

SOLUZIONI ESAME 2014 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

(La traccia affronta il caso assegnato al corso Ius&Law 2014 come materiale di studio per il giorno 5 dicembre 2014 ed affrontato anche come parere di penale n. 16 B al corso Ius&law 2013)

Con sentenza pronunciata dal Tribunale nell'ottobre 2012 e depositata il 30.11.2012, Tizio, incensurato di anni 42, viene condannato con la concessione delle attenuanti generiche alla pena di anni 3 di reclusione, con interdizione perpetua dai pubblici uffici, in quanto giudicato responsabile del reato di cui all'art. 317 c.p., commesso nell'anno 2010, perché nella sua veste di pubblico ufficiale, quale ispettore del lavoro della ASL, nel corso di un accertamento presso un'autorimessa in cui era emersa l'irregolare assunzione di lavoratori dipendenti in nero, dopo aver detto al titolare dell'autorimessa, Caio, che, se non gli avesse corrisposto la somma di euro 500,00 avrebbe proceduto a contestare, come previsto dalla legge, sanzioni dell'importo di alcune migliaia di euro, si faceva consegnare la predetta somma senza poi procedere a contestazione alcuna. Tizio, subito dopo l'avvenuto deposito della sentenza, si reca da un avvocato per avere un parere. Il candidato, assunto le vesti del candidato di Tizio, rediga motivato parere illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

Commento

La traccia richiede una premessa poiché le date in essa riportate sono sicuramente molto importanti. Infatti la sentenza del Tribunale che condanna Tizio per il delitto di concussione è datata ottobre 2012, mentre il deposito avviene il 30 novembre dello stesso anno e, circostanza determinante, nell'intervallo temporale individuato dalle due date è entrata in vigore la legge 190 del 2012, il cui comma 75 (lett. d ed i) ha modificato profondamente il delitto di concussione dando vita altresì ad una ulteriore fattispecie, quella di "induzione indebita a dare o promettere utilità" prevista oggi dall'art. 319quater c.p.

Orbene, forse nel tentativo di porre quanto più in evidenza il tema di diritto intertemporale (come si vedrà) il redattore ministeriale ha però immaginato una situazione ricostruita secondo la tecnica tutta cinematografica del *flashback*: viene chiarito infatti che Tizio si rivolge al candidato "subito dopo l'avvenuto deposito della sentenza" e dunque alla fine del 2012. Si ignora se a tutt'oggi il cliente sia ancora in termini per l'appello (era rimasto contumace? La sentenza è stata depositata nei termini di cui al dispositivo? E se no, è stato notificato l'avviso di deposito?), ma inevitabilmente occorre presumere che lo sia, perché altrimenti il parere avrebbe poco senso.

Così come poco senso avrebbe – secondo buon senso – pretendere che, immaginando di essere nel 2012, il candidato rediga un parere sulla base della giurisprudenza sedimentata sulla passata disciplina e addirittura con capacità di veggenza immagini e preveda il successivo (e tumultuoso) sviluppo giurisprudenziale (senza peraltro poterlo citare, dal momento che, nel 2012 lo stesso ovviamente ancora non era venuto alla luce).

Se a livello testuale la traccia si presenta con connotati paradossali diviene essenziale trattare le cose con pragmaticità andando alla sostanza del tema giuridico *realmente* sotteso alla traccia richiamando la giurisprudenza che contribuisce a risolverla: giurisprudenza che – inevitabilmente – è tutta successiva al novembre del 2012.

Certo un difensore che fornisce un parere a due anni di distanza dalla richiesta del cliente può apparire anch'esso un tantino assurdo e profilare qualche negligenza a carico dello stesso. Ma tant'è: tra due scenari entrambi viziati da un evidente svista del redattore della traccia, si preferisce

privilegiare quello che consente di affrontare in modo più pregnante le questioni, senza nulla togliere all'ipotesi alternativa che si fonda su di una logica strettamente letterale rispetto alla traccia e, quindi, con una temporalità di avvenimenti risalente all'anno 2012 (in questo senso, il candidato che scegliesse di impostare il parere senza citare alcun approdo giurisprudenziale non sarebbe comunque in errore).

Venendo al merito la prima questione è relativa alla possibilità, nel caso di Tizio, di chiedere per il tramite di impugnazione la diversa qualificazione (e derubricazione) del fatto dalla fattispecie di cui all'art. 317 c.p. a quella di nuovo conio oggi prevista dall'art.319 quater c.p, poiché da ciò deriverebbe un fascio di conseguenze positive sia in termini di quantificazione della pena principale sia in termini di applicazione delle pene accessorie.

Con la [L. n. 190 del 2012](#) il legislatore ha modificato profondamente, come si diceva, il reato di concussione disciplinato dall'[art. 317 c.p.](#), separando le condotte tipiche, che erano accomunate in via alternativa sotto la stessa rubrica, della costrizione e della induzione.

Il novellato [art. 317 c.p.](#), - la cui rubrica è rimasta inalterata - punisce con la reclusione da sei a dodici anni «*il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità*».

Si è proceduto, quindi, non solo alla rimozione dell'incaricato di pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi, ma anche alla espunzione della condotta di "induzione". Quest'ultima condotta è stata fatta confluire nell'autonoma figura di reato, rubricata come "Induzione indebita a dare o promettere utilità" e disciplinata dall'[art. 319 quater c.p.](#), inserito ex novo, che testualmente recita: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal comma 1, chi da o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni*».

Tale nuova norma sanziona, oltre il comportamento del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio, anche quello dell'*extraneus*, considerato che il privato, non essendo stato "costretto" dal pubblico funzionario alla promessa o alla dazione dell'indebito ma soltanto "indotto", conserva pur sempre un ampio margine di libertà nell'assecondare o meno la richiesta del soggetto qualificato e non può, quindi, considerarsi "vittima" del reato, ma "concorrente" nello stesso.

La nuova normativa ha inteso differenziare nettamente il comportamento, ritenuto più grave, integrato dall'atteggiamento prevaricatore dell'agente nella sua forma più aggressiva della costrizione del soggetto passivo e inquadrabile nello schema della concussione di cui al novellato [art. 317 c.p.](#), rispetto a quella forma più sfumata di condotta attuata mediante un'attività di persuasione, di suggestione o di inganno e che è ora confluita nella fattispecie della induzione indebita di cui all'introdotta [art. 319 quater c.p.](#).

Orbene, sin dall'apparire di tale nuova fattispecie, la giurisprudenza si è divisa sul significato da attribuire ai termini "costringere" ed "indurre" che in precedenza riuniti all'interno di una medesima fattispecie, sono oggi collocati in figure di reato diverse.

Sul punto si sono registrati almeno tre orientamenti diversi, sino al ricomporsi dei contrasti in seno alle Sezioni Unite (**Cass. pen. S.U n. 12228/2013**).

Va detto che secondo il primo di questi orientamenti, in effetti, la posizione di Tizio potrebbe risultare più "scomoda" e – forse anche – indurre ad una soluzione non dissimile da quella adottata dal Tribunale nella vigenza della passata disciplina, qualora si volesse considerare la sua condotta alla stregua di una "costrizione" in ragione della perentorietà delle frasi proferite.

Tale primo indirizzo interpretativo, infatti, nell'affrontare la questione, dopo avere rilevato che i due delitti previsti dalle nuove norme citate sono l'effetto di una mera operazione di "sdoppiamento" dell'unica figura di concussione disciplinata dal previgente [art. 317 c.p.](#), senza l'integrazione di ulteriori elementi descrittivi, recupera gli approdi cui era pervenuta la pregressa giurisprudenza di legittimità, nel distinguere le "vecchie" ipotesi di concussione per costrizione o per induzione, ritenendoli ancora validi per individuare la linea di confine che separa le attuali ipotesi di concussione e di induzione indebita: la costrizione è ravvisabile nel comportamento del pubblico

ufficiale che, ricorrendo a modalità di pressione **molto intense e perentorie**, ingenera nel privato una situazione di *metus*, derivante dall'abuso della qualità o della pubblica funzione, sì da limitare gravemente la libera determinazione del soggetto, ponendolo in una situazione di minorata difesa rispetto alla richiesta, esplicita o larvata, di denaro o di altra utilità; l'induzione, elemento oggettivo della nuova fattispecie di cui all'[art. 319 quater c.p.](#), si manifesta in un contegno del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, attraverso forme più blande di persuasione, di suggestione, anche tacita, o di atti ingannatori, determini il soggetto privato, consapevole dell'indebita pretesa e non indotto in errore dal pubblico agente, a dare o promettere a lui o a terzi denaro o altra utilità (sul punto, tra le altre, Cass., n. 28431/2013).

E tuttavia, come si diceva, tale orientamento è stato superato dalle Sezioni Unite, con principio peraltro successivamente ripreso dalla Sezioni semplici in una caso analogo a quello ricostruito dalla traccia (**si tratta anzi della sentenza che ne ha dato origine, ovvero Cass. Pen. n. 5496/2013**). Peraltro – sia detto per inciso – il cliente è già stato condannato in primo grado, di modo che parrebbe nel caso corretta del candidato di chi riferisse solo tale ultimo approdo.

Secondo le Sezioni Unite (e così pure la giurisprudenza appena richiamata) se è pur vero che minaccia e induzione si differenziano per il grado di pressione che esercitata dal pubblico ufficiale, il criterio distintivo non può essere affidato esclusivamente alla ricostruzione del formale atteggiamento soggettivo delle parti, vale a dire alle modalità espressive dell'abuso esercitato dall'intraneus e ai riflessi che queste modalità, di per sé, spiegano sulla psiche dell'*extraneus*.

E' necessario, invece concentrare l'attenzione su quanto il pubblico agente prospetta al soggetto privato e, quindi, sugli effetti che a quest'ultimo derivano o possono derivare in termini di danno o di vantaggio, ove non aderisca alla richiesta alternativa di dazione o promessa di denaro o di altra utilità.

La maggiore o minore gravità della pressione, quindi, deve essere apprezzata in funzione, più che della forma in cui viene espressa (come invece lascia intendere l'orientamento dapprima richiamato), del suo contenuto sostanziale, il solo idoneo ad evidenziarne oggettivamente la natura costringitiva o induttiva, a valutare la qualità della scelta davanti alla quale l'*extraneus* viene posto e a consentire conseguentemente il corretto inquadramento della vicenda.

S'impone, pertanto di definire i contorni del concetto giuridico di minaccia, per porre un argine ad interpretazioni troppo estensive e per non correre il rischio di eludere il principio di tipicità. A differenza della violenza, che contiene già di per sé un male, l'essenza della minaccia, quale forma di violenza morale, risiede nella prospettazione ad altri di un male futuro ed ingiusto, che è nel dominio dell'agente realizzare.

Il danno oggetto della minaccia, per essere ingiusto in senso giuridico, deve essere *contra ius*, vale a dire contrario alla norma giuridica e lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento. Il parametro sulla base del quale deve valutarsi l'ingiustizia del danno deve essere oggettivo, così come chiaramente si evince dalle richiamate disposizioni del codice civile e del codice penale, le quali evocano l'ingiustizia come attributo del male o del danno minacciato.

Il concetto giuridico di minaccia, pertanto, deve essere circoscritto all'annuncio da parte dell'agente di un male o danno ingiusto, vale a dire di un sopruso, di un illecito che abbia idoneità ad incutere timore, paura in chi lo percepisce, sì da pregiudicarne l'integrità del benessere psichico e la libertà di autodeterminazione.

La minaccia non necessariamente deve concretizzarsi in espressioni esplicite e brutali, ma potrà essere anche implicita velata, allusiva, più blanda ed assumere finanche la forma del consiglio, dell'esortazione, della metafora, purchè tali comportamenti evidenzino, in modo chiaro, una carica intimidatoria analoga alla minaccia esplicita, vi sia cioè una "esteriorizzazione" della minaccia, pur implicita o sintomatica, come forma di condotta positiva.

Con specifico riferimento al reato di cui all'[art. 319 quater c.p.](#), invece, il verbo "indurre" spiega una funzione residuale rispetto al verbo "costringere" presente nell'[art. 317 c.p.](#), «nel senso che copre quegli spazi non riferibili alla costrizione, vale a dire quei comportamenti del pubblico agente, pur

sempre abusivi e penalmente rilevanti, che non si materializzano però nella violenza o nella minaccia di un male ingiusto e non pongono il destinatario di essa di fronte alla scelta ineluttabile ed obbligata tra due mali parimenti ingiusti. Ciò trova riscontro nella clausola di riserva contenuta nell'[art. 319 quater c.p., comma 1](#), il cui incipit testualmente recita: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato"».

Le modalità della condotta induttiva, pertanto, non possono che concretizzarsi nella persuasione, nella suggestione, nell'allusione, nel silenzio, nell'inganno (sempre che quest'ultimo non verta sulla doverosità della dazione o della promessa, del cui carattere indebito il privato resta perfettamente conscio; diversamente, si configurerebbe il reato di truffa), anche variamente e opportunamente collegati e combinati tra di loro, purchè tali atteggiamenti non si risolvano nella minaccia implicita, da parte del pubblico agente, di un danno anti-giuridico, senza alcun vantaggio indebito per l'*extraneus*.

Conclusivamente, nell'induzione il funzionario pubblico, ponendo in essere l'abuso induttivo, opera comunque da una posizione di forza e sfrutta la situazione di debolezza psicologica del privato, il quale tuttavia presta acquiescenza alla richiesta non certo per evitare un danno *contra ius*, ma con l'evidente finalità di conseguire un vantaggio indebito. Il soggetto privato insomma cede alla richiesta del pubblico agente non perchè coartato e vittima del *metus* nella sua espressione più forte, ma nell'ottica di trarre un indebito vantaggio per sè (scongiurare una denuncia, un sequestro, un arresto legittimi; assicurarsi comunque un trattamento di favore), attivando così una dinamica completamente diversa da quella che contraddistingue il rapporto tra concussore e concusso e ponendosi, pur nell'ambito di un rapporto intersoggettivo asimmetrico e conduce, se non ad escludere, quanto meno ad attenuare notevolmente anche il *metus publicae potestatis*, concettualmente poco conciliabile con la scelta opportunistica ed avvertito solo come oggettiva "soggezione" alla posizione di preminenza del funzionario pubblico (Cass. Sez. Un. cit).

Tale approdo è stato come si diceva ribadito da Cass. pen. n.5496/2013 (che richiama esplicitamente S.U) a mente della quale «*la fattispecie di induzione indebita di cui all'articolo 319 quater c.p. è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione di cui all'articolo 317 c.p., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del soggetto*»

Per quanto riguarda invece la **seconda questione**, relativa alla continuità normativa tra la previgente disciplina e quella attuale, la questione pare facilmente risolvibile sulla base della stessa sentenza delle Sezioni Unite, a mente della quale «*v'è continuità normativa, quanto al pubblico ufficiale, tra la previgente concussione per costrizione e il novellato [art. 317 c.p.](#), la cui formulazione è del tutto sovrapponibile, sotto il profilo strutturale, alla prima, con l'effetto che, in relazione ai fatti pregressi, va applicato il più favorevole trattamento sanzionatorio previsto dalla vecchia norma*» ; ma altresì «*quanto alla posizione del pubblico agente, tra la concussione per induzione di cui al previgente [art. 317 c.p.](#), e il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'[art. 319 quater c.p.](#), considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo, ferma restando, per i fatti pregressi, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma*». Esplicito è dunque il richiamo all'art. 2 c.IV c.p, ed alla necessaria applicazione della nuova fattispecie qualora – come nel caso di specie – essa risulti più favorevole.

Alla luce dei principi sopra enunciati, Tizio potrà ben impugnare la sentenza al fine di vedersi riconoscere il meno grave delitto di induzione indebita: non vi è dubbio infatti, che l'aver prospettato al titolare che con la dazione di cinquecento euro avrebbe risolto i suoi problemi in relazione alle violazioni riscontrate nella sua autorimessa appare caratterizzata dalla strumentalizzazione delle funzioni dell'ufficio espletato a scopo di privato tornaconto, ma di certo non idonea a annientare la libertà di autodeterminazione del privato, avendo posto in essere forme di pressione che chiaramente lasciavano un margine di scelta al destinatario della pretesa, il quale,

qualora avesse deciso di versare il denaro, avrebbe in realtà mirato ad ottenere un provvedimento illegittimo ed a lui favorevole.

Tale derubricazione, come si diceva, produrrà effetti positivi sia in relazione alla pena principale (l'art. 317 c.p pre-riforma era punito con la pena da quattro a dodici anni, la pena edittale prevista dall'art. 319 quater va da due a otto anni) che all'applicazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Tale ultima sanzione è stata infatti inflitta a Tizio dal Tribunale in virtù della previsione di cui all'art. 317bis a mente del quale – nella versione pre-novella del 2012 – la condanna ad una pena non inferiore ad anni tre, tra gli altri, per il delitto di concussione comportava effettivamente tale pensante sanzione accessoria.

Orbene, pur novellando anche tale ultimo articolo, la l. 190/2012 vi ha introdotto, quale presupposto per l'applicazione dell'interdizione perpetua, solo gli art.319 e 319 ter c.p, non già l'art. 319quater: tale sanzione accessoria non potrà dunque essere applicata.

Parere n.2

Tizio - di professione autotrasportatore- effettuava trenta transiti sulla rete autostradale omettendo di corrispondere il relativo pedaggio, per il totale di euro 350,00.

In particolare, in alcuni casi, dopo aver ritirato alla guida dell'autocarro di sua proprietà, il tagliando di ingresso del casello autostradale, una volta aggiunto alle varie stazioni di uscita si immetteva nella corsia riservata ai possessori di tessera via card o di telepass e si accodava al veicolo che lo precedeva riuscendo a transitare, sulla scia di questo, prima che la sbarra di blocco si fosse abbassata.

Tizio non veniva mai fermato dalle forze dell'ordine o dall'addetto al casello, ma il numero di targa veniva rilevato attraverso un sistema fotografico automatico in dotazione della società autostrade.

In altri casi,ometteva il pagamento dichiarando all'addetto al casello di uscita di aver smarrito il tagliando di ingresso e di essere sprovvisto di denaro.

Tizio viene sottoposto a procedimento penale e si reca da un avvocato per conoscere le possibili conseguenze penali della propria condotta.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio analizzi la fattispecie o le fattispecie configurabili nelle condotte prescritte.

Commento

La traccia impone preliminarmente di verificare il rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 176 Codice della strada, co. 17, che punisce con la sanzione pecuniaria chiunque ponga in essere qualsiasi atto al fine di eludere in tutto o in parte il pagamento del pedaggio autostradale, con i reati di truffa e di insolvenza fraudolenta che in astratto potrebbero essere configurabili.

In particolare va evidenziato che l'art. 176 stabilisce espressamente la propria sussidiarietà rispetto alle fattispecie penali eventualmente concorrenti utilizzando l'espressione *“salvo che il fatto costituisca reato”*.

Anche la Cassazione con un orientamento introdotto con le Sezioni Unite n. 7738/1997 e poi consolidatosi, ha affermato *“la sussidiarietà di tale illecito amministrativo rispetto alle fattispecie penali eventualmente concorrenti, nei cui confronti, pertanto, non si pone in rapporto di specialità, nell'ipotesi di omesso adempimento, da parte dell'utente, dell'obbligo di pagamento del pedaggio*

autostradale”, per cui si è sostenuto che *“ben può configurarsi, ove ne sussistano in concreto gli elementi costitutivi, il delitto di insolvenza fraudolenta o di truffa”*.

Ciò premesso va analizzata la configurabilità in concreto nel caso proposto dei reati di cui agli artt. 640 e 641 c.p. Il primo punisce *“chiunque, con artifici e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno”* mentre il secondo *“chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla, qualora la obbligazione non sia adempiuta”*. Sul punto la Cassazione a Sezioni Unite n. 7738/1997 citata ha affermato che *“l'insolvenza fraudolenta si distingue dalla truffa perchè la frode non viene attuata mediante i mezzi insidiosi dello artificio o del raggiri ma con un inganno rappresentato dello stato di insolvenza del debitore e della dissimulazione della sua esistenza finalizzato all'inadempimento dell'obbligazione, in violazione di norme comportamentali”*.

Nel caso di specie sono configurabili entrambi i reati dal momento che Tizio ha posto in essere due distinte condotte: la prima “accodandosi” ad altri veicoli lungo le corsie telepass, la seconda omettendo il pagamento dichiarando all’addetto al casello di aver smarrito il tagliando di ingresso e di essere sprovvisto di denaro.

Riguardo alla sussistenza della truffa va infatti ricordato che la Cassazione ha avuto modo di stabilire che *“costituisce una condotta truffaldina da parte dell'automobilista in uscita dalla autostrada il transitare attraverso il varco riservato ai possessori di tessera Viacard pur essendone sprovvisto. In tale comportamento deve ravvisarsi una consapevole condotta raggirante finalizzata in maniera in equivoca a sottrarsi al pagamento del pedaggio dovuto, come correttamente ha ritenuto il giudice di appello”* (Cass.pen. n. 26289/2007).

Oltre all'individuazione degli artifici e raggiri è configurabile l'atto di disposizione patrimoniale a parte del soggetto passivo consistente nel consentire l'uscita dalla sede autostradale ad un veicolo il cui conducente non ha assolto all'obbligazione di pagamento assunta, disposizione patrimoniale pregiudizievole risulta in evidente relazione causale diretta con gli artifici e raggiri sopra delineati. E' evidente che non incide su quanto sopra la possibile obiezione che il casello sia regolato da un sistema automatico. Infatti tale sistema automatico è sotto la sorveglianza del personale addetto che interviene ogni volta che si verifica un problema; ma nel caso di specie la condotta truffaldina dell'imputato ha impedito proprio quell'intervento (da ultimo anche Cass. Pen. n. 44140/2012)

Per quanto riguarda il reato di insolvenza fraudolenta la stessa Cassazione in un caso molto simile (la più volte citata Cass. Pen. n. 44140/2012) ha concluso che è rinvenibile la condotta materiale nel triplice momento della "dissimulazione dello stato di insolvenza", dell'assunzione dell'obbligazione" e dell'"inadempimento".

A tal riguardo Tizio ha accettato in varie occasioni, con il fatto stesso del ritiro del tagliando, la prestazione offertagli dall'ente gestore dell'autostrada e così ha assunto l'obbligazione corrispettiva (mentre avrebbe potuto non aderire all'offerta, scegliendo un percorso alternativo; quanto sopra evidenzia la non incidenza, sulla ravvisabilità del reato, il fatto che all'ingresso in autostrada vi è una macchina che distribuisce i tagliandi e non una persona); che l'imputato ha, inoltre, approfittato della fiducia che l'ente gestore del servizio prestava nell'assolvimento del pedaggio, avuto riguardo alla modestia del corrispettivo e alla qualità del debitore (che, per il fatto stesso di transitare alla guida di un automezzo, induceva a confidare sulla sua solvibilità); che il sicuramente Tizio ha, quindi, omesso di provvedere al pagamento del relativo pedaggio lasciando insoluta la prestazione del corrispettivo anche in prosieguo. Si rammenta, a tal riguardo, che la dissimulazione di cui all'art. 641 c.p. può realizzarsi con comportamenti diversi, positivi o negativi, tra i quali ultimi rientrano la reticenza o il silenzio; in particolare, è stato precisato che, trattandosi dell'utilizzazione



dell'autostrada, servizio che la società concessionaria fornisce prima del pagamento del pedaggio, il contratto si stipula per *facta concludentia* ed il mancato pagamento è riconducibile ad un elemento soggettivo, non caratterizzato dall'induzione in errore, ma da un mero atteggiamento negativo dell'autore nei confronti dell'errore sulla solvibilità in cui versa la parte offesa, alla contrattazione (Cass. pen., 44140/2012 cit).

Con specifico riguardo all'atteggiamento psicologico - vale a dire al dolo generico, rappresentato dalla consapevolezza dello stato di insolvenza e dall'elemento volitivo, costituito dal preordinato proposito di non adempiere si può ritenere sussistente la consapevolezza di non poter adempiere, desumendola da elementi induttivi seri e univoci, quali sono quelli ricavati - nel caso di specie - dalla reiterazione delle condotte dissimulatorie e dal persistente inadempimento, che lasciano intendere che sin dal momento della stipula del contratto fosse già maturo, nel soggetto, l'intento di non far fronte agli obblighi conseguenti (l'imputato quando arrivava al casello diceva, infatti, di non poter pagare perché non aveva soldi).

Con questo si può cogliere il discrimine tra il mero inadempimento di natura civilistica e la commissione del reato, che poggia sull'elemento ispiratore della condotta, giacché il comportamento consistente nel tenere il creditore all'oscuro dello stato di insolvenza in cui si versa al momento di contrarre l'obbligazione ha rilievo, agli effetti della norma penale, quando sia legato al preordinato proposito di non effettuare la dovuta prestazione, mentre l'inadempimento contrattuale non preordinato non costituisce il delitto di cui all'art. 641 c.p. e ricade, normalmente, solo nell'ambito della responsabilità civile.

Relativamente alla prova dello stato di insolvenza è sicuro non solo il mancato pagamento, ma anche il fatto che, in conseguenza di molteplici inadempimenti Tizio avesse accumulato debiti pari a 350 Euro per mancati pagamenti di pedaggi autostradali e che neppure in epoca successiva abbia provveduto al pagamento dei corrispettivi, dimostrando chiaramente di trovarsi nell'impossibilità di pagare le somme dovute. A questo proposito la prova della condizione di insolvenza può desumersi dal comportamento precedente e successivo dell'imputato (Sez. 2, Sentenza n. 2376 del 20/11/1986) o anche da quello da medesimo tenuto al momento dell'inadempimento (Sez. 2, Sentenza n. 10247 del 23/09/1996).

In sintesi, a Tizio potranno essere contestati entrambi i reati, sebbene in alcuni isolati casi la giurisprudenza di merito abbia escluso il ricorrere di tali fattispecie e finanche la possibilità di contestare la fattispecie di cui all'art.176 cds (ci si riferisce in particolare a Trib. Nola, 23 giugno 2013). Si tratta però di orientamenti che possono trovare menzione solo quale *extrema ratio* difensiva in coda al parere.

Ovviamente, per quanto riguarda la fattispecie di insolvenza fraudolenta, Tizio potrà comunque estinguere il reato adempiendo alle proprie obbligazioni prima del dibattimento (art. 641 c. II c.p).

In relazione invece al reato di truffa, occorre domandarsi se sia da considerarsi aggravato ai sensi dell'art. 640 c.p., comma secondo n. 1) dal che discenderebbe tra l'altro la procedibilità d'ufficio dello stesso.

La giurisprudenza, in presenza di soggetti che gestiscano -come nel caso di specie- servizi con connotazioni pubblicistiche (magari sulla base di concessioni), tende -con un orientamento solido e stratificato- ad escludere l'applicabilità dell'aggravante di cui al 640 2° comma n.1 c.p., optando per un criterio di tipo formalistico e dunque ravvisando la sussistenza dell'aggravante medesima "solo quando si sia in presenza di un ente pubblico, ovvero di una azienda speciale, costituita dal



Solo qui, da sempre, l'originale metodo compositivo.

NUMERO VERDE
800 977 976
Lunedì - Venerdì 9.00-13.00
15.00-19.00

EXACTIS
prove scritte senza codici commentati

comune o dalla provincia per la gestione dei servizi pubblici" (Cass. Pen. 8392/2009; con riferimento allo specifico caso di Autostrade S.p.a. si veda Cass. Pen. 949/1987).

Non mancano tuttavia arresti giurisprudenziali recenti (Cass. Pen. 40830/2010 in materia di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316 c.p.) nei quali ha iniziato a farsi strada un criterio "*sostanzialistico*" o funzionale, secondo cui potrebbe considerarsi ente pubblico anche l'ente istituito, ancorché in forma societaria, per soddisfare esigenze di interesse generale, avente non carattere industriale o commerciale, e con attività finanziata in modo maggioritario ovvero soggetta al controllo o alla vigilanza da parte dello Stato o di altro ente pubblico territoriale o di organismo di diritto pubblico (la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite, proprio in relazione all'aggravante del capoverso dell'art. 640 c.p., con ordinanza della II sezione -n. 12885/2013-: la questione «se, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante di cui *all'art. 640* comma 2, n. 1, debba riconoscersi natura pubblica o privata ad una società per azioni partecipata da un ente pubblico e concessionaria di opera pubblica» non è stata tuttavia affrontata nel merito dalle Sezioni Unite che ha ritenuto inammissibile il ricorso.