011, n. 44940/11, C., Rv. 251448; Cass. III, 28.5.2004, n. 30134/04, Barone, Rv. 229472; *contra* la G più recente: Cass. III, 23.11.2016, n. 15221/17, Campesi, Rv. 270056; Cass. III, 5.2.2015, n. 40103/15, Ciulla, Rv. 264798);

- la **pubblicità** nel delitto di apologia di delitto (art. 414 c.p.) (Cass. I, 14.12.1973, n. 4519/74, Zanche, Rv. 127285).

reati tributari

2.3.3. Quanto ai **reati tributari**, vigente il d.l. 10.7.1982, n. 429, conv. in l. 7.8.1982, n. 516, rispetto al reato di frode fiscale di cui all'art. 4, n. 7 la G aveva qualificato come c.o.p. l'alterazione del risultato della dichiarazione in **misura rilevante** (così Cc 16.5.1989, n. 247, che aveva escluso la violazione del principio costituzionale di determinatezza: III, 4.3.2).

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 10.3.2000, n. 74, si è posto il problema della qualificazione giuridica delle **soglie di punibilità**, come elementi costitutivi o come c.o.p.

La Gp ha riconosciuto alle stesse la natura di **elemento costitutivo** del reato, traendone una duplice conseguenza: - il **dolo** deve investire anche il superamento della soglia dell'imposta evasa, in quanto trattasi di "elemento costitutivo del fatto, contribuendo a definirne il disvalore" (**S.u. 28.3.2013, n. 37424/13, Romano**, in relazione al reato di omesso versamento IVA, di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/00; conf. la G ora costante: *e.p.* Cass. III, 22.7.2020, n. 27007/20, Bianchi, in mot.; nonché Cass. III, 23.11.2017, n. 7000/18, Venturini, Rv. 272578, in relazione al delitto di omessa dichiarazione di cui all'art. 5

d.lgs. n. 74/00; *contra* Cass. II, 26.5.2011, n. 25213/11, Calcagni, Rv. 250656);
 - la modifica della soglia di punibilità è assoggettata alla disciplina della **successione di leggi penali nel tempo** di cui all'art. 2 c.p., incidendo su un elemento costitutivo del reato (V, 2.5.1).

3. CAUSE DI NON PUNIBILITÀ IN SENSO STRETTO

3.1. Le cause di non punibilità in senso stretto sono situazioni antecedenti o concomitanti al fatto di reato, che, fondate su valutazioni di **opportunità** (non attinenti dunque al disvalore oggettivo del fatto o alla colpevolezza dell'agente), incidono sulla **mera punibilità**, **impedendo** che essa sorga.

Il fatto resta dunque **tipico**, **antigiuridico** e **colpevole** (anche se non punibile) e pertanto qualificabile come **reato** (diversamente da quanto accade per il fatto posto in essere in presenza di una **scriminante**, che ne esclude l'antigiuridicità: XI, 1.1): esso è dunque **impedibile** con la legittima difesa, integrando un'offesa ingiusta, ed assume rilevanza rispetto alle norme che prevedono un *reato* tra gli elementi costitutivi della fattispecie (p.e. artt. 57, 378, 379, 648 c.p.).

Le cause di non punibilità in senso stretto operano **oggettivamente** e quindi anche se non conosciute (art. 59, co. 1 c.p.); sono inapplicabili per analogia (IV, 3.2.2). Non è invece pacifica la rilevanza del **putativo** ai sensi dell'art. 59, u.c. c.p. (XI, 1.5).

Nel caso di **concorso di persone** nel reato, le cause di non punibilità in senso stretto **non si estendono** ai **concorrenti** nel reato, trattandosi di *circostanze soggettive* ai sensi dell'art. 119, co. 1 c.p. (XIV, 4.8.1)

Le cause di non punibilità in senso stretto, incidendo sulla mera punibilità e non sull'illiceità del fatto, lasciano inalterate le **obbligazioni civili** del risarcimento del danno e delle restituzioni, **salve le eccezioni** previste dalla legge (p.e. l'immunità parlamentare *ex* art. 68 Cost. riguarda ogni tipo di responsabilità, civile, penale e amministrativa: *infra*, 3.3.1).

3.2. Alla categoria delle **cause di non punibilità** (o di esclusione della pena) possono ricondursi le **immunità penali sostanziali di diritto pubblico interno ed internazionale**, riconducibili alla previsione dell'art. 3, co. 1, II pt. c.p. seconda parte, che dispone: *La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale.*

La qualificazione delle immunità come cause di non punibilità è prospettata dalla Dp, ma non mancano autori che qualificano le immunità come **limiti all'obbligatorietà** della legge penale o come ipotesi di **incapacità penale**. Una parte della D distingue poi tra immunità di diritto pubblico interno, qualificate come scriminanti, e immunità di diritto pubblico internazionale, qualificate come cause di esenzione dalla giurisdizione.

nozione e disciplina

immunità di diritto pubblico