



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXVIII

LA RILEVANZA PENALE DELL'ABUSO DEL DIRITTO

RELATORE

Chiar.mo Prof. CARLO SOTIS

DOTTORANDA

Dott.ssa MARINELLA BOSI

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. CARLO PIERGALLINI

ANNO 2017

A Emanuele.

*Existunt etiam saepe iniuriae calumnia  
quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione.  
Ex quo illud “summus ius, summa iniuria” factum est  
iam tritum sermone proverbium.*

*Cicerone, De Officiis, I, 10, 33*

# INDICE

## CAP. 1. IL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO

1. Il divieto di abuso del diritto: un problema trasversale all'ordinamento.....	1
2. Il dibattito storico sulla configurabilità dell'abuso del diritto.....	5
3. Il dibattito attuale sulla configurabilità dell'abuso del diritto.....	10
4. Diritti abusati, <i>Rationes</i> dei diritti e parametri di valutazione del loro esercizio.....	17
5. Contrarietà a norme, a regole e a principi.....	22
6. Posizioni soggettive abusabili.....	28
6.1. Tipologie di posizioni soggettive.....	28
7. L'abuso dei diritti fondamentali.....	29
7.1. L'abuso dei diritti fondamentali nel diritto sovranazionale.....	31
7.2. Ricostruzione dell'abuso dei diritti fondamentali.....	35
8. Il rapporto dell'abuso del diritto con la discrezionalità del giudice.....	38
8.1. Abuso del diritto e interpretazione: analogia, norme di principio, bilanciamento di interessi.....	40

## CAP. 2. L'ABUSO DEL DIRITTO E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

1. Introduzione.....	51
2. Abuso del diritto ed esercizio del diritto scriminante (art. 51 c.p.).....	53
3. I limiti interni ed esterni del diritto scriminante.....	57
3.1. Abuso del diritto potenzialmente scriminante come esercizio improprio sul piano funzionale e modale.....	61
3.1.1. Il problema funzionale dell'esercizio del diritto. ....	61
3.1.2. Il problema modale dell'esercizio del diritto. ....	70
4. L'abuso del diritto potenzialmente scriminante nella giurisprudenza. Alcuni esempi.....	74
5. Abuso, eccesso, preordinazione. ....	88
5.1. Abuso ed eccesso.....	89
5.1.1. Eccesso ed esercizio del diritto (art. 51 c.p.). ....	94
5.2. Abuso e preordinazione ....	98
6. Abuso del diritto scriminante tra fatto e giustificazione. Libertà di espressione e diritto di difesa.....	102

### **CAP. 3. L'ABUSO NEL DIRITTO PENALE: UNA RICOGNIZIONE**

1. Introduzione.....	119
2. Abusi nella parte generale del Codice Penale.....	121
3. Abusi nella parte speciale del Codice Penale.....	123
3.1. Delitti.....	124
3.2. Contravvenzioni.....	134
4. Abusi nella legislazione complementare.....	135

### **CAP. 4. L'ABUSO DEL DIRITTO E LE FATTISPECIE DELLA PARTE SPECIALE DEL CODICE PENALE**

1. Introduzione.....	143
1.1. Abuso di potere pubblico e abuso di potere privato: un chiarimento.....	144
2. Inconfigurabilità di un generale divieto di abuso del diritto penalmente rilevante.....	152
3. La parabola della fattispecie abuso d'ufficio (art. 323 c.p.): dall'abuso innominato alla violazione di norme e di doveri di astensione.....	154
3.1. L'art. 323 c.p. nella versione originaria del 1930 (abuso innominato).....	155
3.2. La riforma dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) ad opera della legge 86/1990.....	160
3.3. La disciplina dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) attualmente vigente.....	162
4. Risultato intermedio: tre problemi di delimitazione dell'abuso.....	169
4.1. Abuso di potere e abuso di qualità.....	174
4.2. Abuso di potere e violazione di doveri.....	175
4.3. Abuso di potere e minaccia di usare il potere.....	178
5. Quando ci sono i principi ma non ci sono le regole: l'esempio dell'abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.).....	179
6. Quando ci sono i principi e ci sono anche le regole: i reati che prevedono condotte realizzate <i>abusivamente</i> . Esempi.....	190
6.1. <i>Excursus</i> : le clausole di illiceità speciale o espressa. ....	190
6.2. La rilevanza delle condotte realizzate abusivamente nei nuovi delitti ambientali (artt. 452 <i>bis</i> ss. c.p.). ....	194
6.2.1. Abusivamente come violazione di regole.....	198
6.2.2. Abusivamente come autorizzazione palesemente illegittima o criminosa.....	199
6.2.3. Abusivamente come sviamento dei fini (rilievi critici).....	201

6.2.4. Abusivamente come violazione di norme di principio (rilievi critici).....	203
6.3. La rilevanza delle condotte abusive nel reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 <i>ter</i> c.p.).....	205
7. Abuso del diritto e minaccia. I rapporti tra abuso e reati di estorsione (art. 629 c.p.) ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.).....	211

## **CAP. 5. LA RILEVANZA DELL'ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO PENALE COMPLEMENTARE**

### **PARTE I: ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO PENALE TRIBUTARIO.**

1. Introduzione.....	219
2. I concetti di evasione, elusione, abuso del diritto e lecito risparmio di imposta.....	221
3. La rilevanza penale dell'elusione fiscale nel quadro normativo precedente i d.lgs. 128 e 158 del 2015.....	227
3.1. L'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla rilevanza penale delle condotte elusive nominativamente individuate.....	229
3.1.1. La vicenda "Dolce & Gabbana".....	231
3.2. Critica dottrinale dell'indirizzo giurisprudenziale "Dolce & Gabbana".....	235
4. Le modifiche e i chiarimenti dei decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015.....	242
5. La situazione successiva ai decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015.....	245
5.1. Condotta abusiva <i>vs</i> condotta simulata, fraudolenta, artificiosa.....	246
5.2. La riconoscibilità dell'abuso del diritto quale limite delle fattispecie penali dichiarative.....	249
5.3. La violazione di specifiche norme tributarie.....	250

### **PARTE II: GLI ABUSI DI MERCATO.**

1. Introduzione.....	255
2. Abuso e speculazione finanziaria.....	257
3. L'abuso di informazioni privilegiate (art. 184 e art. 187 <i>bis</i> T.U.F.).....	260
3.1. La rilevanza della qualifica soggettiva dell' <i>insider</i> : l'art. 184 T.U.F. come reato proprio.....	262
3.2. La tipizzazione della condotta di abuso. Le condotte punibili <i>ex art.</i> 184 T.U.F.: utilizzazione, comunicazione, raccomandazione o induzione di terzi al compimento di operazioni.....	264
3.3. Il divieto di <i>trading</i> (art. 184 c.1 lett. a T.U.F.).....	265
3.3.1. Segue. L'ipotesi del <i>criminal insider</i> .....	269
3.3.2. Segue. L'ipotesi dell' <i>insider</i> di se stesso.....	271

3.3.2.1. La lettura “in chiave di abuso” della condotta di <i>self insider</i> .....	275
3.4. Il divieto di <i>tipping</i> e di <i>tuyautage</i> (art. 184 c.1 lett. b e lett. c T.U.F.).....	277
3.4.1. La comunicazione abusiva «al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione o delle funzioni».....	279
4. La manipolazione del mercato (artt. 185 e 187 <i>ter</i> T.U.F.).....	280
4.1. La manipolazione del mercato è davvero un reato comune?.....	281
4.2. La manipolazione informativa.....	282
4.3. La manipolazione operativa.....	284
4.3.1. Alcune ipotesi esemplificative di attività complessivamente “artificiose”.....	287
4.3.2. Condotta abusiva e condotta artificiosa.....	288
4.3.3. Considerazioni finali.....	291
<b>Ringraziamenti</b> .....	295
<b>Bibliografia</b> .....	297

## CAP. 1

### IL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO

**SOMMARIO:** 1. Il divieto di abuso del diritto: un problema trasversale all'ordinamento. 2. Il dibattito storico sulla configurabilità dell'abuso del diritto. 3. Il dibattito attuale sulla configurabilità dell'abuso del diritto. 4. Diritti abusati, *Rationes* dei diritti e parametri di valutazione del loro esercizio. 5. Contrarietà a norme, a regole e a principi. 6. Posizioni soggettive abusabili. 6.1. Tipologie di posizioni soggettive. 7. L'abuso dei diritti fondamentali. 7.1. L'abuso dei diritti fondamentali nel diritto sovranazionale. 7.2. Ricostruzione dell'abuso dei diritti fondamentali. 8. Il rapporto dell'abuso del diritto con la discrezionalità del giudice. 8.1. Abuso del diritto e interpretazione: analogia, norme di principio, bilanciamento di interessi.

#### **1. Il divieto di abuso del diritto: un problema trasversale all'ordinamento.**

Il divieto di abuso del diritto è un principio di origine civilistica che da sempre suscita grande attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza tanto per la sua discussa configurabilità quanto per la sua portata dirompente.

Introdurre il concetto di "abuso del diritto"<sup>1</sup> ai fini di una riflessione sul suo rilievo nel diritto penale è cosa complessa, poiché un simile oggetto di ricerca richiede, per la sua trattazione, di muoversi continuamente tra i diversi piani e settori delle fonti di diritto positivo, di operare incursioni nella filosofia del diritto, di considerare di pari passo tanto un dato legislativo scarno, quanto un variopinto panorama giurisprudenziale e un'attenta elaborazione dottrinale.

---

<sup>1</sup> La bibliografia sull'abuso del diritto è assai vasta, ma volendo selezionare alcune delle fonti che maggiormente possono essere utili al lettore, a cui tale categoria fosse estranea, per inquadrare l'argomento, si ricordano M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp.18 ss.; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, pp. 252 ss. ripubblicata con postfazione nel volume di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 e più recentemente in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, pp. 211 ss. In tempi più recenti, per l'esautività della trattazione, si segnalano C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; M. P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Napoli, 2005; V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2005, pp. 166; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2012, pp. 297 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2013, pp. 75 ss.



Il discorso sull'abuso del diritto è, infatti, un discorso sui limiti delle posizioni giuridiche soggettive, sulla gradualità dei concetti di lecito e illecito, ma anche sull'interpretazione delle norme, sulla discrezionalità degli organi decidenti e sui punti di contatto tra diritto e ragioni esterne al diritto, quali giustizia o moralità.

Volendo accogliere, ai fini della nostra riflessione, la nozione che attualmente raduna attorno a sé il maggior numero di consensi, si può affermare che costituisce esercizio abusivo di un diritto l'esercizio di quest'ultimo con finalità diverse dallo scopo per cui esso è stato attribuito dall'ordinamento, vale a dire la realizzazione di un determinato interesse del suo titolare.

Tale ricostruzione considera elementi costitutivi dell'abuso del diritto: a) la titolarità di un diritto in capo a un soggetto; b) la possibilità che il concreto esercizio del diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; c) la circostanza che tale esercizio in concreto si sia svolto secondo modalità che, pur formalmente rispettose della norma, siano censurabili rispetto a un criterio giuridico o extragiuridico; d) la circostanza che, a causa di tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio ricavato dal titolare del diritto e il sacrificio imposto alla controparte<sup>2</sup>.

Come si vedrà, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema è assai ricca e sfaccettata<sup>3</sup> e le posizioni assunte sulla categoria sono molteplici, influenzate dai diversi modelli culturali che si sono succeduti dal momento in cui essa è comparsa.

L'istituto, nella sua veste moderna, nasce proprio come creazione dottrinale e giurisprudenziale in seno al sistema francese a cavallo tra il XIX e il XX secolo, con lo scopo di fungere da correttivo ai dogmi del formalismo legale e all'assolutismo dei diritti (*in primis* del diritto di proprietà) caratterizzanti il sistema napoleonico<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Questa ricostruzione è offerta da G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in op. cit., p. 166; ed altresì da F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto civile 2011*, Roma, 2010, p. 11. Una diversa ricostruzione è offerta da A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 312, secondo cui l'abuso del diritto richiede: a) un atto compiuto con coscienza e volontà; b) la conformità strutturale dell'atto a un modello di comportamento permesso; c) il contrasto funzionale dell'atto con principi o norme imperativi; d) una sanzione, cioè un trattamento giuridico dell'atto, connesso alla funzione, di segno negativo (cioè contrario ai fini dell'atto); e) eventualmente, un pregiudizio di qualche tipo a terzi.

<sup>3</sup> Il dibattito della dottrina civilistica è assai ampio ed articolato. Una buona sintesi delle diverse posizioni è offerta da G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, op. cit., pp. 51 ss., testo riproposto anche in G. CAZZETTA, *Codice e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011.

<sup>4</sup> Tra le prime manifestazioni giurisprudenziali del principio si ricordano Tribunale di Colmar, 2 maggio 1885, per cui «la proprietà deve avere come limite la soddisfazione di un interesse serio e legittimo», e Tribunale di Compiègne, 19 febbraio 1913, per cui «un diritto non può essere esercitato per un fine diverso

La capacità di fronteggiare le distorsioni prodotte dall'applicazione formale delle norme, nell'epoca attraversata dal *mito della legge e del legislatore*<sup>5</sup>, è tratto caratteristico e ragione d'essere della categoria. Tanto risulta confermato, d'altra parte, dalla circostanza che la stessa, non avesse trovato compiuta elaborazione in sistemi giuridici differenti, non caratterizzati dalla centralità della legge.

La teoria dell'abuso del diritto non trova enunciazione nella giurisprudenza romana, pur dotata di categorie quali gli atti emulativi o l'*exceptio doli*<sup>6</sup>, alle quali, come si vedrà, l'abuso viene ricondotto dalla dottrina che se ne occupa in tempi moderni. Ciò in quanto la forza creatrice della giurisprudenza romana, alla quale è consentito adeguare il diritto alla situazione concreta e partecipare alla sua evoluzione, paralizzando le pretese dello *jus civile* che appaiono inique o tutelando nuove pretese porta ad assorbire il motivo dell'abuso «nell'elastico operare delle varie fonti romane»<sup>7</sup>.

Nel diritto intermedio l'attenzione si concentra sul concetto di *uso abnorme di un diritto*, che elude la *ratio* del diritto e, così facendo, produce il risultato di *incurrere iniquitates*<sup>8</sup>. In quest'epoca, la nozione di abuso del diritto, elaborata dai glossatori e dai giuristi di diritto comune, fungeva da raccordo tra la sfera del diritto e la sfera della morale<sup>9</sup>. In particolare, nell'elaborazione della dottrina cristiana, la categoria dell'abuso del diritto attiene al problema della *moralità del diritto*, della «liceità morale di avvalersi del proprio diritto»<sup>10</sup>. Tuttavia, anche in questo sistema, caratterizzato dal pluralismo giuridico, prassi giudiziaria e dottrina concorrono ad adeguare il diritto alla realtà<sup>11</sup>, anche attraverso lo strumento dell'*aequitas*<sup>12</sup>, e dunque il risultato pratico offerto dall'abuso del diritto non necessita di una sua sistematizzazione concettuale.

Venendo ai tempi odierni, va rilevato come nei Paesi di *common law* non esista un'autonoma elaborazione della teoria dell'abuso del diritto, non solo per la possibilità offerta da tali ordinamenti di riferire gli abusi a specifiche situazioni quali la *nuisance*, cioè il comportamento abnorme del proprietario, e il *tort of inference*, realizzato dal privato che abusando dei poteri contrattuali lede gli interessi economici altrui<sup>13</sup>, ma soprattutto per la facoltà, riconosciuta in via generale al giudice, del *distinguish*<sup>14</sup>, che consente quella flessibilità e aderenza della decisione al caso concreto rimessa all'abuso del diritto nei Paesi di *civil law*<sup>15</sup>.

---

da quello per cui è stato riconosciuto da parte del legislatore», entrambe citate in M. ATIENZA, J. R. MANERO, *Ilicitos atipicos*, Madrid, 2000, tradotto in italiano in M. ATIENZA, J. R. MANERO (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, Bologna, 2004, p. 35.

<sup>5</sup> V. P. GROSSI, *Società, diritto, stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 173.

<sup>6</sup> G. GROSSO, *Abuso del diritto, a) diritto romano*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 161.

<sup>7</sup> G. GROSSO, *Abuso del diritto, a) diritto romano*, op. cit., pp. 162 ss.

<sup>8</sup> U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto, b) diritto intermedio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 163.

<sup>9</sup> G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, p. 62.

<sup>10</sup> U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto, b) diritto intermedio*, op. cit., p. 164.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, Roma, 2012, p. 79.

<sup>13</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 94 e p. 148.

<sup>14</sup> Nei Paesi di *common law*, la facoltà di c.d. *distinguish* che è attribuita a ciascun giudice, permettendogli di allontanarsi dalla regola sotto la quale si dovrebbe sussumere il fatto concreto e di adottarne un'altra che si giustifichi per la particolarità del caso, ha reso funzionalmente superflua la figura dell'abuso del diritto. Così

L'origine della categoria all'interno dell'esperienza positivista francese, come reazione alla rigidità dello *jus positum*, imprime sin da subito al principio caratteri che verranno evidenziati dai successivi commentatori. Strumento extralegale dai contorni incerti, l'istituto si rivela tanto capace di offrire soluzioni, quanto di reintrodurre quegli elementi di arbitrio e complessità che la codificazione sperava di aver consegnato al passato. In ogni caso, esso offre una risposta alla rigidità del dato legislativo nell'*incontro con le cose*<sup>16</sup>, correggendo disfunzioni non risolvibili sul piano della *stretta legalità*.

In particolare, sin dalla sua origine, il divieto di abuso del diritto si colloca a pieno titolo tra quegli *organi respiratori della legge* che consentono l'evoluzione giurisprudenziale dell'ordinamento<sup>17</sup>, senza contraddire il primato della legge nel sistema delle fonti, ma portando in superficie quel che nell'opera del legislatore è rimasto latente<sup>18</sup>.

Non a caso, allora, l'abuso del diritto viene richiamato nella più elaborata esperienza della codificazione tedesca<sup>19</sup>, conscia della necessità di dotare il giudice di un mezzo per rimediare alle sperequazioni del sistema, ad esempio mediante l'istituto della *Verwirkung* del §242 BGB, su cui, attraverso la buona fede, si è elaborato il concetto del c.d. esercizio inammissibile del diritto<sup>20</sup>, e mediante il §226 BGB, che vieta gli atti emulativi.

Nel nostro ordinamento, la natura teorica del dibattito sulla categoria è stata favorita dal fatto che, in Italia, a differenza di altri sistemi (quali, oltre la Germania, quelli di Spagna e Svizzera)<sup>21</sup>, il divieto di abuso del diritto non ha ricevuto una codificazione. Invero, sfociò in un nulla di fatto il tentativo di introduzione di una norma che espressamente stabilisse il divieto di abusare dei propri diritti, presente nel Progetto di Codice Civile del 1942, ma espunta dalla stesura definitiva del Codice, in quanto ritenuta contrastante con le esigenze

---

A. GAMBARO, *Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, p. 2.

<sup>15</sup> F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 79. V. anche la definizione di *abuse of right* in F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, p. 282, per cui «sembra potersi dire che, in generale, la *common law*, alla quale sono estranei i concetti di buona fede e di ordine pubblico, ignora l'abuso del diritto come teoria generale».

<sup>16</sup> Si è debitori dell'espressione a P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico* in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988, p.10.

<sup>17</sup> L'espressione è di M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2011, p. 725.

<sup>18</sup> M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, op. cit., pp. 724 ss.

<sup>19</sup> G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, op. cit., p. 63.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Si fa riferimento al §226 del BGB tedesco, già citato nel testo, all'art. 334 del Codice Civile del Portogallo, all'art. 7 c.3 del *Código Civil* spagnolo, all'art. 13 del Codice Civile dei Paesi Bassi, all'art. 248 del Codice Civile greco, all'art. 2 del Codice Civile svizzero. Le norme citate sono riportate in A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 300.

di certezza proprie della codificazione. Con ciò, tuttavia, il legislatore non intese abbandonare il principio per cui si ha il divieto di abusare dei propri diritti, ma scelse di valorizzare il divieto di abuso nei singoli settori del diritto civile, dai diritti reali alle obbligazioni.

L'art. 7 del Progetto di Codice Civile recitava che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo è stato riconosciuto». Tuttavia all'epoca della codificazione prevalse l'idea che un generale divieto di abuso del diritto desse al giudice un criterio di giudizio troppo ampio, tale da minare la certezza del diritto, e che la questione attenesse più a regole etiche che giuridiche<sup>22</sup>.

Si ritiene tuttavia che il mancato inserimento nel Codice Civile della norma sull'abuso del diritto non sia di ostacolo per considerare la figura pienamente operante nell'ordinamento<sup>23</sup>. Così, il Codice Civile del 1942 dà rilevanza all'abuso del diritto nell'art. 330 (abuso della potestà genitoriale), nell'art. 833 (atti emulativi del proprietario), nell'art. 1015 (abuso del diritto di usufrutto), nell'art. 1059 c. 2. (abuso del comproprietario), nell'art. 1175 (comportamento di buona fede nei rapporti obbligatori), nell'art. 1375 (esecuzione di buona fede del contratto), nell'art. 2793 (abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio). Si può dunque affermare che il Codice Civile ospita: a) l'indicazione esplicita di fattispecie abusive (art. 330 c.c., art. 1015 c.c., art. 2793 c.c.); b) disposizioni sanzionatrici di alcuni atti, la cui *ratio* è ravvisabile nella esigenza della repressione di un abuso del diritto (art. 1059 c.2 c.c.), c) disposizioni di maggiore ampiezza, valide per intere categorie di diritti (art. 833 c.c., art. 1175 c.c., art. 1375 c.c.)<sup>24</sup>. Una codificazione del divieto di abuso del diritto è stata considerata da taluni la norma sull'abuso di dipendenza economica dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 in materia di subfornitura, che impedisce che un'impresa approfitti della condizione di particolare debolezza dell'altra per imporre scelte negoziali. Essa non sarebbe una norma di carattere eccezionale che deroga al principio di autonomia negoziale, ma invece un'espressione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti tra imprenditori<sup>25</sup>. Attenzione ai comportamenti abusivi si è avuta poi con l'emanazione del Codice del Consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che in attuazione della direttiva comunitaria del 05.04.1993 n. 93/13/CEE del Consiglio disciplina le clausole abusive nei contratti dei consumatori, prevedendo un loro elenco ma lasciando spazio anche ad ipotesi non tassative in cui comunque si realizza uno squilibrio contrattuale tra professionista e consumatore<sup>26</sup>.

## 2. Il dibattito storico sulla configurabilità dell'abuso del diritto.

---

<sup>22</sup> Sollevava tali perplessità, tra gli altri, V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, 1892 evidenziando la mancanza di divieto di atti emulativi nel Codice civile del 1865 (oggi in V. SCIALOJA, *Studi giuridici, Diritto Privato*, Roma, 1932).

<sup>23</sup> Questa è la tesi affermata nelle opere di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit.

<sup>24</sup> così S. LA ROCCA, *Abuso del diritto dalle origini storiche (nel diritto civile) alla evoluzione più attuale, come strumento di lotta ai fenomeni distorsivi (nel diritto tributario)*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2011, p. 1351.

<sup>25</sup> così F. DONATO, *L'abuso del diritto. Relazione di sintesi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, p. 117.

<sup>26</sup> F. DONATO, *L'abuso del diritto. Relazione di sintesi*, op. cit., pp. 121 ss.

Come si è anticipato, la scienza giuridica si è divisa tra posizioni volte a riconoscere l'esistenza di un divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano, considerato una valvola modernizzatrice attraverso cui adattare la rigidità del dato legislativo, e posizioni che hanno guardato con diffidenza alla categoria in questione, ritenendola capace di minare la certezza del diritto e introdurre un'eccessiva discrezionalità giudiziaria sulle relazioni giuridiche dei privati.

La divergenza di opinioni è netta e si registra in prima battuta su quello che senza dubbio costituisce il problema preliminare dell'intero discorso: ammettere, prima sul piano logico e poi su quello giuridico, che un diritto possa essere abusato.

Il confronto tra sostenitori e detrattori della configurabilità dell'abuso del diritto ha infatti riproposto quello sulla natura e portata del diritto soggettivo<sup>27</sup>, in particolare tra la concezione illuministica, individualista e liberale, per cui il diritto è una sfera di libertà del soggetto da preservare da intrusioni, e le concezioni solidaristiche del Novecento (di ispirazione cattolica o socialista)<sup>28</sup> per cui il diritto soggettivo è una posizione non assoluta, ma collocata all'interno di una fitta rete di rapporti sociali da tutelare<sup>29</sup>.

Il dibattito sull'abuso del diritto è terreno di scontro per le diverse concezioni del diritto, cosicché la riflessione intorno alla categoria risente delle sensibilità dei giuristi che vi partecipano<sup>30</sup>.

Sullo sfondo della riflessione intorno all'abuso del diritto campeggia, infatti, la tradizionale divisione civilistica tra le teorie c.d. soggettive e le teorie c.d. oggettive, confrontatesi in punto di diritti soggettivi e negozi giuridici<sup>31</sup>.

È noto che nel dibattito secolare intorno al fondamento del diritto soggettivo due principali teorie si siano contese il campo: la c.d. teoria della volontà o del potere di scelta (*will o choice theory*) e la c.d. teoria dell'interesse (*interest theory*). Secondo la *teoria della volontà*, la giustificazione per l'attribuzione di un diritto sta nell'assicurare al suo titolare

---

<sup>27</sup> Sulla nozione di diritto soggettivo la bibliografia è estremamente ampia. Una buona sintesi è offerta da G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013. Articolata è altresì la ricostruzione offerta da M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., pp. 20 ss.

<sup>28</sup> La trattazione delle contrapposte spinte ideologiche, cattolica e socialista, che ammettono l'abuso del diritto è presente in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 33 ss.

<sup>29</sup> È consapevole della storicità del problema P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 26 ss. che pone in relazione la tesi negatrice dell'istituto con l'ideologia liberale dell'Ottocento ed affronta poi la lettura cattolica e la lettura socialista dell'abuso del diritto.

<sup>30</sup> G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p.165. Si è osservato che tutto il discorso sull'abuso del diritto può in fondo rivelarsi uno strumento per far penetrare nel sistema un'ideologia cara all'interprete. Così F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 104.

<sup>31</sup> Per una sintesi delle teorie soggettive e oggettive del negozio giuridico si rinvia a G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, pp. 31 ss.

un ambito di scelta individuale protetta, nel riconoscere la possibilità di prendere decisioni autonome quali, a titolo esemplificativo, quella di esercitare o meno il diritto, o di agire o meno per la sua tutela<sup>32</sup>. Il diritto soggettivo, che è *Willensherrschaft* nell'elaborazione compiuta da Savigny<sup>33</sup> nella trattazione del negozio giuridico, ripresa poi dai Pandettisti tedeschi<sup>34</sup> anche nella formula di *WillensMacht*, (signoria del volere), coincide con «la sfera in cui si concede sia sovrana la volontà del diritto»<sup>35</sup>.

Come è facile intuire, la teoria della volontà produce come corollario quello di ritenere *insindacabili* a posteriori le condotte dell'individuo adottate nell'azione dell'esercizio di un diritto<sup>36</sup>.

Alla teoria della volontà si contrappone la *teoria dell'interesse*, coniata da Jhering<sup>37</sup> e divenuta prevalente, per cui «il diritto soggettivo è un interesse protetto giuridicamente»<sup>38</sup>, e dunque, la giustificazione del diritto consiste nell'assicurare una forma di protezione ad un interesse del titolare, l'attribuzione di un diritto avviene per assicurare protezione a un certo interesse. È la *teoria dell'interesse che apre lo spazio alla possibilità di abuso del diritto*, perché inquadra quest'ultimo in un'ottica teleologica, che supera il singolo nella prospettiva di una funzione *oggettivizzata* del diritto<sup>39</sup>, quella di tutelare un certo interesse<sup>40</sup>.

Come ben messo in evidenza dalla dottrina<sup>41</sup>, e come ritroveremo per numerosi istituti, il diritto civile del Novecento è attraversato da una tendenza all'*oggettivazione* che si ritrova non solo per il fondamento del diritto soggettivo, ma anche in materia di contratto. Si pensi, ad esempio, alla nozione oggettiva di causa, su

---

<sup>32</sup> G. PINO, *Diritti Soggettivi*, op. cit., pp. 240 ss.

<sup>33</sup> F. C. SAVIGNY, *System des heutigen Romischen Rechts (Riproduzione dell'edizione Berlin Deit, 1840-1856)*, Aalen, 1981, p. 331.

<sup>34</sup> F. G. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1838, par. 21; B. J. H. WINDSCHEID (trad. C. FADDA e P. E. BENZA), *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902, par. 37.

<sup>35</sup> P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1990, p. 412.

<sup>36</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 55.

<sup>37</sup> R. JHERING, *Der geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig, 1869.

<sup>38</sup> P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, op. cit., p. 414.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Accolta questa seconda posizione, il punto diventa capire quali interessi siano idonei a generare diritti. È stato osservato che il rapporto tra interesse e diritto soggettivo non è lineare, in quanto: a) un diritto può essere a prima vista funzionale alla protezione di più interessi; b) anche individuato l'interesse che giustifica il diritto, può non esserci accordo su quale sia l'esatta delimitazione di questo interesse e quale sia il suo peso rispetto ad altri interessi; c) la soddisfazione di un interesse può entrare in conflitto con quella di altri interessi e quindi aprire il campo alla necessità di bilanciamenti e ponderazioni; d) non esiste un solo modo di attuare e proteggere un interesse, ma diverse modalità, e per questo il diritto si caratterizza per essere composto da un nucleo e da un parametro protettivo di misure agevolative, rimediali e così via; e) la disciplina giuridica così individuata per tutelare un interesse può essere sotto-inclusiva, non disciplinando casi e lasciando lacune, o sovra-inclusiva, dettando norme non funzionali alla tutela dell'interesse sottostante. Le considerazioni riferite sono mutuare da G. PINO, *Diritti soggettivi*, op. cit., p. 243

<sup>41</sup> V. ex multis F. GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1978.

cui si tornerà a breve, ma anche ad altri elementi, come la prevalenza del momento della dichiarazione su quello della volontà evidenziata dalle *teorie dell'affidamento* e da quelle *dell'autoresponsabilità*<sup>42</sup>, o la disciplina del dolo, per cui l'annullamento mira, più che a proteggere la libera formazione del volere del contraente, a riparare la lesione del suo interesse<sup>43</sup>, o, ancora, la nozione oggettiva di buona fede operante nella formazione, nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto<sup>44</sup>.

Si diceva di come, nel panorama italiano, la dottrina dell'abuso del diritto rispecchi l'ideologia dell'epoca in cui i giuristi sono chiamati a operare. Si pensi, ad esempio, ad uno dei primi contributi<sup>45</sup> sull'abuso del diritto, quello ad opera di Vittorio Scialoja, che scrisse la voce *Aemulatio* per l'Enciclopedia giuridica italiana<sup>46</sup>. Nelle pagine in questione si può vedere il trionfo dell'ideologia liberale, dell'ordine borghese e dell'assolutezza del diritto, per cui qualsiasi sindacato sull'esercizio del diritto conforme a legge si presenta come “*un'assurdità*”. L'Autore, infatti, giudica positivamente l'assenza di un divieto di atti emulativi nel Codice Civile del 1865, costituendo ciò una liberazione dai retaggi medievali dovuti alla mancanza di distinzione tra morale e diritto. Scialoja contesta la possibilità dell'interprete di sottrarsi all'applicazione ferrea delle regole ricorrendo a sindacati svolti alla luce dei principi del sistema e di una non meglio chiarita equità, portatrice di istanze non giuridiche. Secondo l'Autore non si può indagare l'esercizio del diritto di chi non esce dalla propria sfera giuridica e non invade il diritto altrui se non sacrificando la libertà di questi, e dunque la coerenza del sistema, che ha come interesse sociale quello di difendere la libertà di ciascuno.

È proprio nella reazione a quest'impronta ideologica ed ai suoi effetti che l'abuso del diritto trova spazio agli inizi del Novecento attraverso la valorizzazione di istanze di solidarietà sociali<sup>47</sup> ed etiche<sup>48</sup>. Ciò emerge dalle pagine di Mario Rotondi<sup>49</sup>, che, tuttavia,

---

<sup>42</sup> V. R. SACCO, *Affidamento*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 661 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, pp. 613 ss.

<sup>43</sup> F. GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, op. cit., p. 75; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 761.

<sup>44</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 801; V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 465.

<sup>45</sup> In realtà già prima dell'Unità la dottrina aveva iniziato ad occuparsi dell'argomento, come risulta dalle pagine di Federigo Del Rosso, seguite poi dai primi commenti al Codice Civile del 1865 di Borsari, Cimbali e Lai, le cui posizioni sono riferite in G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, op. cit., pp. 57 ss.

<sup>46</sup> V. SCIALOJA, *Aemulatio*, op. cit.

<sup>47</sup> M. TEDESCHI, *L'abuso del diritto. Studio*, Torino, 1908; P. UNGARI (A CURA DI), G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, Milano, 1980, i cui contenuti sono riferiti da G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, op. cit., pp. 71 ss.

<sup>48</sup> Ci si riferisce all'opera di A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912. L'Autore si domanda se si possa parlare di mala fede nell'esercizio del diritto e afferma che logica giuridica ed etica giuridica sono problemi intrecciati. L'Autore, pur plaudendo alla

sottolinea ancora la non giuridicità del divieto di abuso del diritto (che sarebbe «un fenomeno sociale, non un concetto giuridico»), la sua inconfigurabilità come principio dell'ordinamento, e mette bene in luce come il divieto in questione sia sintomatico della mancanza di coincidenza tra la lenta evoluzione del sistema giuridico e la rapida evoluzione del sistema sociale. Ed ancora: sono proprio le istanze solidaristiche di matrice socialista e culturale che trovano spazio nella Costituzione del 1948 a segnare un cambio di rotta della percezione, e nel dibattito, sull'abuso del diritto<sup>50</sup>. Così, negli anni Sessanta il tema dell'abuso del diritto torna in auge all'interno del più ampio fenomeno di rilettura del diritto civile italiano alla luce della Costituzione Repubblicana e dell'applicazione di quest'ultima ai rapporti privatistici<sup>51</sup>.

Anche in questa fase non mancano tuttavia letture critiche, tra le quali è stato anche sostenuto che nel panorama giuridico costituzionale la figura dell'abuso del diritto possa considerarsi inutile, in quanto superata a seguito dell'acquisto di centralità del principio di solidarietà sociale<sup>52</sup>. Inoltre, l'attuazione della Costituzione nel diritto privato italiano<sup>53</sup> richiede un ruolo attivo della legge, più che del giudice, come risulta dalle riforme in tema di lavoro, locazione urbana, contratti agrari<sup>54</sup>.

Alla copiosa riflessione dottrinale sull'abuso del diritto non corrisponde un'attenzione simile in giurisprudenza fino agli anni Duemila<sup>55</sup>.

---

giurisprudenza che si era assunta l'onere di adeguare il diritto ai mutati tempi, ritiene comunque che solo il legislatore può trasformare i doveri morali in doveri giuridici.

<sup>49</sup> M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio* (1923), op. cit.

<sup>50</sup> G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, op. cit., p. 101 riferisce della proposta di Giuseppe Codacci Pisanelli, avanzata nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente nel corso della seduta del 28 marzo 1947, ma rimasta isolata, di costituzionalizzare l'abuso del diritto, modellandolo sulla figura dell'eccesso di potere viziante il provvedimento amministrativo nei casi in cui il potere pubblico è esercitato per scopi diversi da quelli in vista dei quali è stato conferito. Tale tentativo non ha avuto seguito, ma si sottolinea come la dottrina più recente ha peraltro avvertito l'esigenza di avviare la costruzione di una teoria dell'abuso del diritto nel rapporto tra organi costituzionali, in ipotesi quali la reiterazione del decreto legge, l'exasperato ostruzionismo parlamentare, la mancata elezione dei membri di un organo costituzionale: così R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 367.

<sup>51</sup> I. STOLZI, *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in *Judicium*, 14.10.2012, p. 7.

<sup>52</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, pp. 76 ss. osserva che «quella figura, oggi, non ha più ragion d'essere, perché, per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti a buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso del diritto, e in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali. Perciò nel codice non è menzione dell'abuso del diritto, come di una figura speciale di atto illecito».

<sup>53</sup> Sul tema v. L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

<sup>54</sup> Così C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, p. 31.

<sup>55</sup> F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pp. 311 ss.



Alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità danno rilievo all'abuso del diritto, affermando ad esempio che «l'abuso del diritto non è previsto nel c.c. vigente come particolare figura di illecito. Peraltro, in singoli casi, con riferimento ai fondamentali precetti giuridici della buona fede e della rispondenza dell'esercizio agli scopi etici e sociali per cui il diritto è riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico, l'uso anormale del diritto può condurre il comportamento del singolo fuori della sfera di esso in modo da costituire un'attività avente carattere di illiceità»<sup>56</sup>.

Attenzione alla categoria si ha soprattutto nell'ambito giuslavoristico, con riferimento alla condotta antisindacale<sup>57</sup>, per valorizzare l'intenzionalità del comportamento del datore di lavoro, per qualificare come antisindacale una condotta del datore di lavoro che, lecita nella sua obiettività, presenti i caratteri dell'abuso del diritto, valorizzando il *carattere di illiceità* per contrasto con i principi di correttezza e di buona fede, i quali assurgono a norma integrativa del contratto di lavoro. In ambito di contratti di diritto comune si può ricordare invece la sentenza di legittimità relativa al c.d. *affaire* Fiuggi<sup>58</sup>. Nella vicenda in questione il Comune di Fiuggi aveva concesso ad una società la gestione delle sorgenti, accordandosi affinché il canone di concessione fosse rapportato al prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale. La società concessionaria aveva escogitato un meccanismo per tenere fermo quest'ultimo valore (e quindi i canoni) nonostante l'inflazione galoppante, vendendo le bottiglie ad una società controllata, che le immetteva poi nel mercato a un prezzo maggiorato, pregiudicando così la posizione del Comune, che continuava a percepire un canone rapportato a un prezzo fuori mercato. Tale stratagemma fu considerato dalla Corte di Cassazione un abuso del diritto della società e della sua controllata nella fissazione del prezzo di vendita, tale da configurarsi come inadempimento contrattuale e motivo di risoluzione del contratto<sup>59</sup>.

### **3. Il dibattito attuale sulla configurabilità dell'abuso del diritto.**

La figura dell'abuso del diritto ha acquisito nuova centralità in tempi recenti per l'ampio successo avuto in ambito giurisprudenziale negli anni Duemila.

Volendo citare solo i principali arresti, può ricordarsi anzitutto la giurisprudenza in materia di abuso del diritto processuale, a partire dalla sentenza a Sezioni Unite del 2007<sup>60</sup>, che ha ad oggetto il c.d. frazionamento del credito, cioè il comportamento con cui il creditore

---

<sup>56</sup> Cass. civ., 15.11.1960, n. 3047.

<sup>57</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 07.07.1987, n. 5922, *Atm Genova c. Faisa – Cisl*; Cass. Civ. Sez. lavoro, 08.05.1987, n. 4277, *Fib c. Banco Napoli*; Cass. civ. Sez. lavoro, 08.09.1995, n. 9501, *Cisl Fat e altri c. Soc. Aversa*.

<sup>58</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20.04.1994, n. 3775, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, pp. 852 ss., con nota di L. PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto d'azienda*. L'espressione *affaire* Fiuggi è mutuata da V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corriere Giuridico*, 1994, pp. 570 ss.

<sup>59</sup> V. S. LA ROCCA, *L'abuso del diritto dalle origini storiche (nel diritto civile) alla evoluzione più attuale, come strumento di lotta ai fenomeni distorsivi (nel diritto tributario)*, op. cit., p. 1351.

<sup>60</sup> Cass. Civ., S.U., 15.11.2007, n. 2372. Un commento della sentenza è presente in F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto civile 2011*, op. cit., p. 14. Sull'abuso del processo si veda anche Cass. Civ., Sez. III, 1.06.2008, n. 15476 e Cass. Civ., sez. II, 27.05.2008, n. 13791, che confermano le statuizioni delle Sezioni Unite, nonché Cass. Civ., sez. I, 3.05.2010, n. 10634, relativa a un caso di abuso del diritto processuale in materia di liquidazione delle spese e degli onorari di giudizio.

domanda attraverso più processi il pagamento della somma dovutagli dal debitore. Secondo i giudici di legittimità, nell'ordinamento opera un generale divieto di abuso del diritto, per cui il diritto non è mai illimitato, ma soggiace al limite dato dalle ragioni per cui lo stesso è riconosciuto, e va esercitato secondo principi di correttezza e buona fede. In base a tale principio il creditore non può imporre al debitore sacrifici eccessivi, irragionevoli e sproporzionati rispetto agli interessi che vuole perseguire. Ciò varrebbe tanto nella fase fisiologica del rapporto quanto in quella patologica: secondo la Corte di Cassazione, il creditore deve cooperare con il debitore non solo per agevolare l'adempimento, ma anche per non aggravare la sua posizione quando si è verificato l'inadempimento.

Successive di circa un anno sono le c.d. sentenze di Natale<sup>61</sup> in tema di abuso del diritto tributario ed elusione fiscale, per le quali costituiscono abuso di diritto le operazioni, pur lecite, compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale. Secondo tali pronunce, il divieto di abuso del diritto fonderebbe un *generale principio antielusivo*, radicato in Costituzione nei principi di capacità contributiva e progressività dell'imposizione dettati dall'art. 53 Cost.

Va poi richiamata la sentenza della sezione III Cassazione Civile<sup>62</sup>, nota come caso *Renault*, in tema di diritto di recesso *ad nutum*, vero e proprio *manifesto* sull'operatività del divieto dell'abuso nell'ordinamento italiano e fondamentale per la rinascita del dibattito dottrinale su esso<sup>63</sup>. Secondo la Corte di Cassazione<sup>64</sup>, il recesso *ad nutum* non può trasformarsi in un recesso *ad libitum*, ossia in un recesso arbitrario<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Sentenze Cass. Civ., S.U., n. 30055, 30056 e 30057 del 02 dicembre 2008, depositate il 23 dicembre 2008.

<sup>62</sup> Cass. Civ., sez. III, 18.09.2009 n. 20106.

<sup>63</sup> La sentenza ha riaperto il dibattito sull'abuso del diritto, e grande spazio hanno trovato le critiche all'istituto, che ripropongono gli argomenti già in passato sollevati (tra i quali, la contraddittorietà della figura, l'impossibilità di prevedere un generale principio di divieto dell'abuso del diritto, essendo già vigente il principio generale per cui *qui iure suo utitur neminem laedit*, l'insostenibile rischio per la certezza del diritto, il pericolo di un sindacato arbitrario ed eccessivamente incisivo del giudice sulle scelte delle parti). Tra gli altri si vedano: G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, pp. 5 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106)*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, pp. 129 ss.; G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, op. cit., p. 103 si domanda come mai oggi vengano riproposti con tanta forza quelle che erano gli argomenti di ieri, e se ciò non nasconda un generale ritorno all'insofferenza nei confronti del giudice rispetto alle correzioni sulle scelte degli operatori economici.

<sup>64</sup> Per i commenti alla sentenza, *ex multis*, si segnalano: F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, op. cit., pp. 311 ss.; P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 557 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e argomentazione giuridica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, pp. 345 ss.

<sup>65</sup> Afferma la massima di Cass. Civile, III Sezione, 18 settembre 2009, n. 20106: «qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle

La Suprema Corte veniva chiamata a pronunciarsi sull'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* da parte della casa automobilistica Renault, che negli anni compresi tra il 1992 e il 1996 aveva revocato, tramite tale facoltà contrattuale, numerosi contratti di concessione di vendita. A parere dei ricorrenti, il recesso sarebbe stato esercitato in modo abusivo, in quanto attraverso esso la casa madre avrebbe operato un piano di ristrutturazione aziendale finalizzato a reimpiegare nella rete vendite alcuni dirigenti fatti fuoriuscire dal proprio organico, e comunque esso avrebbe tradito l'affidamento ingenerato in precedenza sul rinnovo del contratto di concessione nei concessionari, ai quali erano stati chiesti investimenti che lasciavano prevedere una continuità del rapporto.

La sentenza in esame lega indissolubilmente il divieto di abuso del diritto e i principi di correttezza e buona fede contrattuali degli art. 1175 c.c. e 1375 c.c., espressione del principio di solidarietà sociale dell'art. 2 Cost., in base ai quali le parti contrattuali hanno il dovere di comportarsi lealmente in ogni fase della vicenda contrattuale, dalle trattative all'esecuzione<sup>66</sup>.

Conferma di tale orientamento giurisprudenziale si ha in un'altra pronuncia di pochi mesi successiva<sup>67</sup>, che sancisce nuovamente, in un diverso quadro fattuale e giuridico, il divieto di abuso del diritto<sup>68</sup>.

Nella vicenda in questione si disquisiva della "slealtà del comportamento" del Comune di Termini Imerese che, come locatore di un immobile con annessa zona termale, aveva intimato lo sfratto per morosità alla società alberghiera conduttrice del complesso, la quale affermava tuttavia di non essere tenuta al pagamento dei canoni di locazione per l'avvenuta compensazione tra il credito vantato dal Comune nei confronti della società e un ulteriore credito vantato dalla società nei confronti del Comune, peraltro accertato da una sentenza della Corte d'Appello, per lavori eseguiti sul bene locato. Il Comune siciliano, che aveva impugnato con ricorso per Cassazione quest'ultima statuizione, riteneva ancora illiquido e inesigibile il credito della

---

regole di correttezza e buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto. La mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione ed esecuzione del contratto, può rivelare, infatti, un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. Conseguenzialmente, accertato l'abuso, può sorgere il diritto al risarcimento dei danni subiti. Tale sindacato, da parte del giudice di merito, deve pertanto essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici». Secondo la Cassazione: «È abusivo il recesso *ad libitum*, e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella proceduralizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso *ad nutum* del contratto di concessione di vendita». V. P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, op. cit., p. 559.

<sup>66</sup> Nella scelta di considerare correttezza e buona fede parametri per rilevare l'abuso del diritto si rinviene l'insegnamento di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 18.

<sup>67</sup> Corte di Cassazione Civile, III Sezione, 31 maggio 2010, n. 13208.

<sup>68</sup> Il testo della sentenza è riportato nei suoi snodi principali in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 794 ss., con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

società, e quindi non operante la compensazione, motivo sufficiente per avviare l'azione di sfratto. La Corte di Cassazione escludeva l'operatività dell'estinzione per compensazione poiché, in effetti, l'accertamento del credito per i lavori realizzati non era ancora definitivo, ma procedeva a una nuova applicazione del divieto di abuso del diritto, ritenendo la richiesta di risoluzione contraria ai principi di correttezza e buona fede. In sintesi, il Comune locatore avrebbe abusato del suo diritto alla risoluzione del contratto poiché egli disponeva di un più agevole e meno lesivo strumento di soddisfazione della sua pretesa creditoria, vale a dire la possibilità di imputare il suo debito nei confronti della società conduttrice a pagamento dei canoni non versati.

La consacrazione della categoria a partire dalla sentenza *Renault* del 2009 ha segnato il punto di non ritorno per la sua diffusione. In pochi anni i riferimenti all'abuso del diritto sono cresciuti nei vari settori del diritto civile<sup>69</sup>. Recentemente si registrano altre interessanti pronunce, in tema di iscrizione di ipoteca con valore superiore al credito garantito<sup>70</sup>, di contratto autonomo di garanzia<sup>71</sup> e, nella giurisprudenza di merito, in tema di cessione di azienda<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Oltre alle pronunce riportate, volendo ampliare la rassegna delle applicazioni dell'abuso del diritto nei vari campi del diritto civile, si possono ricordare: Corte di Cassazione, 4 giugno 2008, n. 14759 in materia di abuso del diritto nella comunione, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2009, pp. 329 ss.; Corte di Cassazione, 1 aprile 2008, n. 8449, in materia di abuso del diritto e condominio, in *Giustizia Civile*, 2009, pp. 1069 ss.; Corte di Cassazione, ordinanza del 19 novembre 2012 n. 20254 in tema di abuso del diritto e trust, su cui L. ARCANGELI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione in tema di abuso di diritto e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, pp. 369 ss.; Tribunale di Verona, 2 maggio 2012, Calla s.r.l. c. *Unicredit Corporate Banking S.p.A.*, in tema di recesso dai contratti bancari, in *Il Corriere del merito*, 2013, pp. 41 ss.; Tribunale Milano, 6 luglio 2013, Argenziano e *Mid Capital Partners s.r.l. - Mid Industry Capital S.p.A.* sulla giusta causa di revoca di un amministratore di S.p.A. integrabile in presenza di un abuso di un proprio diritto e/o di una propria funzione su cui G. E. DE LEO, *La revoca dell'amministratore tra abuso del diritto e "efficacia reale"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, pp. 126 ss. La categoria dell'abuso del diritto ha inoltre potenziali applicazioni nel diritto di famiglia, con riferimento agli strumenti patrimoniale dei minori e degli incapaci, per cui si rimanda a M. TAMAGNONE, *L'abuso del diritto nel diritto di famiglia: uso ed abuso degli strumenti di tutela patrimoniale dei minori e degli incapaci*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, pp. 68 ss.; nonché nel diritto del lavoro, nelle fasi di trattative, interpretazione ed esecuzione del contratto di lavoro, come rilevano G. FURLAN, Y. VASINI, *L'abuso del diritto da parte del lavoratore in Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, pp. 567 ss., e nel diritto delle procedure concorsuali, su cui R. BONSIGNORI, P. RAINELLI, *Abuso del diritto nel concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, pp. 474 ss. Un *excursus* delle recenti applicazioni giurisprudenziali civilistiche dell'abuso del diritto è offerto anche da M. VIETTI, G. TASCIA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 116.

<sup>70</sup> Cass. Civ., Sez. III, 5 aprile 2016 n. 6533, secondo cui la modalità proporzionata di iscrizione dell'ipoteca è quella di valore corrispondente al credito da garantire. Gli artt. 2740, 2827, 2828 c.c. vanno quindi letto secondo un'interpretazione improntata al divieto di abuso del diritto: «il creditore che iscrive ipoteca giudiziale sui beni del debitore il cui valore è eccedente la cautela (...) pone in essere un comportamento di abuso dello strumento della cautela rispetto al fine per cui gli è stato conferito. Utilizza lo strumento processuale oltre lo scopo previsto dal legislatore per assicurarsi la maggiore garanzia possibile, ma determinando un effetto deviato in danno del debitore».

<sup>71</sup> Cass. Sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, secondo cui l'escussione della garanzia in presenza di credito estinto o invalido è abuso del diritto, e la richiesta si paralizza con *exceptio doli*.

<sup>72</sup> Trib. Reggio Emilia, 16.06.2015, n. 964, per cui integra un abuso del diritto l'operazione di cessione di azienda a una società di neocostituzione, avente la stessa compagine sociale, compiuta al fine di rendere inesigibile il credito vantato nei confronti della cedente, essendo il titolo esecutivo del creditore azionabile solo nei confronti di questa.

Nel decennio in esame il divieto di abuso del diritto è penetrato anche nella giurisprudenza amministrativa<sup>73</sup>, consacrato in particolar modo dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011<sup>74</sup> che, richiamando la giurisprudenza civile in materia di abuso processuale, ne descrive plasticamente l'essenza di «esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa».

La definizione dei giudici amministrativi coglie l'anima della categoria. Appaiono proprio questi, infatti, i tratti salienti dell'abuso del diritto che emergono nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale civilistica fin qui riportata: l'*esercizio improprio di un potere discrezionale*, il *vizio funzionale* espresso dal discostamento dallo scopo del diritto nell'ordinamento, il *vizio modale* espresso dalla scelta di modalità sproporzionate. Reciprocità, equilibrio, proporzione diventano, anche attraverso il richiamo alle *clausole generali* di correttezza e buona fede e del loro fondamento costituzionale (art. 2 Cost.), le parole d'ordine con cui la giurisprudenza si avvicina alla categoria.<sup>75</sup>

Ad ogni modo, la crescente attenzione per l'abuso del diritto nel diritto civile non è un fenomeno isolato, ma al contrario un aspetto che va letto nel quadro *della crescente espansione del potere giurisprudenziale e della tendenza alla ricerca dell'equità del caso singolo*<sup>76</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in particolare, va segnalata la questione del crescente controllo giudiziale sull'equilibrio del contratto<sup>77</sup>, su cui giovi ricordare, ad esempio, un recentissimo arresto delle Sezioni Unite Civili<sup>78</sup> che ritiene che la sproporzione tra le prestazioni possa incidere come violazione della clausola di buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.) e del principio dell'art. 2 Cost.. Le Sezioni Unite si

<sup>73</sup> Sul punto si rinvia a G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, op. cit., pp. 17 ss..

<sup>74</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23.03.2011 n. 3. La decisione si occupa, tra le altre questioni, della pregiudizialità amministrativa, cioè dell'obbligo di previa impugnazione del provvedimento lesivo rispetto all'azione per il risarcimento dei danni da questo provocati. I giudici amministrativi affermano: «si deve allora ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo possa essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno (...). Si deve, infatti, considerare che il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame».

<sup>75</sup> La sentenza Renault del 2009 più volte citata parla di buona fede e correttezza come di «criteri di reciprocità, finalizzati in sostanza, a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione».

<sup>76</sup> C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, op. cit., p. 37.

<sup>77</sup> Questione per cui si rinvia *ex multis* ad A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014.

<sup>78</sup> S.U. 06.05.2016 n. 9140.

incamminano su una strada pernicioso già aperta in precedenza dalla Corte Costituzionale<sup>79</sup>, la quale aveva riconosciuto al giudice margini di intervento «a fronte di una clausola negoziale che rifletta (...) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», ammettendo la rilevanza ex officio della nullità (totale o parziale) ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost.

A riprova di ciò, in dottrina, ad esempio, sono stati avanzati collegamenti tra la categoria dell'abuso del diritto, *sub specie* di abuso del processo, e la causa contrattuale, oggi ricostruita come causa concreta e individuata nella *funzione economico individuale* del negozio, cioè nella sintesi degli *interessi reali del contratto*<sup>80</sup>.

La teoria ferriana della causa concreta del contratto<sup>81</sup> è stata accolta definitivamente a seguito della svolta giurisprudenziale segnata dalla giurisprudenza di legittimità nel 2006<sup>82</sup>, che ha affermato la nullità di un contratto di consulenza in quanto privo di una ragione pratica che lo giustificasse. La teoria in questione surclassa la precedente concezione bettiana di *causa astratta* come *funzione economico sociale del contratto*<sup>83</sup>, che, secondo le intenzioni della relazione del Guardasigilli al Codice del 1942, rappresentava la concezione di causa accolta nella redazione del Codice Civile del 1942<sup>84</sup>. Entrambe le teorie di causa in astratto e causa in concreto esprimono le c.d. *teorie oggettive della causa*, che guardano alla funzione del contratto, al ruolo svolto dal contratto, come tipo legale la prima, come realtà economica del singolo affare la seconda. In precedenza, diversamente, sotto la vigenza del Codice Civile del 1865, si aderiva a una *teoria soggettiva* della causa, la quale, riferendosi non al contratto, ma all'obbligazione (art. 1119) si identificava con lo scopo perseguito dal contraente e l'utilità da esso ricercata attraverso il contratto<sup>85</sup>. L'adesione alla teoria della causa in concreto non si traduce in un recupero della dimensione soggettivistica, poiché, come si è detto, non presta attenzione allo scopo soggettivo dell'agente, ma piuttosto alla ragione del singolo affare<sup>86</sup>.

La dottrina in questione trae argomento a sostegno dell'abuso osservando che, all'indomani dell'adozione della teoria della *causa concreta*, l'utilizzo di uno schema contrattuale tipico non esclude che il giudice debba controllare che le parti, attraverso il

---

<sup>79</sup> Corte Costituzionale n. 77 del 2 aprile 2014.

<sup>80</sup> Si fa riferimento a M.F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, p. 362.

<sup>81</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, ma v. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1989, p. 425.

<sup>82</sup> Cass. Civ., sez. III, 08.05.2006, n. 10490. Successivamente la svolta giurisprudenziale è stata ribadita da Cass. Civ., sez. III, 24.04.2008 n. 10651e da Cass. Civ., sez. III, 24.07.2007, n. 16315.

<sup>83</sup> su cui v. E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in A.A.V.V., *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, pp. 32 ss.

<sup>84</sup> G. AMADIO, F. MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014, p. 660. Per una sintesi v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., pp. 341 ss.

<sup>85</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 813. V. anche V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 342 ss.

<sup>86</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 814.

negozio, stiano perseguendo interessi meritevoli di tutela<sup>87</sup>, e quindi valutare la *funzione concreta* dell'atto di autonomia contrattuale.

Le parti, infatti, possono adottare sia schemi negoziali predeterminati dal legislatore (c.d. contratti tipici o nominati) sia schemi negoziali nuovi (c.d. contratti atipici o innominati) purché perseguano interessi meritevoli di tutela, ed è proprio questo aspetto che, tanto per i contratti tipici, quanto per quegli atipici, il giudice deve verificare<sup>88</sup>.

Si è osservato in dottrina<sup>89</sup> che l'avvento della causa in concreto abbia comportato la perdita dell'utilità della categoria del *contratto in frode alla legge* (art. 1344 c.c.), al quale può essere fatto cenno sia perché anche con riferimento a tale istituto si registra storicamente la contrapposizione tra teorie soggettive e teorie oggettive sia per i rapporti, che verranno in rilievo successivamente, tra abuso e frode nel diritto penale.

Il contratto in frode alla legge costituisce un'ipotesi di contratto illecito in cui si produce una *violazione indiretta* di una norma imperativa. Il contratto, che rappresenta il mezzo per eludere una norma imperativa, non produce di per sé un risultato vietato, ma si inserisce in una combinazione di atti volta alla realizzazione di un risultato ulteriore vietato dalla legge<sup>90</sup>. Così, ad esempio, rappresenta un contratto in frode alla legge, poiché viola il divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.) il negozio con cui il debitore venda un suo bene al creditore con clausola di riscatto, il cui termine venga fatto coincidere con la scadenza del debito, e il cui prezzo, fissato per valore pari al debito, non venga pagato per asserita compensazione con il debito stesso, in modo da consentire il consolidamento della proprietà del bene in capo al venditore in caso di inadempimento<sup>91</sup>.

Secondo la c.d. teoria oggettiva, il negozio in frode alla legge si avrebbe quando esso persegue, mediante patti aggiunti o procedimenti indiretti, lo stesso risultato vietato dalla norma imperativa. Tuttavia, sulla constatazione che tale teoria finisce per risolvere il contratto fraudolento con quello contrario alla legge, la teoria soggettiva ritiene che per integrare l'ipotesi dell'art. 1344 c.c. occorra, oltre che un elemento oggettivo consistente nella rispondenza a una finalità analoga o equivalente a quella oggetto di divieto da parte della norma imperativa, anche un requisito soggettivo, il c.d. intento fraudolento, cioè la volontà dei contraenti di frodare la legge<sup>92</sup>.

Secondo la dottrina citata la categoria della frode alla legge, che aveva utilità pratica quando, aderendo alla teoria della causa in astratto, non si poteva ammettere una causa illecita in presenza di un negozio tipico, avrebbe oggi perso tale utilità, poiché la causa concreta consente di valutare direttamente la liceità della ragione concreta dell'affare<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> M.F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, op. cit., p. 377.

<sup>88</sup> V. F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, p. 700.

<sup>89</sup> F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, op. cit., p. 729.

<sup>90</sup> F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, op. cit., p. 727.

<sup>91</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 391

<sup>92</sup> F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, op. cit., p. 727.

<sup>93</sup> Così anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 830, per cui: «l'ipotesi di frode alla legge tende a essere riassorbita in quella di illiceità di causa».

#### **4. Diritti abusati, *Rationes* dei diritti e parametri di valutazione del loro esercizio.**

Chiarita la matrice culturale dell'abuso del diritto e prospettato il dibattito intorno alla sua ammissibilità, passiamo ad approfondire i suoi elementi.

A tal fine, può essere utile richiamare la definizione fornita in apertura del discorso, per cui si abusa del diritto quando lo si esercita scegliendo, tra una pluralità di modalità possibili, una modalità che appaia censurabile e che produca un risultato in cui vantaggi ottenuti dal titolare del diritto e sacrifici imposti ad altri siano sproporzionati.

Come si può agevolmente intuire, ognuno dei riferiti elementi nasconde, dietro la sua postulazione, un universo di problematiche che ha tenuto, e tutt'ora tiene, impegnate le menti di teorici e pratici del diritto.

Chi può dire quali e quante sono le modalità con cui esercitare un diritto, quando esso è privo di una disciplina che vincola il suo esercizio, e si presenta in quella che in diritto penale si chiamerebbe una "forma libera"? Quali sono, e, soprattutto, dove sono, i parametri alla luce dei quali si può sindacare un esercizio del diritto risultante conforme alla norma? Quali sono i diritti di cui si può abusare? Come si conduce il bilanciamento tra vantaggi ottenuti e sacrifici imposti con l'esercizio del diritto? La discrezionalità dell'organo decidente su questi aspetti scorre ancora tra saldi argini di ragionevolezza o ne fuoriesce con il rischio di valutazioni soggettive, capricciose o addirittura liberticide?

Per rispondere a queste domande, non vi è altro modo che approfondire gli elementi dell'istituto sopra tratteggiati.

Il primo problema da affrontare, a questo punto, è quello dell'individuazione del criterio alla luce del quale si può definire *abusivo* un uso del diritto.

Si è visto come nella riflessione sull'abuso del diritto ritornino riferimenti all'interesse sottostante il diritto soggettivo abusato, alla funzione ordinamentale della posizione soggettiva, alla buona fede e alla proporzione: concetti forti, ma al tempo stesso sfuggenti.

Prima di affrontare il problema dell'individuazione dell'interesse sottostante il diritto, e, quindi, della funzione di questo, dobbiamo dar atto di come, oltre alla ricostruzione dell'abuso del diritto come esercizio che tradisce l'interesse posto dall'ordinamento a suo fondamento, sono possibili altre ricostruzioni.

Infatti, in tema di sindacabilità dell'esercizio del diritto si sono storicamente individuati diversi tipi di criteri o parametri alla luce dei quali condurre la valutazione, che possono



essere distinti tra a) criteri intenzionali-soggettivi, b) criteri economici, c) criteri morali e d) criteri teleologici<sup>94</sup>.

- a) I *criteri intenzionali* si basano sulla rilevanza dell'*animus nocendi* del titolare del diritto, per cui si avrà abuso del diritto se questi ha intenzionalmente arrecato un danno ad altri facendosi schermo dell'apparente legittimità della sua condotta<sup>95</sup>. Esemplificativo di questa impostazione sono le prime applicazioni giurisprudenziali in tema di atti emulativi (art. 833 c.c.), che valorizzavano l'esclusività dello scopo lesivo della condotta. In realtà, in diritto civile, accertare tale volontà esclusiva di nuocere è una sfida assai ardua, essendo lo stato mentale dell'agente un aspetto tutto ricadente nel suo foro interno, difficilmente valutabile dall'esterno. A ciò consegue inevitabilmente che la verifica dell'elemento soggettivo della presenza di *animus nocendi* finisca per essere surrogata da quella di un elemento oggettivo, vale a dire l'assenza di un interesse del titolare del diritto a compiere quell'atto di esercizio. In altre parole, si presume la volontà di creare un danno ad altri dall'assenza di un vantaggio ad esercitare il proprio diritto con quelle particolari modalità. Proprio la constatazione della scarsa pregnanza dei criteri intenzionali ha fatto sì che questi cedessero il passo a criteri di stampo maggiormente oggettivistico<sup>96</sup>.
- b) Tra questi possono anzitutto ricordarsi i *criteri economici*, che propongono un giudizio sull'esercizio del diritto ispirato a un criterio di *efficienza* paretiana di *calcolo costi-benefici*. Il punto di partenza di tale ragionamento è che alla diminuzione di beneficio del soggetto, che subisce l'esercizio del diritto da parte del suo titolare, deve corrispondere un aumento di beneficio per costui. In altre parole: l'esercizio del proprio diritto, di proprietà o di credito, è legittimo esercizio delle proprie prerogative fintanto che da esso ne derivi un vantaggio, ma non lo è più quando non realizzi una condizione di mercato efficiente<sup>97</sup>. Si è notato, comunque, che questi criteri, pur essendo in apparenza oggettivi, in quanto legati a valori verificabili nel calcolo di costi e benefici di un'operazione economica, non si rivelano tali a un'analisi più approfondita, in quanto presentano l'inconveniente di dipendere dalla scelta delle voci che entrano nel calcolo stesso<sup>98</sup>, sì da essere rigettati per la tendenza a ridurre il discorso sull'esercizio del diritto a una valutazione sterile circa l'utilità che da esso si trae.

---

<sup>94</sup> Questa distinzione è di G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 171 ss.

<sup>95</sup> *Ibidem*. Ad esempio M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit., p. 109 rinvia l'abuso del diritto in situazione eterogenea accumulate da tre elementi: a) un atto in sé lecito; b) l'intenzione di recare nocumento ad altri, c) un danno o una molestia attuale per un terzo.

<sup>96</sup> Osserva F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, p. 205 che, d'altra parte, l'avvenuto ancoraggio della figura dell'abuso del diritto ai principi costituzionali consenta di depurare la questione da ogni connotazione soggettivistica e di fondare il giudizio unicamente sulla congruità dell'atto in relazione ai valori sociali oggettivati nell'ordinamento, superando l'idea che l'*animus nocendi* sia un elemento costitutivo della nozione di abuso del diritto. V. anche S. ROMANO, *Abuso del diritto, c) diritto attuale*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 167 ss.

<sup>97</sup> P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sez. civile*, Torino, 1990, pp. 411 ss.; P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 89 ss.

<sup>98</sup> Si osserva ad esempio che si potrà giungere a conclusioni opposte a seconda che nella valutazione di costi e benefici si consideri o meno la possibilità per il titolare del diritto di monetizzare l'alternativa alla propria

- c) L'esercizio del diritto è sindacabile poi alla luce di *criteri morali*, che possono riferirsi alla visione morale propria dell'organo decidente, o alla più lata morale della comunità<sup>99</sup>. La prima ipotesi resta oggi un'ipotesi teorica, essendo illegittimo, rispetto alla previsione costituzionale di un giudice soggetto soltanto alla legge (art. 101 c. 2 Cost.), che un giudice possa decidere sulla base delle proprie opinioni personali. Diverso, e non estraneo alla realtà dei fatti, è il caso della seconda ipotesi, vale a dire la possibilità che il giudice argomenti in base a valori propri della comunità di riferimento, condivisi dalla coscienza sociale, cosa che spesso accade quando si tratta di interpretare elementi normativi elastici<sup>100</sup>. La possibilità di far ricorso al criterio della morale sociale è stata affermata, ammettendo che l'abuso del diritto possa essere valutato «alla stregua dei criteri vigenti nell'ambiente e nel gruppo in cui l'atto si inquadra»<sup>101</sup>. La scelta di ricorrere al «giudice-sociologo», tuttavia, porta con sé molteplici problemi, riassumibili nel dubbio sulla capacità del giudice di conoscere e individuare la morale di una data comunità in un dato momento storico, soprattutto senza sostituire ad essa la morale del suo foro interno, e, nel dubbio, sulla possibilità stessa di stabilire se effettivamente esista una morale sociale univoca in società complesse e pluraliste<sup>102</sup>.
- d) Arriviamo così a quelli che, come si è anticipato, sono i criteri maggiormente richiamati nella letteratura e giurisprudenza recente sull'abuso del diritto: i *criteri teleologici*, che fanno riferimento allo *scopo* per cui il diritto soggettivo è attribuito al suo titolare<sup>103</sup>, in quanto il diritto pone in capo al suo titolare un potere, una libertà e una forza che sono in connessione con l'interesse individuale protetto<sup>104</sup>, scopo da non intendersi in senso soggettivo, ma oggettivo, come funzione del diritto.

Se si accetta l'idea che il diritto sia correttamente esercitato quando persegue il suo scopo, il problema diventa stabilire quale sia lo scopo del diritto, la *ratio* della regola di attribuzione, o, in altre parole, l'interesse protetto suo tramite, poiché anche questa valutazione non è esente da un certo grado di discrezionalità<sup>105</sup>.

Si è affermato che nell'attuale sistema costituzionale, lo scopo del diritto possa essere individuato con riferimento ai principi settoriali o generali, anche di matrice costituzionale,

---

condotta abusiva, vale a dire l'astensione dal comportamento, in G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 172.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> M. ATIENZO, J. R. MANERO, (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, op. cit., p. 44.

<sup>101</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., pp. 114 ss.

<sup>102</sup> M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, pp. 311 ss. Il ricorso a valutazioni di tipo sociale è ammesso da L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, pp. 5 ss.

<sup>103</sup> La dottrina in verità fa riferimento a diversi criteri teleologici. Così ad esempio parla di «funzione sociale del diritto» A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 66; di «funzione tipica, o normale del diritto soggettivo» U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 18.

<sup>104</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 255.

<sup>105</sup> G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 176 rileva come sia difficile attribuire in maniera univoca un solo scopo, o funzione, al diritto, tanto che in molti casi possono sussistere scopi concorrenti e che l'unico limite alla discrezionalità dell'interprete sembra essere quello di non attribuire al diritto uno scopo assurdo.

che lo riguardano, intendendo così considerare legittimo l'esercizio del diritto che rientri nel cono d'ombra offerto dal principio che lo riguarda<sup>106</sup>.

Chiaramente anche questa scelta impone ulteriori questioni da affrontare, poiché uno stesso diritto può chiamare in gioco più principi e, al contempo, è possibile che l'esercizio legittimo di un diritto, in quanto giustificato da un principio, interferisca con un altrui diritto, rispondente a un altro principio, con la conseguente necessità di procedere a un bilanciamento tra principi in conflitto<sup>107</sup> (aspetto, questo, su cui torneremo).

Si sostiene, inoltre, che la finalità per cui è riconosciuto un diritto non può essere determinata solo in astratto, nel legame con un principio dal quale lo si fa discendere, ma va valutata anche in relazione al fatto concreto da decidere<sup>108</sup>.

Ad ogni modo, il ricorso ai principi giuridici, per delineare la funzione del diritto, garantisce una risposta al problema dell'abuso interna all'ordinamento, non esposta, almeno in teoria, a palesi sconfinamenti nei campi dell'etica o della politica<sup>109</sup>.

A ben vedere, infatti, la rassegna dei criteri, alla luce dei quali è possibile parlare di un abuso del diritto, è divisibile in due famiglie: quella dei *criteri esterni* all'ordinamento giuridico, ispirati a valori che si collocano al di fuori del sistema giuridico, e quella dei *criteri interni* all'ordinamento, che assumono come parametri valori che hanno una veste giuridica, in quanto assunti a principi dell'ordinamento o collocati nei testi costituzionali.<sup>110</sup>

Le principali produzioni dottrinali del dopoguerra sull'abuso del diritto hanno ricostruito la categoria come uno strumento di espressione di una logica propria del sistema giuridico (quindi come uno strumento di *auto integrazione del sistema*) e non di una commistione di

---

<sup>106</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 255.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> «Il fine della disposizione normativa non può essere colto *in vitro* ossia al di fuori del problema applicativo»: F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 136.

<sup>109</sup> Ma sulla capacità dei principi giuridici di introiettare l'*ethos* di un dato momento storico si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992. Inoltre, politica ed economia non sono ambienti esterni al diritto, ma sono sistemi ai quali il diritto è accoppiato strutturalmente: l'abuso del diritto diventa quindi un dispositivo giuridico, che lascia aperte capacità operative del sistema di fronte a temi economicamente e politicamente sensibili, secondo C. FERNANDES CAMPILONGO (trad. a cura di A. FEBBRAIO), *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, in *Sociologia*, 2014, p. 62 ss.

<sup>110</sup> Osserva B. CONCA, *L'abuso del diritto nel diritto civile*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 20, 2014, p. 9 che «nelle varie declinazioni del concetto di abuso del diritto ci sono due grandi categorie: una che valuta la conformità della condotta o dell'atto all'ambito di tutela del diritto soggettivo in relazione a elementi interni ma impliciti nella fattispecie (...). L'altra grande opzione qualificatoria dell'abuso (...) porta elementi dequalificanti appartenenti a codici esterni al diritto: morali, sociali, politici». Tra questi ultimi l'Autore ricorda le codificazioni delle teorie dell'abuso elaborate nella prospettiva del c.d. Stato Etico: «sia la costituzione sovietica del '77 che il codice civile sovietico del 1922 prevedevano appunto una fattispecie generale di abuso laddove l'esercizio del diritto fosse contrario alle finalità dell'ordinamento socialista».

questo con elementi moralizzatori o socializzatori esterni al diritto (quindi come uno strumento di *etero integrazione del sistema*)<sup>111</sup>.

L'abuso del diritto opererebbe come strumento di auto-osservazione e auto-correzione del sistema giuridico, di ripensamento del diritto su se stesso ed evoluzione<sup>112</sup>.

Attraverso la ricerca di un fondamento positivo del divieto di abuso del diritto si è inteso dimostrare come esso sia volto non a sovrapporre alle norme un ordine morale o solidale esterno, bensì al «dispiegamento di un ordine, più completo ed equilibrato, che si dà già, non interamente esplicitato ed implementato, nell'ordine delle norme»<sup>113</sup>.

L'abuso del diritto sarebbe quindi uno strumento di sviluppo del sistema, che si presta per l'adattamento in via giurisprudenziale del diritto, incidendo sul caso singolo, senza richiedere modifiche legislative della disposizione<sup>114</sup>.

A proposito, in dottrina si è messo in evidenza come utilizzare l'abuso del diritto quale strumento di auto-integrazione dell'ordinamento, attraverso l'interpretazione sistematica e adeguatrice, sia di certo più rassicurante che considerare l'abuso del diritto al pari di uno strumento di controllo etico-sociale, o funzionale, del diritto, ma finisca per ridurre l'istituto a una riproposizione delle tecniche di bilanciamento e di ragionamento per principi, e quindi a qualcosa di superfluo<sup>115</sup>. Si è quindi affermato che sarebbe più interessante considerare il divieto di abuso come uno strumento di etero-integrazione del diritto, con il rischio però che ciò si traduca in una poco chiara e ampiamente discrezionale correzione del diritto positivo in base a *standards* individuati *extra ordinem*<sup>116</sup>.

Ad ogni modo, passando in rassegna i riferimenti normativi dell'abuso del diritto, la prima norma valorizzata per rintracciare il fondamento giuridico dell'abuso del diritto è stata quella espressiva del divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.)<sup>117</sup>, sanzionante lo *sviamento di interesse*<sup>118</sup> rispetto ai fini del diritto oggettivo. Successivamente, si è evidenziato il

---

<sup>111</sup> G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 177 ss.

<sup>112</sup> C.FERNANDES CAMPILONGO (trad. a cura di A. FEBBRAIO), *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, op. cit., p. 63.

<sup>113</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, pp. 467 ss.

<sup>114</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 313

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> V. *retro*.

<sup>118</sup> Si vedano S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, op. cit., pp. 168 ss.; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit. p. 193; C. RESTIVO, *Contributo a una teoria sull'abuso del diritto*, op. cit., p. 80 ss.

collegamento dell'abuso del diritto con la clausola di *correttezza e buona fede* (art. 1175 c.c., art. 1375 c.c.) e l'art. 2 Cost.<sup>119</sup>.

Il ricorso allo strumento della buona fede nelle relazioni contrattuali e al suo nucleo di proporzionalità, e all'uso distorto del proprio diritto sono frequenti nella citata recente giurisprudenza in materia di abuso del diritto.

La rivisitazione del principio di buona fede sotto la nuova luce del divieto di comportamenti abusivi ha portato in dottrina ad affermare quindi che non tanto il positivismo giuridico, quanto una sua lettura improntata al *formalismo giuridico*, contrastasse con l'ammissibilità dell'abuso del diritto<sup>120</sup>.

Non può tuttavia celarsi come, spiegando l'abuso del diritto con la buona fede, il rischio sia quello di cadere in una "spirale tautologica"<sup>121</sup> in cui due concetti indeterminati sono usati, con ampia discrezionalità, l'uno per chiarire l'altro.

Recentemente si è sottolineata, invece, la possibilità di trovare fondamento positivo all'abuso del diritto nel diritto sovranazionale, e precisamente nell'art. 54 della Carta di Nizza, che prevede il divieto di abuso del diritto con riferimento ai diritti riconosciuti dalla Carta stessa. Su questo aspetto, tuttavia, ci concentreremo affrontando il problema dell'abuso dei diritti fondamentali.

## **5. Contrarietà a norme, a regole e a principi.**

---

<sup>119</sup> Sul rapporto tra abuso del diritto e clausola di buona fede si rinvia, tra gli altri, a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 26; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 96. Il collegamento tra le due figure non è però del tutto pacifico, poiché esso potrebbe collidere con l'idea di abuso del diritto come sviamento dell'interesse, pure sostenuta in dottrina. Si veda C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op. cit., pp. 178 ss., che mette in evidenza come divieto di abuso del diritto e clausola di buona fede abbiano un diverso ambito operativo, riferendosi il primo a una fase antecedente, in cui si verifica la coincidenza tra l'interesse perseguito e quello che fonda la posizione giuridica esercitata, e la buona fede a una fase successiva, in cui essendo appurata la coerenza tra l'atto e la regola, si vanno a valutare le circostanze del caso concreto. Le due costruzioni dell'abuso del diritto come sviamento di interesse e come violazione della buona fede non sono necessariamente in contraddizione tra loro se le si riferisce a diversi ambiti operativi, come fa S. LA ROCCA, *Abuso del diritto dalle origini storiche (nel diritto civile) alla evoluzione più attuale, come strumento di lotta ai fenomeni distortivi (nel diritto tributario)*, op. cit., p. 1351 secondo cui si può ricavare una nozione variegata di abuso del diritto che nel caso di diritti reali descrive un comportamento che supera o modifica la norma attributiva del diritto medesimo, mentre nel caso di diritti relativi indica la violazione del dovere contrattuale di buona fede. Limitandoci a dar conto del dibattito esistente, si rinvia a G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, pp. 239 ss.; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in A.A.V.V., *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 319 ss., F. GALGANO, *Qui iure suo utitur neminem laedit?*, op. cit., p. 318 ss., G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1971, pp. 613 e ss.

<sup>120</sup> Il rilievo è di I. STOLZI, *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, op. cit., p. 7.

<sup>121</sup> L'espressione è di V. VELLUZZI, *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 168.

Amnesso di poter trovare «un puntello nel diritto scritto»<sup>122</sup> per l'abuso del diritto, il problema di fondo diventa dare una risposta all'interrogativo se abusare del diritto significhi trasgredire la norma<sup>123</sup>.

Occorre, a tal fine soffermarsi sui diversi concetti di *illecito*, *abuso* ed *eccesso*.

L'illecito si risolve, è risaputo, in una *violazione* della norma. L'ordinamento conosce vari tipi di illecito: ad esempio, il fatto illecito e l'illecito contrattuale, manifestazioni diverse dell'illecito civile, e, poi, l'illecito penale, e l'illecito amministrativo. Tutti questi comportamenti sono accumulati dal loro essere *contra jus*.

L'abuso, invece, è un *uso abnorme* e, secondo l'opinione prevalente, teleologicamente *distorto* del diritto. Nell'abuso si ha una condotta che appare *secundum legem* nel confronto con una sola delle norme che vengono in gioco nella situazione concreta, appunto quella attributiva del diritto, ma che, allargando il campo di indagine e collocando il diritto e il suo titolare nella realtà articolata dei traffici giuridici, rivela il suo contrasto con altre norme e principi. L'illecito implica la trasgressione della disciplina specifica del diritto, l'abuso implica la violazione dello scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto. È stato osservato che illecito e abuso attingono diversi limiti del diritto, il quale si caratterizza tanto per la presenza di *limiti esterni*, la cui trasgressione produce un illecito, che sono dati da vincoli legali o convenzionali, o dalla presenza di diritti minori concorrenti, e di *limiti interni*, il cui superamento si traduce in un abuso, dati dall'interesse posto a fondamento del diritto<sup>124</sup>.

A fianco di queste due categorie, opera anche il diverso concetto di *eccesso di diritto*. Con quest'ultima locuzione, in diritto civile si fa riferimento all'*esercizio di un potere assente o oltre i limiti di un potere presente*<sup>125</sup>, limiti che tuttavia sono i confini esterni del diritto, i limiti espressi, il cui superamento importa una valutazione di illiceità. Nell'eccesso di diritto, l'illiceità dell'*agere* è facilmente percepibile, poiché *non* si registra affatto quell'apparenza di conformità alla norma che caratterizza l'abuso del diritto<sup>126</sup>.

Sembra quindi possibile, sul piano della *descrizione* e almeno in astratto, discriminare il comportamento abusivo e il comportamento illecito *tout court*.

---

<sup>122</sup> Così F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 120.

<sup>123</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 96.

<sup>124</sup> P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 44.

<sup>125</sup> *Ibidem*. Si pensi al rappresentante che, incaricato di dare un bene in locazione, finisca poi per vendere la cosa.

<sup>126</sup> F. CARINGELLA, F. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2008, p. 7.

Il vero e proprio dilemma<sup>127</sup>, che affligge l'abuso del diritto, nasce tuttavia sul piano della *valutazione* del comportamento abusivo e della situazione da esso generata, che è chiaramente disapprovata dall'ordinamento.

A ben vedere, mentre il *disvalore* dell'illecito si percepisce già al momento della condotta, quello dell'abuso abbraccia gli *effetti* prodotti dalla condotta, e, solo muovendo da essi, si riflette poi su quest'ultima, dandole una connotazione negativa. In altre parole, è il risultato della condotta, che appare *disapprovabile*, a fungere da spia dell'esercizio scorretto del diritto e a far guardare indietro (al comportamento dell'agente), giudicando quella condotta abusiva<sup>128</sup>. Il risultato frutto del comportamento abusivo, sebbene di per sé non oggetto di un diretto divieto, è un risultato *indebito*<sup>129</sup>, dunque oggettivamente non giustificato<sup>130</sup>.

Il problema è, allora, quello di inquadrare la situazione che nasce dall'abuso. *A monte* non ci si aspetta sia illecita, discendendo da un esercizio possibile del diritto, ma, *a valle*, non si può dire che sia lecita, essendo disapprovata dall'ordinamento.

In proposito si è scritto che l'esercizio abusivo di un diritto, da un lato, non si può definire "illecito" in quanto non contrasta con nessuna norma legale o pattizia; dall'altro lato non può dirsi "lecito", in quanto l'abuso è comunque qualcosa che si pone *contra jus*, sebbene con una contrarietà al diritto che si esprime come *contrarietà al suo scopo*, che genera *vantaggi* che si ritengono *ingiusti*<sup>131</sup>.

Nel tentativo di sciogliere il nodo della liceità del comportamento abusivo, in dottrina vi è stato chi ha affermato che l'abuso del diritto non può che considerarsi un atto lecito, nel

---

<sup>127</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., pp. 96 ss.

<sup>128</sup> Osserva M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 96 come il giudizio di liceità o illiceità dell'abuso del diritto riguardi «non tanto e non solo il comportamento, ma soprattutto il risultato di questo prodotto: gli effetti», ed ancora, a pag. 256, «l'abuso non investe la qualificazione formale del diritto o del potere, ma il risultato, differente rispetto a quello garantito dalla norma».

<sup>129</sup> Parla ad esempio di "vantaggi fiscali indebiti" la copiosa giurisprudenza in materia di abuso del diritto tributario per cui già si sono segnalate le sentenze delle S.U. civili del 23.12.2008.

<sup>130</sup> Il concetto di indebito in diritto civile è elaborato con riferimento agli istituti del pagamento di indebito e dell'ingiustificato arricchimento degli artt. 2033 ss. In quel contesto il *non dovuto* si riferisce alla prestazione effettuata in assenza di alcun titolo negoziale o legale, ma anche in base a un titolo nullo o in presenza di una causa giustificativa prima ricorrente ma poi venuta meno, o alla parte di prestazione eccedente il limite del dovuto (così G. AMADIO, F. MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, op. cit., p.1055). Gli istituti si fondano sul principio della necessaria fondazione causale degli spostamenti patrimoniali e mirano, in assenza di essa, al riequilibrio dei patrimoni. Per un approfondimento si rinvia a L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, 2005.

<sup>131</sup> M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 96. V. anche C. FERNANDES CAMPILONGO, *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, op. cit. si che si domanda come sia possibile ottenere una variabilità tale da trasformare lecito in illecito e viceversa. Afferma l'Autore, descrivendo esattamente il meccanismo con cui opera l'abuso del diritto: «Un sistema opera 'ciecamente' basandosi sullo schematismo binario lecito/illecito. Ma improvvisamente è sorpreso dalla 'misteriosa' sovversione dei suoi valori: quello che era 'lecito' giunge ad essere considerato, in ragione del suo abuso, come 'illecito'».

senso di valido ed ammissibile in base al confronto con la legge, ma *non meritevole* di tutela<sup>132</sup>.

Posto di fronte a questa rigida alternativa tra natura lecita e natura illecita, la riflessione sull'abuso del diritto finisce per avvilupparsi su se stessa senza dare risultati. Ritorna allora l'ammonimento che accompagna dalla culla la categoria dell'abuso del diritto: *le droit cesse où l'abuse commence*<sup>133</sup>.

Per superare questo stallo, diverse ricostruzioni hanno tentato di spostare il problema su un piano diverso.

Un primo tentativo di soluzione del problema ha fatto riferimento al concetto di legittimità.

Si è osservato che la strada per risolvere il problema del giudizio sul comportamento abusivo sarebbe quella che colloca il divieto di abuso su un piano di valutazione giuridica diverso e ulteriore rispetto a quello designato con il termine "liceità"<sup>134</sup> e che la via d'uscita potrebbe essere quella di spostare il discorso sul piano della *legittimità*.

Secondo questa impostazione, vi sarebbe un primo livello del giudizio (*liceità*) e un secondo livello di giudizio (*legittimità*)<sup>135</sup>. Parlando di legittimità, anziché di liceità, è stato osservato che l'abuso sia un uso illegittimo "tutto considerato", cioè un uso del diritto formalmente corretto, che, secondo lo *stretto* diritto, sarebbe legittimo, ma sostanzialmente, secondo il *vero* diritto, diventa illegittimo<sup>136</sup>.

Una proposta interessante è rintracciabile nella categoria degli *illeciti atipici*. La dottrina, che accoglie questa categoria, fa riferimento, trattando di "illeciti atipici", ad illeciti che si caratterizzerebbero per esprimere la *contrarietà a principi* anziché *a regole*<sup>137</sup>. Premessa del discorso sugli illeciti atipici è la constatazione di un processo di costituzionalizzazione

---

<sup>132</sup> F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 148 ss.

<sup>133</sup> L'espressione è usata da M. F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1899. L'esercizio abusivo del diritto non sarebbe proprio esercizio del diritto. Di recente M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, op. cit., p. 138, ha ritenuto che la situazione generata dall'abuso del diritto sia sul piano logico identica a quella del difetto del diritto, vale a dire una situazione *non iure*, che non rileva quale esercizio del diritto, stretta tra lo spazio dell'irrelevanza e lo spazio dell'illecito «che tutto attira nella propria sconfinata atipicità». M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 100 afferma che «pare prodursi un difetto identico all'inesistenza del diritto, ma ancora più precisamente emerge l'effetto della irrilevanza della condotta abusiva quale esercizio di un diritto, a causa del perseguimento di scopi non connessi, nello schema formale della norma, con quelli conseguiti».

<sup>134</sup> Così F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2013 p. 75.

<sup>135</sup> F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, op. cit., p. 90, secondo cui «ad un primo ordine di valutazioni legato alla verifica del rispetto della norma così come definita in astratto, ossia al sindacato di liceità, si affianca un secondo ordine di valutazione incentrato sulla verifica della intrinseca giustizia della norma, ossia il sindacato di legittimità» (v. anche pp. 102 ss., pp. 148 ss.).

<sup>136</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 297.

<sup>137</sup> In tema di illeciti atipici si rinvia al volume di M. ATIENZO, J. R. MANERO (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, op. cit. Per una critica alla categoria degli illeciti atipici si veda P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, pp. 19 ss.



del diritto, che, in seguito del passaggio dallo Stato legislativo di diritto allo Stato costituzionale di diritto, ha reso i sistemi di diritto positivo pervasi e conformati dai principi<sup>138</sup>. L'essere in contrasto con principi, anziché con regole, è, secondo la teoria in esame, il tratto comune delle figure di abuso del diritto, di frode alla legge e di sviamento di potere, che vengono definiti *illeciti atipici*. Secondo questa ricostruzione, l'illecito è un atto (attivo od omissivo) contrario a una norma che disciplina un comando, cioè che ordina o vieta qualcosa. Poiché i comandi possono essere espressi tanto da regole, quanto da principi, l'illecito può aversi tanto per contrarietà alle prime quanto ai secondi<sup>139</sup> e, in quest'ultimo caso, si hanno illeciti atipici.

Gli illeciti atipici possono essere frutto dell'estensione analogica dell'illiceità stabilita in regole (*analogia legis*) o di una ponderazione tra i principi rilevanti del sistema (*analogia iuris*), ovvero possono essere illeciti che «invertono il senso di una regola». L'abuso del diritto rientra in questo secondo gruppo, caratterizzato dall'esistenza di una regola che permette una certa condotta, la quale, tuttavia, in ragione della sua contrarietà a un principio, «si converte in illecita».<sup>140</sup> L'illiceità per analogia opererebbe quando il caso concreto, che non appare sussumibile *prima facie* in nessuna regola, e, quindi, è teoricamente permesso, in quanto non espressamente vietato, diventa illecito a seguito dell'applicazione della regola di un caso diverso o di un certo principio. L'inversione della regola, invece, opera nei casi, quali l'abuso del diritto<sup>141</sup>, in cui il

---

<sup>138</sup> Lo osserva M. BARBERIS nella prefazione a M. ATIENZO, J. R. MANERO (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, op. cit., pp. 3 ss. Sulla centralità dei principi a seguito dell'avvento della Costituzione si può rinviare a R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, pp. 203 ss. e a L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, pp. 2771 ss.

<sup>139</sup> M. ATIENZO, J. R. MANERO (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, op. cit., pp. 22 ss. Gli Autori classificano le norme giuridiche in regole e principi, con la precisazione per cui le regole possono essere: a) regole di azione, cioè specifiche norme di condotta che stabiliscono ordini o permessi, e danno una qualificazione deontica a un comportamento (che sarà obbligatorio, proibito, permesso, ecc.); b) regole di fine, cioè norme che stabiliscono il dovere o il permesso di dar luogo a un certo stato di fatto (ad esempio, la regola che impone a un ente di far sì che i funzionari imparino la lingua inglese). Quanto ai principi, gli Autori chiariscono che essi possono servire: a) come giustificazione delle regole; b) come strumento di regolamentazione della condotta se non esistono regole specifiche applicabili, ovvero le regole presentano problemi di indeterminatezza nella loro formulazione, ovvero le regole entrano in contrasto con il loro principio ispiratore o con altri principi del sistema.

<sup>140</sup> M. ATIENZO, J. R. MANERO (trad. a cura di M. TARUFFO), *Illeciti atipici*, op. cit., p. 26.

<sup>141</sup> Considerando il divieto di abuso del diritto come un principio, si può notare che esso potrà essere un principio espresso o inespresso, a seconda che riceva espressa positivizzazione o possa considerarsi immanente al sistema, pur in assenza di positivizzazione, in quanto desumibile da altre norme e principi dell'ordinamento; e che potrà avere portata più o meno settoriale o generale, a seconda che valga per l'intero ordinamento o per uno specifico ambito di applicazione (in questo secondo caso, il divieto di abuso del diritto affermato per un certo settore, quale ad esempio il diritto di proprietà, può essere sintomatico dell'esistenza di un divieto di abuso del diritto generale). Per comprendere le possibili diverse portate del divieto di abuso del diritto si pensi alla differenza tra: a) la scelta codicistica di prevedere il divieto di abuso del diritto del proprietario, dell'usufruttuario, del creditore, ecc. b) la generale previsione dell'art. 54 della Carta di Nizza in merito a un catalogo di diritti fondamentali; c) un generale divieto di abuso del diritto, quale quello della mancata previsione dell'art. 7 del Progetto del Codice Civile italiano. Si veda V. VELLUZZI, *Introduzioni* in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, op. cit., p. 16 che osserva come: a) talvolta l'abuso del diritto può essere ricondotto a norme espresse dell'ordinamento giuridico e il

comportamento è inizialmente previsto da una regola permissiva, ma «modifica il suo stato deontico» a seguito di una più approfondita valutazione, che rivela come la regola sia sovrainclusiva, cioè, inglobi casi che non dovrebbe includere.<sup>142</sup>

La teoria degli illeciti atipici, per quanto intrigante, è stata sottoposta a dure critiche, in particolare a quella di non porre sufficientemente in luce la discrezionalità delle attività interpretative allorché si utilizzino i principi<sup>143</sup>. Si è inoltre osservato che può essere aprioristico ritenere che sia la violazione di principi ad identificare gli illeciti atipici e che non accada invece il contrario, cioè che a partire dall'abuso del diritto si attivi una circolazione di elementi del sistema che permetta di ricostruire principi e regole alla luce del caso concreto<sup>144</sup>.

Ad ogni modo, ai fini che qui interessano, la teoria in questione è funzionale a chiarire, se ancora ce ne fosse bisogno, che l'abuso del diritto è un comportamento *non consentito*, sanzionabile per la sua difformità a un parametro di giudizio che può ricavarsi non tanto dalle regole puntuali quanto dai principi dell'ordinamento.

La difficoltà a riconoscere che questa contrarietà ai principi si risolva in una *illiceità tout court* si ripercuote sull'individuazione delle conseguenze dell'abuso, rimessa non necessariamente agli strumenti dell'illiceità civile, vale a dire il risarcimento del danno o l'invalidità, ma piuttosto a quelli di volta in volta maggiormente in grado di tutelare gli interessi pregiudicati dal singolo abuso<sup>145</sup>, come l'inefficacia, l'inopponibilità, l'esperibilità dell'*exceptio doli*.

---

suo contenuto dipende, quindi, dal modo in cui la norma viene interpretata; b) l'interpretazione della norma che espressamente contempla l'abuso del diritto condiziona l'interpretazione della norma attributiva del diritto soggettivo; c) sia la norma che regola l'abuso, sia le norme che conferiscono diritti, si collegano con altre norme di uno o più ambiti disciplinari e con le norme di chiusura di essi; d) in assenza di una norma che espressamente regoli l'abuso del diritto si pone il problema di trovare all'abuso un ancoraggio normativo nell'ordinamento.

<sup>142</sup> M. ATIENZA, J. R. MANERO, *Illeciti atipici* (trad. a cura di M. TARUFFO), op. cit., p. 27.

<sup>143</sup> P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, op. cit., p. 24. L'Autore mette in evidenza come nel sistema delineato da M. ATIENZA E J. RUIZ MANERO le regole perdano ogni rilevanza nel giudizio su liceità e illiceità, dipendendo la liceità o illiceità di un comportamento solo dalla conformità o difformità rispetto a un principio (o al bilanciamento di principi) che giustifica la regola, nel caso di conformità sia alla regola che al principio che la sottende, o la rovescia, nel caso di conformità alla regola e difformità dal principio. Afferma l'Autore (p. 19) che nella teoria in questione «è illecito ciò che, e solo ciò che, il bilanciamento dei principi applicabili al caso proibisce (cheché ne dicano le regole); è lecito ciò che, e solo ciò che, il bilanciamento dei principi applicabili permette (cheché ne dicano le regole)». Tale situazione comporta un problema di autorità, poiché possono sorgere disaccordi intorno al risultato del bilanciamento dei principi, e non è chiaro chi abbia l'ultima parola su esso. Si veda anche B. CELANO, *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, Illeciti atipici*, in *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 1061 ss.

<sup>144</sup> C. FERNANDES CAMPILONGO, *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, op. cit. p. 64.

<sup>145</sup> Così, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 62 sostiene, trovando l'avallo della giurisprudenza successiva, che «I rimedi sarebbero diversi (...): a volte l'inopponibilità della situazione soggettiva nuova;

## 6. Posizioni soggettive abusabili.

Fin qui abbiamo chiarito che, nel discorso attuale, l'abuso del diritto è un concetto interno al sistema giuridico, che consente l'integrazione del dato positivo rimanendo comunque all'interno dell'ordinamento, valutabile in base a un criterio oggettivo-teleologico, il cui contenuto (la funzione rivestita dal diritto, l'interesse per cui il diritto è stato attribuito) è individuabile attraverso il ricorso a principi.

Appare ora opportuno puntualizzare e passare in rassegna le posizioni soggettive abusabili, o, in altre parole, le situazioni giuridiche soggettive che, subendo un esercizio distorto da parte del loro titolare, possono ledere beni o interessi altrui o della società, in modo tale da dar luogo a un'ipotesi di "abuso del diritto". Ciò in quanto, nella riflessione penalistica sull'abuso del diritto, la presenza di tali posizioni nella fattispecie penale o la loro interferenza con essa può essere spia di un possibile rilievo, anche in quella sede, del loro abuso.

Tentiamo quindi di delineare, almeno a sommi capi, la figura del diritto abusato.

### 6.1. Tipologie di posizioni soggettive.

In dottrina, è stato messo in rilievo come parlando di "abuso del diritto" si parli in realtà di un "abuso rilevante per il diritto", dato che, nella storia del pensiero giuridico occidentale sono enucleabili numerose forme di abuso del diritto, aventi diversi oggetti. La dottrina ha rilevato come l'abuso può avere ad oggetto un *diritto soggettivo*, un *potere giuridico* espresso da una *potestà*, un *potere processuale*, un *potere di fatto* (come il potere economico), una *libertà*, in particolare *economica*<sup>146</sup>: in questi casi l'abuso si concretizza nel compimento di un *atto, cosciente e volontario, strutturalmente* conforme al modello di comportamento permesso dalla norma attributiva del potere, *funzionalmente* in contrasto con norme o principi imperativi, al quale conseguono effetti negativi, *sanzionatori*<sup>147</sup>.

La nozione di abuso, inoltre, può abbracciare anche l'abuso *interpretativo del diritto oggettivo*, e l'abuso delle *forme giuridiche* e dei *tipi legali* (per lo più in materia

---

altre volte la possibilità di portare alla luce la "realtà" dei rapporti contro e al di là della forma (che è il rimedio largamente usato nei casi di abuso della personalità giuridica); infine *l'exceptio doli generalis*, che per ampiezza ed elasticità di contenuto appare utilizzabile in molti casi di abuso».

<sup>146</sup> L'elenco è mutuato da A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 311.

<sup>147</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 312.

contrattuale)<sup>148</sup>: in questi casi l'abuso è un *comportamento ideale*, dato dall'attribuzione di sensi a norme o ad atti<sup>149</sup>.

Nel divieto di abuso del diritto, dunque, il termine "diritto" va inteso in senso lato: oggetto dell'abuso è un *poter fare giuridico* o, più semplicemente, un potere giuridico<sup>150</sup>, una posizione giuridica di vantaggio<sup>151</sup>.

Il principale criterio a cui far ricorso per individuare un diritto abusabile è valutare se esso sia esercitabile con modalità non predeterminate, tali da poter ipotizzare, accanto a modalità fisiologiche di esercizio, modalità abusive.

Ciò avviene senza dubbio in presenza di *diritti assoluti*, come il diritto di proprietà, per i quali il titolare si trova di fronte ad un'ampia gamma di possibilità di esercizio, compresa quella degli *atti emulativi*. Plurime modalità di esercizio sono ipotizzabili anche per i *diritti relativi*, che si risolvono nella pretesa ad un altrui comportamento, come testimoniato ad esempio dalla giurisprudenza in materia di abuso del processo e frazionamento del credito: in questi casi, infatti, pur essendo ridotto il numero delle possibili modalità di esercitare il diritto, tra esse vi sono quelle asservibili a un fine diverso da quello ordinamentale e quelle oltremodo lesive di altrui interessi. Lo stesso vale anche per i *diritti potestativi*, come si evince dalla sentenza Renault del 2009, in materia di diritto di recesso, dove, come si è visto, la scelta di esercitare il diritto può assumere forme arbitrarie e capricciose, ritenute abusive<sup>152</sup>.

## 7. L'abuso dei diritti fondamentali.

I diritti oggetti di abuso possono essere diritti attribuiti da una o più regole o da principi<sup>153</sup>. I *diritti basati su regole* sono disciplinati da norme precise, idonee ad essere applicate ai casi concreti attraverso un meccanismo di semplice sussunzione, mentre i *diritti basati su principi* presentano natura più indeterminata e richiedono, per la loro applicazione, una

---

<sup>148</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 311.

<sup>149</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 312.

<sup>150</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 314. Appare necessaria una precisazione. Sorge spontaneo osservare che lo stesso Autore che ora parla di poteri giuridici ha incluso nell'elenco dei vari abusi possibili riferiti l'abuso di un potere di fatto quale il potere economico. La contraddizione è solo apparente: l'abuso di un potere di fatto come quello economico, si estrinseca comunque attraverso il compimento di atti giuridici e dunque di poteri contrattuali (si pensi al rifiuto di vendere o di acquistare taluni beni nel contratto di subfornitura). Anche in questo caso quindi in realtà ciò di cui si sta abusando, in ragione della forza economica, è comunque un potere giuridico.

<sup>151</sup> V. VELLUZZI, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia giuridica*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p.166.

<sup>152</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., pp. 314 ss.

<sup>153</sup> G. PINO, *Diritti soggettivi*, op. cit., p. 248.

concretizzazione e specificazione dei principi e, in molti casi, il passaggio attraverso meccanismi di bilanciamento<sup>154</sup>.

Proprio con riguardo a questi secondi, tendenzialmente attribuiti da fonti dell'ordinamento di rango elevato, quali testi costituzionali o internazionali, ci si domanda se possano essere soggetti ad abuso del diritto alcuni dei diritti riconosciuti come *diritti fondamentali*<sup>155</sup>.

Il dubbio potrebbe sorgere in quanto si è abituati a considerare i diritti fondamentali come diritti che incorporano “ragioni assolute”<sup>156</sup>, per i quali è difficile immaginare limiti interni, negoziazioni, funzionalizzazioni e addirittura strumentalizzazioni.

È stato osservato che il contenuto del diritto fondamentale presenta un suo nucleo essenziale e necessario, che riguarda le azioni permesse o proibite per soddisfare il valore ad esso sotteso («*quella parte di contenuto del diritto senza la quale questo perde la sua peculiarità*»<sup>157</sup>) e un contenuto contingente, che attiene ad aspetti accessori e alla regolazione del diritto (si pensi, con riferimento al diritto di manifestare, all'obbligo o meno di comunicazione all'autorità<sup>158</sup>). La principale difficoltà ad ammettere l'abuso del diritto fondamentale discende proprio dalla scarsa propensione ad ammettere che le prerogative che costituiscono il nucleo essenziale del diritto possono avere limiti, anche interni. È chiaro infatti che se già appare difficile riconoscere che un qualsiasi diritto attribuito dalla legge ordinaria o da un contratto, come il diritto di recesso, possa avere limiti ulteriori a quelli legali e convenzionali, ancora più arduo è ammettere una simile evenienza per i diritti primari previsti da fonti costituzionali o comunque di rango elevato. Tuttavia anche tali diritti sono conferiti per tutelare degli interessi, e dunque possono essere limitati da questi al loro interno.

Inoltre, una risposta positiva all'interrogativo viene data innanzitutto dall'esistenza di specifiche disposizioni che disciplinano il divieto di abuso del diritto all'interno di corpi normativi dedicati proprio al riconoscimento dei diritti fondamentali, delle quali passiamo ora ad occuparci.

---

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> Sui diritti fondamentali si rinvia a L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001. Sia sufficiente richiamare la distinzione tra posizioni giuridiche soggettive proposte da A. SPADARO, *I diritti alla ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 336, per cui possono darsi situazioni soggettive: a) appena tollerate dall'ordinamento (es. uso personale di droga); b) appena tutelate (interessi legittimi); c) solo eventualmente tutelate (meri diritti); d) necessariamente e sempre tutelate (diritti fondamentali).

<sup>156</sup> M. ATIENZA E J. RUIZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, op. cit., p. 46.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

## 7.1. L'abuso dei diritti fondamentali nel diritto sovranazionale.

Il divieto di abuso di diritto è infatti previsto nei principali strumenti internazionali di tutela di diritti: oltre che nell'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, il divieto in parola è sancito dall'art. 54 della Carta di Nizza, dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dall'art. 5 par. 1 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, dall'art. 5 par. 1 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, sociali e culturali, dall'art. 29 lett. a) della Convenzione americana sui diritti dell'Uomo.

Appare opportuno soffermarsi in particolare sull'art. 17 C.E.D.U. e sulla sua prassi applicativa, tenendo comunque presente che le considerazioni su *ratio* e scopo del divieto di abuso del diritto ivi sancito possono essere riferite, *mutatis mutandis*, anche alle altre norme internazionali di uguale contenuto.

L'art. 17 C.E.D.U. stabilisce che nessuna disposizione della Convenzione possa essere interpretata nel senso di attribuire ad uno Stato, ad un gruppo o a un individuo il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà convenzionali, ovvero di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione.

La norma quindi, da un lato, pone un divieto espresso a gruppi e individui di esercitare i diritti loro riconosciuti per atti o attività distruttivi delle altrui libertà, e dall'altro impone agli Stati di non adottare misure liberticide e limitazioni dei diritti ulteriori a quelle convenzionali. I due precetti, in apparente contraddizione tra loro<sup>159</sup>, rivelano la tensione tra la necessità di difendere la democrazia e la definizione dei limiti di intervento a protezione della stessa<sup>160</sup>. La giurisprudenza della Corte edu ha definito in maniera

---

<sup>159</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, p. 571. Nell'Opera si fa riferimento alla critica circa l'"ambiguità di fondo" dell'art. 17, la quale avrebbe effetto utile se venisse interpretata nel senso di riconoscere agli Stati la possibilità di limitare diritti e libertà oltre i limiti della Convenzione per coloro che pongono in discussione i valori della democrazia, cosa tuttavia vietata espressamente dalla seconda parte della norma. La contraddizione, tuttavia, sarebbe solo apparente se si considera che i soggetti delle due proposizioni coincidono solo in parte, atteso che il pericolo di limitazioni maggiori di quelle convenzionali può provenire solo dagli Stati. Si veda anche S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 457.

<sup>160</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Nel Commentario si mette in evidenza come la scelta di inserire la norma in questione fosse influenzata anche dai timori del particolare momento storico dell'immediato dopoguerra, in cui per un verso era ancora vivo il ricordo della fine della Repubblica di Weimar soppiantata dall'instaurazione del regime nazista, e per altro verso si assisteva allo sviluppo di regimi totalitari di matrice comunista. Appariva quindi alto il rischio che l'affermazione di diritti e libertà potesse essere strumentalizzata per l'istituzione di nuovi governi autoritari. Così anche in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 455. Proprio con uno sguardo alla storia europea va segnalata la diversa norma sull'abuso del diritto contenuta nell'art. 18 della Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania del 1949, che sceglie di costituzionalizzare il divieto in questione. Nonostante la prossimità temporale delle due norme, non può sfuggire come l'art. 18, rubricato

piuttosto chiara la *ratio* dell'art. 17, affermando che esso sia una norma invocabile da uno Stato Membro al fine di difendere i valori alla base della Convenzione, come desumibili dal relativo preambolo (così C. e.d.u., *Garaudy c. Francia*, 24.6.2003); per «impedire che gruppi di matrice totalitaria utilizzino nel proprio interesse i principi enunciati dalla Convenzione», (così C. e.d.u., *Lawless c. Irlanda*, 1.7.1961), ed altresì invocabile da un qualsivoglia soggetto quando ritenga che lo Stato si sia avvalso del proprio potere di interferenza nel godimento di diritti individuali per fini e con modalità che vanno oltre quanto stabilito dalla Convenzione<sup>161</sup>. È proprio dalle applicazioni della norma, succedutesi nel tempo, che si può ricavare la portata di tale divieto di abuso del diritto.

Storicamente la prima applicazione dell'art. 17 C.E.D.U. è data dalla sentenza Comm. Edu, Partito Comunista tedesco c. Germania, 20.07.1975, che si caratterizza per una lettura ampia del divieto. Nel caso in esame, la Commissione ritiene compatibile con la Convenzione, in applicazione dell'art. 17, l'avvenuto scioglimento del Partito Comunista tedesco, il quale si proponeva come fine ultimo l'instaurazione della dittatura del proletariato, situazione incompatibile con i valori democratici abbracciati dalla Convenzione. L'applicazione dell'art. 17 finisce quindi per comportare non una semplice limitazione, ma la totale ablazione dell'intero sistema di diritti garantiti dalla Convenzione; inoltre il fatto che la norma si invocasse per affermare l'irricevibilità del ricorso precludeva ogni giudizio di merito sull'effettivo esercizio dei diritti<sup>162</sup>. Nella successiva sentenza C. edu *Lawless c. Irlanda*, 1.7.1961 si assiste al primo tentativo di limitazione dell'ambito di applicazione del divieto di abuso e all'avvio di un filone garantistico nell'interpretazione della norma<sup>163</sup>. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento amministrativo di detenzione emesso dal governo irlandese contro un membro dell'I.R.A., circoscrive la portata dell'art. 17 cercando di individuare i diritti che, se invocati a tutela dell'esercizio di atti o attività liberticidi, possono porre a rischio i diritti e le libertà convenzionalmente garantiti (c.d. diritti liberticidi<sup>164</sup>). Tra essi, ad esempio,

---

“Perdita dei diritti fondamentali”, preveda proprio la sanzione della decadenza dal diritto per chi abusa di una delle posizioni indicate dalla norma (libertà di espressione, in particolare libertà di stampa, di insegnamento, di riunione, di associazione, del segreto delle comunicazioni, diritto di proprietà e diritto di asilo) che sono quelle ritenute maggiormente idonee a mettere in pericolo l'ordinamento democratico attraverso un loro uso distorto. In questo caso vi è un elenco tassativo di posizioni e vi è una precisa scelta sanzionatoria, vale a dire la decadenza dal diritto. Sul punto si rinvia a M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2011, pp. 1096 ss., R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 367; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit., p. 370.

<sup>161</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 572 ss. Si veda anche S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 319, per cui la finalità della disposizione in parola è quella di «impedire che libertà democratiche potessero essere invocate per perseguire finalità antidemocratiche».

<sup>162</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 574.

<sup>163</sup> S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 458.

<sup>164</sup> L'espressione, utilizzata da S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 574.

ricadrebbero la libertà di espressione (art. 10 C.E.D.U.), la libertà di associazione (art. 11 C.E.D.U.), ma non invece la libertà personale (art. 5 C.E.D.U.) e il diritto all'equo processo (art. 6 C.E.D.U.)<sup>165</sup>. Successivamente, con la sentenza C. Edu De Becker c. Belgio, 27.3.1962, sono stati posti ulteriori limiti all'art. 17, stabilendo che esso vada interpretato restrittivamente e applicato come *extrema ratio*. Nel caso De Becker il ricorrente era un giornalista belga privato dei diritti civili e politici, in applicazione di una norma del Codice Penale, sul presupposto di una sua collaborazione con le autorità tedesche durante la II Guerra Mondiale. Nell'occasione i Giudici di Strasburgo escludono di poter applicare l'art. 17, affermando che detta norma potesse venire in gioco solo nei confronti di chi minaccia la struttura democratica degli Stati contraenti e in misura proporzionale alla gravità e durata della minaccia stessa<sup>166</sup>. Inoltre, a partire dalla sentenza Comm. Edu *Kuhnen* c. Repubblica Federale Tedesca, 12.5.1988, relativa alla fondazione di un'organizzazione volta a ripristinare il partito nazional-socialista, il divieto di abuso del diritto non è stato utilizzato per affermare la mera irricevibilità del ricorso, ma quale strumento di interpretazione e di esami del merito della doglianza del ricorrente<sup>167</sup>.

Si può osservare, con riferimento alla giurisprudenza più recente, che le fattispecie interessate dal divieto di abuso del diritto possono essere ricondotte a due grandi categorie: i casi di incitamento all'odio, di negazionismo, di apologia del nazismo, nei quali l'art. 17 esclude l'operatività dell'art. 10 C.E.D.U., e i casi di scioglimento di partiti, gruppi e associazioni con finalità antidemocratiche, nei quali l'art. 17 esclude l'art. 11 C.E.D.U.<sup>168</sup>. Il requisito della sussistenza di "atti e attività" viene interpretato in maniera piuttosto elastica, ricomprendendo fatti eterogenei (quali ad esempio, la redazione di una lettera privata, la diffusione di un libro, lo svolgimento di attività politica), concentrando invece l'attenzione sulle finalità liberticide perseguite. Possiamo altresì dare atto di come la giurisprudenza C.edu insista altresì su una soglia di gravità della minaccia ai valori convenzionali, cosicché dove il comportamento del ricorrente non sia grave al punto di costituire una minaccia reale per i valori democratici, il divieto di abuso del diritto non troverà applicazione<sup>169</sup>.

Rivolgendo l'attenzione verso l'ambito comunitario, il divieto di abuso del diritto è previsto all'art. 54 della Carta di Nizza del 2001, che recita: «Nessuna disposizione della

---

<sup>165</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 574 e 575.

<sup>166</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 576. Tale riferimento alla proporzionalità, ripreso più volte successivamente dalla Corte di Strasburgo, prefigura il *clear and present danger test* utilizzato dalla Corte Suprema statunitense. Si veda a proposito S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 460.

<sup>167</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op.cit., p. 577. Lo stesso Commentario tuttavia dà atto di come resista la duplicità di schemi di applicazione dell'art. 17 C.E.D.U., usato promiscuamente per affermare l'irricevibilità dei ricorsi ovvero il merito della controversia.

<sup>168</sup> Ciò è vero al punto che la fortuna dell'art. 17 attraversa una parabola discendente, essendo plurimi i casi nei quali le controversie possono risolversi con la diretta applicazione delle altre norme della C.E.D.U., quali l'art. 10, che contengono già elementi di ponderazione dell'esercizio del diritto. Si veda S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 462 ss.

<sup>169</sup> S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 580 ss.



presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». La norma è di particolare importanza poiché, secondo parte della dottrina<sup>170</sup> e della giurisprudenza<sup>171</sup>, la sua penetrazione nell'ordinamento italiano avrebbe offerto l'appiglio positivo per la previsione di divieto di abuso del diritto, colmando il vuoto lasciato dalla mancata introduzione, da parte del legislatore nazionale, nel Codice Civile.

Come è noto, la Carta di Nizza, dapprima considerata avente una valenza solo declaratoria, a seguito del Trattato di Lisbona ha ricevuto lo stesso valore giuridico dei trattati<sup>172</sup>. Vista la vicinanza tra la disposizione dell'art. 17 CEDU e dell'art. 54 della Carta di Nizza, ci si è domandati se a quest'ultimo potessero ricondursi i significati, nonché le elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali, sviluppatasi intorno al più antico art. 17.

D'altra parte proprio la Carta di Nizza, all'art. 52 par. 3, prevede che laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata di questi vada determinato *per relationem*, e tanto potrebbe valere anche per il divieto di abuso del diritto.

Si è osservato in dottrina che un'operazione di traslazione dei contenuti dell'art. 17 CEDU sull'art. 54 in esame, per quanto corretta, sia comunque incompleta<sup>173</sup>.

A livello comunitario infatti si deve tener conto anche dell'avvenuta elaborazione giurisprudenziale, da parte della Corte di Giustizia, di un divieto di abuso del diritto, anche con riferimento a diritti economici non fondamentali, già prima della Carta stessa.<sup>174</sup>

La giurisprudenza comunitaria è così arrivata ad elaborare una nozione di abuso del diritto caratterizzata da un elemento oggettivo dato dallo sviamento del diritto dalla finalità prevista dall'ordinamento, accertabile nel mancato raggiungimento del fine ordinamentale del diritto a favore del raggiungimento di un altro fine, affiancando a esso, talvolta, anche

---

<sup>170</sup> F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, op. cit., p. 318.

<sup>171</sup> Trib. Torino, sez. lav. 14.09.2011.

<sup>172</sup> L'art. 1 c. 8 del Trattato di Lisbona ha modificato l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, prevedendo appunto che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (...) che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

<sup>173</sup> Si veda ad esempio M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, op. cit., in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1088.

<sup>174</sup> Una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia di abuso del diritto è offerta da M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, op.cit., pp. 1091 ss. e da S. M. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 291 ss.

la richiesta di un elemento soggettivo, dato dalla coscienza e volontarietà del comportamento abusivo e della finalità deviata<sup>175</sup>.

La Corte di Giustizia ha richiamato più volte l'abuso del diritto già in una fase antecedente all'adozione della Carta di Nizza, con riferimento a casi e ambiti eterogenei, riguardanti la libertà di prestazione di servizi<sup>176</sup>, la libertà di stabilimento<sup>177</sup>. Negli ultimi anni, ad esempio, si segnala la questione sollevata in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dal Consiglio Nazionale Forense, riguardo l'abuso del diritto in ambito comunitario realizzato dai c.d. avvocati stabiliti, per cui ci si domanda se stia abusando del diritto di stabilimento comunitario il laureato in giurisprudenza italiano che si rechi in Spagna per ottenere il titolo di *abogado* e torni poi in Italia ad esercitare la professione, senza aver superato l'Esame di Stato previsto nel nostro sistema, ed avendo quindi eluso tale meccanismo di selezione<sup>178</sup>. Non ci attardiamo ora nell'esame di questa giurisprudenza comunitaria, lasciando ai prossimi capitoli la trattazione delle questioni nelle quali vengono in rilievo abusi di diritto rilevanti anche sul piano europeo (a partire dal divieto di abuso del diritto previsto dalla Sesta Direttiva europea in materia tributaria Direttiva 77/388/CEE con riferimento alla disciplina dei tributi armonizzati).

## **7.2. Ricostruzione dell'abuso dei diritti fondamentali.**

Se si accoglie la nozione di abuso del diritto come esercizio sviato del diritto lesivo di altrui interessi, esso è ipotizzabile anche per i diritti fondamentali, con le stesse problematiche già affrontate sul piano generale.

Quanto all'aspetto della *strumentalizzazione del diritto* a fini ad esso avulsi, può valere per il diritto fondamentale quello che vale in generale per il diritto soggettivo: anche esso è conferito all'ordinamento per tutelare un interesse, strettamente ed immediatamente legato alle prerogative della persona umana, di rango primario nell'ordinamento, ma comunque potenzialmente asservibile dal soggetto suo titolare ad altri fini, come dimostra, d'altro canto, proprio la giurisprudenza sullo sviamento del diritto che si è sviluppata a partire dagli artt. 17 CEDU e 54 della Carta di Nizza. Sotto questo aspetto, quindi, come per ogni abuso del diritto, il problema è l'individuazione del parametro alla luce di cui sindacare l'allontanamento dal fine ordinamentale.

---

<sup>175</sup> M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, op. cit., p. 1092

<sup>176</sup> Sentenza del 3 dicembre 1974, causa C. 33-74, *vans Binsbergen*.

<sup>177</sup> Sentenza 9 marzo 1999, causa C. 212-97, *Centros*.

<sup>178</sup> Si veda a riguardo G. COLAVITTI, *Accesso alla professione forense e libertà di concorrenza: gli abogados italiani tra abuso del diritto europeo e libertà di stabilimento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, pp. 1053 ss.; G.M. BERRUTI, *La legittimità della c.d. «via spagnola» nel conseguimento dell'abilitazione all'esercizio della professione forense all'interno degli stati membri*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2011, pp. 555 ss.; Sull'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario si veda anche M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003 e A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso del diritto" nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 329 ss.

Anche l'aspetto del *sacrificio intollerabile* imposto ad altri beni ed interessi, prodottosi quale conseguenza di tale sviamento di interesse, è valutabile attraverso il ricorso a un bilanciamento al pari di quanto avviene in caso di abuso di altri diritti.

Come per gli altri diritti, anche con riferimento ai diritti fondamentali, l'abuso deve confrontarsi con l'esatta individuazione del contenuto del diritto, spesso difficile da stabilire, soprattutto con riguardo alle *zone di periferia* lontane dal suo nucleo essenziale (si pensi, ad esempio, al diritto alla vita, pacificamente riconosciuto, e alle problematiche di diritti connesse con il fine vita e l'origine assistita della vita)<sup>179</sup>.

Tali questioni, tuttavia, non sono che la riproposizione in scala più ampia e articolata di quelle difficoltà di individuazione di *ratio* del diritto e di *parametro* che si sono poste, in generale, per l'abuso del diritto.

Piuttosto, con riferimento all'abuso dei diritti fondamentali, l'aspetto più critico è dato dalla riproposizione dello stesso problema che affligge anche il *conflitto tra diritti fondamentali*, vale a dire *chi* e *come* possa stabilire il punto di equilibrio tra essi. Pare che questi dubbi, che attanagliano il problema del confine tra diritti fondamentali o del limite esterno (problema del conflitto) siano sostanzialmente gli stessi che si pongono quando si va alla ricerca del loro "limite interno" (problema dell'abuso).

Quanto al profilo del *chi*, si discute se risolvere i conflitti tra diritti fondamentali sia compito del giudice o del legislatore.<sup>180</sup> Ci si domanda a chi spetta la decisione sul contenuto (e dunque sui limiti) dei singoli diritti, sulla loro ordinazione gerarchica e sulla loro reciproca soccombenza, se ciò spetti al Parlamento o ad un giudice, e in questo secondo caso, a quale giudice, se alle Corti Costituzionali o ai giudici ordinari.<sup>181</sup> In dottrina, si è messo in evidenza come la questione dei rapporti tra diritti non possa essere risolta solo in astratto dall'intervento del legislatore, poiché in concreto il conflitto tra diritti si manifesta inevitabilmente in maniera particolare e richiede perciò necessariamente una valutazione del singolo caso, del modo in cui i diritti si atteggiavano in esso, che è compito del giudice<sup>182</sup>. D'altra parte tuttavia si deve prendere atto di come in una materia così politica, come quella dei diritti fondamentali, non possa farsi ricorso a un bilanciamento puramente tecnico e giuridico, ma piuttosto emerga un criterio negoziale, di stipulazione e accordo tra i

---

<sup>179</sup> P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014, pp. 77 ss.

<sup>180</sup> La questione è ampiamente affrontata in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, op. cit., ed in particolare nei contributi di P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica* e O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, quest'ultimo pubblicato anche in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 1474 ss..

<sup>181</sup> O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, op. cit., p. 295 ss..

<sup>182</sup> *Ibidem*

diritti, capacità di mediazione tra diritti<sup>183</sup>, aspetto che ha indotto a ritenere che, in materia di diritti fondamentali, si assista “a una politicizzazione del giudice e giurisdizionalizzazione della politica”<sup>184</sup>.

Quanto al parametro con cui risolvere il conflitto tra diritti fondamentali, i dubbi derivano dal fatto che, quanto ai diritti fondamentali, l'interprete non ha a disposizione espresse limitazioni legali o convenzionali per stabilire quale sia la linea di confine tra essi, trattandosi di diritti non disciplinati da regole puntuali (per i quali è agevole individuare le modalità di esercizio secondo *parametri descrittivi*), ma di diritti posti da *principi*, dove operano anche *parametri valutativi*.<sup>185</sup> Proprio questo aspetto, infatti, come si è detto, rivela un inevitabile elemento *politico* nella sostanza giuridica dei diritti fondamentali, che torna a riproporsi in ogni discorso su di essi, compreso in quello sul loro abuso.

Ebbene, il fatto che, per l'abuso dei diritti fondamentali, si manifestino in una dimensione ancora più forte le incertezze che affliggono, in generale, l'abuso del diritto non ci sembra un buon motivo per escludere la sua configurabilità, per questi diritti, una volta ammessa la categoria.

Come si accennava, le difficoltà ancora maggiori incontrate nel rispondere a domande come “per quale interesse dell'uomo è conferito un diritto umano?” o “quando esercitando una libertà costituzionale si impone un sacrificio intollerabile ad altri?” sono proporzionate al maggior rango e alla maggiore ampiezza del diritto, oltre che alla generale problematicità della categoria, che fa sì che i problemi sull'abuso del diritto intervengano su una materia sfuggente.

Occorre, comunque, una precisazione in merito alla configurabilità dell'abuso del diritto per i diritti fondamentali.

Si deve valutare se tutti i diritti fondamentali possano essere abusabili. In dottrina, è stata data risposta negativa e si è messo in evidenza come il criterio di selezione dei diritti fondamentali abusabili sembri essere la possibilità che il diritto possa essere esercitato in

---

<sup>183</sup> M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, op. cit., p. 21.

<sup>184</sup> Il rilievo è mutuato da M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, op. cit., p. 13 ss., dove si osserva come in materia di diritti umani avvenga un'ibridazione tra giustizia e politica. Ciò in quanto da un lato la politica si muove alla ricerca di una base legale per i diritti in via di affermazione, tende a presentare come “diritti” le istanze sociali di volta in volta rivendicate, e a ricondurre a figure giuridiche le domande di attenzione e riconoscimento che provengono dal corpo sociale (si pensi ai bisogni delle coppie omosessuali riferiti al problema del contrarre matrimonio); dall'altro lato la giustizia, pur facendo un discorso di norme e diritti, finisce nei casi concreti per prendere scelte dotate di una forza politica dirompente, come testimoniano casi giudiziari giunti all'onore delle cronache, quali la vicenda Englaro o il caso ILVA di Taranto.

<sup>185</sup> G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 162

una pluralità di modalità non predeterminate, aspetto che non stupisce, visto che si tratta di uno dei presupposti per la configurabilità dell'abuso del diritto<sup>186</sup>.

Così, la categoria dell'abuso del diritto può essere applicata ai cc.dd. diritti di libertà<sup>187</sup>, come la libertà di espressione, quella di associazione<sup>188</sup> o la libertà di sciopero<sup>189</sup>, in quanto il loro contenuto indefinito rende possibile un uso *sviato* o *sproporzionato*, che finisce per ledere o comprimere oltre misura un diritto altrui (si pensi alla reputazione, all'immagine, all'onore nel caso della libertà di espressione).

Ciò non vale invece per i cc.dd. diritti in senso stretto<sup>190</sup>, come ad esempio, il caso del diritto di non essere torturati<sup>191</sup>. Il diritto di non subire tortura viene soddisfatto non da un atto di esercizio del suo titolare, ma dall'astensione degli altri consociati dal torturare. Altrettanto potrebbe dirsi per il diritto di *habeas corpus*<sup>192</sup>. Anche in questo caso, vale, per il diritto fondamentale quello che vale per il diritto soggettivo: perché vi sia abuso occorre che l'esercizio del diritto possa realizzarsi con modalità disapprovate dall'ordinamento per i fini che perseguono e i risultati che realizzano.

## 8. Il rapporto dell'abuso del diritto con la discrezionalità del giudice.

Saranno ormai chiare le principali criticità dell'abuso del diritto, e come esse siano tanto più acute quanto maggiore è la difficoltà di stabilire il contenuto del diritto abusato.

È dunque arrivato il momento di domandarsi quale utilità possa avere il discorso fin qui svolto rispetto al diritto penale.

---

<sup>186</sup> È stato osservato che se il legislatore ha preventivamente specificato tutte le sue modalità di esercizio di un diritto, la violazione di tale disciplina non integra un abuso, ma un illecito *tout court* o a limite un eccesso del diritto. Così G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 168.

<sup>187</sup> Si utilizza il lessico di W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali (1913)* in M. G. LOSANO (a cura di), *W. N. HOHFELD, Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969. L'Autore definisce le seguenti posizioni giuridiche elementari che compongono il diritto soggettivo combinandosi tra loro in maniera più o meno complessa: pretesa (*claim*), libertà (*liberty, privilege*), potere (*power*), immunità (*immunity*).

<sup>188</sup> V. *supra*.

<sup>189</sup> M. ATIENZA E J. RUIZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, op. cit., pp. 40 ss..

<sup>190</sup> V. nota 52.

<sup>191</sup> L'argomento è affrontato in M. ATIENZA E J. RUIZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 36 ss. I teorici dell'illecito atipico fanno riferimento, parlando di "diritto di non essere torturati", al diritto riconosciuto dall'art. 15 della Costituzione spagnola, per cui «tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, senza che, in nessun caso, possano essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Secondo gli Autori, il fatto che il diritto di non torturare non sia abusabile non significa che specularmente il divieto di torturare sia assoluto e impassibile di eccezioni, date ad esempio in presenza di reali (non pretestuose) situazioni di *ticking time bomb scenario*, in cui sembri invocabile il bilanciamento tra mali sotteso alla causa di giustificazione dello stato di necessità.

<sup>192</sup> M. ATIENZA E J. RUIZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, op. cit., p. 47

Rispondendo a questa domanda, riteniamo che sia importante conoscere la categoria in questione per comprendere *se e come* tale categoria operi, in modo esplicito o implicito, nella materia, in cui non sono estranei né il concetto di abuso<sup>193</sup>, né il ruolo dei diritti, *in primis* con funzione scriminante, e per comprendere *se e come* anche il diritto penale possa essere interessato da un divieto generale di abuso del diritto, o possa inglobare al suo interno *particolari modalità abusive* di uso di diritti.

Ci sembra alquanto evidente che il nodo principale del ragionamento intorno all'abuso del diritto nel diritto penale sia dato dalla difficoltà di conciliare la discrezionalità interpretativa connessa all'abuso del diritto<sup>194</sup> con la *tipicità* e *tassatività* dell'illecito penale, cioè le caratteristiche che determinano, per il reato, «una connotazione ben precisa nel novero degli illeciti»<sup>195</sup>.

Come si diceva, si è visto come i detrattori dell'abuso del diritto sottolineino la scarsa prevedibilità degli esiti applicativi della categoria, e, quindi, il pericolo che essa rappresenta per l'applicazione *certa* del diritto, chiamando in causa la *discrezionalità*, secondo alcuni troppo ampia, dell'interprete nel valutare gli elementi segnalanti la presenza di un abuso. Più precisamente, e ricapitolando quanto finora detto, sono individuabili vari momenti nei quali, nell'abuso del diritto, viene in rilievo una componente di *autonomia* del giudice nelle decisioni.

Un primo aspetto, delegato alla discrezionalità del giudicante, riguarda l'accertamento degli *scopi* dell'esercizio del diritto e dell'*interesse* da esso tutelato. L'organo decidente, infatti, deve provvedere sia all'accertamento dello *scopo dell'agire reale* del suo titolare nella vicenda sottoposta a giudizio, sia all'accertamento dello *scopo ideale, rectius* ordinamentale del diritto, cioè il fine di tutela per cui esso è stato riconosciuto nel sistema giuridico, la *ratio legis*, la funzione obiettiva del diritto.

Inoltre, la discrezionalità si manifesta, in particolare rispetto ai diritti fondamentali, nell'esito del *bilanciamento tra diritti*, necessario per stabilire la presenza di un *sacrificio intollerabile* di posizioni giuridiche altrui: d'altra parte, è proprio questo l'aspetto che ha sollevato le maggiori critiche della dottrina all'indomani della sentenza Renault del 2009, che ha consacrato l'abuso del diritto. Da quella sentenza, ma in

---

<sup>193</sup> R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 367; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit., pp. 132 ss. mettono in evidenza come proprio il termine "abuso" possa essere utilizzato con due accezioni diverse: in senso tecnico, indicando la categoria autonoma, civilisticamente discussa e dibattuta, dell'abuso del diritto, ed in senso atecnico, per individuare una forma qualificativa in termini di illiceità, per designare l'esercizio di un diritto o di un potere in maniera difforme ad un obbligo normativo, a cui l'ordinamento ricollega esplicitamente determinate conseguenze negative, e che questo secondo utilizzo ricorre di frequente nel diritto penale (si pensi all'abuso d'ufficio dell'art. 323 c.p.). Si tratta allora di capire se le due categorie siano in qualche modo sovrapponibili, o meglio, se la logica che sottende l'abuso del diritto civilistico possa ritrovarsi anche in abusi penalisticamente rilevanti.

<sup>194</sup> Sul problema dell'estensione dell'interpretazione nel diritto penale si segnala il recente scritto di V. VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, pp. 687 ss.

<sup>195</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato. Estratto dal "Novissimo Digesto Italiano"*, in A.A.V.V., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973, p. 47.

generale dalla giurisprudenza esaminata, si evince come sia il giudice a valutare il *sacrificio giusto o ingiusto* imposto agli altrui interessi, anche andando oltre il dato degli obblighi contrattuali espressi e voluti dalle parti, e, dunque, a stabilire l'*equilibrio* da realizzare.

La discrezionalità è presente infine nel momento dell'individuazione della *sanzione* dell'abuso, che non è predeterminata se non nel senso generalissimo del *disconoscimento degli effetti favorevoli* che dalla condotta abusiva derivano per il titolare del diritto<sup>196</sup>.

Nel diritto civile, le incertezze applicative connesse all'abuso del diritto sembrano essere il prezzo da pagare per dotare il giudice di uno strumento elastico che consenta di correggere disequilibri e di frenare pretese, utilizzando le potenzialità dell'ordinamento, per scoprire significati impliciti in esso.

Nel diritto penale, tuttavia, lo scenario è ben diverso. L'ordinamento penale, anche aderendo alle letture più moderne dei principi di legalità e determinatezza<sup>197</sup>, è strutturato intorno a fattispecie nelle quali sia i fatti sia gli effetti giuridici (sanzioni) sono legislativamente determinati e, soprattutto, intellegibili e prevedibili. Per assicurare tanto, nel diritto penale sono vietate *tecniche interpretative* ammesse in altri rami dell'ordinamento, come il procedimento analogico<sup>198</sup>, e si impone cautela quando sia il giudice a dover confrontare il caso concreto con principi e *rationes leges*.

Proprio per questa ragione, prima di addentrarci nell'analisi di questo problema, occorre approfondire ulteriormente l'aspetto delle tecniche interpretative sottese al riconoscimento dell'abuso del diritto, riconosciute dalla dottrina, per l'appunto, nell'analogia, nell'applicazione dei principi e nel bilanciamento di interessi.

### **8.1. Abuso del diritto e interpretazione: analogia, norme di principio, bilanciamento di interessi.**

Analogia, ragionamento per principi, bilanciamento di interessi sono tecniche che consentono di capire meglio *cosa fa il giudice* quando riconosce un abuso del diritto<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> Tale profilo di discrezionalità è individuato da V. VELLUZZI, *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, op. cit., p. 169.

<sup>197</sup> Sul principio di legalità, e la sua "crisi", e i rapporti con il principio di determinatezza, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 145 ss.; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, pp. 63 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione, e conoscibilità della regola iuris* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 49 ss.

<sup>198</sup> Sulla portata del divieto di analogia in diritto penale G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, pp. 158 ss.

<sup>199</sup> V. VELLUZZI, *Interpretazione e tributi*, Modena, 2015, p. 40 segnala come siano tecniche interpretative legate all'abuso del diritto: la prevalenza della *ratio* sulla lettera della norma, l'applicazione diretta del

La correlazione tra tecniche interpretative e abuso del diritto è così forte da far dubitare della sostanza stessa della categoria, come *argomento* o *istituto*.

A tal proposito, un'attenta dottrina civilistica tende a negare la rilevanza dell'abuso del diritto come *istituto*, a favore della sua consacrazione come *argomento* del ragionamento giuridico<sup>200</sup> o come *schema di ragionamento*<sup>201</sup>. Secondo tali impostazioni, l'abuso del diritto sarebbe lo strumento attraverso cui, rispettivamente, sottrarre il caso concreto ad una fattispecie astratta permissiva e sottoporlo ad una regola diversa, di tipo repressivo<sup>202</sup>, ovvero attraverso cui risolvere un conflitto tra principi insistenti sul caso concreto<sup>203</sup>.

L'abuso del diritto non sarebbe invece una fattispecie a sé stante, poiché non spiegherebbe quale sia la struttura del fatto (*che uso?*) né l'effetto giuridico (*regolato come?*)<sup>204</sup>.

Orientata diversamente, nel senso della ricostruzione del divieto di abuso del diritto come autonomo principio e quindi come *istituto*, dato dall'esistenza di una fattispecie di divieto, nel quale è possibile una sussunzione, e dalla produzione di effetti, sebbene generalissimi, è, come si è fin qui visto, la giurisprudenza civile degli ultimi anni<sup>205</sup>.

All'interno di questo dibattito di teoria generale, pur senza anticipare discorsi da svolgersi in seguito, ci sembra utile chiarire da subito come non possa darsi uno statuto univoco (come *fattispecie* o come *argomento*) dell'abuso del diritto nel diritto penale.

Non è infatti possibile negare *tout court* una rilevanza del problema di sussunzione di fatti echeggianti l'abuso del diritto quando l'*abuso di poteri privatistici* è, in diversi modi sui quali ci soffermeremo, elemento della fattispecie penale (si pensi all'abuso dei mezzi di correzione previsto dall'art. 571 c.p., o alle condotte di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico dell'art. 615 *ter* c.p.).

In altri casi, diversamente, dell'abuso del diritto è fatto uso come criterio di risoluzione del caso concreto, e dunque come *argomento* (come si vedrà, ciò è quanto avvenuto in una recente stagione nel diritto penale tributario).

---

divieto di abuso come principio del diritto, il bilanciamento tra interessi tutelati da diverse norme di principio.

<sup>200</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op.cit., pp. 317 ss.

<sup>201</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., pp. 491 e 492.

<sup>202</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op.cit., pp. 317 ss.

<sup>203</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., 2012, pp. 491 e 492.

<sup>204</sup> In questi termini A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 298.

<sup>205</sup> V. c.d. sentenze di Natale n. 3005, 30056,30057 del 23.12.2008 e c.d. sentenza *Renault* n. 20106 del 18.09.2009, *supra*.



Come è stato anticipato, l'abuso del diritto viene *spiegato* principalmente come *risultato applicativo* di tre meccanismi: l'analogia, l'applicazione diretta dei principi, il bilanciamento di interessi.

Muovendo dal primo di essi, si è sostenuto in dottrina che il ragionamento seguito dall'interprete nell'affermazione dell'abuso del diritto segua lo schema dell'analogia, finendo per estendere una norma *lato sensu* sanzionatoria a un'ipotesi non ricompresa in essa<sup>206</sup>.

In particolare, approfondendo i momenti dell'accertamento dell'abuso del diritto, si nota come esso si componga di due fasi: una prima fase di *sussunzione*, in cui si valuta la corrispondenza tra il comportamento concreto in osservazione e la fattispecie permissiva attributiva del potere, e una seconda fase di *valutazione*, in cui si applica la legge secondo la *ratio legis*<sup>207</sup>.

Questa seconda fase, a ben vedere, non si risolve, tuttavia, in una semplice interpretazione teleologica secondo l'intenzione del legislatore, o nel solo superamento dell'interpretazione letterale alla luce di un principio<sup>208</sup>. Rispetto a tali interpretazioni, vi sarebbe un qualcosa in più, consistente nella *disapplicazione* della disposizione permissiva nel caso concreto, nella sottrazione, alla norma permissiva individuata, del caso *prima facie* in essa ricompreso, e nell'applicazione, in suo luogo, di un'altra norma, di tipo repressivo<sup>209</sup>.

Come è noto, l'applicazione di una norma a un caso in essa non ricompreso è il risultato tipico del procedimento analogico, da cui il ragionamento in questione si differenzia, a ben vedere, per la presenza, in origine, anziché di una *lacuna da colmare*, di una *norma da ridurre*<sup>210</sup>.

Tale diversità si supera, tuttavia, constatando che la norma da non applicare è frutto di una *disposizione sovra-inclusiva*, che presenta una *lacuna assiologica*<sup>211</sup> perché non dà il

---

<sup>206</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op.cit., pp. 317 ss.

<sup>207</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., pp. 317 e 318.

<sup>208</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 322.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 323.

<sup>211</sup> La lacuna assiologica esprime non tanto la mancanza di una norma, quanto la mancanza di una distinzione di cui la norma avrebbe dovuto tener conto, non un caso privo di disciplina, ma un caso con una *cattiva disciplina*. Per tale definizione v. R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Nevus*, 2010, p. 57. L'Autore spiega come la lacuna assiologica richiami il problema dell'interpretazione restrittiva, che a sua volta è il risultato della tecnica interpretativa della c.d. dissociazione, che consente all'interprete di introdurre nella norma delle distinzioni nuove, scomponendo la fattispecie in classi distinti alle quali devono seguire conseguenze distinte. Tecnica vicina, ricorda l'Autore, al c.d. *distinguish* dei giudici di *common law*, che come si è già detto *supra* è lo strumento che consente oltreoceano di arrivare a soluzioni equiparabili a quelle assicurate dall'abuso del diritto.

dovuto rilievo a un elemento rilevante alla luce della *ratio* della norma permissiva, che se esplicitato porterebbe a dare al caso concreto una regolamentazione diversa<sup>212</sup>.

Così, nel diritto civile, l'individuazione del metodo analogico sotteso all'abuso del diritto consente alla dottrina in questione di affermare la compatibilità dell'abuso del diritto con il metodo giuspositivistico, distinguendo un'analogia praticabile in condizioni di correttezza, cioè in effettiva presenza di una riconoscibile lacuna assiologica, da un'interpretazione rifacentesi a clausole generali come la buona fede, portatrice di ideologie di equità, in mancanza di lacune<sup>213</sup>.

Già qui si potrebbe dar spazio a osservazioni sulla praticabilità di questo metodo analogico, per giunta in presenza di una lacuna assiologica, nel diritto penale, ma preferiamo effettuare prima altri rilievi, che ci saranno utili nel ragionamento a seguire.

Riprendendo il rapporto tra abuso del diritto e analogia, con riferimento alla stessa sentenza *Renault* del 2009, vi è stato in dottrina<sup>214</sup> chi ha messo in evidenza che la vicenda in oggetto potesse essere ricondotta al *divieto* dell'art. 9 l. n. 192/1998, applicabile secondo la giurisprudenza di legittimità anche fuori dall'ambito del contratto di subfornitura, senza necessità di scomodare la categoria dell'abuso del diritto. La medesima norma relativa all'abuso di dipendenza economica, tuttavia, viene da altri ritenuta come *sintomatica* dell'esistenza del *generale divieto dell'abuso del diritto*, e quindi espressione dello stesso<sup>215</sup>.

Ora, se si ammette l'esistenza di un principio generale di divieto di abuso del diritto, in effetti, dal punto di vista degli effetti non cambia poi molto tra l'applicazione diretta del *divieto-principio* e l'applicazione analogica del *divieto-regola* sintomatico di quel principio.

Il discorso sull'analogia non è, in fondo, così distante dal discorso sui principi<sup>216</sup>, posto che possono estendersi per analogia le norme che per il loro contenuto possono ricondursi a un principio, mentre le norme che enunciano un principio sono suscettibili di applicazione diretta<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 328.

<sup>213</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 329.

<sup>214</sup> M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impresa*, 2013, p. 7; V. VELLUZZI, *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, op. cit., p. 165.

<sup>215</sup> V. *retro*.

<sup>216</sup> Sul rapporto tra c.d. *analogia legis* e c.d. *analogia juris* e, più in generale, tra ragionamento analogico e ragionamento per principi, si rinvia a G. CARCATERRA, *Analogia I) Teoria generale*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, pp. 1 ss.; L. CIANI, *Analogia II) Teoria generale*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 349 ss.; N. BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Rivista penale*, 1938, pp. 152 ss.

<sup>217</sup> M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica in Jus*, 1942, p. 41

È stato ben spiegato, in passato, come l'applicazione del principio a una situazione di fatto può avvenire in modi diversi: il principio può avere un *valore qualificatorio immediato* rispetto alla situazione da disciplinare se si applica ad essa direttamente, o può avere *valore qualificatorio mediato* se si applica attraverso una norma a esso subordinata<sup>218</sup>. La scelta tra applicazione mediata, tipica dell'analogia, o immediata del principio, tipica del ricorso ai principi, dipende dal contenuto della situazione da qualificare, a seconda che essa si presenti più affine al fatto ipotizzato nella norma subordinata o al fatto ipotizzato nel principio<sup>219</sup>. Il ragionamento di somiglianza sotteso all'analogia sarebbe dunque il ragionamento nella ricerca e applicazione del principio<sup>220</sup> sotteso alla regola.

Diverso è se, invece, non si ammette l'esistenza di un generale divieto di abuso del diritto quale principio sotteso alla norma da applicare analogicamente, ma si ritiene che attraverso l'*argomento dell'abuso* possano trovare applicazione norme espressione di *altri principi* che sarebbero stati derogati impropriamente dalla norma attributiva del diritto, ad esempio quelli in tema di responsabilità civile.

Questa particolare analogia, volta a estendere la portata della norma negativa (con effetti di disconoscimento di tutele, di inefficacia dell'atto, di responsabilità, e via dicendo) a discapito della norma permissiva, risponde a quel senso di *proporzionalità* sotteso al procedimento analogico<sup>221</sup> che consente di stabilire che il caso della cui abusività si discute *somigli* più a un caso di responsabilità che a un caso di esercizio del diritto, ad esempio per la presenza di un importante danno arrecato a terzi.

Se dunque l'abuso sarebbe l'argomento a cui spetta il compito di restringere la portata di una norma, lasciando vuoto uno spazio su cui si allargherebbe un'altra norma applicata analogicamente, sembra quasi ovvio concludere che la norma destinata ad essere applicata analogicamente in chiave sanzionatoria non può essere una norma penale, ostandovi il divieto di analogia vigente in materia.

La valutazione di somiglianza presuppone infatti dei giudizi dell'interprete<sup>222</sup>, sugli elementi comuni tra caso disciplinato e caso non disciplinato, che richiedono un vaglio degli interessi e controinteressi rilevanti molto simile a quello posto alla base delle scelte di tipizzazione riservato, nel diritto penale, alla scelta legislativa.<sup>223</sup> Così, ad esempio, un elemento di somiglianza rintracciato nel danno a terzi può essere ragione per applicare le

---

<sup>218</sup> M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, op. cit., p. 46.

<sup>219</sup> M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, op. cit., p. 52.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> V. L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline privatistiche*, 1988, p. 325: «Questa ricostruzione dell'analogia è la più vecchia e tradizionale: il fondamento dell'analogia nel diritto è il nucleo razionale dell'idea della giustizia distributiva, cioè l'eguaglianza».

<sup>222</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, op. cit., p. 325 osserva: «se è vietata la vendita dei libri osceni, sarà analogicamente vietata la vendita dei libri gialli (...) o invece quella dei dischi osceni?».

<sup>223</sup> F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pp. 279 ss.

norme sulla responsabilità civile, mentre la constatazione di una comune offesa al bene patrimoniale non consente di applicare analogicamente la norma che prevede un delitto contro il patrimonio. Si verificherebbe altrimenti un'assimilazione di offese che contraddice il carattere frammentario del diritto penale<sup>224</sup>.

Come si diceva, tuttavia, la tendenza giurisprudenziale è quella di ignorare questo ragionamento analogico e di ricostruire l'abuso del diritto come principio ordinamentale, inespresso ma desumibile dalla lettura di più norme legislative e costituzionali<sup>225</sup>, ovvero positivizzato dall'art. 54 della Carta di Nizza<sup>226</sup>.

In questo caso l'individuazione della sanzione per il comportamento abusivo dipende dalla diretta applicazione del principio, che impone, come conseguenza, di «rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio»<sup>227</sup>, valutando la forma di volta in volta migliore a tal fine (inefficacia, inopponibilità, responsabilità, ecc.).

A scendere più in profondità, va segnalato come l'applicazione diretta del principio-divieto di abuso del diritto, pur eguale nel risultato, si giustifichi e manifesti per ragioni e con forme diverse a seconda che a esso si dia *rilievo costituzionale*, legandolo alla buona fede e agganciandolo all'art. 2 Cost., ovvero *rilievo europeo*, ritenendolo limite, posto dall'art. 54 della Carta di Nizza, all'esercizio delle libertà economiche e personali riconosciute dalla stessa fonte, o ancora ricostruendolo come un principio generale dell'ordinamento.

Non sono poche le ripercussioni sul piano interno della scelta di rintracciare il fondamento del divieto di analogia nel divieto di abuso del diritto comunitario. In primo luogo, non vi sono ostacoli a che il giudice interno possa fare diretta applicazione del divieto comunitario di abuso del diritto, anche per limitare l'applicazione del diritto comunitario. In secondo luogo, sia per evitare differenziate applicazioni di abusi e di diritti comunitari, nonché in virtù del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, dovrebbe svilupparsi una intensa frequenza di rinvii pregiudiziali al giudice europeo sulla portata dei diritti e sull'abuso del diritto, con la conseguenza di uno schiacciamento della nozione di abuso del diritto interna con quella comunitaria. Infine, il divieto di abuso del diritto dell'art. 54 della Carta di Nizza potrebbe essere considerato come un parametro interposto di costituzionalità per violazione diretta degli artt. 11 e 117 Cost.<sup>228</sup>

Riprenderemo successivamente il problema dell'applicazione diretta di principi nel diritto penale, per riconoscere gli abusi, laddove esso verrà concretamente in rilievo negli abusi

---

<sup>224</sup> *ibidem*.

<sup>225</sup> Sentenza *Renault* n. 26679 del 2009.

<sup>226</sup> Sentenza Tribunale Torino, Sez. lavoro, 14.09.2011.

<sup>227</sup> Sentenza *Renault* n. 26679 del 2009.

<sup>228</sup> Considerazioni mutuare da M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, op. cit., p. 1092.

penalmente rilevanti. Ci limitiamo qui a segnalare, tuttavia, come laddove sia il legislatore a lasciare la porta aperta (o semichiusa) a un'interpretazione che consenta il ricorso a principi per integrare elementi normativi nella fattispecie entri inevitabilmente in gioco un elemento di indeterminatezza, da arginare<sup>229</sup>. Laddove, invece, sia il giudice ad arrogarsi il compito di ricorrere ai principi superando il dato legislativo a disposizione, è facile che il confine tra interpretazione ammessa e divieto di analogia venga superato<sup>230</sup>.

Lasciando per ora da parte il problema e riprendendo gli schemi argomentativi sottesi all'abuso del diritto, secondo altra impostazione ancora, l'abuso del diritto non postulerebbe il ricorso all'analogia<sup>231</sup>, né sarebbe un principio autonomo<sup>232</sup>, ma «uno schema di ragionamento»<sup>233</sup> che viene in rilievo quando una fattispecie concreta «debba essere compresa nei termini di un conflitto tra principi regolativi rivali che richiede di essere ricomposto attraverso reciproci dimensionamenti»<sup>234</sup> ovvero «un sintagma che, più o meno appropriatamente generalizza *specifiche composizioni* di virtuali antinomie»<sup>235</sup>, destinato a svolgersi, di volta in volta, a seconda del problema concretamente rilevante, con riferimento allo sviamento, alla proporzionalità, alla correttezza<sup>236</sup>.

Posizione, questa dello schema di ragionamento, che appare vicina a quella di chi sostiene che l'abuso del diritto sarebbe «una norma che si nutre di altre norme (...); una norma sulle norme; una metanorma»<sup>237</sup>.

---

<sup>229</sup> Si pensi al problema classico dell'abuso d'ufficio e dei rapporti tra la violazione di norme richiesta all'art. 323 c.p. e i principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione dell'art. 97 Cost., su cui v. cap. 4.

<sup>230</sup> Questo è quanto accaduto nella giurisprudenza penal-tributaria di alcuni anni fa, che ha ritenuto di poter sanzionare penalmente fattispecie elusive in assenza di appositi divieti, ancorando i precetti dell'oggi abrogato art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 alle sanzioni dell'art. 4 d.lgs. 74/2000, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. 158/2015 (su cui v. cap. 5).

<sup>231</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., pp. 491 e 492.

<sup>232</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., p. 489.

<sup>233</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., p. 490.

<sup>234</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., p. 488.

<sup>235</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., p. 489.

<sup>236</sup> M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit., p. 490. L'Autore sostiene, ad esempio, che una questione ricostruita nelle forme dell'abuso del diritto societario, quale è la delibera di aumento di capitale intesa solo a svalutare le partecipazioni del socio di minoranza, non si comprende tanto postulando una generale applicabilità dell'art. 1375 c.c. ai rapporti sociali, quanto ricostruendo i principi che in simili casi vengono in conflitto, ad esempio con riferimento alla tutela del valore della partecipazione del socio e alla validità delle delibere assembleari (pp. 492, 493).

<sup>237</sup> C. FERNANDES CAMPILONGO (trad. a cura di A. FEBBRAIO), *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, op. cit., p. 63.

Dunque il problema non sarebbe tanto quello di concretizzare il principio generale del divieto di abuso del diritto, ma quello di concretizzare e rapportare tra loro i vari principi che si affacciano dal dato normativo e vengono in gioco nel caso concreto: ad esempio, i principi costituzionali che ispirano le norme che pongono i singoli diritti, il dovere di solidarietà sociale, da cui deriva il *principio di buona fede*, i c.d. principi generali, come il *neminem laedere* degli atti emulativi, che accompagna l'istituto dai suoi albori.

L'idea di risolvere i conflitti tra principi attraverso reciproci dimensionamenti richiama, appunto, la tecnica del bilanciamento. Secondo l'opinione tradizionale, il metodo di applicazione del bilanciamento è ciò che caratterizza le norme di principio rispetto alle regole: l'applicazione di principi richiede un bilanciamento di interessi che consenta di *valutare* il peso che di volta in volta il principio riveste rispetto al caso da decidere, nel confronto con altri principi<sup>238</sup>. Il bilanciamento, quindi, esprime una ponderazione, una composizione di interessi in conflitto<sup>239</sup>.

In dottrina vi è stato chi ha rilevato che l'abuso del diritto consentirebbe ai giudici di effettuare quello che oltreoceano viene definito un *ad hoc balancing*<sup>240</sup>, cioè un bilanciamento *case by case*, volto a risolvere il conflitto concreto<sup>241</sup> e non a definire la rispettiva portata dei principi e ad affermare una regola stabile ripetibile in futuro<sup>242</sup>.

Vi è stato altresì chi ha sottolineato come questa tendenza di risolvere controversie attraverso l'uso di principi e la loro ponderazione concreta, «anche correggendo e modificando profondamente le interpretazioni letterali», costituirebbe una delle conseguenze del c.d. neocostituzionalismo<sup>243</sup>.

Quest'attivismo giudiziario nell'applicazione dei principi, attualmente forte nel diritto civile, incontra diverse resistenze penetrando nel campo penale, dove le cose sono molto diverse.

---

<sup>238</sup> Il problema è spiegato nelle pagine di R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Londra, 1977, che chiarisce come «*we make a case for a principle, and for its weight, by appealing to an amalgam of practice and other principles in which the implications of legislative and judicial history figure along with appeals to community practices and understandings*» (p. 36). I principi quindi si differenzerebbero dalle regole, che sarebbero «*applicable in all- or - nothing fashion*» (pp. 24 ss.).

<sup>239</sup> A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)* in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, 2008, p. 185.

<sup>240</sup> G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, pp. 146 ss.

<sup>241</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 65 e 66.

<sup>242</sup> Compito che spetta invece al c.d. *definitional balancing*, su cui pure si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti*, op. cit., p. 65 e 66.

<sup>243</sup> P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, op. cit., p. 27. Sul neocostituzionalismo si vedano anche G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, e M. BARBERIS, *Il giusnaturalismo: tendenze e problemi attuali*, entrambi in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, nonché lo scritto di L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, op. cit.

Anche senza adottare una posizione *legalistica*, e cercando di porsi nella prospettiva della “legge più giudice” piuttosto che in quella della “legge *versus* giudice”<sup>244</sup>, non sarà difficile osservare come le possibilità assicurate all’interprete dal ricorso a principi e bilanciamenti siano circoscritte nel penale rispetto ad altri settori dell’ordinamento.

Innanzitutto, i numerosi, vari, eterogenei, principi che vanno in bilanciamento nell’abuso del diritto (ad esempio, quelli che affermano la libertà di iniziativa economica, o l’obbligo contributivo, o i doveri dei genitori verso i figli, ecc.) rilevano *nel* diritto penale nella misura in cui interessano i fatti presidiati da pena.

Questi ultimi riguardano, pena la loro irragionevolezza, una situazione di *disequilibrio tra principi*. Tuttavia non ogni possibile disequilibrio tra principi, astrattamente rilevabile attraverso lo schema dell’abuso, deve essere penalmente rilevante. Proprio in questo risiede il carattere di *frammentarietà* del diritto penale: nella capacità di selezionare i fatti punibili evitando una tutela onnipervasiva<sup>245</sup>. Il diritto penale, diversamente dal diritto civile, non si pone il problema di risolvere controversie o trovare soluzioni per regolare il traffico giuridico, ma quello di predisporre e gestire la pena, laddove necessario, per la tutela di beni giuridici<sup>246</sup>. In altre parole, il diritto penale è uno strumento reattivo, non ha alcun scopo formativo, promozionale, di sviluppo<sup>247</sup>. Nella materia quindi, vi è sullo sfondo sempre, inevitabilmente, un primo e principale bilanciamento di interessi, quello tra «beni tutelati dal precetto *versus* beni sacrificati dall’uso della pena»<sup>248</sup>, che circoscrive i *disequilibri* del sistema penalmente rilevanti.

La rilevanza dei principi *nel* diritto penale si iscrive, quindi, nell’orizzonte di rispetto dei principi rilevanti *per* il diritto penale (ad esempio: legalità, determinatezza, irretroattività e retroattività, nelle forme nazionale e convenzionale, colpevolezza), che, anche nelle loro letture più moderne, potrebbero impedire di riconoscere rilevanza penale alla situazione di disequilibrio concretamente considerata<sup>249</sup>.

Al termine di queste rapide osservazioni su lacune assiologiche, rinvio a principi e concretizzazione di questi ultimi mediante il bilanciamento, va sottolineato come tali

---

<sup>244</sup> Le espressioni sono mutuare da C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 ottobre 2016, p. 17.

<sup>245</sup> Così F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, op. cit., p. 165.

<sup>246</sup> Sui rapporti tra “civile” e “penale” v. C. PIERGALLINI, “Civile” e “Penale” a perenne confronto: *l’appuntamento di inizio millennio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 1299 ss.

<sup>247</sup> V. le riflessioni sul «ripudio» del giudice penale di scopo in C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3.04.2017, pp. 13 ss.

<sup>248</sup> L’espressione è di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 210.

<sup>249</sup> Si vedrà che ciò è quanto avviene per l’elusione fiscale (v. cap. 5).

strumenti interpretativi possano essere ricondotti a un fenomeno unitario, vale a dire «lo spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge»<sup>250</sup> e il «salire dal diritto ai valori»<sup>251</sup>.

L'abuso del diritto dimostra proprio questa capacità, superando il meccanismo di sillogismo e sussunzione, di porre il caso concreto *faccia a faccia* con il valore in esso rilevante.

Questo «nuovo orizzonte»<sup>252</sup>, in cui «la tutela giurisdizionale, nel farsi esercizio di valori, non può dirsi, al modo antico e consueto, applicazione della legge, ma rimane decisione del conflitto»<sup>253</sup> può essere valutato più o meno positivamente nel diritto extra-penale.

Nel diritto penale, tuttavia, le criticità rappresentate da un giudizio che diventa più *valutazione* che *applicazione*, sono maggiori, al punto che – si è detto – ammettere un'interpretazione che travalica i confini della formulazione normativa imporrebbe, addirittura, di «rivedere l'impianto»<sup>254</sup> della materia.

Ci sembra, comunque, che possa essere utile procedere a una prima distinzione, a seconda che l'abuso (e annessa *valutazione*) rilevi all'interno o all'esterno della fattispecie.

Se l'abuso del diritto è un discorso sulla *valutazione* di un fatto, i problemi maggiori si pongono laddove esso interessi la fattispecie penale dall'interno, cioè quando questa presenti un richiamo testuale all'abuso di un potere privato, o quando, e ancor più, l'abuso del diritto sia richiamato come *ratio* dell'incriminazione.

Nell'individuazione dei fatti penalmente rilevanti il *giudizio di valore* (*rectius*, di disvalore) è *riconosciuto* dal giudice, ma dovrebbe essere *compiuto* a monte dal legislatore, che sceglie quali fatti sanzionare dopo aver effettuato un giudizio di bilanciamento, nella consapevolezza che tanto più estesa sarà la tutela penale di un bene tanto più limitati saranno altri interessi confliggenti<sup>255</sup>. Se tendenzialmente le discipline civili non esprimono preferenze per gli interessi che vengono in gioco (ad esempio nel contratto *inter pares*, entrambi gli interessi sono astrattamente meritevoli di tutela), la norma penale, invece, esprime una disapprovazione, e quindi una *valutazione* dei comportamenti che va a considerare<sup>256</sup>.

---

<sup>250</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 41.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

<sup>253</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 44.

<sup>254</sup> V. VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, op. cit., p. 694.

<sup>255</sup> F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, op. cit., p. 165.

<sup>256</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale proredito*, Milano, 2006, p. 49.



L'abuso del diritto, tuttavia, può riguardare anche un profilo esterno alla previsione del reato, che coinvolge il problema della giustificazione, autonomo dalla fattispecie penale<sup>257</sup>.

Se nel primo caso, tra i conflitti di principi sottesi agli abusi e l'interprete vi è la *fattispecie*, nell'ambito della giustificazione i diritti abusati vengono in gioco direttamente, ed è il giudice chiamato istituzionalmente a *valutare* gli interessi in gioco.

Iniziamo dunque la nostra riflessione sulla rilevanza penale dell'abuso del diritto muovendo proprio da quest'ultimo campo, e collocandoci in quel settore della materia in cui il bilanciamento di interessi ha un'efficacia fondante: l'antigiuridicità.

---

<sup>257</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 118.

## CAP. 2

### L'ABUSO DEL DIRITTO E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

**Sommario.** 1. Introduzione. 2. Abuso del diritto ed esercizio del diritto scriminante (art. 51 c.p.). 3. I limiti interni ed esterni del diritto scriminante. 3.1. Abuso del diritto potenzialmente scriminante come esercizio improprio sul piano funzionale e modale. 3.1.1. Il problema funzionale dell'esercizio del diritto. 3.1.2. Il problema modale dell'esercizio del diritto. 4. L'abuso del diritto potenzialmente scriminante nella giurisprudenza. Alcuni esempi. 5. Abuso, eccesso, preordinazione. 5.1. Abuso ed eccesso. 5.1.1. Eccesso ed esercizio del diritto (art. 51 c.p.). 5.2. Abuso e preordinazione. 6. Abuso del diritto scriminante tra fatto e giustificazione. Libertà di espressione e diritto di difesa.

#### 1. Introduzione.

La centralità del bilanciamento di interessi nella valutazione dell'abuso del diritto consente di affrontare lo studio della sua rilevanza teorica e pratica nel diritto penale a partire dall'antigiuridicità e dalle cause di giustificazione.

Tradizionalmente, infatti, il fondamento dell'efficacia scriminante di quest'ultime viene individuato proprio “nel bilanciamento di beni o interessi”<sup>258</sup> o nel “miglior bilanciamento delle ragioni in gioco”<sup>259</sup>, nel senso che l'interesse o il bene tutelato con la condotta scriminata è giudicato prevalente rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice.

A tal proposito, si è detto che la norma penale, descrivendo il fatto tipico, risolve in prima battuta un *conflitto di interessi*, assegnando prevalenza all'interesse da essa tutelato rispetto a tutti quelli che potrebbero essere perseguiti tenendo il comportamento penalmente sanzionato<sup>260</sup>, e che le cause di giustificazione capovolgono questa valutazione, assegnando prevalenza ad un interesse diverso da quello tutelato dalla norma penale<sup>261</sup>,

---

<sup>258</sup> G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 180; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano, 2004, p. 521.

<sup>259</sup> A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 325.

<sup>260</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2006, p. 139. Recentemente evidenza come un bilanciamento di interessi si registri in sede di definizione del fatto tipico M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, p. 709.

<sup>261</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., p. 139. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 231 afferma: «lo schema formale del conflitto tra la norma incriminatrice e la norma di facoltà o di obbligo consente in effetti di evidenziare plasticamente il conflitto tra gli *interessi* rispettivamente tutelati

così da rendere lecito il comportamento conforme al tipo incriminato con riferimento all'intero ordinamento giuridico<sup>262</sup>.

La liceità della lesione dell'interesse tutelato dalla norma penale, realizzata attraverso il comportamento tipico, è dunque permessa per consentire il perseguimento di altre finalità<sup>263</sup>, date dalla protezione di un altro interesse contrastante<sup>264</sup>, in modo da ottenere quella che può dirsi una «regolazione socialmente giusta di interessi confliggenti»<sup>265</sup>.

Nell'antigiuridicità, dunque, è centrale un *giudizio di valore*, un momento valutativo più che descrittivo<sup>266</sup>.

Il confronto tra interessi confliggenti, inoltre, non riguarda solo il *fondamento* delle cause di giustificazione, ma coinvolge anche la loro *operatività*. Alcune cause di giustificazione, infatti, contengono al loro interno elementi, quali la *proporzione* o la *necessità*, che finiscono per assegnare prevalenza all'interesse sotteso alla norma incriminatrice violata, ovvero a quello sotteso alla condotta da giustificare, in base ad una “valutazione comparativa del loro rispettivo valore”<sup>267</sup>, e dunque secondo un meccanismo di bilanciamento. Tanto vale anche per quelle cause di giustificazione nelle quali il dato testuale non richiama esplicitamente la proporzione: come si vedrà con riferimento all'art. 51 c.p., l'interprete sente comunque l'esigenza di ponderare il *peso* dei diversi interessi in gioco.

Confronto degli opposti interessi e scelte di merito su *peso* e *portata* dei diritti, sono, come si è visto, gli argomenti dell'abuso del diritto, la cui funzione è quella di valutare (e, nel diritto civile, ripristinare) equilibri.

Nell'ambito dell'antigiuridicità l'abuso del diritto pone principalmente due problemi: la configurabilità dell'abuso come confine di operatività della *particolare* scriminante dell'esercizio del diritto dell'art. 51 c.p.; e la rilevanza *generale* della categoria nei rapporti con l'istituto dell'eccesso, disciplinato nella forma colposa all'art. 55 c.p., e con la preordinazione. Si profila inoltre una questione di fondo, che attiene la collocazione stessa

---

dalle due norme; e la prevalenza dell'una o dell'altra norma esprime, in quest'ottica, la prevalenza dell'interesse da essa tutelato, nell'ottica dell'intero ordinamento».

<sup>262</sup> V. G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, Torino, 1988, p. 132.

<sup>263</sup> G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p.1228.

<sup>264</sup> A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale, II*, Torino, 2013, p. 228, i quali sottolineano come l'esigenza di equilibrio, sottesa al bilanciamento di interessi, animasse a ben vedere anche la più risalente tesi che rintracciava il fondamento delle scriminanti nell'idea del “giusto mezzo per un giusto scopo”.

<sup>265</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 46.

<sup>266</sup> R. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Roma, 2012, p. 641; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale, II op. cit.*, p. 213.

<sup>267</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., p. 143.

della rilevanza dell'abuso del diritto e del suo accertamento, contesa tra il campo del fatto e quello dell'antigiuridicità.

## 2. Abuso del diritto ed esercizio del diritto scriminante (art. 51 c.p.)

Uno dei profili di rilevanza penale dell'abuso del diritto più trattati da dottrina e giurisprudenza<sup>268</sup> riguarda la situazione scriminante dell'art. 51 c.p..

L'art. 51 c.p., secondo cui “*l'esercizio di un diritto (...) esclude la punibilità*”, è chiamato ad operare laddove, a fronte di una norma che autorizzi una certa condotta, in quanto tenuta in conformità all'esercizio di un diritto del quale si è titolari, vi sia una norma che fa oggetto di divieto penale lo stesso comportamento.

La scriminante in esame è tradizionalmente ritenuta espressione del *principio di non contraddizione* dell'ordinamento giuridico<sup>269</sup>, e trova spiegazione nella constatazione che uno stesso comportamento non può essere al contempo autorizzato e oggetto di una sanzione penale. La ragione giustificatrice di detta scriminante va ravvisata nella *prevalenza* dell'interesse di chi agisce esercitando un diritto rispetto agli interessi confliggenti<sup>270</sup>.

La funzione dell' art. 51 c.p., si è detto in dottrina, è quella di governare i *conflitti reali* tra norme extra-penali permissive e norme incriminatrici, di risolvere le situazioni di *abbondanza* di norme applicabili<sup>271</sup>, nelle quali occorrerà scegliere se applicare la norma

---

<sup>268</sup> L'abuso del diritto con funzione scriminante è assai frequentemente richiamato nella manualistica e nei commentari *sub* art. 51 c.p., ed è preso in considerazione negli studi dedicati alla scriminante in esame, tra i quali si segnalano S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, in *L'Indice Penale*, 2010, pp. 531 ss.; F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)* in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1966, pp. 627 ss.; A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008; P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; D. PULITANÒ, *Esercizio del diritto*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990, pp. 323 ss.

<sup>269</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 676; S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 537. *Contra* M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 541 per cui il principio di non contraddizione importa l'eliminazione dell'antinomia attraverso l'eliminazione di una norma, mentre l'efficacia dell'art. 51 c.p. postula la sopravvivenza di entrambe le norme nel sistema e A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 43. Accanto al principio di non contraddizione, altro fondamento dell'art. 51 c.p. può essere rinvenuto nel principio per cui *qui iure suo utitur neminem laedit* (così F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 628; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2009, p. 271), tuttavia, come si è visto già nel primo capitolo, detto principio, se interpretato *con assolutezza*, costituisce la pietra tombale per ogni riflessione sull'abuso del diritto. Nelle pagine a seguire si dà invece per assodata la possibilità astratta *in sede extra-penale* di far ricorso alla categoria, sulla discussione della quale pertanto non si ritornerà.

<sup>270</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 271.

<sup>271</sup> L'espressione è di A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 537.

permissiva o quella proibitiva<sup>272</sup>. Un problema tutt'altro che infrequente nella prassi, posto che, come è stato evidenziato in dottrina, l'espansione del diritto penale, da un lato, e l'evoluzione della società civile, dall'altro, han fatto sì che i tanti autori di reato siano per lo più normali destinatari di discipline sociali in contesto lecito, e che, quindi, si pone il problema di capire dove finiscono i diritti e dove comincia l'illecito<sup>273</sup>.

Non sono pochi i dubbi interpretativi che coinvolgono l'art. 51 c.p., che devono darsi qui necessariamente per presupposti. Tra essi, in particolare, si segnalano, per la loro strumentalità nel discorso a seguire, quello del significato del termine "diritto" nella disposizione in esame e quello dell'individuazione delle fonti del diritto scriminante. Possiamo quindi brevemente ricordare come, secondo l'opinione prevalente rientrano nel concetto di "diritto" rilevante ai sensi dell'art. 51 c.p. non solo i diritti soggettivi propriamente detti, ma anche le facoltà, le potestà, i diritti potestativi, le attività giuridicamente autorizzate<sup>274</sup>. Ciò non pone problemi per il discorso sull'abuso, visto che, come si è detto, tutte le citate posizioni giuridiche soggettive sono in linea di principio "abusabili". L'individuazione delle posizioni soggettive rilevanti dipende poi dalla soluzione di un ulteriore problema, vale a dire la determinazione delle fonti dei diritti scriminanti. Generalmente si ritiene che esse possano identificarsi nella Costituzione, nella legge ordinaria e negli atti aventi forza di legge, nella legge regionale e nelle fonti comunitarie, nei regolamenti, nella consuetudine, negli atti pubblici e di autonomia privata ai quali la legge riconosce l'effetto di produrre situazioni giuridiche soggettive attive (ad esempio i provvedimenti giurisdizionali, gli atti amministrativi, gli atti negoziali)<sup>275</sup>, ma non anche nelle norme penali<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Si pensi, senza voler qui anticipare una casistica sulla quale si ritornerà poi, a una condotta di libera manifestazione del pensiero che realizzi un reato di opinione o un reato a tutela dell'onore o della reputazione altrui, o ai rapporti tra il diritto di difendersi e talune fattispecie penali quali la calunnia (art. 368 c.p.) e il favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), così A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 11.

<sup>273</sup> Così M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pp. 1655 ss. L'Autore propone una lettura anticipata del ruolo dei diritti rispetto all'ordinaria collocazione nello spazio dell'antigiuridicità, per cui «lo statuto dei diritti va anteposto al discorso penalistico, anziché trattato in logica successione rispetto alla tipicità». Nello spazio della giustificazione rimangono così le situazioni caratterizzate da "conflitti di norme", cioè dalla presenza di diritti controversi, problematici, da bilanciare, o di situazioni eccezionali che presuppongono un fatto tipico e lesivo.

<sup>274</sup> Così ad esempio F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 52, e nella manualistica, tra gli altri, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 677, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 271.

<sup>275</sup> Con riferimento alla manualistica, si veda sul punto R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 677, D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2009, p. 261 (per il quale tuttavia fatti o atti giuridici di carattere non normativo quali sentenze, atti amministrativi o negozi privatistici possono rilevare come «presupposto di fatto per il sorgere del diritto» più che come fonti). Ma si veda anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 232, per cui non può essere fonte di diritto scriminante il provvedimento amministrativo, e più ampiamente F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2011, p. 741 ss. Per un approfondimento si rinvia a P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 14.

<sup>276</sup> La norma attributiva del diritto è per definizione una norma extra-penale, in quanto le norme penali non attribuiscono diritti ma, fuori dai confini dei propri divieti, sanciscono esclusivamente spazi di liceità, di condotte permesse perché non vietate. Così, ad esempio, il diritto all'uso di mezzi di correzione nell'educazione della prole (c.d. *jus corrigendi*) non discende dall'art. 571 c.p., ma dalle norme del diritto di famiglia. Per tale precisazione si veda A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., pp. 12 ss.

La circostanza che il permesso di agire contrastante con il reato sia contenuto in una norma extra-penale ha consentito di affermare che l'art. 51 c.p. riproduce il modello delle *norme penali in bianco*, contenendo un *rinvio recettizio mobile* a norme extra-penali integratrici,<sup>277</sup> che in questo caso sono le norme attributive dei diritti.

Occorre, allora, domandarsi come collocare lo stato deontico incerto che caratterizza in sede extra-penale il comportamento abusivo rispetto alla scriminante, per stabilire che cosa accada quando, nel settore di provenienza, possa dirsi che la posizione soggettiva in questione non sia propriamente esercitata, ma *abusata*.

La questione si pone quindi sul duplice livello della lettura dei fatti e dell'interpretazione delle norme: da un lato, si deve stabilire che in un caso concreto un diritto, che potrebbe rivestire funzione scriminante rispetto a una certa fattispecie penale, è stato abusato, dall'altro, si deve valutare quali siano i riflessi sull'applicazione dell'art. 51 c.p.

Con riferimento alla prima questione, l'*individuazione* dell'abuso del diritto non può che rispondere alle logiche già considerate nel primo capitolo. Esso va appurato tutto nel settore di provenienza, posto che, nel discorso in esame, l'*abuso* non è un elemento della fattispecie penale da interpretare per stabilire la sussumibilità in essa di un fatto concreto, ma piuttosto una chiave di lettura di una situazione esistente, da considerare nell'accertamento del reato, per stabilire se il fatto realizzato sia lecito o illecito.

Si è già dato conto nel primo capitolo delle numerose incertezze che si pongono nel qualificare *sub abuso* o *sub esercizio* un comportamento nel settore extra-penale di provenienza, stante la difficoltà della ricostruzione *a priori* dei limiti interni, e dunque del contenuto, delle posizioni giuridiche attive. Va qui aggiunto, tuttavia, come l'interprete chiamato a valutare l'applicabilità della scriminante dell'art. 51 c.p. non debba tanto ricercare e ricostruire l'abuso, quanto capire se si è o meno in presenza di un *vero e proprio* esercizio. L'abuso, quindi, interessa l'interprete se è uno strumento che segnala comportamenti da sottrarre dall'ambito di applicazione dell'esercizio del diritto scriminante.

---

<sup>277</sup> S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 538. Così anche A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, p. 7. *Contra*, rispetto alla definizione di norma penale in bianco per l'art. 51 c.p. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, op. cit., p. 55, che rileva come nel caso di esercizio del diritto gli effetti scriminanti discenderebbero direttamente dalla norma attributiva sul diritto, a prescindere dalla mediazione dell'art. 51 c.p. V. altresì C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 124.

E ci si riconnette così al secondo problema, quello delle conseguenze dell'abuso del diritto con funzione scriminante. A tal riguardo, la dottrina ha evidenziato come ciò che scrimina il fatto tipico non sia l'*esistenza* di un diritto a livello teorico-astratto, ma il suo *esercizio*, e dunque la prospettiva dinamica di attuazione di una legittima facoltà del soggetto<sup>278</sup>. La scriminante dell'art. 51 c.p. scrimina la condotta esercitata *secundum jus*, ma non la condotta che esce dai confini del diritto esercitato.

Conferma di ciò verrebbe, del resto, anche dai lavori preparatori al Codice Penale, nei quali può leggersi che «l'esercizio del diritto intanto discrimina il fatto in quanto si contiene, sia per la sostanza, che per la forma, nei limiti fissati dalla legge e da tutte le altre norme, che, nell'ordinamento giuridico dello Stato, determinano l'esercizio dei diritti soggettivi, onde è evidente che, se tali limiti si oltrepassano, si versa nell'ipotesi dell'abuso del diritto, e si è perciò, fuori dalla disposizione»<sup>279</sup>.

Proprio il rilievo per cui l'ambito di operatività dell'art. 51 c.p. sarebbe limitato solo all'*esercizio* del diritto, ha portato certa dottrina a cassare la categoria dell'abuso del diritto con funzione scriminante<sup>280</sup>.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la constatazione di un'*alterità* tra esercizio scriminante del diritto e abuso non è un buon motivo per disinteressarsi della categoria.

Tale osservazione, seppur corretta, riguarda l'individuazione degli *effetti* ricondotti (o meglio non ricondotti) al comportamento abusivo, una volta constatata la mancata corrispondenza con la fattispecie astratta della scriminante.

Pertanto, se si accetta la possibilità di discutere di abuso del diritto potenzialmente scriminante, secondo l'elaborazione della teoria generale e del sapere civilistico, non dovrebbero esserci remore nei confronti dell'ammissibilità, anzitutto logica, dell'abuso di un diritto *potenzialmente* scriminante.

---

<sup>278</sup> M. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op.cit., p. 664, P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 24.

<sup>279</sup> In questo senso può leggersi nei Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, vol. IV Atti della Commissione, parte II, verbali delle sedute della Commissione libro I del Progetto. All'epoca di emanazione del Codice Penale si era avanzata la proposta di inserire anche la locuzione "salvo che la legge disponga diversamente". Tuttavia un tale inserimento era stato ritenuto superfluo «perché, quando l'esercizio di un diritto, sia pure nelle sue esteriori realizzazioni, non è conforme a legge, costituisce un abuso del diritto, e non rientra nella previsione». Così nei *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale, vol. V Progetto definitivo di un nuovo Codice Penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte I, Relazione sul Libro I del Progetto*.

<sup>280</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 36 argomenta: «l'esercizio di un diritto non può rappresentare contemporaneamente anche un abuso, e, quindi, fuoriuscire dall'area di operatività dell'art. 51 c.1 c.p., poiché se l'agente compie il fatto entro i confini di un diritto vengono integrati gli estremi dell'art. 51 c.1 c.p., mentre se, invece, codesti limiti sono oltrepassati il soggetto si colloca all'esterno della scriminante».

In altre parole: se si acconsente a che possano darsi *modalità abusive di esercizio del diritto* nel diritto civile, non vi è ragione per negare che queste modalità possano venire in rilievo, in termini di raffronto, quando si considera un concreto episodio di *uso* di un diritto che va a porsi in contrasto con una previsione penale, cioè un diritto che potrebbe essere invocato con funzione scriminante.

### 3. I limiti interni ed esterni del diritto scriminante.

Se vi è una tendenziale concordanza nell'affermare che la scriminante dell'art. 51 c.p. contempla l'esercizio, e non l'abuso, di un diritto<sup>281</sup> e che chi travalica i limiti interni del diritto scriminate «abusa del diritto e pertanto non può beneficiare della scriminante di cui all'art. 51 c.p.»<sup>282</sup>, non vi è tuttavia una veduta comune su quali siano i confini dell'esercizio – proprio, o fisiologico- del diritto, rilevanti per circoscrivere l'operatività della scriminante in questione.

Non è allora difficile intuire come, in fondo, il problema dell'abuso del diritto scriminante non sia che il risvolto del problema principale che affligge l'applicazione della causa di giustificazione in esame, vale a dire «*l'esatta determinazione dei contenuti, e dei modi di esercizio, del diritto rilevante ai sensi dell'art. 51 c.p.*»<sup>283</sup>.

Questi ultimi, anche nel diritto penale, sono tradizionalmente distinti in limiti *esterni* ed *interni*<sup>284</sup> (dove i primi sono espressi dalla necessità di tutelare *interessi ulteriori*, in base a norme diverse da quella attributiva del diritto, e i secondi dall'*essenza* del diritto stesso<sup>285</sup>) sebbene poi, a ben vedere, entrambi concorrano a qualificare lo spazio del lecito e quindi dell'esercizio legittimo del diritto<sup>286</sup>.

Dobbiamo, quindi, riproporre, anche in questa sede, le considerazioni, già svolte nel primo capitolo, sul tasso di discrezionalità della definizione dei confini dell'esercizio del diritto.

Appare evidente che tanto l'individuazione dei suoi limiti esterni, quanto quella dei limiti interni, sarà sempre e comunque il frutto di un'*attività interpretativa* delle norme ulteriori o della norma attributiva del diritto. La

---

<sup>281</sup> Per tutti si veda A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., che in più punti ricorda come l'abuso del diritto corrisponderebbe all'«*esercizio di un non diritto*».

<sup>282</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 685. In modo analogo: «si superano i confini dell'esercizio scriminante e subentra un'ipotesi di abuso del diritto ricadente al di fuori della sfera di operatività dell'art. 51» in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 273.

<sup>283</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 27. V. anche A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit., p. 286.

<sup>284</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 664; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 544.

<sup>285</sup> A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit., p. 286. V. anche F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 664.

<sup>286</sup> S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 543.



discrezionalità di tale attività, come ovvio, sarà condizionata innanzitutto dal *tipo di fonte* che contiene la norma da interpretare, e dunque dalla maggiore o minore elasticità di questa.

L'operazione ermeneutica di individuazione dei limiti interni sarà allora più agevole per i diritti attribuiti da *norme ordinarie*, che sovente enunciano nella disposizione i casi e le condizioni del loro riconoscimento, piuttosto che per i diritti e le libertà espresse da *norme costituzionali*, caratterizzati da disposizioni di portata ampia e generalizzante<sup>287</sup>.

Quanto ai limiti esterni, posti da norme a tutela di altri interessi, l'interpretazione gioca un ruolo fondamentale nella ricostruzione dei rapporti tra esse, ad esempio laddove sia chiamata a valutare se l'intento del legislatore è stato quello di potenziare o depotenziare la portata applicativa del diritto<sup>288</sup>, o a tracciare i confini tra i diritti costituzionali, che possono essere limitati dal riconoscimento di interessi del medesimo rango.<sup>289</sup>

Tra i limiti all'esercizio del diritto meritano attenzione particolare quelli posti ad opera della *legge penale* stessa.

La limitazione di un diritto da parte della legge penale può avvenire da parte di norme caratterizzate da locuzioni quali "*nei limiti stabiliti dal diritto penale*", "*sempre che il fatto non costituisca reato*", "*nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico*"<sup>290</sup>.

La dottrina ha chiarito come, per i diritti posti dalla legge ordinaria, è generalmente ammesso che la legge penale limiti e finanche sopprima gli stessi<sup>291</sup>, e che, a ben vedere, in questi casi non si chiama in causa l'applicabilità della scriminante dell'art. 51 c.p., essendo la soluzione del rapporto tra norme predeterminata già *nel dato legislativo*, senza necessità di alcun bilanciamento rispetto alla situazione concreta, e venendo in rilievo semplicemente una condotta che viola un divieto ed integra un fatto tipico<sup>292</sup>.

Quanto ai diritti costituzionalmente garantiti, *limiti penali* possono essere introdotti in attuazione delle stesse previsioni costituzionali (si pensi ad esempio alla libertà di associazione dell'art. 18 Cost., valevole "per i fini che non sono vietati dalla legge penale"). In mancanza di una loro espressa previsione nella Carta, essi

---

<sup>287</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, op. cit., p. 26 e p. 28 reca l'esempio del preciso art. 896 c.c. (Recinzione di rami protesi e radici) che riconosce al vicino il diritto di tagliare i rami e le radici che, provenendo dal fondo vicino, vengono a insistere sul suo, nel rispetto dei regolamenti e degli usi locali, così chiarendo cosa possa essere tagliato e a quali condizioni, e dell'art. 40 Cost. che prevede genericamente il diritto di sciopero, senza prendere netta posizione in materia di sciopero a fini non contrattuali, forma di esercizio del diritto che è confluita all'interno del contenuto della norma ad opera della progressiva estensione di esso operata da dottrina e giurisprudenza.

<sup>288</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 27 fa l'esempio del diritto riconosciuto ai cacciatori di accesso nei fondi privati non recintati (art. 842 c.c.) e dei limiti ad esso posti dalla successiva l. 157/1992 che prevede aree e periodi per l'esercizio dell'attività venatoria.

<sup>289</sup> Si veda, tra gli altri, G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 261.

<sup>290</sup> Così A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 126. L'Autore parla di una "mutua esclusività" tra fattispecie penale e diritto extra-penale. Ma v. anche F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 628 ss. Secondo l'Autore «se è vero che la norma scriminante può circoscrivere la portata applicativa della norma incriminatrice, così è parimenti vero che il diritto può trovare i propri limiti, oltre che nella fonte da cui promana, nella stessa legge penale». G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, op. cit., p. 139 ricorda come i confini del diritto di proprietà vengono tracciati anche dalle norme penali che vietano taluni modi di disporre delle cose.

<sup>291</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 666.

<sup>292</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 126.

devono comunque presentare un fondamento costituzionale<sup>293</sup>, dato dall'esigenza di tutelare beni di pari rango<sup>294</sup>, coerentemente all'idea per cui siano i principi costituzionali ad individuare sia gli interessi penalmente protetti dalle norme incriminatrici sia gli interessi antagonisti tutelati attraverso le norme scriminanti<sup>295</sup>. La presenza di limiti penali a diritti costituzionalmente garantiti impone anzitutto di escludere che si versi in un caso di radicale incompatibilità tra diritto e reato, che comporti l'illegittimità del ricorso alla sanzione penale<sup>296</sup>, il che avviene quando la norma penale, ricomprendente il comportamento di esercizio del diritto, abbia un ambito di applicazione ulteriore non riconducibile all'esercizio del diritto costituzionalmente garantito<sup>297</sup> e quando l'incriminazione punisca forme o conseguenze dell'esercizio del diritto offensive di beni meritevoli di tutela<sup>298</sup>.

I limiti penali, come si vedrà in seguito, impongono di valutare quando si ponga il problema di un'alternatività tra *modalità di esercizio del diritto e divieto*, nel senso che è il legislatore a monte ad aver cristallizzato in una norma penale una particolare modalità di uso del diritto lesiva di altri beni meritevoli di tutela, fissando un bilanciamento in cui l'interesse sotteso al diritto risulta soccombente (è il caso, a nostro avviso, dell'incendio di cosa propria dell'art. 423 c. 2 c.p., in cui la libertà del proprietario cede il passo alla tutela

---

<sup>293</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 666 e p. 667. Si osserva che, al fine della limitazione penale all'esercizio del diritto, appare indispensabile una previa definizione del diritto, poiché, a seconda che un fatto rientri o non rientri nel diritto costituzionalmente garantito, varia il potere del legislatore ordinario circa la regolamentazione del medesimo, in quanto il legislatore «non può apporre limiti esterni che non siano già in qualche modo ricavabili dall'ordinamento costituzionale».

<sup>294</sup> Si veda A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 57, per cui i limiti all'esercizio del diritto scriminante «non potranno mai ritenersi posti dal diritto penale o dalla stessa fattispecie incriminatrice, in quanto, di per sé, il diritto costituzionale non può tollerare dei limiti esterni che promanano da un ordinamento giuridico ordinario e di rango inferiore all'ordinamento superiore di cui esso fa parte (...) non va però sottaciuta l'evenienza in cui la fattispecie ordinaria incriminatrice contempra nello spettro della propria oggettività giuridica un diritto od un interesse di preminenza costituzionale». Parlano di «tutela di contro interessi anch'essi di rango costituzionale e prevalenti sulla libertà stessa» F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 751.

<sup>295</sup> Va d'altronde segnalato come lo schema delle cause di giustificazione sia stato ritenuto «la porta privilegiata» per l'accesso nel sistema penale degli interessi socialmente emergenti, che possono trovare appiglio in Costituzione. È stato evidenziato che attraverso le scriminanti si instaura un meccanismo di «dinamismo oppositivo» tra opposti interessi, capace di assicurare vitalità al sistema più di quanto possano fare le innovazioni incriminatrici. Così si possono evidenziare due fasi di operatività delle libertà costituzionali sul piano delle scriminanti. In una prima fase esse sono servite quali strumento di liberalizzazione del Codice del 1930, facendo penetrare i nuovi valori costituzionali in un sistema penale di impronta autoritaria. In una seconda fase, invece, si è assistito ad un processo di segno opposto, nel quale i valori costituzionali hanno mostrato una nuova tendenza a fungere essi stessi da limite alle cause di giustificazione che mettono in pericolo esigenze repressive costituzionalmente fondate, in quanto poste a tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Così F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, op. cit., p. 1036 ss. Si veda anche C. ROXIN (a cura di S. MOCCIA), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2009, p. 60 ss. secondo cui «con le cause di giustificazione la dinamica dei mutamenti sociali penetra dunque nella teoria del reato. Un sequestro di persona, una violazione di domicilio o una lesione dell'integrità fisica restano sempre uguali, a prescindere dal fatto che possano anche venir considerate irrilevanti o socialmente adeguate. (...) Ma le ragioni per le quali è consentito arrestare un uomo, entrare in una casa o provocare una lesione dell'integrità fisica, cambiano continuamente».

<sup>296</sup> V. ad esempio la sentenza Corte Costituzionale n. 290 del 27.12.1974.

<sup>297</sup> Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 262.

<sup>298</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 2007, pp. 701 ss.

della pubblica incolumità), dai casi in cui si pone un problema di applicazione dell'art. 51 c.p. perché le norme - autorizzante e incriminatrici - sono al contempo operanti rispetto al singolo caso concreto (è il caso, a nostro avviso, della diffamazione dell'art. 595 c.p.), ed è rimesso al giudice il compito di effettuare un *bilanciamento degli interessi* tutelati dalle norme in conflitto<sup>299</sup>, attraverso un'*interpretazione teleologica* volta a individuare le *rationes* della norma penale e della norma permissiva e a valutare la prevalenza dell'una o dell'altra nella vicenda concreta<sup>300</sup>.

È chiaro che la soluzione del conflitto individuata in questo secondo gruppo di ipotesi è sempre una soluzione contingente<sup>301</sup>, ritagliata per il caso di specie, che non riguarda in astratto il rapporto tra norma permissiva e norma incriminatrice<sup>302</sup>, e circoscrive la portata applicativa delle norme rispetto al caso concreto<sup>303</sup>, rimanendo destinata, se convincente, ad essere richiamata in occasione di futuri casi analoghi.

---

<sup>299</sup> Così F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., pp. 628 ss.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, op. cit., p. 325.

<sup>300</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 677. F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, op. cit., p. 1049. Si ricordi che «la decisione giuridica e giudiziaria non è riposta nella norma di legge esclusivamente, ma rappresenta il culmine di un processo discendente che il pensiero giuridico è sempre costretto a compiere interpretando la norma alla luce del fatto», per cui più ampiamente v. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, Napoli, 2007, pp. 129 ss.

<sup>301</sup> L'espressione è anch'essa di A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 91.

<sup>302</sup> Come è stato efficacemente evidenziato dalla dottrina che negli anni si è occupata dell'art. 51 c.p., non sempre al fine di risolvere il conflitto tra le norme che vengono in gioco è sufficiente il ricorso ai normali criteri di soluzione delle antinomie (vale a dire gerarchia, specialità, cronologia). I criteri di gerarchia delle fonti, successione nel tempo, specialità sono indicati dalla prevalente dottrina per definire il rapporto tra norma autorizzatrice e norma incriminatrice (v. D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, op. cit., p. 260), vi è tuttavia chi osserva che in verità esulerebbero dal discorso sulla scriminante i casi nei quali l'antinomia fra norme possa essere risolta dall'interprete con l'invalidazione o l'implicita abrogazione della norma soccombente alla luce dei suddetti criteri (v. S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 542). Da segnalarsi la tesi per cui «nel conflitto, la norma permissiva prevale sulla norma incriminatrice, a prescindere da (e talora anche contro) l'eventuale applicabilità di qualcuno dei criteri generali di soluzione delle antinomie» sostenuta da A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 40. Non si pone invece un problema di operatività della scriminante dell'art. 51 c.p. nei casi di fattispecie c.d. ad illiceità specifica, nelle quali è espressamente previsto che il fatto non venga commesso nell'esercizio del diritto (l'esercizio del diritto rende il fatto atipico) e nei casi nei quali una delle due norme abroghi l'altra. Così F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 631. D'altro canto il problema di scriminare un comportamento penalmente rilevante ex art. 51 c.p. si pone proprio quando sia la norma permissiva che la norma incriminatrice appaiono applicabili, e dunque non si necessita di considerare il rapporto in astratto tra le norme, ma quello in relazione al fatto concreto. D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, op. cit., p. 260. Così anche A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 25, per cui: «La scriminante prende in considerazione il comportamento concreto, non la situazione astrattamente normativizzata in fattispecie legali».

<sup>303</sup> S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 543. D'altra parte, si è detto che «il momento in cui le antinomie giuridiche sono necessariamente destinate a sciogliersi è quello in cui il giudice si trova a decidere il caso concreto». Così A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 62; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, op. cit., p. 325.

### **3.1. Abuso del diritto potenzialmente scriminante come esercizio improprio sul piano funzionale e modale.**

Come si è visto nel primo capitolo, la funzione dell'abuso del diritto è quella di individuare quelle modalità di esercizio del diritto che costituiscono «esercizio improprio, sul piano funzionale e modale»<sup>304</sup> e che, come tali, non meritano la produzione degli effetti favorevoli connessi all'esistenza del diritto.

Come si sta per vedere, la dottrina che si è occupata della scriminante dell'art. 51 c.p., sebbene nella diversità di posizioni, ha ricostruito i limiti di operatività della stessa valorizzando, quali confini dell'esercizio giustificante, elementi caratteristici del discorso sull'*abuso*, come lo sviamento dell'esercizio del diritto dal suo fine istituzionale, l'adozione di modalità di esercizio censurabili, l'imposizione di sacrifici eccessivi e intollerabili ad altri beni giuridici. Dal canto suo, la giurisprudenza, ha fatto sovente ricorso al concetto di abuso del diritto scriminante per collocare un comportamento fuori dall'art. 51 c.p.

#### **3.1.1. Il problema funzionale dell'esercizio del diritto.**

Nel tentativo di tracciare il *contenuto tipico*<sup>305</sup> del diritto scriminante, una prima categoria di confini individuata è proprio quella dei *limiti funzionali*, cioè le finalità ordinamentali per cui il diritto è riconosciuto<sup>306</sup>.

Tanto sembra coerente con la valorizzazione di quel criterio teleologico, che assume un ruolo centrale per la valutazione dell'abuso nel diritto extra-penale, dato dallo sviamento funzionale del concreto esercizio del diritto rispetto alla finalità ordinamentale.

Tuttavia, il riconoscimento dei limiti funzionali del diritto scriminante, nel diritto penale, è questione ingrovigliata con il problema della presenza di *elementi di natura psicologica* nell'ambito della scriminante dell'art. 51 c.p., e questo rende il ricorso al criterio teleologico alquanto problematico.

Sul punto si registra in verità un ampio dibattito<sup>307</sup>, che si colloca nel problema più generale della presenza di elementi soggettivi nelle scriminanti<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Così si esprimeva la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011 (v. *retro* cap. 1).

<sup>305</sup> Parla del diritto come di una «causa a liceità a condotta nominata» A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 348, invece di causa di giustificazione dal «tipo aperto» C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 124.

<sup>306</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 664.

<sup>307</sup> La ricostruzione delle diverse opinioni sul punto è ben svolta da F. BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Diritto Penale e Processo*, 2001, pp. 495 ss.

È noto infatti che il nostro ordinamento è, secondo l'opinione dominante, improntato al principio di rilevanza oggettiva delle scriminanti, desunto dalla previsione dell'art. 59 c. 1 c.p., per cui le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti.

In base a tale disposizione, che nega rilievo non solo alla volontà dell'effetto scriminante, ma anche all'elemento psicologico minimo della rappresentazione, si conclude che l'unico elemento di rilievo è quello oggettivo dato dal concreto atteggiarsi del bilanciamento degli interessi in gioco<sup>309</sup>.

Secondo altra posizione, tuttavia, non può negarsi *tout court* la presenza di elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti<sup>310</sup>, dovendo valutarsi in base alla singola causa di giustificazione la necessità o meno di un particolare atteggiamento psicologico dell'agente.

All'interno di questo dibattito, con riferimento all'art. 51 c.p., le varie opinioni possono ricondursi a tre posizioni principali.

Un primo orientamento attribuisce una *rilevanza generale* allo scopo dell'azione che si candida a giustificazione, distinguendo la titolarità del diritto dal suo esercizio, e argomentando che l'esercizio del diritto per scopi diversi da quelli per i quali esso è stato attribuito integrerebbe *abuso del diritto* e sarebbe escluso dall'operatività della scriminante<sup>311</sup>. Conformemente all'elaborazione civilistica sul punto, si osserva che, se a un diritto è immanente un certo scopo ordinamentale, esso è tale solo nell'ambito di tale scopo e non può considerarsi esercizio del diritto il fatto che da tale scopo si discosti.<sup>312</sup> Dunque affinché l'esercizio del diritto possa scriminare è necessario che l'agente abbia agito con scopo corrispondente alla finalità avuta di mira dal legislatore nel riconoscere il diritto.

---

<sup>308</sup> Sul tema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione cfr. G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980; F. SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, pp. 1003 ss.

<sup>309</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., 2007, p. 251.

<sup>310</sup> A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit., p. 229.

<sup>311</sup> Si veda M. LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970, pp. 83 ss. secondo cui l'esercizio del diritto, diversamente dall'adempimento del dovere anch'esso previsto all'art. 51 c.p., è un «atto di impulso volontario e libero», per cui si rende necessario rinvenire un limite alla sua capacità scriminante. L'Autore individua tale limite muovendo dalla teoria degli atti di emulazione per affermare che l'esercizio del diritto deve esprimersi con contorni tali da non realizzare uno scopo illecito, essendo altrimenti un mero pretesto per realizzare la violazione della norma penale. Si veda altresì V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, pp. 100 ss. e A. LANZI, *L'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., pp. 34 ss.

<sup>312</sup> S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 543. Si deve segnalare come la corrispondenza tra fine ordinamentale e scopo concreto dell'agente sia elemento necessario, ma non sufficiente, per affermare la presenza dell'esercizio di un diritto. In tal senso F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 750 rileva come il mero fine di esercitare il diritto non valga da solo a ritenere lecita la condotta (così ad esempio non sarà lecita, ma configurerà appropriazione indebita, la condotta del depositario che, pretendendo invano il pagamento del corrispettivo per la custodia della cosa, decida di venderla per soddisfarsi sul ricavato).

Una seconda opinione, specularmente contraria a quella testé riferita, sul presupposto che non esiste una norma che preveda in via generale l'abuso del diritto e in base al principio di rilevanza oggettiva delle scriminanti previsto dall' art. 59 c. 1 c.p. , nega possa darsi rilievo al fine per cui è esercitato il diritto per escludere l'operatività dell'art. 51 c.p.<sup>313</sup>. Tralasciando l'argomento, attualmente superabile alla luce delle considerazioni svolte nel primo capitolo, dell'inesistenza di una norma che preveda in generale il divieto di abuso del diritto, l'intuizione della tesi in esame ruota intorno alla rilevanza oggettiva dell'esercizio del diritto. L'art. 59 c. 1 c.p. consentirebbe di ritenere integrato l'esercizio del diritto a prescindere dall'intenzione di chi agisce, e dalla conformità delle facoltà esercitate con quelle ammesse dagli scopi ordinamentali. In ogni caso, il comportamento sul piano penale sarebbe scriminato, in quanto la rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione comporta che il fatto resti lecito qualunque sia il fine che ha in concreto animato il soggetto nell'esercizio del suo diritto<sup>314</sup>. Diversamente, dando rilievo allo scopo dell'agente si introdurrebbe un «limite di carattere psicologico» che troverebbe il suo limite di operatività nell'art. 59 c.1 c.p.<sup>315</sup>. Così, ad esempio, si osserva, che un giornalista che riferisce fedelmente circostanze lesive dell'altrui reputazione contenute nell'esposizione orale di un perito, realizza un fatto lecito di diffamazione, giustificato dal diritto di cronaca, anche nell'ipotesi in cui egli sia animato in verità dal fine di gettare discredito in campagna elettorale su un avversario politico del giornale per cui scrive<sup>316</sup>.

Una terza posizione, intermedia rispetto alle due presentate, afferma, infine, che lo scopo dell'azione, più che come limite generale, potrebbe avere rilevanza quale limite all'esercizio del diritto solo se previsto, a monte, dalla legge attributiva dello stesso<sup>317</sup>. In questo senso, quindi, l'art. 51 c.p. farebbe riferimento all'ambito operativo del diritto extra-penale, individuato dalle disposizioni che ne attribuiscono la titolarità<sup>318</sup>, sicché il limite funzionale opererebbe laddove previsto quale elemento a «*sicura struttura soggettiva*», come ad esempio accade per il diritto di proprietà e il divieto di atti emulativi dettato dall'art. 833 c.c.<sup>319</sup>, che vieta l'esercizio del diritto dominicale al solo fine di

<sup>313</sup> Questa la tesi di I. CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965, pp. 138 ss.

<sup>314</sup> Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 233.

<sup>315</sup> I. CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 138.

<sup>316</sup> *Ibidem*.

<sup>317</sup> I. CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965, p. 139

<sup>318</sup> C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 115 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 233.

<sup>319</sup> Questa è anche la posizione di F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 751, per i quali ove la singola norma condizioni la propria operatività alla presenza di un certo elemento soggettivo, come nel caso dell'art. 833 c.c., il fine potrà rilevare per paralizzare l'efficacia scriminante della norma, mentre «in assenza di elementi a

nuocere o molestare altri, ovvero per il diritto di accesso al fondo di cui all'art. 843 c.c., che prevede precipue finalità capaci, ove ricorrenti, di scriminare la fattispecie di invasione di terreni o edifici dell' art. 633 c.p.<sup>320</sup>.

La complessità e varietà di situazioni che possono verificarsi, nonché il fondo di verità presente nelle tesi contrapposte, ci induce a spingere più in profondità la riflessione.

Sul punto sono necessarie alcune considerazioni, poiché si registra una commistione tra il problema della *funzione* del diritto esercitato, che è un problema di limite, e gli *scopi personali* perseguiti esercitando il diritto, che è un problema di componente soggettiva.

Cerchiamo, allora, di fare un po' di ordine.

Come si diceva, un orientamento intermedio configura l'esercizio del diritto come una *scriminante mista*<sup>321</sup>, in cui la presenza di un elemento soggettivo, espressivo di un *valore di intenzione*, è richiamato *per relationem* dalla normativa extra-penale, dando così rilievo agli scopi legati all'esercizio del diritto in quest'ultima.

Ci sembra che presupposto del discorso, sia che possa – nel campo extra-penale – distinguersi tra esercizi di diritti per i quali rileva il perseguimento di uno scopo, un atteggiamento psicologico dell'agente, e diritti per i quali l'atteggiamento del soggetto sarebbe neutro.

La dottrina che opina in questo senso dà così importanza, a ben vedere, a due ordini diversi di scopi, che possiamo definire come *scopi vietati* (è il caso del fine emulativo dell'art. 833 c.c.)<sup>322</sup> e *scopi imposti* (è il caso della finalità di costruzione o riparazione del muro, o di recupero di animali e cose dell'art. 843 c.c.).

Si può notare che tra essi vi è una differenza: nel primo caso l'esercizio del diritto (di proprietà) non vede la predeterminazione di un unico fine, ma piuttosto quella di un fine che non può essere perseguito, cioè il fine emulativo; nel secondo caso la norma, imponendo al proprietario di permettere l'ingresso o il passaggio nel suo fondo ad altri, attribuisce una facoltà (di ingresso nel fondo altrui) per alcuni fini specifici individuati, come la riparazione del muro, o il recupero di animali. Ciò non vuole dire che anche nel primo caso il diritto non abbia anche esso una sua *ratio* e un suo scopo ordinamentale (così, ad esempio, per la proprietà si

---

sicura struttura soggettiva, la regola generale dell'art. 59 co.1 comporterà l'irrelevanza del fine in concreto perseguito».

<sup>320</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 129.

<sup>321</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 131.

<sup>322</sup> Osserva F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, op. cit., p. 351 che l'art. 833 c.c. più che indicare lo scopo da perseguire nell'esercizio del diritto di proprietà indica lo scopo vietato.

potrebbe dire che il diritto è riconosciuto al fine di garantire la libertà di godere e disporre dei propri beni, ma detto scopo non è esplicitato nella norma attributiva, rimanendo ricavabile *aliunde*).

L'elemento comune a tali scopi è quello di essere *espressamente* indicati nella norma attributiva della facoltà (nel caso dell'art. 843 c.c.) o comunque, nella *disciplina legislativa* del diritto (nel caso dell'art. 833 c.c.).

Accanto a queste ipotesi di scopi rilevanti previsti nella normativa ordinaria, la dottrina richiama anche ad altri diritti nelle quali la finalità da perseguire nell'esercizio del diritto sarebbe predeterminata a monte, e dunque richiedibile anche nell'accertamento della scriminante, come, ad esempio, lo *jus corrigendi* caratterizzato dallo scopo *lato sensu* pedagogico<sup>323</sup>.

In questo caso, a ben vedere, l'individuazione dello scopo è nella normativa extra-penale, ma *in modo implicito*, e richiede un'opera più intensa dell'interprete nella sua definizione, ad esempio deducendo l'esistenza di un "diritto" di rimproverare, che potrebbe scriminare dal reato di ingiuria (art. 594 c.p., oggi per la verità abrogato ad opera del d.lgs. 7/2016), al fine di educare, dalla disposizione dell'art. 30 Cost., per cui «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

Ora, se l'individuazione dell'elemento soggettivo passa dalla valorizzazione dello scopo imposto o vietato, *esplicito* nel dato legislativo già alla luce di un'interpretazione letterale, alla valorizzazione dello scopo *implicito*, ricavabile alla luce di un'interpretazione teleologica, e si ritiene che anche esso debba combaciare con l'elemento psicologico dell'agente, si assiste a un annacquamento della capacità selezionante del criterio *per relationem* della rilevanza degli elementi soggettivi nell'esercizio del diritto.

E se a ciò si aggiunge, nei diversi settori del diritto extra-penale, l'idea alla base del divieto di abuso del diritto per cui ogni diritto ha la sua *ratio*, e dunque il suo scopo, che ne segna il limite interno, non si può che concludere che la presenza di una componente soggettiva rintracciabile nella disciplina del diritto, da eccezione, diventi regola.

In altre parole: affermando una corrispondenza tra scopo del diritto rintracciabile nella normativa extra-penale e presenza di un elemento soggettivo nella scriminante dell'art. 51 c.p., quando si aderisce alla lettura teleologica delle norme extra-penali, presupposto dell'abuso del diritto, la valutazione di elementi soggettivi nella causa di giustificazione

---

<sup>323</sup> F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, op. cit., p. 352.



dell'art. 51 c.p. non è più *eventuale*, «a seconda che questi siano o meno previsti dal dettato delle norme oggetto di rinvio»<sup>324</sup>, ma *costante*.

Dovrebbe allora il giudice, in ogni caso, per riconoscere l'operatività dell'art. 51 c.p., verificare la coincidenza tra lo scopo dell'agente e la *ratio* del diritto?

Non ci sembra che possa giungersi a queste conclusioni, ritenendo che la constatazione dell'esistenza ordinamentale di un limite funzionale del diritto, e dunque la possibilità del suo abuso, debba tradursi, ai fini della giustificazione penale, necessariamente in uno sforzo positivo di accertamento di un elemento soggettivo intenzionale rivolto all'interesse sottostante al diritto.

Si è visto, nel primo capitolo, come l'abuso del diritto sia un esercizio improprio del diritto sul piano modale e funzionale, e come la dottrina ricostruisca ormai la categoria non tanto come un problema soggettivo di *animus*, ma piuttosto di *sviamento dalla funzione*, che si accompagna a modalità disapprovabili di condotta, a sacrifici intollerabili<sup>325</sup>.

La strumentalizzazione di un diritto a uno scopo avulso a quello ordinamentale, che è il nucleo dell'abuso del diritto, non è solo questione del *foro interno*, ma ha una sua oggettività, data dalla produzione di un risultato disapprovato dall'ordinamento, in quanto non coincidente con la funzione di tutela dell'interesse per cui il diritto è stato riconosciuto. Affermare che a un diritto è immanente un certo scopo, come fa la dottrina dell'abuso del diritto, vuol dire valorizzare la *ratio* e l'interesse sotteso al diritto, non l'atteggiamento psicologico dell'agente.

L'individuazione di un limite funzionale del diritto, allora, più che imporre una valutazione degli scopi soggettivi dell'agente, richiede l'accertamento dell'esistenza, nel caso concreto, della rispondenza della condotta all'interesse tutelato dal diritto, a cui l'ordinamento accorda prevalenza attraverso l'art. 51 c.p.

---

<sup>324</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale proredito*, op. cit., p. 132.

<sup>325</sup> In questo senso, a compendio di quanto riferito nel primo capitolo, v. G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, pp. 111 ss., per cui si registra la «tendenza, ormai del tutto univoca in dottrina, a considerare il divieto dell'abuso come una fattispecie oggettivata, la cui operatività prescinde dalla presenza e dalla prova dell'intento riprovevole o comunque illecito in capo a chi l'abuso pone in essere» (p. 111 e p. 112). L'Autore ricorda inoltre come «è la stessa sentenza Renault a riconoscere la natura oggettiva dell'abuso, affermando la necessità che la valutazione in ordine alla sussistenza dell'abuso prescinde da ogni indagine sulla presenza di un *animus nocendi* (...). È l'obiettivo divergenza tra l'interesse tutelato dalla norma e la finalità sottesa alla sua attribuzione a connotare in termini di abusività la condotta. In altri termini, ai fini del giudizio di abusività non conta l'aver voluto danneggiare colui che subisce la condotta abusiva, bensì l'aver fatto uso del diritto riconosciuto per il perseguimento di scopi che, in ragione della complessiva attività posta in essere, appaiono diversi da quelli per cui realizzazione il diritto è riconosciuto dall'ordinamento» (p. 113).

Cerchiamo dunque di precisare le nostre conclusioni sul limite funzionale, riprendendo quanto fin qui detto.

La fattispecie scriminante, si è chiarito, è l'*esercizio* del diritto. Ciò sia in base a un'interpretazione letterale (l'art. 51 c.p. parla di "esercizio"), sia in base a un'interpretazione teleologica, ancorata tanto sull'*intentio* del legislatore storico, quanto, soprattutto, sulla *ratio* della norma che è accordare prevalenza, nel conflitto tra interesse tutelato dal diritto e interesse tutelato dalla norma penale, al primo di essi.

Riconoscere un limite funzionale come limite interno di ogni diritto non significa imporre al giudice di vagliare la corrispondenza dell'animo dell'agente con quel limite, ma piuttosto di valutare la ricorrenza, nel caso concreto, dell'interesse fondante il diritto.

Riprendendo l'esempio del giornalista che esercita – diremo, correttamente - il diritto di cronaca, raccontando fatti lesivi della reputazione di un avversario politico della sua testata editoriale, non può che convenirsi sull'indifferenza e neutralità del fine personale perseguito nell'esercizio del diritto, sia esso quello di informare, di vendere un maggior numero di copie, di ottenere una promozione, o, persino di offendere la reputazione di un avversario politico.

Ci sembra condivisibile l'idea che, in assenza di un elemento che esplicitamente lo imponga, non sia necessario un accertamento in positivo della finalità personale coincidente con la volontà di esercitare il diritto, per ritenere integrata la scriminante in questione, qualora essa sia oggettivamente presente: diversamente, si finirebbe per introdurre un limite in via interpretativa non desumibile dall'art. 51 c.p.<sup>326</sup>.

Inoltre, non ha asilo nel nostro ordinamento l'idea per cui non può essere «conforme al diritto una condotta che, secondo la rappresentazione dell'autore, costituisce realizzazione di un delitto»<sup>327</sup>, né è richiesto che l'agente si renda conto di essere in presenza di una situazione giustificante, e che debba essere motivato dalla realizzazione di una condotta lecita<sup>328</sup>.

Il disinteresse del giudice penale per lo scopo soggettivo del giornalista che sta esercitando il diritto di cronaca, tuttavia, non significa che il diritto di cronaca non abbia una sua *ratio* o un *limite interno funzionale*, dato dall'interesse della collettività all'informazione diffusa, che è ciò che consente di affermare che di "cronaca" possa parlarsi.

---

<sup>326</sup> I. CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 138 osserva come «il fine di esercitare il diritto» non sia «elemento costitutivo necessario della scriminante in esame».

<sup>327</sup> K. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione, problemi di teoria dell'illecito penale*, op. cit., p.77.

<sup>328</sup> F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, op. cit., p. 340 ss.

A ben vedere questo vale anche per le ipotesi di diritti (o meglio, di poteri e facoltà) citati in precedenza. Anche qualora si stia discutendo della giustificabilità della condotta di ingresso abusivo nel fondo altrui ex art. 637 c.p.<sup>329</sup>, il giudice non dovrà domandarsi tanto se l'agente era mosso dal desiderio di riparare il muro piuttosto che da altri atteggiamenti emotivi, ma se la condotta tenuta, testualmente, "era necessaria" a quello scopo: sarà difficile riconoscere l'operatività della scriminante in assenza del muro da riparare.

Parimenti, con riferimento allo *jus corrigendi*, pure preso ad esempio come diritto accertabile in chiave soggettivista, in dottrina si è osservato che, se si considera la mancata configurazione della scriminante nel caso dell'insegnante che punisca l'alunno non in una prospettiva educativa, ma per malanimo, la giustificazione non opera per l'assenza di una componente soggettiva, bensì per il superamento di un limite interno dello *jus corrigendi*, quello per cui l'atto correttivo è ammesso *solo* in funzione dell'educazione del minore<sup>330</sup>.

Un limite funzionale, dunque, può essere valorizzato nei termini in cui serve per dare rilievo alla presenza dell'interesse sotteso al diritto, più che a scopi soggettivi.

Questi, se si ammette la cedevolezza dell'art. 59 c.1 c.p., potranno essere valorizzati dove sia richiesto un loro accertamento positivo anche in sede extra-penale per integrare il diritto (si pensi all'*animus aliena negotia gerendi* nel caso di un reato commesso esercitando una *negotiorum gestio*<sup>331</sup>), ma a prescindere dal limite funzionale del diritto.

I precipitati di tale distinzione sono i seguenti.

Distinguendo l'accertamento della funzione del diritto dall'accertamento dell'*animus* dell'agente, si può dare il corretto peso all'*animus* dell'agente, qualora ci si voglia interessare ad esso. Laddove il diritto sia esercitato esplicitando la sua funzione, l'esistenza di un *animus* soggettivo diverso o ulteriore rispetto all'intenzione di esercitare il diritto, rivolto ad altri scopi o attraversato da pulsioni contrastanti, non sarà sufficiente a espungere la condotta dall'orbita dell'art. 51 c.p. (così è nell'esempio della diffamazione). Al contrario, l'*animus* rivolto all'esercizio del diritto potrà essere indice della funzionalizzazione della condotta al perseguimento dell'interesse sotteso al diritto, posto

---

<sup>329</sup> Si lascia per ora volutamente da parte il problema, su cui ci si soffermerà in seguito, del rilievo del diritto come elemento del tipo (nel caso dell'art.637 c.p. è punito come ingresso abusivo quello eseguito "senza necessità") o come diritto scriminante ex art. 51 c.p., su cui *infra*.

<sup>330</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., pag. 44. Allo *jus corrigendi* si fa riferimento ora in termini quasi profani al solo fine del discorso sulla funzione dei diritti, rinviando al cap. 4 per una sua più dettagliata descrizione in uno al discorso sulla fattispecie di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.):

<sup>331</sup> Riconduce la *negotiorum gestio* all'art. 51 c.p. F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, op. cit., p. 74.

che l'intenzione si traduce in un coefficiente di idoneità al risultato avuto di mira<sup>332</sup> (tanto avviene, come si vedrà, con riferimento al rapporto tra calunnia e diritto di difesa).

Il perseguimento di uno scopo diverso dallo scopo del diritto non è sufficiente da solo a vanificare la funzione del diritto, se presente. Può semmai rilevare uno scopo vietato, quando la legge extra-penale prevede espressamente che un certo diritto non può essere esercitato per un certo scopo. Tuttavia, nel silenzio della legge sull'individuazione degli scopi non consentiti, l'operatività della scriminante non può essere negata in via interpretativa, stante l'incertezza sugli scopi disapprovati (tutti gli scopi diversi dalla *ratio* del diritto? Solo quelli che coincidono con un'offesa penalmente rilevante? Solo quello della norma penale concretamente violata?).

Certamente anche la valorizzazione della *funzione* come limite del diritto comporta tutte le criticità di una definizione giurisprudenziale ineludibilmente ampia, non esistendo, come si è visto nel primo capitolo, un catalogo delle *rationes* per le quali i diritti sono stati attribuiti, ed essendo la loro individuazione, e il loro accertamento, sempre il frutto di un'opera ermeneutica di norme e fatti. Essa, tuttavia, è implicita nella ricerca, nel caso concreto, dell'interesse che domanda l'applicazione della scriminante, che è momento logicamente antecedente a quello della ponderazione del suo peso.

L'accento posto sul perseguimento dell'interesse a cui l'ordinamento accorda prevalenza, che è ciò in cui, in fin dei conti, si risolve il limite funzionale, consente di smascherare le situazioni in cui il diritto è esercitato in maniera strumentale e si risolve, più che in una situazione di esercizio, in una forma di *approfittamento* di un diritto, come è nel caso dell'insegnante che punisce oltre il dovuto l'alunno per malanimo. In questi casi, neanche la rilevanza oggettiva delle scriminanti consentirà di barattare per esercizio quel che esercizio non è.

D'altra parte, l'art. 59 c. 1 c.p., affermando la rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione, dà rilievo alla valutazione di *accettabilità* dell'offesa prodottasi da parte dell'ordinamento<sup>333</sup>, sul presupposto che la condotta dell'agente, pur ledendo un interesse penalmente presidiato, sta perseguendo, o tutelando, un interesse prevalente, che, nel caso dell'art. 51 c.p., è l'interesse sotteso al diritto esercitato. In particolare, l'art. 59 c. 1 c.p. si occupa delle ipotesi in cui chi agisce “non conosca” o “supponga inesistente” una

---

<sup>332</sup> così è osservato, con riferimento al reato, da C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 58.

<sup>333</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 120.

giustificazione esistente, stabilendo che essa vada comunque considerata a favore dell'agente, e da tali ipotesi si ricava, in generale, che l'interprete può prescindere dal momento rappresentativo e volitivo della scriminante.

Applicando tale criterio alla causa di giustificazione dell'art. 51 c.p., il risultato è quello di far prevalere il giudizio di liceità dell'esercizio del diritto su quello di illiceità dell'offesa penalmente rilevante anche nei casi di ignoranza o supposta inesistenza dell'esercizio stesso.

A ben vedere, tuttavia, la mancata conoscenza dell'esercizio del diritto o l'errata supposta inesistenza dello stesso esprimono situazioni diverse da quelli dell'abuso.

Con riferimento all'art. 51 c.p., il "non conoscere" di star esercitando un diritto descrive un problema che non ha a che fare con l'abuso, tratta infatti del caso in cui Tizio tenga un comportamento conforme all'esercizio di un suo diritto senza saperlo.

Il "ritenere inesistente" l'esercizio di un diritto ci sembra possa abbracciare al più l'ipotesi di un *abuso incompleto*, tale nelle intenzioni dell'autore, ma non nel dato fattuale, per cui Tizio potrebbe ritenere per errore di non star esercitando un diritto, o di starlo esercitando *male*, fuori dai suoi limiti, ma esso opererebbe comunque, purché (è qui il punto) si sia oggettivamente nell'ambito del suo esercizio. L'errore di rappresentazione non influirebbe infatti sulla presenza oggettiva dell'esercizio del diritto e sul perseguimento del suo interesse.

Da queste due ipotesi (ignoranza o supposta inesistenza del diritto) differisce la *strumentalizzazione* del diritto a scopi diversi da quelli per cui esso è attribuito, che è il carattere tipico dell'abuso.

Dunque, e per concludere sul punto: la rilevanza oggettiva delle scriminanti non osta a che, applicando l'art. 51 c.p., si dia rilievo al *limite funzionale* del diritto, che richiede al giudice, per qualificare un comportamento come "esercizio" scriminante, di accertare che la condotta tenuta corrisponda all'interesse, contrapposto a quello tutelato dalla norma penale, che giustifica la valutazione di liceità del fatto e fonda l'invocazione stessa della scriminante.

### **3.1.2. Il problema modale dell'esercizio del diritto.**

Accanto al limite funzionale, in dottrina sono stati evidenziati altri confini dell'esercizio del diritto scriminante, desumibili da alcune norme penali che danno rilievo a ipotesi

rispecchianti *modalità abusive* di esercizio del diritto<sup>334</sup>, e che, di conseguenza, espungono dall'orbita della scriminante dell'art. 51 c.p. particolari modalità di condotta.

Tali limiti sarebbero anzitutto quelli imposti dagli artt. 392 e 393 c.p., che prevedono i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, dai quali si ricaverebbe che le legittime pretese di un soggetto non possono essere fatte valere attraverso violenza su cose o persone<sup>335</sup>. Secondo l'impostazione che dà rilevanza a tale limite, dalle norme citate può ricavarsi che il fatto realizzato, per essere lecito, deve essere conforme al diritto sotto il profilo della *compatibilità dei mezzi usati* per raggiungere l'obiettivo<sup>336</sup>, cosicché nell'ambito dell'illecito penale ricadranno anche i fatti realizzati per l'obiettivo ordinamentale, ma con modalità non consentite<sup>337</sup>. Si osserva che, se l'esercizio del diritto abbraccia le manifestazioni corrispondenti al *contenuto* di diritti, la violenza su cose altrui o su persone non è mai - fuori dalle ipotesi di legittima difesa - contenuto tipico di diritti<sup>338</sup>, e dunque non può albergare tra i comportamenti consentiti dalla scriminante.

Ci si divide poi in dottrina nel qualificare detto obbligo di non usare violenza o minaccia per esercitare il diritto come un *limite esterno* dello stesso, volto alla tutela di altri beni, o piuttosto un *limite interno* implicito nel corretto esercizio del diritto preteso o contestato<sup>339</sup>. Il riconoscimento di tale limite, tuttavia, non è pacifico. Il richiamo ai delitti di ragion fattasi per circoscrivere il contenuto dell'esercizio del diritto scriminante non appare pertinente a quanti obiettano la diversità tra *diritti di agire e pretese da far valere in giudizio*<sup>340</sup> e osservano che gli artt. 392 e 393 c.p., più che segnare un limite all'esercizio del diritto, rispondono alla funzione di mitigare il trattamento penale di chi usa violenza su cose o persone in occasione dell'esistenza di un preteso diritto<sup>341</sup>.

Ipotesi simile, considerata in dottrina espressione di una particolare modalità abusiva di esercizio del diritto di proprietà<sup>342</sup> è l'incendio di cosa propria previsto dall'art. 423 c. 2

---

<sup>334</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, pp. 432 ss.

<sup>335</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 685; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 544.

<sup>336</sup> S. MEDIOLI DEVOTO, *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, op. cit., p. 546.

<sup>337</sup> *Ibidem*.

<sup>338</sup> D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, op. cit., p. 325.

<sup>339</sup> V. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit. p. 287. M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 544.

<sup>340</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 25.

<sup>341</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 261 rileva che gli artt. 392 e 393 c.p. non costituiscono un limite alla scriminante dell'art. 51 c.p., ma apprestano sanzione penale per dei comportamenti comunque fuoriuscenti dall'esercizio di un diritto, i quali altrimenti sarebbero puniti secondo altre più gravi previsioni. Così anche F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 751. Anche P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 51 esclude che gli artt. 392 e 393 c.p. possano costituire limite alla scriminante in esame.

<sup>342</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 434.

c.p., che segnerebbe un limite esplicito al diritto dominicale, il quale non può essere esercitato in modo che dal fatto derivi un pericolo per la pubblica incolumità<sup>343</sup>.

Anche a ritenere che tali norme diano rilevanza penale a una modalità abusiva del diritto di proprietà<sup>344</sup>, non ci sembra che queste riguardino in generale il problema dell'abuso del diritto potenzialmente scriminante che cade fuori dall'art. 51 c.p.. Esse possono aver semmai rilievo nel discorso sulla tipizzazione e interpretazione degli abusi penalmente rilevanti, che si prenderà in considerazione nel prossimo capitolo. L'uso di violenza o minaccia nei reati di ragion fattasi, piuttosto che la creazione di un pericolo alla pubblica incolumità nell'incendio di cosa propria, sono oggetti di espliciti divieti, che pongono senz'altro un limite al diritto, ma che danno origine a fatti illeciti. Se quelle previste sono modalità di esercizio del diritto *illicite* per volontà del legislatore, quella stessa identica modalità non potrà porre un problema di scriminante. In altre parole: anche se i comportamenti di incendio di cosa propria o di farsi giustizia da sé, in assenza delle norme penali che li puniscono, potrebbero qualificarsi come un comportamento abusivo, introducendo i reati degli artt. 392, 393, 423 c. 2 c.p. il legislatore li ha vietati e ne ha stabilito il trattamento sanzionatorio. Avrebbe poco senso, a questo punto, rivendicare in sede scriminante la libertà di incendiare i propri beni come esplicazione di un diritto dominicale, o la libertà di minacciare il proprio debitore come esercizio del diritto di credito.

Più pertinente al problema dell'abuso del diritto scriminante è l'osservazione operata da altra dottrina che ne individua l'origine nel *sacrificio intollerabile* imposto dalla condotta di esercizio del diritto a beni giuridici ulteriori<sup>345</sup>. Si è così sostenuto che: «si abusa di un diritto di agire quando l'esercizio del diritto comporta dei costi che, nel caso concreto, sono da giudicare esorbitanti, spropositati, troppo onerosi. L'interesse alla realizzazione della condotta permessa non vale più, allora, il sacrificio oltre il limite imposto»<sup>346</sup>.

Non sempre «fare ciò che si ha il diritto di fare» vuol dire «fare ciò che è giusto fare»<sup>347</sup>, e tenere una condotta giustificata significa appunto «fare ciò che è giusto nelle circostanze date»<sup>348</sup>. L'offesa provocata dall'esercizio del diritto, per perseguire l'interesse a esso

---

<sup>343</sup> A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit. p. 287.

<sup>344</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 434.

<sup>345</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 136.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

<sup>347</sup> A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 327.

<sup>348</sup> A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, op. cit., p. 328.

sottostante, all'interesse tutelato dalla norma penale ha dunque una *misura*<sup>349</sup>, oltre la quale essa diventa gratuita, capricciosa, arbitraria, e non è più giustificata.

Il limite del sacrificio giusto è individuabile attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco.

Si dà atto di come il sacrificio intollerabile imposto ad altri beni giuridici, per altra dottrina, non costituirebbe un problema di abuso, segnando piuttosto un *limite esterno* del diritto, derivante da altre norme che riconoscono altri interessi rispetto ai quali va valutata la prevalenza o soccombenza del diritto esercitato, in base ad un giudizio di bilanciamento<sup>350</sup>.

Come si è detto anche nel primo capitolo affrontando il problema dei diritti fondamentali, poco cambia nel ritenere che il bilanciamento collochi il limite esterno del diritto, e dunque risponda alla domanda sul peso rispettivo di due interessi in gioco, o collochi il limite interno del diritto e dunque risponda alla domanda sul fin dove possa spingersi l'esercizio di quel diritto: sono prospettive diverse per guardare allo stesso problema, che è quello del *contenuto* del diritto<sup>351</sup>.

È comunque un giudizio di bilanciamento che decide le sorti del conflitto tra interesse sottostante il diritto attribuito dalla norma extra-penale e interesse protetto dalla norma penale<sup>352</sup>. Qui il problema ci sembra piuttosto quello di stabilire quando venga in rilievo un bilanciamento astratto dal legislatore, o dalla Corte Costituzionale che, ad esempio chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una norma rispetto alla lesione di un diritto costituzionale, circoscrive la portata del delitto rispetto al diritto, e quando invece sia il giudice del caso concreto a dover soppesare gli interessi in gioco nella singola vicenda.

Si vedrà a breve come la giurisprudenza tenda sovente a collocare il punto di equilibrio degli interessi in gioco nell'offesa *necessaria* (ovvero, *inevitabile*, *gratuita*) provocata all'interesse tutelato dalla norma penale da parte della condotta di esercizio del diritto. Occorre precisare sin da ora, tuttavia, che è opinione ormai consolidata in dottrina l'inesistenza del limite della *necessità* dell'esercizio del diritto scriminante, stante l'

---

<sup>349</sup> Si è detto che: «l'opera dell'interprete, nella costruzione della figura scriminante, deve essere condotta con alquanta oculatezza, perché l'esercizio di un diritto non si risolva nel sacrificio ingiustificato di beni giuridici che possano essere impunemente aggrediti; perché non s'abbia a passare da un'ottica liberale alla velleità licenziosa» in M.G. MAGLIO, F. GIANNELLI, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere; uso legittimo delle armi e di altri mezzi di coazione fisica*, in *Rivista Penale*, 2004, p. 293.

<sup>350</sup> Così F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 750, che distingue «tra *limiti interni*, che derivano dalla stessa definizione del diritto scriminante, e *limiti esterni*, che sono imposti dall'esigenza di salvaguardare interessi diversi da quello che norma attributiva del diritto mira a tutelare» e R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 685.

<sup>351</sup> v. *retro* cap. I.

<sup>352</sup> F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, op. cit., pp. 235 ss. chiarisce plasticamente il concetto: «Nessun diritto – nemmeno il diritto alla vita, che è il più alto nella scala di valori dell'ordinamento costituzionale, ma può soccombere allorché appartenga ad un aggressore e non vi sia altro modo per salvare la vita o un bene di rango equivalente del soggetto aggredito - gode di una tutela assoluta, essendo sempre sottoposto a una serie di limiti che si ricavano dalla necessità di tutelare altri diritti o interessi di rango superiore o equivalente; ma per l'appunto, tali limiti non possono ricavarsi che dal bilanciamento tra l'interesse tutelato dal diritto medesimo e i controinteressi tutelati da altre norme confliggenti - le quali possono, al solito, prevalere o soccombere nel conflitto con la norma attributiva del diritto».



assenza di tale elemento nel dato letterale dell'art. 51 c.p., a differenza di altre scriminanti dove esso è espressamente previsto (si pensi alla legittima difesa ex art. 52 c.p., o allo stato di necessità ex art. 54 c.p.), e ritenendosi che in mancanza di una menzione espressa del limite esso non può essere introdotto in via interpretativa<sup>353</sup>.

#### **4. L'abuso del diritto potenzialmente scriminante nella giurisprudenza. Alcuni esempi.**

Fin qui si è cercato di delineare il problema dell'abuso del diritto scriminante, rifuggendo dalle tentazioni di tipo induttivo che avrebbero spinto a guardare come si orienta la prassi nei suoi confronti<sup>354</sup>. Non si può celare, tuttavia, come, nell'incertezza sui termini concreti entro cui deve svolgersi il contemperamento tra diritto e norma incriminatrice, intervenga in soccorso proprio l'interpretazione giurisprudenziale<sup>355</sup>.

La giurisprudenza riconosce nell'abuso una situazione che cade fuori dalla scriminante dell'art. 51 c.p., affermando ad esempio che: «per la configurazione dell'esimente dell'esercizio di un diritto (...) è necessario altresì che l'attività posta in essere costituisca una corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione; poiché, in caso contrario – si superano i confini dell'esercizio lecito e si configurano ipotesi di abuso del diritto stesso, che ricadono fuori dalla sfera di operatività dell'art. 51 c.p.»<sup>356</sup>.

Si è scelto, all'interno dell'ampia trattazione dedicata ai diritti scriminanti, di prendere in considerazione il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e il diritto di difesa (art. 24 Cost.), consci di come i diritti costituzionalmente garantiti siano quelli che

---

<sup>353</sup> F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 751; I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, op. cit., p. 113; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, op. cit., p. 327: «Se la lesione di interessi penalmente protetti fa parte del contenuto tipico del diritto (poniamo, della libertà di manifestazione del pensiero) per la produzione dell'effetto scriminante non occorre altro».

<sup>354</sup> Si segnala come, in altri settori dell'ordinamento, la scoperta dell'abuso del diritto, in particolare di quello processuale, abbia sollevato un dibattito anche sui rapporti tra dottrina e giurisprudenza e sui rispettivi ruoli. Così G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)* in *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1088 afferma: «i giudici, insomma, non applicano la norma processuale, ma la governano. Se questa è un'evoluzione inevitabile, non possiamo che prenderne atto. Dobbiamo, però, denunciare l'obsolescenza delle norme costituzionali che avevano assegnato al giudice ben diverso ruolo e che su tale presupposto avevano designato una nomina e una carriera di tipo burocratico, quale male si adatta alla loro attuale funzione. Per quanto riguarda il ruolo dei cultori del processo civile, già da tempo ho osservato che dobbiamo abbandonare la pretesa di costruire sistemi e che dobbiamo tornare ai temi in cui i nostri avi insegnavano processura civile, limitandoci ad esporre in forma ordinata e ragionata ciò che risulta dai repertori di giurisprudenza». A ciò ribatte M. F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, op. cit., p. 385 sottolineando l'esigenza di strumenti dottrinari capaci di «offrire sistematicità ad esigenze emerse nella prassi applicativa».

<sup>355</sup> Così T. PADOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., p. 150.

<sup>356</sup> Cass. Pen., Sez. III, 08.05.1996, n. 5889. Nel caso in esame si è ritenuto che abitare un immobile anteriormente al rilascio della licenza di abitabilità non significhi "esercitare" il diritto di proprietà, ma abusare dello stesso.

assumono maggior rilievo nella concreta casistica dell'esercizio del diritto quale scriminante<sup>357</sup>.

Con riguardo ai rapporti tra libertà di espressione (artt. 21 Cost. e 10 C.E.D.U.)<sup>358</sup> e delitto di diffamazione (art. 595 c.p.), concentriamo la nostra attenzione sull'abuso del *diritto di critica*, essendo assai frequenti gli arresti giurisprudenziali dove espressamente si fa riferimento ad un *abuso del diritto di critica* per negare il riconoscimento della scriminante dell'art. 51 c.p.<sup>359</sup>.

Il diritto di critica è la situazione giuridica soggettiva che esprime la libertà di dissentire dalle opinioni espresse dagli altri, sottoponendo a vaglio censorio le altrui tesi, opinioni e condotte<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, op. cit., p. 323.

<sup>358</sup> L'art. 21 Cost. sancisce il diritto per tutti di manifestare liberamente il proprio pensiero attraverso la parola, lo scritto e qualunque altro mezzo di diffusione. La norma recita: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'Autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'Autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo di ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni». Similmente, l'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo stabilisce che «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

<sup>359</sup> Giova precisare che, stante la mole ingente di materiale giurisprudenziale disponibile, dovendo procedere necessariamente a selezione, si è scelto di riferire solo di *sentenze penali* che trattino di *abuso del diritto di critica*. Ciò in quanto ci si prefigge l'obiettivo di studiare come i penalisti si rapportino, più o meno consapevolmente, con l'abuso del diritto potenzialmente scriminante, mutuando quel che è utile dal diritto civile. Nondimeno va segnalato come vi sia una sostanziale conformità nell'elaborazione dei limiti dell'esercizio del diritto di critica nei due rami dell'ordinamento, e dunque nel delinearli degli abusi. Si veda a tal fine *ex multis*: Cass. Civ., Sez. II, 13.07.2010, n. 16387, Cass. Civ., Sez. II, 30.05.2007, n.12727; Cass. Civ., Sez. III, 27.06.2000, n. 8734; Cass. Civ. Sez. III, 07.10.1997, n. 9743 (da segnalarsi in quanto chiamata a pronunciarsi su quello che la Corte di Appello di Bologna qualificava come “un abuso colposo” del diritto alla libertà di critica sindacale); Cass. Civ. S.U., 12.04.2005, n. 7743; Cass. Civ. S.U., 20.04.2004, n. 7505 (entrambe queste ultime pronunciate all'esito di procedimenti disciplinari del C.S.M., e dunque sulla libertà di critica di membri dell'Ordine Giudiziario).

<sup>360</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 690. Chi critica esprime un giudizio personale, una presa di posizione supportata da argomentazioni che collegano fatti e circostanze. Così G. CASSANO, M. SGROI, *La diffamazione civile e penale*, Milano, 2011, p. 146.

Con riferimento a esso, si è assistito negli anni al formarsi di un'opinione consolidata in dottrina e giurisprudenza su quali siano i limiti di esercizio.

Secondo l'opinione tradizionale il diritto di critica è soggetto alle limitazioni elaborate con riferimento al diritto di cronaca<sup>361</sup>, vale a dire i limiti della *verità o verosomiglianza della notizia diffusa*, della *pertinenza* (cioè dell'esistenza di un interesse alla diffusione) e della *continenza* (cioè la correttezza delle espressioni utilizzate), ma con l'adattamento reso necessario dalla diversa natura dell'attività. È evidente, infatti, che, rispetto alla cronaca, tali limiti debbano rimodellarsi tenendo conto della forte presenza della *componente soggettiva* di chi esprime la critica, e dunque il suo pensiero, la sua formazione, il suo modo di vedere le cose<sup>362</sup>. Così, con riferimento al canone di verità o verosomiglianza, nel momento in cui si va ad esprimere un giudizio su un fatto, e non a raccontarlo semplicemente, l'elemento della verità può essere preteso solo nel suo contenuto minimo<sup>363</sup>. A tal proposito, in una sentenza recente<sup>364</sup> i giudici di legittimità ricordano che al

---

<sup>361</sup> Il diritto di cronaca è posto a tutela dell'attività giornalistica mediante la quale si narrano fatti, opinioni e comportamenti altrui (G. CASSANO, M. SGROI, *La diffamazione civile e penale*, op. cit., p. 112). Riconducibile anche essa alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., la cronaca è soggetta a dei limiti sui quali si è formato un orientamento ormai consolidato. La giurisprudenza di legittimità, a partire da una famosa sentenza del 1984, nota come "sentenza decalogo" (Cass. Civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259) i cui contenuti sono stati ribaditi lo stesso anno dalle Sezioni Unite Penali (Cass. Pen. S.U., 30 giugno 1984) ha chiarito che il diritto di cronaca può avere efficacia scriminante rispetto al reato di diffamazione se sono rispettati i tre limiti di verità o verosomiglianza, pertinenza e continenza. In base a tali limiti, un fatto, che se conosciuto determina la lesione dell'altrui reputazione, può essere reso noto purché sia vero, cioè vi sia corrispondenza tra fatto accaduto e fatto narrato, purché rivesta interesse per l'opinione pubblica e purché l'esposizione dei fatti sia improntata a correttezza e non si traduca in una gratuita aggressione dell'altrui reputazione. Limiti particolari sono stati poi ricostruiti dalla giurisprudenza per la cronaca giudiziaria, dove il requisito della verità oggettiva della notizia non impone chiaramente che il giornalista debba verificare il contenuto stesso dell'accusa, poiché altrimenti il suo lavoro verrebbe a sovrapporsi a quello della polizia giudiziaria e della magistratura (così Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 39503; Cass. Civ., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 5657). A riguardo si è affermato che, ai fini dell'efficacia esimente della cronaca giudiziaria, la notizia propalata deve rispecchiare fedelmente il contenuto del provvedimento giudiziario e qualora essa riguardi la fase delle indagini preliminari, debba offrire la fedele riproduzione del contenuto dell'addebito, e che il requisito della continenza dell'esposizione si specifica, con riguardo alla delicata fase delle indagini preliminari e in ragione della fluidità ed incertezza del contenuto delle investigazioni, nel dovere di un racconto asettico, senza enfasi od indebite anticipazioni di colpevolezza (Così Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 39503). Ulteriori indicazioni sulle limitazioni al diritto di cronaca vengono per la pubblicazione di un'intervista con contenuto diffamatorio, per la quale le Sezioni Unite penali hanno stabilito che un'intervista che presenti profili di interesse pubblico (per la rilevanza del personaggio intervistato, per i soggetti coinvolti, la materia in discussione o il contesto dell'intervista stessa) non espone il giornalista all'addebito di un concorso per diffamazione se l'intervista contiene affermazioni lesive della reputazione altrui (Cass. Pen., S.U. 16.10.2001, n. 37140). In generale per una trattazione completa della giurisprudenza sul tema si rinvia a R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 688.

<sup>362</sup> La critica consiste nella manifestazione di giudizi e non nel racconto di fatti obiettivi, essa può essere pertanto essere anche parziale ed ideologicamente orientata: così R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 691. Secondo una massima giurisprudenziale pedissequamente richiamata negli arresti in materia, il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca in quanto «il primo non si concretizza, come l'altro, nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o, più genericamente, di un'opinione che, in quanto tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e comportamenti». Così Cass. Pen. Sez. V, 16 aprile 1993, Barile, m. 194300, richiamata tra le altre, in Cass. Pen., sez. V, 31 gennaio 2011, n. 3372.

<sup>363</sup> In questo senso, allora, è richiesto che «i fatti oggetto della critica non debbano essere strumentalmente manipolati o travisati, essendo sufficiente che venga riportata correttamente l'essenza dell'accadimento o della notizia che costituisce lo spunto per la critica». Così Cass. Pen., sez. I, 4 luglio 2008, n. 35646. Si veda inoltre Cass. Pen., Sez. V, 28 ottobre 2010, n. 4938, per cui «il rispetto della verità del fatto assume, in riferimento all'esercizio del diritto di critica, un limitato rilievo, necessariamente affievolito rispetto alla

giornalista d'opinione può richiedersi di non essere mendace (limite della verità o verosomiglianza), ma non può chiedersi di essere neutro, dovendosi distinguere, così come fa la Corte E.d.u.<sup>365</sup> *statements of facts* e *value judgements*, e quindi “giornalismo che riferisce i fatti” e “giornalismo che formula giudizi di critica politica”. Quanto al requisito di continenza, la Corte di Cassazione si è mostrata alquanto tollerante nel delineare i confini della correttezza del linguaggio critico, ritenendoli superati essenzialmente in presenza di espressioni o giudizi che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasmodino in un vero e proprio attacco personale e in un’iniziativa di discredito in termini generali della persona<sup>366</sup>.

A ben vedere la giurisprudenza individua i limiti del diritto di critica elaborando *indici* a partire dagli elementi concreti che ha a disposizione, e valorizzando dunque dati come la funzione che la concreta manifestazione del pensiero riveste nella realtà sociale, la pleora di destinatari che raggiunge, le qualità professionali o meno del loro mittente, e via dicendo. Di critica con funzione scriminante si discute infatti con riferimento a plurimi rapporti sociali, come si evince dalla giurisprudenza in punto di critica politica<sup>367</sup>, societaria<sup>368</sup>, pubblicitaria<sup>369</sup>, nei rapporti condominiali<sup>370</sup>.

---

diversa incidenza sul versante del diritto di cronaca, in quanto la critica, quale espressione di opinione meramente soggettiva, ha per sua natura carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica». Può accadere di trovare in giurisprudenza anche arresti nei quali il requisito della verità viene disatteso, come laddove si sostiene che «quando il discorso giornalistico ha contenuto esclusivamente valutativo e si sviluppa nell’alveo di una polemica intensa e dichiarata tra opposte concezioni e su tematiche fortemente dibattute, i limiti scriminanti rispetto al reato di diffamazione a mezzo stampa sono quelli della rilevanza sociale dell’argomento e della correttezza delle espressioni utilizzate» Così Cass. Pen., sez. V, 5 marzo 2004 n. 19334. Secondo l’orientamento prevalente, tuttavia, la critica deve pur avere sullo sfondo dei fatti veri, per cui «anche la giurisprudenza che sembra limitare il canone in parola con riferimento all’esercizio del diritto di critica (...) in realtà non esclude affatto il requisito della veridicità del fatto posto a base delle opinioni. Con riferimento a queste ultime soltanto riconosce che, essendo frutto della manifestazione di un punto di vista soggettivo, sia ammissibile un margine apprezzabile di opinabilità». Così Cass. Pen. Sez. V, 08.11.2004, n. 43539.

<sup>364</sup> Cass. Civ., Sez. III, 31 ottobre 2014, n. 4931, con nota di S. TURCHETTI, *Diffamazione e diritto di critica: rientra nel dissenso motivato riferire di procedimenti penali, ancorché risalenti e conclusi senza condanne*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 luglio 2015. La sentenza è occasione per segnalare come l’elaborazione giurisprudenziale dei limiti all’esercizio del diritto di critica prenda corpo, con pari impegno, tanto nelle aule giudiziarie penali quanto in quelle civili, stante la possibilità, per il danneggiato da comportamenti ingiuriosi o diffamatori, di cercare ristoro in entrambe le sedi.

<sup>365</sup> Si veda Corte Edu, *Mengi c. Turkey*, 27 febbraio 2013, ric. n. 13471/05 e n. 38787/07. Nella sentenza citata, pronunciata per la vicenda di una giornalista turca che, criticando dei disegni di legge di modifica di alcuni reati, si era lasciata andare a commenti sulle qualità personali di un professore chiamato a ricoprire il ruolo di “esperto” nello studio della riforma, la Corte distingue tra “giudizi di fatto” e di “valore”, spiegando come, mentre l’esistenza del fatto può essere soggetta a prova, il giudizio di valore non può esserlo, e dunque la richiesta di dimostrare la verità di un giudizio di valore finisce per determinare un effetto dissuasivo sulla libertà di informare.

<sup>366</sup> N. MENARDO, *Sui limiti del diritto di critica politica a mezzo stampa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, p. 929

<sup>367</sup> Con riferimento alla *critica politica*, la giurisprudenza è costante nel ritenere lecito l’utilizzo di *espressioni particolarmente aspre*, attesa la conflittualità dei dibattiti e la necessità di richiamare l’attenzione del pubblico. Notiamo quindi come espressioni dure, capaci di integrare un’offesa alla reputazione, vengono scriminate se tenute in un contesto di critica politica. Così ad esempio, mentre l’attribuzione dell’epiteto “fascista” a un comune cittadino integra il reato di ingiuria (art. 594 c.p., oggi depenalizzato a seguito del d.lgs. 7/2016) o diffamazione (art. 595 c.p.), la stessa è scriminata se rivolta ad un politico di professione, laddove si intende far riferimento a un comportamento ritenuto arrogante e antidemocratico, improntato a scarso rispetto verso gli avversari politici, in modo comprensibile ai più «stante l’esperienza del secolo scorso ancora viva nel ricordo di molti italiani». V. Cass. Pen. sez. V, 20 luglio 2007 n. 29433, riferita in L. ZACHENO, *Alcune riflessioni in merito alla scriminante del diritto di critica*, in *Il Giudice di Pace*, 2011, p.264 ed altresì in V. DURANTE, *Il “caso Allievi”: la diffamazione tra libertà di ricerca scientifica e libertà di critica politica*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, p. 1420 ss. Il concetto in questione è

In giurisprudenza, l'abuso del diritto di critica trova spazio negli argomenti utilizzati per negare l'applicazione della scriminante dell'art. 51 c.p., e dunque la sua nozione si consolida, come prevedibile, intorno al superamento dei limiti di esercizio del diritto.

In particolare, l'abuso cade con il superamento dei limiti della *continenza espressiva*, secondo un principio costantemente ripetuto, per cui «ciò che determina l'abuso del diritto è la gratuità delle aggressioni non pertinenti ai temi apparentemente in discussione, è l'uso dell'*argumentum ad hominem*, inteso a screditare l'avversario politico mediante

---

ben espresso in Cass. Civ. S.U., 12.04.2005, n. 7743, per cui «l'attuale fase della vita politica nazionale è caratterizzata dalla trasformazione del linguaggio nel senso di una maggiore aggressività, se non proprio da un generale e progressivo imbarbarimento del costume e del linguaggio politico, che ha portato a una desensibilizzazione del significato offensivo di certe espressioni e quindi a un ampliamento dei limiti della continenza formale della critica politica». Si veda inoltre Cass. Pen., Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 38437 per cui «in tema di diffamazione a mezzo stampa, qualora la notizia divulgata riguardi atti e comportamenti di uomini politici, il diritto di critica, in quanto estrinsecazione della dialettica democratica, deve essere garantito anche qualora i toni dei giudizi espressi siano aspri e irriverenti, col solo limite del rispetto dei tradizionali canoni dell'interesse pubblico della notizia, della verità dei fatti assunti quali presupposti della critica e della continenza del linguaggio, che non deve trascendere in attacchi personali privi di qualunque giustificazione». Si richiami altresì la sentenza della Suprema Corte su una vicenda nota alle cronache in anni recenti, vale a dire Cass. Pen., Sez. V, 07.06.2006, n. 19509, per cui fu ritenuta integrante esercizio del diritto di critica la frase «Fatti processare, buffone! Rispetta la legge, rispetta la democrazia o farai la fine di Ceausescu e di don Rodrigo» pronunciata da un giornalista *free-lance* nei confronti di Silvio Berlusconi, ritenuta nei limiti della continenza in quanto «l'epiteto "buffone", opportunamente contestualizzato, perde la sua carica lesiva e va comunque inserito nell'ambito della critica politica, che si esprime con toni anche aspri e sgradevoli».

<sup>368</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 11277.

<sup>369</sup> In giurisprudenza la critica commerciale ha margini più stretti della critica politica: la prima, infatti, diversamente dalla seconda, persegue un *fine privato*, quello di far risaltare le doti del prodotto che si pubblicizza, e non può sconfinare in atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 2 c.c., che vieta la diffusione di notizie e apprezzamenti sull'attività del concorrente idonei a determinarne il discredito. Così R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 692. V. ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 11 novembre 2008, n. 42020, in cui si definivano "porcherie" i prodotti di un rivale economico, e ciò viene ritenuto fuoriuscire dal diritto di critica e costituire una semplice invettiva, sottolineando come il giudizio sia espresso aprioristicamente, e non in base a una dimostrazione documentata.

<sup>370</sup> Quanto ai questi ultimi, si può ricordare il caso dell'amministratore di condominio che scriva una lettera ai condomini per rendere noto «il mancato pagamento della quota dovuta per l'adeguamento dell'impianto elettrico dell'edificio» da parte di uno di essi, definito un «anarcoide che intralcia e fomenta e mantiene un comportamento scorretto». Sulla vicenda si è pronunciata Cass. Pen., sez. IV, 10 gennaio 2006, n. 282, con nota di A. MEREU, *Comunicazioni dell'amministratore e profili penali*, in *Immobili e proprietà*, 2006, pp. 277 ss., confermando la condanna dell'amministratore per il reato di diffamazione, in quanto sarebbero carenti i requisiti di verità e continenza che devono essere presenti nella critica. La Corte, pur ricordando come la verità nella critica sia da intendere non con riferimento alla valutazione che si dà ai fatti oggetto di critica, ma con riferimento «ai dati fattuali su cui la critica si esercita», ritiene che nel caso in esame l'amministratore abbia fornito una ricostruzione non vera dei fatti, in quanto il condomino insolvente non avrebbe negato *tout court* il pagamento, ma avrebbe posto alcune condizioni per pagare, quale l'ultimazione dei lavori e l'esposizione in bacheca della fattura della ditta realizzatrice l'impianto. Inoltre si sarebbe superato anche il requisito della continenza, in quanto si sarebbe passati dalla critica del fatto al *discredito della persona* del condomino. Si può citare altresì Cass. Pen., Sez. V, 19 maggio 2010, n.19036, per cui il condomino può segnalare in assemblea cattivi comportamenti di altri condomini rispetto alle cose comuni, purché nel rispetto dei limiti della continenza e della verità del fatto.

l'evocazione di una sua pretesa indegnità o inadeguatezza personale, piuttosto che a criticarne i programmi e le azioni»<sup>371</sup>.

La sentenza citata si pronunciava sul ricorso proposto avverso la condanna per diffamazione (art. 595 c.p.) di un direttore e un redattore del quotidiano "L'Opinione", per un articolo comparso nel 1994 in cui si criticavano con espressioni di dileggio le iniziative dell'allora vicesindaco di Roma per la regolamentazione del traffico urbano. L'articolo (dal titolo "*Tovarish Tocci, inquinato sei tu*") rivolgeva al politico insulti di "*realburinismo*", di "*avere un diesel fumante al posto del cervello*", e lo invitava a reperire finanziamenti per i suoi progetti con i metodi illeciti propri del suo partito. La Corte, confermando la condanna, disattende l'argomento di ricorso per cui tali espressioni sarebbero state espresse nell'esercizio del diritto di critica politica e di satira. Secondo la Corte «chi adopera questo tipo di argomenti, infatti, non può invocare il diritto di critica in nome della democrazia, perché tende a degradare il dibattito politico da un confronto di idee e di progetti a uno scontro tra pregiudizi alimentati dalle contumelie, sottraendo ai cittadini ogni possibilità di effettiva partecipazione politica».

Il collegamento tra abuso del diritto ed *argumentum ad hominem* è una costante che ritorna in gran parte della giurisprudenza, anche civile<sup>372</sup>, che si occupa del problema dell'abuso del diritto di critica.

Nel collegamento tra abuso del diritto di critica, in questo caso politica, e *argumentum ad hominem* altro non vi è che l'accertamento che la critica, trasformatasi in insulto personale, ha tradito la sua funzione che è offrire un punto di vista su un fatto, fornire elementi per un dibattito politico. L'affermazione sembra sotto-intendere: non serve insultare per criticare. La giurisprudenza, approfondendo il rapporto tra diritto di critica e offesa all'altrui reputazione, distingue allora i casi in cui l'esercizio del diritto di critica non offende l'altrui reputazione (risolvendosi in un "dissenso argomentato") e i casi in cui, invece vi sia un'offesa e dunque un problema di scriminante (in presenza di valutazioni negative sulle qualità del destinatario).

---

<sup>371</sup> Cass. Pen., Sez. V, 07.07.1998, n. 7990.

<sup>372</sup> *Ex multis*, possiamo prendere in considerazione Cass. Civ., Sez. III, sent. 17.10.2013, n. 23576, chiamata a definire il processo relativo alle accuse, mosse in una ribattuta A.N.S.A. ad Antonio Tajani, durante la campagna elettorale del 2001 per il Campidoglio, di «svendere l'A.M.A. (...) consegnandola a grandi interessi privati». Nelle pagine della sentenza si afferma infatti: «ciò che determina l'abuso del diritto di critica politica è solo il palese travalicamento dei limiti della civile convivenza, mediante espressioni gratuite, non pertinenti ai temi in discussione, e quindi senza alcuna finalità di pubblico interesse, con l'uso di argomenti che, lungi dal criticare i programmi e le azioni dell'avversario, mirano soltanto a insultarlo o ad evocare una pretesa indegnità personale. Infatti il legittimo esercizio della critica politica, inteso come esimente rilevante anche ai fini della responsabilità civile da ingiuria e/o diffamazione, pur potendo contemplare toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti interpersonali fra privati cittadini, comunque non deve trasmodare nell'attacco personale e nella pura contumelia e non deve ledere il diritto altrui all'integrità morale».

Si afferma, allora, l'idea che la critica può offendere l'altrui reputazione<sup>373</sup>, ma *nella misura in cui* ciò sia necessario o inevitabile<sup>374</sup>.

Nella sentenza che sta per riferirsi veniva in rilievo il comportamento del Sindaco uscente del comune di Mezzanego, in occasione di un comizio nel corso della campagna elettorale per la sua rielezione, accusava due candidati della lista avversaria di essere bugiardi, incapaci di aprire bocca senza dire menzogne, stolti, una banda di denigratori, poiché questi avevano rivolto delle accuse nei suoi confronti per talune opere eseguite. Secondo la Corte di Cassazione, l'uomo «se avesse voluto mantenersi nei limiti di una corretta critica politica, avrebbe dovuto dimostrare la falsità delle accuse rivoltegli in passato, non limitarsi a offendere sul piano personale chi quelle accuse gli aveva rivolto».

Si è detto così che «in realtà la critica negativa dell'operato altrui non è di per sé offensiva, quando sia socialmente rilevante, perché non può considerarsi lesiva della reputazione altrui l'argomentata espressione di un dissenso rispetto a comportamenti di interesse pubblico. L'esigenza di ricorrere al diritto di critica come scriminante, anziché come criterio per l'accertamento della stessa esistenza di un'offesa, si pone nei casi in cui l'espressione della critica comporti *necessariamente* anche valutazioni negative circa le qualità morali o intellettuali o psichiche del destinatario. In questi casi l'*inevitabilità* del collegamento alla critica scrimina l'offesa, che sarebbe illecita, ma solo nei limiti in cui essa è *indispensabile* per l'esercizio del diritto costituzionalmente garantito. Sicché rimangono egualmente punibili quelle espressioni che la giurisprudenza definisce “gratuite”, nel senso di *non necessarie* all'esercizio del diritto, in quanto inutilmente volgari o umilianti o dileggianti. Ciò che rileva, quindi, non è la maggiore o minore aggressività dell'espressione o l'asprezza dei toni, che può anche essere accesa nella critica politica. Ciò che determina l'*abuso del diritto* è la *gratuità* delle aggressioni non pertinenti ai temi apparentemente in discussione»<sup>375</sup>.

L'accertamento della *gratuità* delle espressioni usate non è tuttavia sempre rigoroso, ed è rimesso alla sensibilità dell'interprete, non mancando in giurisprudenza casi in cui, pur in riconosciuta assenza di turpiloquio o linguaggio scurrile, si rinvenivano abusi.

---

<sup>373</sup> Sul rapporto tra critica e offesa alla reputazione si richiama anche Cassazione Civile, Sez. III, 27 aprile 1988, n. 4285: «il diritto di critica, come ogni diritto, deve essere esercitato entro limiti oggettivi fissati dalla logica concettuale e dall'ordinamento positivo. Tuttavia da questo principio non può trarsi l'illusione che la critica sia sempre vietata quando può offendere la reputazione individuale. Occorre invece ricercare un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con l'interesse generale che non siano introdotte limitazioni alla libera formazione del pensiero costituzionalmente garantita».

<sup>374</sup> Cass. Pen. Sez. V, 26.10.2001, n. 38448.

<sup>375</sup> Corsivi nostri. Più e più volte ripreso anche questo passaggio motivazionale nella giurisprudenza successiva, per cui può vedersi ad esempio Cass. Pen. Sez. V, 19.04.2006, n. 13735.

Una ricostruzione alquanto selettiva è svolta dalla pronuncia<sup>376</sup>, con cui si annulla, rinviando al merito, una sentenza di assoluzione dai reati di diffamazione (art. 595 c.p.) e oltraggio a un pubblico ufficiale (art. 341 c.p., abrogato dall'art. 18 della l. 25 giugno 1999 n. 205). Nel caso in esame un avvocato del Foro di Fermo aveva inviato una missiva al Consiglio Superiore della Magistratura, al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Fermo, al Procuratore della Repubblica di Fermo e all'avvocato sua controparte in un giudizio civile, censurando il comportamento di un giudice il quale, in un decreto ingiuntivo, aveva condannato un suo assistito al pagamento di interessi al tasso (alquanto insolito) del 16%. Nella missiva l'avvocato definiva "illegittima" la decisione e richiedeva un'"iniziativa" anche a carattere disciplinare nei confronti del magistrato. I toni della lettera non erano pertanto, come la stessa Corte di Cassazione riconosce, fuori dai canoni della continenza professionale. Non di meno i giudici di legittimità rinvennero nella lettera un'offesa penalmente rilevante a reputazione e prestigio del pubblico ufficiale e nel comportamento tenuto uno sconfinamento dei limiti di esercizio della critica.

Afferma la Corte: «non solo e non tanto il definire illegittimo, e quindi *contra legem*, il comportamento di un giudice nell'espletamento delle funzioni giurisdizionali, tra l'altro riguardo un provvedimento non ancora censurato dai giudici di grado superiore, è da ritenersi lesivo di detti oggetti giuridicamente tutelati, quanto soprattutto l'esprimere detta valutazione negativa non al giudice legittimato al riesame della decisione o al solo organo competente ad emettere provvedimenti disciplinari, bensì ad una pluralità di soggetti, svolgenti, a vario titolo, compiti istituzionali. È evidente che l'esercizio del diritto di critica, anche da parte di un privato cittadino, quale più specifica espressione della libertà di manifestazione del pensiero, è tutelabile fin dove in relazione alla modalità ed ai toni con cui viene posto in essere, non giunga ad essere lesivo dei sopra indicati valori (in ossequio al tradizionale principio generale del nostro ordinamento del divieto di abuso nell'esercizio del diritto soggettivo laddove quest'ultimo comporta violazione dell'altrui sfera giuridica).»

Questa ricostruzione ci sembra criticabile poiché sembra esserci una sovrapposizione tra abuso e fattispecie di diffamazione, che porta a lasciare totalmente da parte il problema della scriminante. Ciò che si apprende è che l'agente, nel ruolo di avvocato, ha inviato un messaggio, ritenuto lesivo della reputazione del giudice che aveva preso una decisione sfavorevole al suo assistito, a più persone, anziché limitarsi ad esperire i rimedi consueti previsti dall'ordinamento giudiziario e dal sistema disciplinare.

Tuttavia la sentenza non prende in adeguata considerazione perché nel far ciò si siano superati i limiti del diritto di critica: posto che, per stessa ammissione della sentenza non sono superati i canoni della continenza, non è chiaro quali sarebbero le modalità e i toni posti in essere che farebbero qualificare la condotta come abusiva.

Tanto segnala il rilievo della giustificazione interna della decisione nella motivazione del provvedimento per ricostruire il ragionamento dell'interprete<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Cass. Pen. Sez. V, 01.10.1997, n. 11399.

<sup>377</sup> «Data la preminenza del fatto, è dal fatto che occorre partire (...) occorre che il giudice metta in evidenza gli elementi della situazione di fatto che sono particolarmente rilevanti per l'applicazione dello *standard* (...) Se lo *standard* implica la valutazione di un comportamento (come nel caso della buona fede), debbono essere indicati gli elementi concreti e specifici del comportamento che possono essere valutati secondo lo *standard*. Se si deve stabilire che un comportamento è imprudente, occorre indicare gli elementi particolari del comportamento che possono considerarsi imprudenti» così M. TARUFFO, *La giustificazione delle*



Gratuità dell'offesa, inevitabilità della stessa, *argumentum ad hominem* sono, quindi, i criteri elaborati “*in chiave generalizzante*”<sup>378</sup> per coordinare l'operatività di due norme (l'art. 21 Cost. e l'art. 595 c.p.) che si caratterizzano entrambe per una portata totalizzante di protezione degli interessi che le sottendono<sup>379</sup>. In mancanza di un bilanciamento legislativo tra esse, la mediazione viene affidata all'interprete, che valuta *in astratto* le condizioni di prevalenza del diritto sul delitto (verità, pertinenza, continenza) e accerta la loro ricorrenza nel caso concreto, tenendo conto degli elementi e del contesto del singolo comportamento in esame<sup>380</sup>.

Il bilanciamento, per definizione, non ha un criterio di risoluzione del conflitto prestabilito e impone al giudice di stabilire a quali condizioni un principio prevale sull'altro<sup>381</sup>.

Il confine tra esercizio del diritto e abuso del diritto di critica viene stabilito dunque nelle aule giudiziarie<sup>382</sup>, tanto da arrivare a pronunce che, pur applicando gli stessi parametri giurisprudenziali, giungono a risultati tra loro potenzialmente discordanti, come è avvenuto allorché sia stato considerato *critica lecita* dare del “solito rimbambito” ad un Sindaco nel corso di un Consiglio Comunale, e sia stato ritenuto *esorbitante dalla critica* definire una persona “un po' tarda di intelletto” all'interno di un libro<sup>383</sup>.

Ci sembra tuttavia interessante sottolineare come la tendenza a valorizzare l'*inevitabilità* dell'offesa all'interno dell'esercizio del diritto di critica e, al contrario, la *gratuità* della stessa per lo sconfinamento nell'abuso, rimandino in qualche modo all'idea di un uso del diritto *strettamente necessario*, in contraddizione con l'affermazione dottrinale per cui, si è detto, la necessità non costituisce un limite per l'applicazione dell'art. 51 c.p.

La stessa tendenza si nota anche nei rapporti tra diritto di difesa (art. 24 c. 2 Cost.<sup>384</sup>, art. 111 Cost.<sup>385</sup>, art. 6 C.E.D.U.<sup>386</sup>) e calunnia (art. 368 c.p.), che passiamo dunque a esaminare.

---

*decisioni fondate su standards*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, p. 275.

<sup>378</sup> A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, p. 30.

<sup>379</sup> *Ibidem*.

<sup>380</sup> N. MENARDO, *Sui limiti del diritto di critica politica a mezzo stampa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, p. 928.

<sup>381</sup> A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, op. cit., p. 34.

<sup>382</sup> L. ZACHENO, *Alcune riflessioni in merito alla scriminante del diritto di critica*, op. cit., p. 263.

<sup>383</sup> Si fa riferimento alle sentenze Cass. Pen. Sez. V 9 luglio 2008, n. 38747 e Cass. Pen., sez. V, 7 marzo 2007 n. 18808, così messe a confronto da L. ZACHENO, *Alcune riflessioni in merito alla scriminante del diritto di critica*, op. cit., p. 266.

<sup>384</sup> Art. 24 Cost.: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi

Così come la libertà di espressione, anche il diritto di difesa è attribuzione caratteristica di uno Stato democratico, annoverato tra i principi supremi dell'ordinamento<sup>387</sup>.

Anche il diritto di difesa può essere abusato. All'abuso del diritto di difesa è d'altra parte riconducibile la figura, elaborata dalla recente giurisprudenza civile, del c.d. abuso del processo<sup>388</sup>, della quale può parlarsi anche con riferimento al processo penale, luogo dove le garanzie difensive dell'imputato sono centrali e di massima rilevanza per la validità del rito.

In questo senso si è pronunciata la Corte di Cassazione Penale a Sezioni Unite nel 2012<sup>389</sup>, sanzionando la condotta dell'imputato che, *senza alcuna giustificazione*, aveva fatto avvicinare ben cinque difensori di

---

istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

<sup>385</sup> Art. 111 Cost.: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

<sup>386</sup> Art. 6 C.E.D.U.: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

<sup>387</sup> Così R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 502.

<sup>388</sup> V. *retro*, cap. 1.

<sup>389</sup> Cass. Pen., S.U., 29.09.2011, dep. 10.01.2012, n. 155. La sentenza argomenta: «l'uso arbitrario della disciplina del termine a difesa trasmoda in patologia processuale quando l'arbitrarietà degrada a mero

fiducia successivamente alla discussione, così da ottenere plurimi rinvii di udienze e dilazionare la durata del processo per raggiungere la prescrizione. L'imputato lamentava la violazione delle garanzie difensive poiché, a suo avviso, di fronte alla ripetuta nomina di nuovi difensori fiduciari, venivano dati termini incongrui a difesa, e infine non erano più stati concessi, in spregio alla lettera dell'art. 108 c.p.p. La Corte di Cassazione, richiamando anche i precedenti civili e sovranazionali, fa riferimento proprio alla figura di abuso del processo, consistente «nell'esercizio 'dannoso' di un diritto, cioè per scopi diversi da quello per i quali è previsto e dunque in uno sviamento della funzione». Secondo la Corte: «colui il quale abusa delle facoltà e dei diritti astrattamente riconosciutigli dall'ordinamento non ha titolo alcuno per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che, in realtà, neppure erano effettivamente perseguiti, sicché devono considerarsi inammissibili le censure di violazione delle norme di garanzia che a detti interessi ineriscono»<sup>390</sup>.

Pur venendo anche qui in rilievo un abuso del diritto di difesa, nella siffatta accezione esso ha una rilevanza processuale (è l'abuso di una precisa facoltà processuale, di un atto processuale) e delle conseguenze interne al rito (nel senso della "disapplicazione" delle garanzie abusate, e della validità delle scelte processuali prese in violazione di garanzie dell'imputato, del quale egli abbia fatto un uso abusivo, per neutralizzare l'abuso). Non ci occuperemo pertanto di questo profilo, volgendo invece lo sguardo alla possibilità di invocare anche il diritto di difesa come diritto scriminante ex art. 51 c.p., e dunque all'individuazione dei limiti del suo esercizio fisiologico.

Nel procedimento penale l'indagato o l'imputato hanno senza dubbio la facoltà di non rispondere o di mentire, secondo il principio per cui *nemo tenetur se detegere*. Tuttavia, si è osservato, solo un'interpretazione grossolana e banalizzante dell'art. 24 Cost. può ricondurre al diritto dell'imputato ad esperire qualsiasi mezzo utile alla sua difesa processuale, comprensiva di calunnie, minacce ai giudici o al p.m., intimidazioni di testimoni, e così via<sup>391</sup>.

Il diritto di difesa ha un *contenuto funzionale* all'instaurazione di un giusto processo, dove siano garantiti il contraddittorio, il diritto alla prova, l'assistenza tecnica, ecc., e non alla legittimazione di qualsiasi condotta che possa favorire chi deve difendersi<sup>392</sup>.

La giurisprudenza in tema di diritto di difesa scriminante dà importanza a questo *limite funzionale*, dimostrando come esso non si riduca a un problema di atteggiamento soggettivo.

---

strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa dal processo, non nel processo: in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio equo celebrato in tempi ragionevoli»».

<sup>390</sup> A commento della sentenza e più in generale della categoria dell'abuso del processo penale si rinvia a P. M. CORSO, *Quale difesa dall'abuso nella difesa?* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, p. 104 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cassazione Penale*, 2012, p. 3596 ss., ed E. M. CATALANO, *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, all. 1, pp. 45 ss.

<sup>391</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 118.

<sup>392</sup> *Ibidem*.

La giurisprudenza di legittimità ammette così la scriminante dell'esercizio del diritto di difesa rispetto al delitto di calunnia (art. 368 c.p.), *purché* l'accusa formulata dall'imputato nei confronti dei suoi accusatori sia connessa all'atteggiamento difensivo volto a negare gli addebiti.

La giurisprudenza, in particolare, fa riferimento alla necessità che il diritto di difesa si attui attraverso *rilievi non esorbitanti l'economia difensiva*. Si richiamano così, ancora una volta, quella corrispondenza tra *dato funzionale e modale* che abbiamo visto caratterizzare l'abuso del diritto, volto a censurare quelle condotte che impongono sacrifici che potrebbero essere risparmiati in vista della tutela dell'interesse per cui il diritto è attribuito. Con riferimento al legame funzionale tra calunnia e interesse alla difesa, la giurisprudenza di legittimità, con indirizzo costante negli anni, ha affermato «il principio di diritto per cui in tema di rapporto tra diritto di difesa e accuse calunniose, nel corso del procedimento instaurato a suo carico l'imputato può negare, anche mentendo, la verità delle dichiarazioni a lui sfavorevoli ed in tal caso l'accusa di calunnia implicita in tale condotta integra legittimo esercizio del diritto di difesa e si sottrae perciò alla sfera di punibilità penale in applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p.», precisando tuttavia che tale principio «subisce una limitazione allorché, travalicando il rigoroso rapporto funzionale tra tale sua condotta e la confutazione dell'imputazione, non si limiti a ribadire l'insussistenza delle accuse a suo carico, ma rivolga all'accusatore, di cui conosce l'innocenza, accuse specifiche, tali da determinare la possibilità dell'inizio di un'indagine penale nei suoi confronti»<sup>393</sup>.

Nel valorizzare questo legame funzionale la giurisprudenza richiama talvolta l' *animus defendendi*, per cui, ad esempio, «integra il reato di calunnia la condotta dell'imputato che non si limiti a ribadire l'insussistenza delle accuse a suo carico, ma rivolge all'accusatore, di cui conosce l'innocenza, accuse specifiche ed idonee a determinare la possibilità dell'inizio di un'indagine penale nei suoi confronti (...) L'implicita accusa di falsa testimonianza e calunnia nei confronti degli accusatori costituisce una conseguenza non voluta e soltanto indiretta dell'atteggiamento difensivo del reo, il cui *animus defendendi* esclude la punibilità del reato»<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> Così Cass. Pen. 4 marzo 2003 n. 9929. V. anche Cass. Pen. Sez. VI, 8 febbraio 2001. Nel caso di specie si ritiene compresa nel diritto di difesa l'accusa di aver ordito «una macchinazione ai suoi danni» rivolta dall'imputato di un procedimento per violazione della normativa giuslavorista ad alcune testimoni, che avrebbero prima sporto una falsa denuncia e poi depono il falso nel corso del processo da questa generatosi. Si vedano anche Cass. Pen. Sez. VI, 4.02.1998; Cass. Pen., Sez. VI, 16.01.1998, n. 1333; Cass. Pen., Sez. VI, 19.07.1995; Cass. Pen. Sez. VI, 2.05.1984.

<sup>394</sup> Cass. Pen. 25 novembre 2005 n. 42719.

Nel caso di specie un agente di Polizia Stradale si era reso autore di una brusca frenata che aveva creato disagio ad un automobilista che stava sorraggiungendo. A seguito dell'episodio, anziché scusarsi, l'agente aveva affiancato l'automobile messa in pericolo, ridendo al suo indirizzo e schernendo l'autista. Questi aveva subito provveduto a presentare un reclamo al Prefetto narrando l'accaduto, atto da cui si era poi originato un procedimento disciplinare a carico dell'agente. Quest'ultimo, allora, aveva denunciato l'automobilista per calunnia e diffamazione. Nondimeno, risultando da più testimonianze che la dinamica dei fatti fosse quella narrata dall'automobilista tramite l'esposto al Prefetto, la Corte di Cassazione confermava la condanna per calunnia dell'agente di Polizia, affermando che questi «nell'esercizio del proprio *jus defendendi*, legittimamente avrebbe potuto negare, anche mentendo, la veridicità di testimonianze a lui sfavorevoli» ma non avrebbe dovuto accusare esplicitamente, presentando denuncia-querela all'autorità giudiziaria, una persona di cui conosceva l'innocenza.

Giova precisare, tuttavia, alla luce di quanto sopra riferito, che l'atteggiamento psicologico del soggetto non rileva come elemento soggettivo da accertare, ma come sintomo della funzionalizzazione della dichiarazione in cui l'*animus* si è estrinsecata<sup>395</sup>.

La tendenza è dunque quella di ricondurre all'esercizio del diritto di difesa le ipotesi di *calunnia implicita*, in cui negando i propri addebiti implicitamente consegna l'accusa di altri soggetti, e al massimo di *calunnia generica*, priva dell'allegazione di elementi specifici a sostegno.

Tale interpretazione limita l'esercizio fisiologico del diritto di difesa fino a farlo coincidere con un nucleo minimo dato, in fin dei conti, dalla possibilità di negare le accuse a proprio carico, senza indicare circostanze a sostegno della propria difesa.

Sembrerebbe quindi che, in questo campo, il *sacrificio intollerabile* che caratterizza l'abuso del diritto di difesa sia il *sacrificio non necessario*. Questa interpretazione finisce quindi per reintrodurre in via interpretativa, nella valutazione dell'*an* e del *quantum* dell'esercizio del diritto, quel requisito di "necessità" dell'esercizio del diritto scriminante che non è previsto legislativamente dall'art. 51 c.p. e che, si è già detto, la dottrina ha ormai escluso.

Si percepisce qualcosa di improprio nella sovrapposizione del giudizio di funzionalità con quello di necessità, posto che ci sembra immaginabile uno spazio logico tra l'uso del diritto che impone un *sacrificio necessario* e quello che impone un *sacrificio intollerabile*. In assenza di criteri prestabiliti, tuttavia, l'individuazione e l'estensione di un simile spazio non può che essere rimessa, di volta in volta, alla valutazione del giudice, mentre

---

<sup>395</sup> D. PULITANÒ, *Calunnia e autocalunnia*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1988, p. 18.

L'annullamento di questo spazio, nella caduta insieme dei due concetti, offre quantomeno un criterio generale per fissare il punto dove inizia l'abuso del diritto.

Non sfugge, tuttavia, come sia altamente discrezionale la decisione su cosa sia effettivamente necessario per difendersi: come è stato osservato in dottrina, l'alternativa "soccombere o mentire" non esclude l'esigenza di rendere minimamente credibile la confutazione delle dichiarazioni a carico<sup>396</sup>.

L'idea che accusare l'innocente sia oltre il limite del diritto di difesa è d'altra parte ricavabile anche dalla previsione dell'art. 384 c.p. che, sebbene esuli dal meccanismo dell'art. 51 c.p.<sup>397</sup>, individua i casi di non punibilità per i delitti contro l'amministrazione della giustizia<sup>398</sup>. L'art. 384 c. 1 c.p. stabilisce appunto, quale

---

<sup>396</sup> V. S. GRILLO, *Efficacia scriminante del diritto di difesa nella condotta calunniosa*, in *Diritto Penale e Processo*, 1998, pp. 1272 ss. Sulla libertà di mentire si segnala N. RIVA, *La libertà di mentire e il diritto alla verità*, in *Sociologia*, 2014, pp. 44 ss., per cui «Con l'espressione "diritto di mentire" si può indicare semplicemente la libertà di mentire (...) oppure qualcosa di più: una libertà protetta quale risulta, ad es., dalla congiunzione della libertà di mentire con un'immunità nei confronti dell'autorità pubblica, per cui essa non dispone del potere di vietare l'azione di mentire».

<sup>397</sup> Si è a lungo discusso della natura giuridica di detta previsione, rubricata "casi di non punibilità". Secondo l'orientamento oggi dominante, accolto da Cass. Pen., S.U. 29 novembre 2007 n. 7208, essa viene collocata tra le cause di esclusione della colpevolezza, rinvenendo il suo fondamento sul criterio dell'inesigibilità del comportamento alternativo lecito. Così M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 61 ss. La scelta per la collocazione dogmatica tra cause scusanti e cause di giustificazione non è priva di conseguenze. Da essa dipende infatti la possibilità di estendere analogicamente la previsione in esame, ad esempio ad altri reati (come i reati di falso), oltre che di avere soddisfazione per gli eventuali pregiudizi civili che possono derivare dalla condotta di chi realizza un fatto di reato dell'elenco dell'art. 384 c.p. Se la norma è una causa di inesigibilità, il comportamento rimane illecito e il danneggiato può averne, sussistendone le condizioni, ristoro. Diversamente, se la norma è una scriminante, il comportamento è lecito in tutto l'ordinamento. Per un'analisi di questi problemi si veda G. FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, pp. 907 ss. Per le conseguenze in tema di estensione analogica, si rinvia a R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2010, pp. 1599 ss. (in particolare pp. 1621 ss.) e A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte Costituzionale?* In *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 90 ss. i quali accolgono la tesi della natura scusante della previsione, fondata sulla considerazione della particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto.

<sup>398</sup> Art. 384 c.p.: «I. Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore. II. Nei casi previsti dagli articoli 371-bis, 371-ter, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione». Per un commento alla norma si veda P. TONINI, *Manuale Breve. Diritto Processuale Penale*, Milano, 2012, p. 195. Si veda altresì C. CONTI, *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, pp. 840 ss. che mette in evidenza la diversa natura dei commi 1 e 2 dell'art. 384 c.p.: mentre il comma 1 fa riferimento ad una deposizione assunta legittimamente, e quindi idonea ad integrare uno dei fatti di reato indicati, il comma 2 fa riferimento ad un'escussione svolta *non iure*, per cui non occorre verificare lo stato di coazione psicologica del dichiarante.

espressione del diritto di difendersi e del principio per cui *nemo tenetur se detegere*<sup>399</sup>, che non venga punito chi abbia commesso alcuni dei reati previsti al Titolo III del Libro II del Codice Penale per esservi stato costretto dalla necessità di salvarsi da un grave e inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore<sup>400</sup>. Nondimeno quest'ultima norma non prevede che la causa di non punibilità si estenda anche ai delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.) e di calunnia (art. 368 c.p.). Da tale esclusione la dottrina processualpenalistica ricava il principio per cui «l'indagato (o l'imputato) per difendersi può dire il falso, ma non può arrivare fino al punto di sviare la Giustizia Penale; lo sviamento della Giustizia non è scriminato quando avviene abusando del diritto di difesa»<sup>401</sup>.

Stando a questa impostazione si dovrebbe ritenere che ciò che è abusivo ai sensi dell'art. 384 c.p., vale a dire calunniare, non necessariamente lo è ai sensi dell'art. 51 c.p., per il quale si ammette la possibilità che l'esercizio del diritto di difesa abbia effetti indiretti calunniosi. La diversa estensione dei limiti entro i quali è consentito al diritto di difesa operare potrebbe tuttavia spiegarsi con riferimento alla diversa natura delle norme in questione, laddove si aderisca alla tesi per cui l'art. 384 c.p. venga considerata una causa di esclusione della colpevolezza fondata sul criterio dell'inesigibilità e non come una causa di giustificazione<sup>402</sup>. In questo senso l'art. 384 c.p. non si porrebbe il problema di individuare i *fatti leciti* tra quelli tipici confrontando il *peso* dei beni giuridici in gioco, ma piuttosto quali *fatti tipici e antiggiuridici* meriterebbero indulgenza per l'assenza di condotte alternative pretendibili in capo al soggetto<sup>403</sup>. Così può ammettersi che la condotta difensiva correttamente tenuta, integrante esercizio del diritto rilevante ex art. 51 c.p., proprio in quanto esercizio del diritto, e dunque autorizzata entro quei limiti per garantire la propria difesa, possa produrre risultati implicitamente o genericamente calunniosi, senza che si pongano problemi di inesigibilità. Al pari, la condotta calunniosa tenuta fuori da quei limiti, seppur in sede di interrogatorio, difficilmente potrebbe dirsi priva di alternative possibili con riferimento alla situazione soggettiva particolare che l'agente si trova a vivere<sup>404</sup>, essendovi la possibilità di restare in silenzio o di limitarsi ad addebiti generici, da cui il mancato richiamo del delitto di calunnia nella norma scusante.

## 5. Abuso, eccesso, preordinazione.

L'abuso, quando è abuso pieno, funzionale e modale, è fuori dall'esercizio del diritto.

In caso di abuso, e non di esercizio, non opera quindi la scriminante dell'art. 51 c.p.

Domanda d'obbligo, a questo punto, *in che modo* si fuoriesce dalla portata della scriminante, vale a dire se semplicemente non è integrata la fattispecie scriminante per una mancanza di corrispondenza tra premessa maggiore (esercizio del diritto) e premessa minore (abuso del diritto) del sillogismo applicativo, ovvero se la questione possa essere

---

<sup>399</sup> Sul significato e la portata del principio si rinvia all'opera di V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel penale italiano*, Milano, 1971.

<sup>400</sup> P. TONINI, *Manuale Breve. Diritto Processuale Penale*, op. cit., p. 76.

<sup>401</sup> P. TONINI, *Manuale Breve. Diritto Processuale Penale*, op. cit., p. 76.

<sup>402</sup> V. nota 395.

<sup>403</sup> La questione è affrontata da G. FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, op. cit., pp. 907 ss.

<sup>404</sup> È su tale aspetto che si fonda la valutazione sottesa all'art. 384 c. 1 c.p. secondo M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 524.

ricondotta anche ad altri istituti operanti nell'ambito delle cause di giustificazione, come l'eccesso, o la preordinazione.

Come si vedrà, proprio questi concetti, vengono talvolta spiegati con riferimento all'abuso del diritto.

### 5.1. Abuso ed ed eccesso.

Si è detto in precedenza come, nel diritto civile, si distinguano le categorie di eccesso ed abuso, nel senso che il primo esprime una fuoriuscita dai limiti esterni del diritto, laddove l'abuso, invece, un esercizio contrario alla *ratio* del diritto<sup>405</sup>. I due concetti, dunque, non sono sovrapponibili.

Discorso diverso vale invece, con riferimento all'antigiuridicità, nel nostro diritto penale, dove l'eccesso è previsto nel Codice, come «il superamento dei limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità» (art. 55 c.p., che si occupa delle conseguenze del caso in cui tale superamento avvenga *colposamente*).

L'assenza di una norma che si occupi delle ipotesi di abuso delle scriminanti, e che dunque ritagli dai limiti dell'art. 55 c.p. i c.d. *limiti interni*, induce a ritenere che tale norma si riferisca al superamento di *ogni limite* che segni la cessazione dell'operatività reale di una scriminante<sup>406</sup>.

Si richiami, allora, per sommi capi, l'istituto dell'eccesso.

In dottrina si suole distinguere tre tipologie di eccesso, a seconda di quale sia l'animo soggettivo dell'agente: l'eccesso *doloso* (o *volontario*), l'eccesso *colposo*, l'eccesso *incolpevole*. Come si anticipava, il Codice Penale si occupa esclusivamente dell'ipotesi di eccesso colposo, stabilendo all'art. 55 c.p. che quando, nel commettere taluni dei fatti previsti dalle cause di giustificazione “si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità”, vadano applicate le disposizioni previste per i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come tale<sup>407</sup>.

L'eccesso colposo viene in rilievo allorché, in presenza di una causa di giustificazione, si rimprovera l'agente per aver cagionato un evento più grave di quello che avrebbe potuto cagionare, per effetto di un *errore evitabile, dovuto a colpa* nella valutazione dei *presupposti di fatto* della situazione scriminante ovvero nell'*uso dei mezzi di esecuzione*<sup>408</sup>. Tale dualismo viene tradizionalmente espresso dalla distinzione, sul piano

---

<sup>405</sup> V. *retro* cap. 1.

<sup>406</sup> In questo senso anche la *Relazione Ministeriale sul Progetto del Codice Penale*, I, 1929, p. 99, per cui nel concetto di eccesso va ricondotta ogni ipotesi di superamento dei limiti oggettivi di una causa di giustificazione.

<sup>407</sup> S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo* in *Rivista Penale*, 2012, pp. 65 ss.

<sup>408</sup> F. VIGANÒ, *Art. 55*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice Penale Commentato*, Milano, 2011, p. 915.



soggettivo, tra *errore-motivo* e dell'*errore-inabilità*<sup>409</sup>, sebbene altra posizione dottrinale preferisca parlare di c.d. *eccesso nel fine*, legato all'errore motivo, che dipende «dall'erronea valutazione dell'agente, il quale, pur agendo in presenza dei presupposti scriminanti, ritiene necessario, o comunque consentito, un comportamento che fuoriesce in realtà dai limiti della giustificazione», e di c.d. *eccesso nei mezzi*, legato all'errore-inabilità, per cui «l'eccesso può dipendere dal fatto che l'agente non riesce a contenere la propria condotta nei limiti della scriminante per inabilità, concitazione o per qualsiasi altra causa inerente all'esecuzione del fatto»<sup>410</sup>.

Altra tesi, tuttavia, ritiene che le figure di eccesso colposo ricadenti nell'art. 55 c.p. sarebbero solo quelle caratterizzate da un errore evitabile di valutazione della situazione scriminante<sup>411</sup>. Ciò in quanto l'art. 55 c.p. darebbe rilievo a un'ipotesi particolare di supposta presenza di una causa di giustificazione, distinta da quella dell'art. 59 c.4 c.p.: se quest'ultima si caratterizza per l'assenza della scriminante, nel caso dell'art. 55 c.p. essa sarebbe presente, sebbene in termini diversi da quelli ritenuti dall'agente<sup>412</sup>. Nei casi di errore evitabile nell'uso dei mezzi di esecuzione sarebbe comunque rinvenibile una responsabilità colposa, ma in applicazione dei principi generali sulla colpa, e non, invece, dell'art. 55 c.p.

Ad ogni modo, l'eccesso colposo è caratterizzato dall'*involontarietà*, elemento che tuttavia si riferisce non all'evento causato<sup>413</sup>, che può essere anche effettivamente voluto (come avviene nel caso di errore-motivo), ma al travalicamento dei confini dell'esimente<sup>414</sup>. Se, al contrario, l'agente è consapevole della presenza dei limiti di operatività della scriminante e li supera deliberatamente, egli verserà in una situazione di *eccesso doloso*, in cui sarà pienamente applicabile la norma penale<sup>415</sup>; mentre, qualora l'agente non sia rimproverabile per il superamento dei limiti, verserà in una situazione di errore incolpevole, da cui si parla di *eccesso incolpevole*<sup>416</sup>.

A prescindere dal riconoscimento di una o di due forme di eccesso colposo, l'errore inescusabile che caratterizza l'eccesso va distinto dall'erronea supposizione dell'esistenza di una scriminante che caratterizza la c.d. scriminante putativa prevista dall'art. 59 c.p.: in questo caso l'errore investe l'intera scriminante, mentre l'errore dell'eccesso ha ad oggetto i limiti della scriminante<sup>417</sup>.

---

<sup>409</sup> V. sul punto P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990, p. 185

<sup>410</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, p. 179.

<sup>411</sup> M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960, p. 632; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 251; C.F. GROSSO, *Eccesso colposo*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, p. 2.

<sup>412</sup> V. nota precedente.

<sup>413</sup> Parla a proposito di una forma di colpa impropria, caratterizzata dalla volizione dell'evento, M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, op. cit., p. 581.

<sup>414</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 662.

<sup>415</sup> F. VIGANÒ, *Art. 55 c.p.*, op. cit., p. 919. P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, op. cit., p. 180 evidenzia come il Codice Zanardelli non si occupava del coefficiente psicologico dell'eccesso, limitandosi a prevedere una diminuzione della pena sia per l'ipotesi colposa che per quella dolosa. V. sul punto anche S. MALIZIA, *Eccesso colposo*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, p. 117.

<sup>416</sup> F. VIGANÒ, *Art. 55 c.p.*, op. cit., p. 920.

<sup>417</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 663.

L'eccesso richiede l'*effettiva sussistenza* e non la mera erronea supposizione della situazione assunta dalla norma scriminante a presupposto della liceità, su cui si innesta una condotta che travalica i limiti della scriminante<sup>418</sup>.

Per individuare questo momento di passaggio dalla sfera del lecito a quella dell'illecito in dottrina si parla tradizionalmente di un eccesso *per fasi*<sup>419</sup>, in cui fino a un certo punto del suo svolgimento il fatto è sorretto da una causa di giustificazione esistente, che viene meno da un certo punto in avanti, sebbene altra opinione abbia rilevato come questo sconfinamento dall'area di liceità non possa essere ricondotto ad unità per tutte le cause di giustificazione<sup>420</sup>. Tale dottrina evidenzia allora un'altra possibile manifestazione dell'eccesso come *eccesso modale*<sup>421</sup>, che prevede una sorta di concorso tra un fatto che rientra e un fatto che esula dall'ambito della scriminante<sup>422</sup>.

Quanto ai rapporti tra la categoria in questione e l'abuso del diritto, si è rilevato in dottrina<sup>423</sup> come, nei lavori preparatori per il Codice Penale vigente, l'eccesso colposo fosse spiegato proprio come un «abuso del diritto determinato da errore»<sup>424</sup>.

Tanto impone di valutare se possa parlarsi di “diritti” per le cause di giustificazione diverse dall'art. 51 c.p.

In dottrina è stato sottolineato come, a rigore, di diritti veri e propri si possa parlare solo con riferimento alla causa di giustificazione dell'art. 51 c.p., mentre per le altre scriminanti opera piuttosto l'idea di una giustificazione nella situazione data<sup>425</sup>. Queste ultime

---

<sup>418</sup> F. VIGANÒ, *Art. 55 c.p.*, op. cit., p. 916. In giurisprudenza si veda Cass. Pen., Sez. I, 18 gennaio 1990, n. 672, per cui «La legittima difesa putativa e l'eccesso colposo in legittima difesa postulano gli identici presupposti con la differenza peraltro che nella prima la situazione di pericolo non esiste, ma è erroneamente e giustificatamente supposta dall'agente, mentre nel secondo tutti i requisiti della difesa legittima reale sono presenti, eccedendosi colposamente da parte dell'agente nella difesa del diritto verso il quale si rivolge l'offesa». Si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 21.01.2009, con nota di S. COLOMBO, *Legittima difesa ed eccesso colposo*, in *Foro Ambrosiano*, 2009, pp. 1 ss.

<sup>419</sup> Si fa riferimento alla ricostruzione operata da M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, op. cit., p. 631, per cui «la norma che contempla l'eccesso prende in considerazione un tipo particolare di errore sulle scriminanti o più esattamente, una particolare modalità di condotta caratterizzata da errore sulle scriminanti (...) nell'eccesso ci troviamo in presenza di una fatto che, fino ad un certo punto del suo svolgimento, è sorretto da una causa di giustificazione in realtà esistente; per il resto, poi, è accompagnato da una causa di giustificazione soltanto opinata (...) Il che significa che anche in tale ipotesi si agisce con un errore che cade sulla presenza di una scriminante, la quale, nei limiti in cui è raffigurata, non trova riscontro nelle circostanze concrete»; ripresa poi dalla dottrina, su cui v. ad esempio C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 250.

<sup>420</sup> P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, op. cit., p. 182 ritiene che l'idea di un eccesso per fasi si adatti bene alla legittima difesa (art. 52 c.p.) e di fatto generalizzi quello che accade per la scriminante di applicazione più frequente.

<sup>421</sup> V. la ricostruzione offerta da G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965, pp. 17 ss., secondo il quale, sul piano oggettivo, l'eccesso si traduce nello sconfinamento dall'ambito della circostanza scriminante a quello della norma incriminatrice (p. 11). V. anche P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, op. cit., pp. 183 ss.

<sup>422</sup> G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, op. cit., p. 26.

<sup>423</sup> S. MALIZIA, *Eccesso colposo*, op. cit., p. 117.

<sup>424</sup> *Ibidem*. L'Autore riporta il testo dei lavori preparatori, ove si spiega che l'errore «se determinato da dolo, non è più errore, perché se uno erra dolosamente, non erra; se uno abusa dolosamente del suo diritto, non è più possibile parlare di errore: errore doloso è una contraddizione in termini».

<sup>425</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., pp. 313 ss.

costituirebbero *ragioni per agire* in presenza di certe circostanze, per produrre un *risultato apprezzato*, mentre i diritti sarebbero piuttosto *scelte protette, spazi di libertà di agire*<sup>426</sup>.

Tanto ci sembra confermato anche dal fatto che, se a ogni scriminante fosse sottesa una posizione soggettiva di diritto, sarebbe stato sufficiente prevedere l'art. 51 c.p., che rinvia a ogni diritto, per comprendere anche le altre cause di giustificazione.

Tuttavia le cause di giustificazione attribuiscono dei *poteri di agire* in certe situazioni, poteri riconosciuti in capo ai privati, dei quali, comunque, si può abusare.

Così, ad esempio, la legittima difesa (art. 52 c.p.) attribuisce all'agredito un «potere giuridico di sventare l'aggressione a spese dell'aggressore»<sup>427</sup>, la possibilità di un'«azione diretta che viene consentita eccezionalmente quando, stante l'incalzare di un pericolo, lo Stato non è in grado di garantire alcun diverso mezzo legale di tutela»<sup>428</sup>. Tale potere di azione, a differenza del diritto potenzialmente scriminante dell'art. 51 c.p., non trova disciplina nella normativa extra-penale, e quindi è la stessa causa di giustificazione che, dettandone gli elementi costitutivi, ne stabilisce i limiti di operatività: così la legittima difesa si caratterizza per i *limiti di necessità, inevitabilità e proporzione*<sup>429</sup>.

Se, allora, come ritiene la dottrina unanimemente, la fattispecie scriminante in parola, consta della presenza di due poli, dati da una *situazione aggressiva*, ossia il pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata sfocerà nella lesione di un diritto, e da una *reazione difensiva*<sup>430</sup>, eccesso colposo potrà aversi quando ci si rappresenti scorrettamente la situazione di pericolo, e si agisca quindi in modo abnorme, non necessario e sproporzionato, ovvero quando, pur valutando correttamente il pericolo, la reazione sia colposamente maldestra così da divenire sproporzionata<sup>431</sup>. La giurisprudenza parla a riguardo di «inadeguatezza della reazione difensiva», e, a seguito del suo accertamento, indaga se essa dipenda da un errore colposo o da una scelta volontaria<sup>432</sup>.

AmMESSO di voler considerare il *potere di agire in presenza di una situazione scriminante* al pari di un *diritto* abusabile, stante la lata accezione della categoria, più volte riferita, tale da estendersi a ogni potere giuridico in capo al privato, per discutere dell'effettiva

---

<sup>426</sup> *Ibidem*. Nella stessa Opera l'Autore osserva anche che «le cause di giustificazione non conferiscono diritti di agire, essere giustificati a fare qualcosa è ben diverso che avere il diritto di farla» (p. 13)

<sup>427</sup> M. BOSCARRELLI, *Legittima difesa (diritto penale)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. 1.

<sup>428</sup> C. F. GROSSO, *Legittima difesa*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, p. 46.

<sup>429</sup> C.F. GROSSO, *Legittima difesa*, op. cit., p. 28

<sup>430</sup> Così T. PADOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., p. 157.

<sup>431</sup> Proporzionata da valutare con riferimento non ai «beni» o ai «mezzi», ma alle situazioni di offesa e difesa nel complesso di tutti i loro elementi. V. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 717; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 258.

<sup>432</sup> Cass. Pen. Sez. I, 28.11.1987, n.7834. Più recentemente Cass. Pen., Sez. I, 22.11.2011, n. 47662.

possibilità, sul piano logico, di abuso occorre poter affermare che tale potere sia esercitabile attraverso *modalità non rigidamente predeterminate*.

Possono effettivamente definirsi tali le modalità *costrette, proporzionate, necessarie* della legittima difesa? Ci sembra che la previsione di tali limiti non possa condurre a negare in assoluto una certa libertà nelle forme di reazione, essendo ipotizzabili situazioni nelle quali l'aggressione possa essere fermata con modalità alternative, tutte necessarie e proporzionate.

Può, quindi, parlarsi di un *abuso* di legittima difesa, e, a ben vedere, anche nella giurisprudenza più risalente si rinviene una ricostruzione dell'eccesso colposo di legittima difesa come "abuso determinato da errore".

Un antico arresto della Corte di Cassazione<sup>433</sup> afferma letteralmente che «L'eccesso è l'abuso del diritto; nell'esercizio della difesa legittima, se si agisce entro i limiti consentiti dalla legge, si ha legittimo esercizio del diritto, mentre si ha l'abuso, se si eccedono tali limiti. Questo deve sempre dipendere da colpa dell'agente, ossia nell'erronea valutazione delle necessità, da un errore di calcolo circa l'esistenza della situazione che è il presupposto della legittima difesa, errore inescusabile. Se l'errore dipende da caso fortuito, si resta nei limiti dell'esercizio del diritto e va applicata l'esimente dell'art. 52 c.p. Esattamente viene ritenuto dunque l'eccesso colposo nel caso del guardiano di una autorimessa, il quale, per esagerata valutazione del pericolo, per errore di calcolo non dovuto a fortuito, ma ad impetuosa precipitazione, abbia ucciso con un colpo di rivoltella un ragazzo che insieme ad un coetaneo stava rubando ruote gommate, dopo aver imposto l'"alt" e visto fuggire i due ladri»

Riflettiamo allora sui termini di detta equiparazione, cercando di scomporne i poli. Qualificare l'eccesso colposo come un abuso del diritto determinato da errore è il risultato di un'equazione in cui l'eccesso sta all'abuso del diritto (ricordando che per diritto si intende in generale il potere di agire), e la qualifica di colposo sta alla derivazione da un errore.

Si è già detto, con riguardo al primo polo di tale equazione, che sebbene nel diritto civile eccesso e abuso siano concetti disgiunti, nel diritto penale il superamento dei limiti interni del diritto può ritenersi assorbito nel generale "superamento dei limiti" di cui parla l'art. 55 c.p.

Anche il secondo polo del ragionamento che riconosce il carattere colposo della situazione dal suo essere determinata da errore può ritenersi fondato, posto che ci sembra condivisibile l'osservazione per cui l'errore «se determinato da dolo, non è più errore,

---

<sup>433</sup> Cass. Pen., Sez. II, 25.01.1952.

perché se uno erra dolosamente, non erra; se uno abusa dolosamente del suo diritto, non è più possibile parlare di errore: errore doloso è una contraddizione in termini»<sup>434</sup>.

L'equiparazione, dunque, non sembrerebbe di per sé scorretta, ma restano riserve sulla sua utilità pratica, nella misura in cui individua lo strumento di interpretazione di una norma positiva (art. 55 c.p.), caratterizzata da una fattispecie che prevede un fatto (superamento colposo dei limiti della scriminante) e degli effetti (applicazione del delitto colposo se presente), in un concetto, quale è l'abuso, dai contorni sfumati.

Inoltre, dall'idea di un abuso colposo del potere scriminante resta, per definizione, estraneo il nucleo dell'abuso del diritto, cioè l'idea di un potere privato sviato dalla sua funzione ordinamentale.

Quest'ultima, ancora con riferimento alla legittima difesa, sembrerebbe ricorrere, piuttosto, nel caso chi approfitta dell'occasione della possibilità di tenere un comportamento difensivo per ferire, uccidere, ledere l'avversario, in base a una scelta consapevole e volontaria, opposta all'errore, che viene riconosciuta dalla giurisprudenza alla base dell'*eccesso doloso*<sup>435</sup>.

Ci sembra dunque che si possa agevolmente parlare di un abuso di legittima difesa con riguardo all'eccesso doloso, e che, invece, la qualificazione di "colposo" depotenzi l'"abuso", posto che un abuso determinato da errore, non può mai riferirsi a condotte dirette al risultato abusivo.

Una precisazione appare tuttavia d'obbligo prima di procedere nel discorso e riprendere in considerazione l'art. 51 c.p.: la valorizzazione della natura dolosa dell'abuso non contraddice l'idea che il limite funzionale si atteggi a elemento oggettivo, e non soggettivo del diritto. Può al contempo affermarsi che lo sviamento del diritto dal suo scopo ordinamentale può essere valutato oggettivamente e che lo sviamento si accompagna a un atteggiamento soggettivo che imprime la direzione sviata al comportamento. Quindi, l'elemento soggettivo, che non deve essere necessariamente valorizzato per negare l'operatività della scriminante dell'art. 51 c.p. in presenza di un superamento del limite funzionale (condotta di esercizio del diritto che non persegue concretamente l'interesse), può essere invece valorizzato per riconoscere il superamento dei limiti per il quale può applicarsi l'art. 55 c.p.

### **5.1.1. Eccesso ed esercizio del diritto (art. 51 c.p.).**

---

<sup>434</sup> S. MALIZIA, *Eccesso colposo*, op. cit., p. 117.

<sup>435</sup> *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. I, 5.08.1992, n. 8773

Ritorniamo alla scriminante dell'art. 51 c.p.

Si è sostenuto in dottrina che «l'abuso del diritto rappresenta un'ipotesi di eccesso della scriminante di cui all'art. 51 c.p.»<sup>436</sup>, in quanto, come ogni altra causa di giustificazione, quella «dell'esercizio del diritto opera fintanto che non se ne eccedono, *dolosamente* o *colposamente*, i limiti»<sup>437</sup>.

Secondo questa impostazione, sarebbero due le forme che può assumere un eccesso nella causa di giustificazione dell'esercizio del diritto: che il soggetto *faccia più di quello che ha diritto di fare*<sup>438</sup> o che faccia qualcosa che, pur rientrando nel suo diritto, impone a qualcun altro un sacrificio eccessivo<sup>439</sup>. Proprio in questo secondo caso, secondo la dottrina in esame, si avrebbe un eccesso nell'esercizio del diritto *sub specie* di abuso del diritto<sup>440</sup>.

Secondo la dottrina in questione, nella prima ipotesi verrebbe in rilievo il caso in cui il diritto abbia dei limiti quantitativi predefiniti e la condotta dell'agente, tenuta in presenza dei presupposti per l'esercizio del diritto, superi detti limiti. Si fa l'esempio di colui che a difesa del proprio pollaio nasconde dietro un cespuglio un congegno pronto ad esplodere colpi di fucile contro chiunque provi ad introdursi: la soglia massima della portata del diritto di agire predisponendo mezzi a tutela della proprietà è chiaramente superata. A ben vedere, tuttavia, anche nell'ipotesi sopra riferita di travalicamento dei limiti quantitativi del diritto si pone il problema del sacrificio eccessivo imposto ad altri beni giuridici. I limiti, anche quantitativi, posti alle condotte consentite sovente tracciano la soglia del sacrificio tollerabile di altri beni, ed anzi è proprio la verifica di questo rapporto che consente di ritenere detti limiti ragionevoli o arbitrari. Ciò è rivelato dallo stesso esempio del pollaio, che non può essere difeso con armi da guerra se non correndo il rischio di sacrificare beni personali come vita, salute, integrità fisica, sull'altare del diritto di proprietà.

Si osserva a proposito che ciò che distingue l'abuso del diritto da ogni altra forma di eccesso della scriminante è che la condotta non è fuori dai confini del diritto di agire, ma solo dal suo esercizio consentito, in quanto «il diritto a tenere la condotta (abusiva) esiste, ma, oltre una certa misura di offensività (e quindi oltre il limite dell'abuso), perde peso, si ridimensiona la sua importanza, ed esso finisce per cedere nei confronti del diritto, interesse, posizione con esso in conflitto»<sup>441</sup>.

---

<sup>436</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 132.

<sup>437</sup> *Ibidem*.

<sup>438</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 134.

<sup>439</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 135.

<sup>440</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 135.

<sup>441</sup> *Ibidem*.

Anzitutto, per poter affermare che l'abuso del diritto dia luogo a un'ipotesi di eccesso colposo della scriminante dell'art. 51 c.p. occorre in primo luogo ammettere che esso sia configurabile nella scriminante in esame.

Diverse posizioni si registrano in ordine alla possibilità di riconoscere un eccesso colposo per la scriminante dell'art. 51 c.p., in presenza del superamento dei limiti di esercizio del diritto.

Stando al dato testuale, il Codice Penale, disciplinando all'art. 55 c.p. la figura dell'eccesso colposo, prevede anche la scriminante dell'art. 51 c.p. tra quelle per cui la norma è applicabile.

In forza di tale elemento letterale, in dottrina si è sostenuta la configurabilità dell'eccesso colposo in presenza di un esercizio del diritto<sup>442</sup> qualora possa dirsi che questo superi i limiti imposti dalla legge, dall'autorità o dalla necessità. Per l'esercizio del diritto l'eccesso sarebbe ravvisabile nelle stesse forme previste per le altre scriminanti, cioè sia come *eccesso colposo modale*, allorché ad esempio si ottenga un risultato eccessivamente lesivo per malgoverno dei mezzi di esecuzione dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia, sia come *eccesso motivo*, quando per colpa si travisi la realtà concreta ritenendo non operanti dei limiti del diritto invece presenti<sup>443</sup>.

La possibilità di eccesso colposo per la scriminante dell'art. 51 c.p. è ammessa anche dalla dottrina che ritiene l'eccesso dell'art. 55 c.p. come una particolare ipotesi di scriminante putativa rilevante ex art. 59 c. 4 c.p.<sup>444</sup>. Questa dottrina, pur riconoscendo che «per quanto concerne l'esercizio del diritto, bisogna aver riguardo - trattandosi di norma penale in bianco - alle disposizioni extra-penali che attribuiscono il diritto soggettivo e ne disciplinano le forme di esplicazione» ritiene applicabile l'art. 55 c.p. in presenza del superamento dei limiti di esercizio del diritto dovuti a colpa, con conseguente punizione dell'autore per il delitto colposo relativo al fatto realizzato<sup>445</sup>.

La tesi non è condivisibile per coloro che ammettono una portata più limitata dell'istituto della scriminante putativa previsto dall'art. 59 c.4 c.p. rispetto alla causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, affermando che per configurare la scriminante putativa occorre dar rilievo all'*errata supposizione di una situazione di fatto* in costanza della quale si potrebbe ricorrere a un certo diritto, ma non anche all'errore che incide sulla *portata* del diritto che si intende esercitare, cioè sulla sua esistenza e i suoi limiti<sup>446</sup>.

In questo secondo caso, infatti, l'errore incontrerebbe lo sbarramento previsto dall'art. 5 c.p. sull'*ignorantia legis* non evitabile<sup>447</sup>, posto che un errore sul limite scriminante dell'esercizio del diritto configurerebbe un *errore di diritto* e ricadrebbe sotto la previsione dell'art. 5 c.p.<sup>448</sup>. In altri termini, colui che, errando su una norma extra-penale, ritiene di esercitare un diritto che non esiste, o che ha limiti diversi da quelli che egli

---

<sup>442</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., pp. 47 ss.

<sup>443</sup> *Ibidem*. L'Autore fa l'esempio rispettivamente del genitore che, intento a dare uno schiaffo leggero al figlio minore, scivolando maldestramente lo percuota violentemente provocandogli una lesione e, aderendo all'impostazione teorica che riconduce la scriminabilità dell'attività medico-chirurgica all'art. 51 c.p., al medico che operando si convince che un organo sano sia in verità malato, e lo asporti.

<sup>444</sup> I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, op. cit., p. 178.

<sup>445</sup> I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, op. cit., pp. 179 ss.

<sup>446</sup> A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 e le libertà costituzionali*, op. cit., pp. 41 ss.

<sup>447</sup> A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 41.

<sup>448</sup> *Ibidem*. Conforme P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 51.

ritiene, «*compie un atto pensando che, normativamente, esista una causa di giustificazione in realtà inesistente*»<sup>449</sup>.

Secondo questa impostazione, come non può avere rilievo ex art. 59 c.4 c.p. l'errore sulla portata del diritto scriminante che coinvolge l'intera fattispecie autorizzativa, allo stesso modo non può avere rilievo ex art. 55 c.p. l'errore, sempre sui limiti della scriminante, che cade solo su una parte di essa<sup>450</sup>.

Secondo questa diversa teoria: «La questione, nel suo complesso, ricondotta (...) alla tematica dell'abuso, non può che essere risolta secondo i soliti criteri ormai più volte evidenziati. Tenere un comportamento che supera i limiti posti da un diritto (che pur si vorrebbe esercitare), equivale a tenere una condotta al di fuori dello schema legale dell'esercizio di quel diritto, eppertanto ad esercitare un non-diritto»<sup>451</sup>. La posizione in esame supera, quindi, il dato letterale del richiamo che l'art. 55 c.p. fa all'art. 51 c.p. invocando l'«esigenza di salvaguardia dell'armonia ed omogeneità dell'insieme normativo penale»<sup>452</sup> rispetto a «una specifica norma manifestamente in contrasto», cioè l'art. 55 c.p.<sup>453</sup>.

Anche aderendo all'idea per cui per escludere il dolo rilevi solo l'errore che attiene alla percezione della situazione di fatto, come situazione in cui potrebbe essere chiamato a operare un diritto oltre i suoi limiti, e non anche l'errore giuridico sull'esistenza del diritto, ci sembra possa residuare l'operatività di un eccesso colposo in presenza di un superamento dei limiti dell'esercizio del diritto, dettato da un errore sulla percezione del fatto o sull'esecuzione, secondo le tratte forme dell'*errore-motivo* e dell'*errore-inabilità*.

Se per l'eccesso colposo, non dovrebbe rilevare un errore che cade sulla norma attributiva del diritto scriminante<sup>454</sup>, che potrebbe aver rilievo solo se inescusabile alla stregua degli insegnamenti della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale<sup>455</sup>, potrebbe comunque trovare spazio il superamento dei limiti dettato da *errore di percezione* della situazione in cui si esercita il diritto o da *errore nell'esecuzione*.

---

<sup>449</sup> A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 43. Secondo l'Autore «l'erronea supposizione del perfetto esercizio di un diritto, laddove invece tale diritto o non esiste o è disciplinato in modo difforme da quanto ritenuto, non determina l'applicabilità della scriminante putativa. Si tratta infatti (...) di un errore irrilevante, in quanto incidente sulla stessa sussistenza normativa di una causa di giustificazione nel contesto dell'ordinamento (penale)». Va segnalato come su questo punto ci sia, diversamente di quanto avviene per l'eccesso colposo dell'art. 55 c.p., una maggiore convergenza di vedute: si veda infatti I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, op. cit., pp. 176 e 177, per cui è possibile attribuire rilievo all'errore sulla titolarità del diritto o sulle modalità del suo esercizio o sull'individuazione dei suoi limiti «in quanto si ammetta che ciò rappresenti una deroga al principio sancito dall'art. 5 c.p.», strada che non sembra percorribile, preferendosi configurare la scriminante putativa solo in presenza di un errore che abbia ad oggetto «condizioni di fatto alle quali è subordinato l'esercizio del diritto»

<sup>450</sup> A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 46.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

<sup>452</sup> A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 47.

<sup>453</sup> *Ibidem*.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

<sup>455</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., pp. 51 ss.



Anzi, l'idea tradizionale di un eccesso *per fasi*<sup>456</sup> in cui fino a un certo punto del suo svolgimento il fatto è sorretto da una causa di giustificazione esistente, che viene meno da un certo punto in avanti, ben si adatta al concetto di abuso del diritto, che travalica il consentito, offende *oltre misura*<sup>457</sup>.

D'altra parte, la stessa idea che l'eccesso colposo possa esprimere un "abuso del diritto determinato da errore" renderebbe inopportuna la scelta rinunciare all'applicazione dell'art. 55 c.p. proprio per la scriminante ove un abuso è più agevolmente rintracciabile.

Questo abuso, tuttavia, depauperato dell'elemento intenzionale posto alla base dello sfruttamento del diritto, e caratterizzato dalla produzione di un risultato non voluto per colpa, è un abuso sfocato e debole, per cui può dubitarsi che occorra ancora qualificarlo come tale, e non sia più opportuno parlare semplicemente di "eccesso colposo".

Non rinveniamo particolari problemi, invece, nel configurare ipotesi di abuso del diritto come *eccessi dolosi*, sul presupposto, più volte ripetuto, di considerare, nel diritto penale, il superamento di ogni limite come un'ipotesi di eccesso. Se si considerano taluni esempi di eccesso doloso nell'esercizio del diritto presentati dalla dottrina detrattrice della categoria dell'abuso del diritto, si nota come essi si sostanziano in fattispecie che, ammettendo la categoria, consistono in episodi di *abuso*: è il caso, ad esempio, del soggetto che arrestando una persona colta in flagranza di uno dei delitti indicati all'art. 383 c.p.p. approfitti della situazione per ferirla intenzionalmente senza necessità<sup>458</sup>. In simili ipotesi, si escluderà l'operatività dell'art. 51 c.p., e la norma penale violata troverà completa applicazione.

## 5.2. Abuso e preordinazione.

Il riferimento da ultimo effettuato alla condotta di chi approfitti della possibilità di usare un diritto per uno scopo fuoriuscente da esso ci consente di dar conto di un diverso utilizzo della categoria dell'abuso del diritto in materia di cause di giustificazione prospettato dalla dottrina, in particolare da quella tedesca, con riferimento alla *legittima difesa preordinata*.

Secondo un orientamento della dottrina tedesca l'abuso del diritto abbraccerebbe le ipotesi di *pianificazione e provocazione intenzionale* della legittima difesa<sup>459</sup>, per cui taluno,

---

<sup>456</sup> Si fa riferimento alla ricostruzione operata da M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, op. cit., p. 631, ripresa poi dalla dottrina, su cui v. ad esempio C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, op. cit., p. 250.

<sup>457</sup> Il giudizio sull'eccesso si effettua *ex post*, con riferimento al risultato effettivo della condotta. Così F. VIGANÒ, *Art. 55 c.p.*, op. cit., p. 918.

<sup>458</sup> P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 49.

<sup>459</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op. cit., pp. 185 ss.

attraverso la causazione di un'aggressione antiggiuridica, si colloca in una situazione di difesa per poter ferire, uccidere o recare un danno all'aggressore<sup>460</sup>.

Più precisamente tale dottrina isola, tra le ipotesi di provocazione intenzionale, quelle che non siano giuridicamente comandate o oggettivamente conformi al diritto, ma che consistano in condotte antiggiuridiche<sup>461</sup>. Solo nel caso di una provocazione intenzionale antiggiuridica dovrebbe parlarsi di "abuso del diritto", con conseguente disconoscimento della giustificazione.

Per fare degli esempi: è una provocazione giuridicamente comandata quella dell'ufficiale giudiziario che debba eseguire un sequestro presso un suo nemico personale e, pur facendolo in modo corretto, spera che il debitore, molto irascibile, opponga resistenza così da legittimare lesioni personali in legittima difesa<sup>462</sup>; è una provocazione oggettivamente conforme al diritto quella del politico che, in modo corretto, esponga pubblicamente le sue idee sperando che i sostenitori del partito avversario rispondano con un'aggressione, in modo da poter reagire con i suoi sostenitori più numerosi<sup>463</sup>; è una provocazione antiggiuridica quella di chi offende qualcuno per indurlo a un'aggressione e potersi difendere<sup>464</sup>.

La dottrina in esame, sostenendo che la legittima difesa è legittimata dai principi della difesa del diritto («il diritto non deve cedere davanti all'illecito») e dalla necessità di autotutela («non c'è bisogno che tu permetta di offenderti»), e constatando che nessuno di essi trovi rispondenza nel caso di chi si colloca in una situazione di legittima difesa per offendere altri, ritiene che tale comportamento consista in un abuso del diritto come uso del diritto non rispondente alla sua funzione, e che l'agente non possa appellarsi al diritto abusato<sup>465</sup>.

Negli altri casi indicati, invece, mentre la valorizzazione dell'atteggiamento psicologico dell'agente porterebbe a negare l'applicazione della legittima difesa, secondo la dottrina in esame la giustificazione non va negata<sup>466</sup>: «si abusa del proprio diritto non con emozioni e motivazioni nascoste, ma con modalità di condotte oggettivizzate che lo privano dei suoi presupposti etico-sociali»<sup>467</sup>.

Tale ricostruzione, che spiega il mancato riconoscimento della legittima difesa, in casi di provocazione intenzionale e di pianificazione della situazione difensiva, mediante l'abuso

---

<sup>460</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op. cit., p. 205.

<sup>461</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op. cit., p. 214.

<sup>462</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 206.

<sup>463</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 208.

<sup>464</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 214.

<sup>465</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 215.

<sup>466</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 214.

<sup>467</sup> C. ROXIN (trad. a cura di S. MOCCIA), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, op.cit., p. 216.

del diritto, viene confutata da parte della dottrina nazionale, la quale sottolinea che la *ratio* della legittima difesa, risiedendo nel riconoscimento di un potere di autotutela di una situazione giuridica minacciata, sarebbe rispettata anche in presenza di un'aggressione indotta da una provocazione intenzionale<sup>468</sup>: anche in quel caso, infatti, ricorrerebbe l'esigenza di difendersi.

L'espulsione dei casi di provocazione intenzionale da quelli di riconoscimento della legittima difesa discenderebbe, piuttosto, da una corretta interpretazione del requisito della "costrizione"<sup>469</sup>, il quale vi sarebbe solo quando il conflitto tra "offendere" e "essere offeso o lasciar offendere", presente non tanto nella mente del soggetto, quanto nella situazione concreta, sia un'alternativa *subita* dal soggetto, e non quando sia *programmaticamente suscitata*<sup>470</sup>.

Secondo questa dottrina, la "costrizione" sarebbe da intendere oggettivamente, come indicativa della situazione in cui l'agredito viene a trovarsi per la sussistenza del pericolo, e la conseguente necessità di evitare che esso si tramuti in danno<sup>471</sup>.

Vi è tuttavia un orientamento dottrinale che ammette la presenza di elementi soggettivi nelle scriminanti e attribuisce alla costrizione il compito di segnalare che chi agisce in stato di legittima difesa presenta un condizionamento psicologico determinato almeno dalla rappresentazione della situazione di pericolo che caratterizza la condotta offensiva<sup>472</sup>. Conformemente a tale impostazione, in più occasioni, la giurisprudenza ha sottolineato la necessità di una componente soggettiva nella condotta di chi si difende, individuata nella consapevolezza della aggressione e nella volontà di reagire all'offesa<sup>473</sup>.

Tale precisazione è d'uopo poiché, come si è visto in precedenza con riferimento al problema del limite funzionale del diritto nella scriminante dell'art. 51 c.p., anche in questa ipotesi il problema dell'abuso della scriminante si sovrappone a quello dello scopo soggettivo.

La dottrina che richiede l'accertamento dell'elemento soggettivo della legittima difesa ritiene che esso offra «la soluzione più consona alla *ratio legis* della scriminante e

---

<sup>468</sup> T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1989, p. 504.

<sup>469</sup> T. PADOVANI, *Difesa legittima*, op. cit., p. 510.

<sup>470</sup> *Ibidem*.

<sup>471</sup> *Ibidem*.

<sup>472</sup> F. BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Diritto Penale e Processo*, 2001, p. 495; M. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Indice Penale*, 2001, p. 191. Sul rapporto tra volontà difensiva, e doppio effetto (voluto e collaterale) di conservazione e offesa v. M. RONCO, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, pp. 799 ss.; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, op. cit., p. 229.

<sup>473</sup> Cass. Pen., Sez. I, 24.11.1978; Cass. Pen., Sez. I, 23.11.1977; Cass. Pen., Sez. I, 16.11.1977.

rispettosa dalle razionalità politico-criminale della scelta ermeneutica»<sup>474</sup> in casi nei quali, aderendo a un criterio solo oggettivo, dovrebbe concludersi per l'operatività della legittima difesa in situazioni nelle quali tanto parrebbe inaccettabile.

Le ipotesi in questione sono quelle dell'*aggredito inconsapevole*, in cui in un caso di omicidio emerga *ex post* che l'omicida stava per essere ucciso dalla sua vittima; del *provocatore necessitato*, il quale aggredisce taluno con l'intenzione di ucciderlo ma senza riuscirci inizialmente, e ci riesca poi a fronte della reazione aggressiva di questi; e della *scriminante preordinata*, in cui un soggetto crei artificiosamente una situazione particolare (ad esempio faccia trovare a taluno la moglie a letto con l'amante) per scatenare una reazione aggressiva che giustifichi la sua uccisione in chiave difensiva<sup>475</sup>.

Il problema dell'abuso del diritto non riguarda tutti questi casi nei quali si avverte la necessità di valorizzare l'elemento soggettivo. Così, chi aggredisce senza sapere di essere aggredito non sta abusando della legittima difesa, di cui ignora l'esistenza<sup>476</sup>. La non punibilità o punibilità di colui che, non percependo l'azione aggressiva, tenga, a prescindere, un comportamento offensivo rilegibile, *ex post*, in chiave difensiva<sup>477</sup>, non pone un problema di modalità con cui l'agente esercita un potere scriminante, esattamente come non si poneva un problema di abuso per chi agisce ignorando di star esercitando un diritto ai sensi degli artt. 59 c. 1 e 51 c.p.<sup>478</sup>. Il riconoscimento o meno di un elemento soggettivo nella costrizione porterà ad affermare o escludere la liceità di questa condotta indipendentemente dall'abuso della scriminante.

È negli altri casi che, semmai, si rinviene un uso del potere scriminante contrario alla *ratio* per cui è riconosciuto, e che dunque ha senso porsi il problema dell'abuso. Nel caso del provocatore che tenga una condotta antiggiuridica (aggressione mal riuscita) e nel caso della preordinazione della situazione scriminante, non vi è solo il difetto di un valore di intenzione tipico della legittima difesa, bensì il tradimento della funzione della scriminante, se si è concordi nel ritenere che la possibilità di autotutela riguardi chi subisce, e non chi provoca l'aggressione.

Tale premessa, d'altra parte, è implicita anche per chi afferma che nei casi di provocazione non ricorra una *costrizione oggettiva*, sottolineando come quest'ultima esprima il

---

<sup>474</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 128.

<sup>475</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., pp. 126 ss.

<sup>476</sup> Sull'esempio v. anche G. P. FLECHTER, *Eccesso di difesa*, Milano, 1995, p. 37 e 38.

<sup>477</sup> L'esempio è di M. RONCO, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, op. cit., p. 801.

<sup>478</sup> V. *supra*.

superamento di «un'alternativa *subita* dal soggetto e non (...) *programmaticamente suscitata*»<sup>479</sup>.

Tale dottrina, come si è detto, sconfessa la possibilità di ricorrere a una spiegazione della mancata operatività della scriminante nei casi in esame sostenendo che anche in essi ricorra la necessità di autotutela, *ratio* della legittima difesa. Tuttavia, se si guarda solo al momento finale in cui la legittima difesa si attua, ci sembra che una volta innescato, attraverso la provocazione, il comportamento aggressivo, quando l'agente si trovi davanti a esso, ricorra tanto la necessità di autotutela quanto la costrizione dell'alternativa tra lasciarsi offendere o difendersi. Se alla base della legittima difesa vi è tale condizione, poco cambia che essa sia valorizzata attraverso l'*argomento dell'abuso del diritto* o attraverso l'interpretazione teleologica dell'elemento costrittivo dell'art. 52 c.p.

Per concludere: la categoria dell'abuso del diritto non riguarda, e non risolve, tutti i casi nei quali può arriversi o meno al riconoscimento della legittima difesa valorizzando l'elemento soggettivo dell'agente (es. aggredito inconsapevole, provocatore giuridicamente comandato). La logica dell'abuso del diritto, tuttavia, può ritenersi operante rispetto all'ipotesi della preordinazione e della provocazione intenzionale antigiuridica, che esprimono una strumentalizzazione della situazione scriminante, contraria alla *ratio* della norma che la prevede.

## **6. Abuso del diritto scriminante tra fatto e giustificazione. Libertà di espressione e diritto di difesa.**

Si è a lungo riferito della giustificazione dell'art. 51 c.p. quale strumento privilegiato per l'efficacia scriminante dei diritti in ambito penale. Non sfugge tuttavia come, a fianco di ipotesi di *concorrenza* tra norma penale e norma permissiva, che chiamano in causa il problema dell'*antigiuridicità*, vi siano anche rapporti di *reciproca esclusione* tra esercizio del diritto e reato, che possono darsi quando il reato coincide con una modalità abusiva di uso del diritto (come avviene, secondo parte della dottrina, per l'incendio di cosa propria dell'art. 423 c.p.<sup>480</sup>), o quando il reato sanziona dei comportamenti *diversi e ulteriori* dall'esercizio del diritto.

Si è visto come sia opinione comune che la libertà di manifestazione del pensiero possa avere, a certe condizioni, efficacia scriminante rispetto al delitto di diffamazione (art. 595 c.p.), e, al pari, che il diritto di difesa possa scriminare ipotesi di calunnia (art. 368 c.p.).

---

<sup>479</sup> V. *supra*.

<sup>480</sup> V. *supra*.

Altrettanto comunemente, tuttavia, si ritiene che atti rientranti nell'esercizio della libertà di espressione siano *fuori* dalla fattispecie di taluni reati di opinione, come l'istigazione e l'apologia contro l'ordine pubblico (art. 414 c.p.) e che gli atti di esercizio di difesa tecnica esorbitino dal reato di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

Rimane quindi da valutare se possa rintracciarsi un criterio per distinguere tra i casi in cui l'esercizio del diritto pone un problema di non integrazione del fatto da quelli nei quali pone un problema di giustificazione.

Prendiamo in considerazione, nuovamente, la libertà di manifestare il proprio pensiero.

Abbiamo già detto come, al pari di ogni altro diritto, anche quest'ultima non può essere illimitata, e infatti già le disposizioni costituzionale e sovranazionale che affermano tale libertà contengono il riferimento ad alcuni limiti segnati da interessi confliggenti<sup>481</sup>. In particolare, la collocazione della libertà di espressione nelle Carte dei diritti<sup>482</sup>, a fianco di altre libertà e valori di peso comparabile, che possono costituire suoi limiti esterni, obbliga l'interprete a ricorrere alla tecnica dei bilanciamenti.

Una premessa è d'obbligo. Criticare per informare o criticare per dissentire sono espressioni del medesimo diritto, definibile per il suo nucleo di libera manifestazione del pensiero. Sono molteplici le modalità attraverso le quali, in un ordinamento costituzionale, è consentito manifestare il proprio pensiero, e alle quali corrispondono posizioni ormai pacificamente riconosciute a loro volta come "diritti" o "libertà" nella produzione dottrinale e giurisprudenziale. Si pensi, oltre alla c.d. *libertà di opinione*, alla c.d. *libertà di informazione* (che si articola, secondo l'opinione prevalente, nelle tre direzioni del diritto di informare, del diritto ad informarsi, e del diritto a essere informato, secondo la formulazione dell'art. 19 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo<sup>483</sup>), alle manifestazioni dello spettacolo (cinematografia, danza, teatro, musica, ecc.)<sup>484</sup> e

---

<sup>481</sup> Al limite costituzionale del buon costume espressamente previsto dall'art. 21 Cost. per la libera manifestazione del pensiero, si può aggiungere anche l'ulteriore limite esterno espresso presente nella XII disp. trans. Cost., rappresentato dal divieto di ricostituzione del partito fascista, concretizzato a livello di normativa ordinaria dalla legge n. 645/1952. Così F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 754. Da notare che l'art. 10 C.E.D.U. ricostruisce i limiti in forza degli altri beni meritevoli di tutela in una società democratica, tutelabili attraverso l'apposizione di confini alla libertà di pensiero. Così la norma convenzionale fa riferimento alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute, alla protezione della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, alla divulgazione di informazioni riservate e alla garanzia dell'autorità e imparzialità del potere giudiziario. L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, p. 147 individua tre ordini di limiti, oltre al buon costume, per la libertà di espressione: quello derivante dal rispetto della dignità e libertà di altre persone fisiche, quello derivante dall'esigenza di tutelare i segreti, quello derivante dall'esigenza di evitare istigazioni al reato.

<sup>482</sup> Autorevole dottrina costituzionalista sottolinea come la libertà di espressione caratterizzi la stessa democraticità di un ordinamento, la quale è direttamente proporzionale al grado in cui la libera manifestazione del pensiero viene riconosciuta ed in concreto attuata. Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010, p. 565.

<sup>483</sup> G. CASSANO, M. SGROI, *La diffamazione civile e penale*, op. cit., p. 110.

<sup>484</sup> L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Milano, 2012, p. 488.

finanche al c.d. *diritto al silenzio*, cioè a non rivelare le proprie opinioni<sup>485</sup>. Ciascuno di questi “diritti”, a sua volta, può essere esercitato secondo modalità non predefinite, la cui attuazione concreta può provocare pregiudizi ad altri beni.

Concentriamo la nostra attenzione sui rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e condotte di istigazione e apologia penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 414 c.p., norma ricondotta all’alveo dei c.d. reati di opinione.

Con la locuzione “reati di opinione” si fa riferimento a fattispecie che incriminano la condotta comunicativa con cui si manifesta un pensiero avente un contenuto non meramente narrativo o informativo, ma critico, espressivo di un punto di vista rispetto a un certo oggetto<sup>486</sup>.

Alla categoria in questione, dai contorni incerti, vengono ricondotte diverse ipotesi criminose, quali le varie forme di vilipendio, propaganda e apologia incriminate tra i delitti contro lo Stato (artt. 272, oggi abrogato, 278, 279, oggi abrogato, 290, 291, 292, 299 c.p.; artt. 81,82,83 c.p.m.p.), l’istigazione a delinquere e l’apologia di delitto, prevista tra i delitti contro l’ordine pubblico (art. 414 c.p.), i casi di vilipendio contro la religione di Stato e i culti ammessi (artt. 403, 404, 406 c.p., quest’ultimo oggi abrogato), l’apologia del fascismo (art. 4 l. 20 giugno 1952, n. 645), la propaganda razzista (art. 3 c.1 lett. a della legge 654/1975)<sup>487</sup>. Le condotte prese in considerazione dal legislatore in queste fattispecie criminose hanno la caratteristica comune di turbare valori spirituali e ideali, sentimenti e sensibilità di natura sovra individuale, collettiva o diffusa, sono insomma condotte espressive di un contro-valore rispetto ad un dato valore dotato di “sacralità concettuale”<sup>488</sup>.

Di fronte a tali fattispecie, si pone il problema della *portata* e del *peso* della libertà di manifestazione del pensiero prevista dall’art. 21 Cost.<sup>489</sup>.

L’opinione tradizionale ritiene che tra diritto dell’art. 21 Cost. e condotta di istigazione (sia nella forma diretta, che nella forma indiretta dell’apologia) vi sia reciproca esclusione.

L’idea che vi sia un *aut-aut* tra libertà di manifestazione del pensiero e condotta punibile discende dalla ricostruzione più volte ribadita, negli anni Settanta, dalla Corte

---

<sup>485</sup> A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004, p. 139.

<sup>486</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., p. 692.

<sup>487</sup> Sono diverse le classificazioni offerte nella dottrina, per le quali si può confrontare quella di A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., p. 691, quella di T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I del libro II c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 39, o ancora quella di M. PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4, p. 38, che colloca tra i reati di opinione anche ingiuria e diffamazione.

<sup>488</sup> Così A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, op. cit., pp. 694 ss.

<sup>489</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, op. cit., pp. 709 ss.

Costituzionale, chiamata a pronunciarsi proprio sulla legittimità costituzionale di talune delle fattispecie citate rispetto all'art. 21 Cost.<sup>490</sup>

La Corte Costituzionale ha adottato una posizione volta a riconoscere rilevanza penale solamente a quei comportamenti diretti e idonei a realizzare il fatto di volta in volta previsto nella norma incriminatrice (delinquere, disobbedire alle leggi, ecc.), interpretando i reati come fattispecie di *pericolo concreto*.

Il Giudice delle Leggi ha sovente fatto riferimento al principio di bilanciamento tra la libertà di espressione e beni diversi tutelati dalla Costituzione<sup>491</sup>, affermando che la libertà di manifestazione del pensiero trova un limite allorché siano messi in pericolo altri beni costituzionalmente rilevanti<sup>492</sup>. Il bilanciamento di cui parla la Corte Costituzionale, tuttavia, non sarebbe quello effettuato dal giudice in sede di valutazione dell'antigiuridicità del fatto, ma quello eseguito dal legislatore, nel rispetto dei principi costituzionali, al momento della creazione del precetto penale.

---

<sup>490</sup> Si ricordino la sentenza della Corte Costituzionale n. 65/1970, che ricostruisce l'apologia di delitto (art. 414 c. 3 c.p.) come una forma di istigazione indiretta, per cui la norma «non limita in alcun modo la critica della legislazione e della giurisprudenza, né l'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice, anche nel momento in cui essa viene applicata in concreto. Né costituisce reato di apologia l'affermare che fatti preveduti dalla legislazione vigente come delitti hanno, o possono avere, soggettivamente od oggettivamente, positivo contenuto morale o sociale. Diversa dalla critica alla legge, dalla propaganda per il suo aggiornamento, dal giudizio favorevole sui moventi dell'autore è la pubblica apologia diretta ed idonea a provocare la violazione delle leggi penali. (...) L'apologia punibile non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». Si ricordi inoltre la sentenza della Corte Costituzionale 108/1974, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione dell'art. 415 c.p. (Istigazione a obbedire le leggi), con riguardo all'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte non è specificato che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. Si argomentava: «Le teorie della necessità del contrasto e della lotta fra le classi sociali sono dottrine che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza e delle concezioni e convinzioni politiche, sociali e filosofiche dell'individuo appartengono al mondo del pensiero e dell'ideologia. Le attività di esternazione e diffusione di queste dottrine, che non suscitino di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non hanno finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 Cost.». Già in precedenza, la Corte Costituzionale con sentenza n. 1/1957, chiamata a pronunciarsi sul reato di apologia del fascismo di cui all'art. 4 l. 20 giugno 1952, n. 645, aveva statuito che l'apologia in questione «per assumere carattere di reato deve consistere non in una difesa elogiativa ma in una esaltazione tale da porre condurre alla riorganizzazione del partito fascista».

<sup>491</sup> V. C. Cost. 87 del 6 luglio 1966. La Corte espunge dall'ordinamento il reato di propaganda e apologia antinazionale, che tutelando un "sentimento" non poteva entrare in comparazione con la libertà di manifestazione del pensiero. Si veda sul punto D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 239 ss.

<sup>492</sup> Tuttavia in senso critico sulla rilevanza costituzionale dell'ordine pubblico come bene da tutelare ponendo limite al diritto di art. 21 Cost. v. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1973, pp. 110 ss.



In tal senso si è osservato, a nostro avviso correttamente, che la Corte Costituzionale, più che dare spazio a un bilanciamento, delimiti la portata del diritto e del reato, raffigurandoli come concetti contigui, ma privi di un punto di contatto e di sovrapposizione<sup>493</sup>.

Insomma, mentre l'esercizio della libertà di espressione può ledere la reputazione personale, e farlo in modo lecito nel rispetto di certi limiti, esso non sembra capace di creare un pericolo concreto per l'ordine pubblico<sup>494</sup> senza diventare qualcosa di diverso dall'esercizio stesso.

Sottesa all'opinione della Corte Costituzionale, e ripresa poi, sebbene non unanimemente dalla giurisprudenza penale<sup>495</sup>, è l'idea che chi *si limita* a manifestare un pensiero non mette in pericolo l'ordine pubblico, e dunque non è punibile, mentre lo è chi utilizza *modalità* «che presentano una forza di suggestione e di persuasione tali da poter stimolare nel pubblico la commissione di altri delitti del genere di quello oggetto dell'apologia e dell'istigazione»<sup>496</sup>.

La tendenza della giurisprudenza è proprio quella di valorizzare l'elemento della creazione di un pericolo quale indice di esclusione della semplice manifestazione di un pensiero.

Come è stato recentemente messo in evidenza commentando la sentenza di assoluzione del noto scrittore Erri De Luca rispetto all'accusa di istigazione a delinquere (art. 414 c. 1 c.p.)<sup>497</sup>, da quanto sin qui detto consegue che, con riferimento a tale reato, l'orientamento dominante è nel senso che la libertà di manifestazione del pensiero non operi come causa di giustificazione ai sensi dell'art. 51 c.p.

---

<sup>493</sup> M. PELLISERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, op. cit. pp. 38 ss. rileva come, ritenendo sufficiente individuare beni tutelati in Costituzione per limitare la libertà di espressione, la Corte abbia offerto legittimazione ai reati di opinione del Codice Rocco, allorché invece il bilanciamento richiederebbe di valutare il peso di questi beni, giudizio questo che non può che essere influenzato dal contesto di appartenenza.

<sup>494</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, op. cit., p. 671 argomenta: «Lecite le manifestazioni di pensiero pur se lesive dell'altrui reputazione e del prestigio di determinate personalità o istituzioni, se mantenute nei limiti della rilevanza sociale, della verità, della continenza, della correttezza di linguaggio, illecite possono divenire allorché anche uno solo di questi limiti venga superato. Di intuitiva evidenza è che debbano, invece, ritenersi prevalenti gli interessi sottostanti alle norme penali (o almeno alla maggioranza di esse) in materia di istigazione, di apologia, di propaganda».

<sup>495</sup> Così, ad esempio: «la linea di demarcazione fra libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia è segnata, dunque, dall'elemento della concretezza del pericolo». Così Cass. Pen. Sez. I, sent. 10641 del 3.11.1997 ud., dep. 22.11.1997, imp. Galeotto. Si rinvia invece a D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, op. cit., p. 249 per il riferimento di taluni arresti giurisprudenziali nelle quali si è continuato a considerare reati di opinione come reati formali, di pericolo presunto.

<sup>496</sup> Cass. Pen. Sez. I, sent. 10641 del 3.11.1997 ud., dep. 22.11.1997, imp. Galeotto.

<sup>497</sup> Si rinvia a S. ZIRULIA, *“La Tav sabotata”*: *Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 febbraio 2016. La sentenza in oggetto è la n. 4573/15 del Tribunale di Torino, pronunciata in data 19.10.2015, disponibile integralmente su *Diritto Penale Contemporaneo*.

Tuttavia, posto che «nella garanzia della libertà di espressione rientra qualsiasi condotta espressiva di un certo contenuto di pensiero (asserzione di fatto o giudizio di valore) a prescindere da quale sia il messaggio o l'idea comunicata»<sup>498</sup> c'è da domandarsi se la mancata sovrapposizione del momento del diritto e del momento del reato non ammetta eccezioni, ovvero se siano ammissibili condotte che possano mettere in pericolo la *pubblica tranquillità* e che al contempo, entro certi limiti<sup>499</sup>, siano scriminati dall'esercizio del diritto dell'art. 21 Cost..

Parte della dottrina, in questo senso, rinviene proprio nella possibilità di ricorrere alla scriminante dell'art. 51 c.p. il mezzo «in grado di assicurare che la perdurante presenza dei reati di opinione nel nostro sistema penale non pregiudichi in maniera insostenibile il diritto fondamentale alla libertà di espressione»<sup>500</sup>.

Ci sembra che l'abuso del diritto possa fornire una chiave per affrontare il problema sotto una nuova luce, nel momento in cui si ritenga assodato che propaganda, apologia, istigazione esprimano forme di manifestazione del pensiero, che non sono *pura manifestazione di pensiero*<sup>501</sup>.

In passato, aderendo a un'idea di pensiero c.d. *statica*<sup>502</sup>, si riteneva che istigazione, apologia e propaganda non costituissero forme di manifestazione del pensiero, ma piuttosto condotte aggressive e quindi non protette dalla garanzia costituzionale<sup>503</sup>. Tuttavia, è stato presto evidenziato come il significato della libertà di espressione costituzionalmente garantita, in una società democratica e pluralista, non può limitarsi a quello di una libertà *speculativa*<sup>504</sup>, ma deve ammettere anche la possibilità del pensiero di *influenzare l'azione*<sup>505</sup>.

Se si ammette che propaganda, istigazione, apologia siano forme di manifestazione del pensiero, il passo successivo è ritenere che tali manifestazioni di pensiero siano punite non

---

<sup>498</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., p. 705 sottolinea in nota 34 come d'altra parte nel diritto penale ciò sia coerente con il principio di materialità per cui *cogitationis poenam nemo patitur*.

<sup>499</sup> Il problema diventa allora, nuovamente, come rileva S. ZIRULIA, "La Tav sabotata": *Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*, op. cit., tracciare i limiti della libertà di espressione scriminante.

<sup>500</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., p. 738.

<sup>501</sup> L'espressione è di D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, op. cit., p. 241.

<sup>502</sup> Così C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 125. In precedenza P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento* in A.A.V.V., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, p. 353.

<sup>503</sup> M. PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, op. cit., p. 37

<sup>504</sup> L'espressione è di C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 127.

<sup>505</sup> C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 129. Sulla distinzione tra pensiero e azione v. recentemente anche A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, p. 848.

in quanto tali, ma per l'effetto pericoloso rispetto ad altri beni meritevoli di tutela<sup>506</sup>, modificativo della realtà<sup>507</sup>, disapprovato dall'ordinamento, che producono. In altre parole: le condotte citate esprimono una forma di manifestazione del pensiero che impone un sacrificio intollerabile a un bene che il legislatore sceglie di privilegiare.

Per completezza si segnala, tuttavia, come la dottrina abbia evidenziato che in verità l'elemento della creazione del pericolo concreto non sarebbe sufficiente a raggiungere l'effetto selettivo che si propone, sia per l'identità del bene messo in pericolo<sup>508</sup> che per l'assenza della tipizzazione di elementi di pericolosità, come ad esempio, con riferimento all'art. 414 c.1 c.p., l'unità contesto-temporale dell'istigazione, o il tipo di impatto sui destinatari, che consentano di sottrarre il giudizio di pericolo al potere discrezionale del giudice<sup>509</sup>. Elementi, questi indicati, che, pur in assenza del dato legislativo, vengono per vero presi come parametri dalla giurisprudenza penale<sup>510</sup>. Ci sembra che, in fin dei conti, questo dipenda dall'origine stessa del limite del pericolo concreto, innestato su norme che, nelle intenzioni storiche del legislatore, non valorizzavano di certo la portata della suddetta libertà. Non ci interessa tuttavia, in questa sede, approfondire il tema dell'accertamento del pericolo concreto, ma piuttosto assumere come punto fermo la rilevanza di detta offesa quale limite per l'operatività dell'art. 21 Cost. a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale che hanno "completato" il testo della disposizione, esplicitando tale elemento.

Da ciò si possono trarre alcune conseguenze.

La prima: vale quanto detto per l'incendio di cosa propria (art. 423 c. 2 c.p.) per cui, in linea generale, potrebbe osservarsi che il comportamento previsto dal legislatore, che dopo l'ingresso nell'ordinamento della norma penale può dirsi vietato, in assenza della norma penale potrebbe essere qualificato come abuso del diritto. Nel momento in cui vi è la norma penale, quel comportamento è illecito. Nel caso in esame, tuttavia, pensare che l'istigazione, l'apologia, la propaganda, in assenza della norma penale, sarebbero

---

<sup>506</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., pP. 701 ss.

<sup>507</sup> A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., p. 706. Secondo l'Autore l'apposizione di tali divieti è attività legittima dello Stato, che non restringe la libertà di espressione, ma la regola a fini di una pacifica convivenza civile (p. 708).

<sup>508</sup> C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 113: «L'idea che l'ordine pubblico configuri un limite alla libera manifestazione del pensiero anticipa, in realtà, la tutela delle istituzioni ad un momento largamente anteriore a quello del pericolo». A. SPENA, *Libertà di espressione e reati d'opinione*, op. cit., p. 727 osserva come «è estremamente inverosimile, ad esempio, che una isolata condotta di vilipendio, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericoli per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica». Si è altresì affermato: «Nel panorama attuale è nelle mani della giurisprudenza ordinaria sia la difesa della libertà, sia l'attivazione di strumenti che la mettono a rischio» (in D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione*, in *Corriere Giuridico*, 2006, pp. 745 ss.)

<sup>509</sup> M. PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, op. cit., p. 42.

<sup>510</sup> Ad esempio si valorizza il dissenso espresso dai ricettori del messaggio (Cass. Pen. 22.11.1997) o la pubblicazione su una rivista di ispirazione anarchica, rivolta a un pubblico ricettivo del messaggio trasmesso (Cass. 17 novembre 1997) così D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, op. cit., p. 250.

ricostruibili come forme di esercizio abusivo del diritto ci consente di affermare che esse non siano azioni del tutto *aliene* dal diritto, ma anzi che abbiano la stessa natura.

Può darsi atto che, ad esempio, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto come modalità abusive di esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero le condotte riferibili al fenomeno del c.d. negazionismo.

Il negazionismo è stato disciplinato di recente, nell'ordinamento interno, ad opera della legge del 16 giugno 2016, n. 115, mediante l'introduzione dell'aggravante di cui al nuovo comma 3-*bis* all'art. della l. 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. Legge Mancino).

La norma citata, posta in attuazione della Decisione Quadro n. 913 del 2008, prevede un aumento di pena per le ipotesi di propaganda di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, e di istigazione e incitamento alla discriminazione, ad atti di violenza, previste dall'art. 3, che «si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

L'introduzione dell'aggravante in questione è stata preceduta da un vivace dibattito dottrinale sulla possibilità di incriminare, come fattispecie autonoma, il fenomeno negazionismo, in cui ci si è interrogati sulla natura del bene giuridico leso (conteso tra ordine pubblico, dignità umana, memoria storica); sulle tecniche di tipizzazione (pericolo concreto? Dolo specifico?); sulla portata della norma (tutti i genocidi? Solo la Shoah?)<sup>511</sup>. Tale dibattito era stimolato, oltre che dal problema dell'attuazione della Decisione del 2008, proprio dall'interesse suscitato dalle citate pronunce della Corte edu.

Quest'ultima, in particolare, aveva sovente affrontato la questione del negazionismo alla luce del divieto di abuso del diritto sancito dall'art. 17 C.E.D.U.<sup>512</sup>, ritenendo irricevibili i ricorsi di chi, avendo tenuto un comportamento di negazione di crimini internazionali come la Shoah, lamentasse una violazione dell'art. 10 C.E.D.U.<sup>513</sup>. Tanto, ad esempio, era avvenuto nella decisione *Garaudy* c. Francia<sup>514</sup>, in cui l'opera del

---

<sup>511</sup> In tema di negazionismo si rinvia principalmente a E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012. Sui temi segnalati nel testo v. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 marzo 2015; E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2013; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 gennaio 2014; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 879 ss. Il tema è stato oggetto di riflessione nel corso del IV Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Genova, 13/14 novembre 2015), i cui Atti sono stati pubblicati in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, pp. 859 ss. (in particolare D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e di libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*).

<sup>512</sup> Per un'ampia rassegna delle decisioni della Corte edu. v. veda S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 462 ss.

<sup>513</sup> V. anche la ricostruzione per fasi della giurisprudenza europea operata da P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, pp. 1815 ss.

<sup>514</sup> Corte edu. IV Sezione, 24 giugno 2003.

ricorrente si presentava ricca di contenuti razzisti, i quali non erano finalizzati alla riflessione sulla Shoah ma alla diffusione di un atteggiamento d'odio antisemita<sup>515</sup>.

Diversamente, nella decisione *Perinçek c. Svizzera*<sup>516</sup>, la Corte aveva considerato, ed escluso, che la condotta del ricorrente integrasse un abuso del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero. Nel caso in esame, infatti, diversamente dal precedente, i discorsi del ricorrente non negavano i fatti di massacro e deportazione del popolo armeno compiuti dall'Impero ottomano, ma piuttosto la loro qualificazione giuridica di genocidio, senza incitare all'odio verso gli armeni né esprimere disprezzo nei loro confronti. Veniva pertanto in rilievo non un problema di direzione e produzione di effetti lesivi attraverso l'uso della libertà di espressione, ma un contenuto scomodo e minoritario del pensiero divulgato, che trovava protezione *sub art.* 10 C.E.D.U.

La seconda: se è corretta l'opinione tradizionale, che valorizza la ricorrenza del pericolo concreto, ciò significa che, nell'interpretazione della norma, il sacrificio intollerabile imposto attraverso la manifestazione di un pensiero alla pubblica tranquillità è la sua stessa messa in pericolo. Sarebbe insomma la norma a effettuare un *bilanciamento definitivo* tra tutela della libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico, subordinando la prima alla seconda, in modo, secondo la giurisprudenza costituzionale degli anni '70, costituzionalmente legittimo.

La terza: se la creazione di un pericolo concreto per l'ordine pubblico è ritenuto legislativamente un sacrificio intollerabile, il diritto dell'art. 21 Cost. non può essere invocato con funzione scriminante quando produce quegli effetti.

Ciò non toglie, tuttavia, che tutta la questione potrebbe essere riletta e che il collocamento di questo limite potrebbe essere ripensato, superando l'idea che l'esercizio del diritto debba essere sempre sacrificato se crea il pericolo della commissione di reati, o ritenendo che tale scelta non sia legittima nel quadro della tutela dei diritti internazionali, e valorizzando, come suggerito anche in dottrina<sup>517</sup>, elementi quali la gravità dei reati oggetto di apologia o istigazione<sup>518</sup>.

Ci sembra, a tal proposito, che non un caso che, all'interno della stessa categoria dei reati di opinione, la giurisprudenza accetti lesioni scriminate *ex art.* 51 c.p. dalla ricorrenza di

---

<sup>515</sup> V. A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 2243 ss.

<sup>516</sup> Corte edu, II Sezione, sentenza 17.12.2013 *Perinçek c. Svizzera*, con nota di M. MONTANARI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 07 gennaio 2014. V. anche E. SOMMA, *Negazionismo e genocidio armeno*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, pp. 1046 ss.

<sup>517</sup> V. S. ZIRULIA, "La Tav sabotata": *Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*", *op. cit.*

<sup>518</sup> Così, ad esempio, per la limitazione dell'art. 10 C.E.D.U. v. C. eur. dir. uomo, 31 marzo 2015, *Öner e Türk c. Turchia*.

una manifestazione del pensiero che si contenga nei suoi limiti interni<sup>519</sup> di critica “argomentata”, “obiettiva”, “serena”<sup>520</sup>, con riferimento alle forme di vilipendio e turbamento religioso (artt. 403, 404, 405 c.p.) o nei confronti del prestigio di determinate istituzioni (ad esempio, art. 278 c.p., art. 290 c.p.), ossia nelle fattispecie per le quali la dottrina, più fortemente, è orientata nel senso dell’incostituzionalità<sup>521</sup>.

Non è un caso che, proprio dove la scelta di bilanciamento operata dal legislatore venga avvertita come maggiormente critica e opinabile<sup>522</sup>, la giurisprudenza ammetta uno spazio per l’applicazione della scriminante dell’art. 51 c.p., verificando il rispetto dei limiti del diritto di manifestazione del pensiero, *sub specie* di diritto di critica o satira<sup>523</sup>.

Si riconosce ad esempio l’esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero nella forma della satira in un caso di pubblicazione *on-line* di vignette e giochi elettronici che, pur prendendo di mira simboli e persone rappresentative della religione cattolica, intendeva criticare la posizione della Chiesa-istituzione nei confronti della omosessualità e della sessualità<sup>524</sup>.

Ciò avviene sebbene, al pari di quanto riferito in tema di istigazione, anche in tema di vilipendio religioso la Corte Costituzionale abbia dettato un *aut-aut* tra libertà di manifestazione del pensiero e offesa al bene protetto, sottraendo dalla protezione garantita dall’art. 21 Cost. «la contumelia, lo scherno, l’offesa per così dire fine a se stessa»<sup>525</sup> e vi

---

<sup>519</sup> V. Cass. Pen., 24.11.1976, Brigante; Cass. Pen., 16.1.1978, Graziani.

<sup>520</sup> F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 757.

<sup>521</sup> C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 113; F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, op. cit., p. 756.

<sup>522</sup> Si è osservato in dottrina che punire l’espressione di un’opinione a tutela dell’integrità di un’idea maggioritaria o di una sensibilità collettiva rispetto all’integrità concettuale di un valore morale significa restringere la libertà di espressione proprio in relazione ai casi rispetto ai quali maggiormente si pone il problema della sua garanzia. Ciò anche nei casi in cui l’opinione sia espressa in forme irrispettose e offensive (es. sputo sulla bandiera, danneggiamento dell’oggetto di culto, gestualità triviale), forme che vengono incriminate (ad esempio *ex art.* 292 c.p.) non tanto per la loro aggressività materiale quanto per quello che rappresentano. Così A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, op. cit., pp. 712, 724 e 725. L’Autore si premura di chiarire come il discorso vale con riferimento ai reati di opinione e non ad eventuali incriminazioni per atti contrari alla pubblica decenza, stante anche il limite costituzionale del buon costume di art. 21 Cost.

<sup>523</sup> La satira è la forma di espressione verbale o grafica che affronta argomenti legati a politica, costume e società attraverso un linguaggio esagerato, insofferente alle regole formali e formalistiche, dissacrante, con l’intento di burlarsi dei vizi altrui e di provocare una riflessione nello spettatore. Così M.C. TRAVERSO, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, Padova, 2001, p. 527. V. anche A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, pp. 265 ss. Sul rapporto tra satira e tutela della religione si rinvia a N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2008, [www.statoecheme.it](http://www.statoecheme.it), il quale, tra l’altro, dà conto delle statuizioni dei giudici francesi che assolvono le celebri vignette del periodico Charlie Hebdo raffiguranti il profeta Maometto.

<sup>524</sup> Trib. Latina, 24.10.2006.

<sup>525</sup> V. Corte Cost. n. 188/1975, per cui «non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 403 c.p. (...) in riferimento all’art. 21 Cost., poiché, premesso che il sentimento religioso, quando vive nell’intimo della coscienza individuale, e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legati tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerarsi tra i beni costituzionalmente rilevanti (...) il vilipendio di una religione legittimamente può limitare l’ambito di operatività dell’art. 21 Cost.,

sia anche giurisprudenza che ricostruisce i rapporti tra diritto e reati degli art. 403 ss. in termini che sembrano riferirsi più al *fatto* che all'*antigiuridicità*.

In questa direzione, ad esempio, sembra andare l'argomentazione per cui la condotta di vilipendio consiste nel "tenere a vile", ovvero nel manifestare un'offesa volgare e grossolana, che si concreta in atti che assumano caratteri evidenti di dilleggio, derisione, disprezzo<sup>526</sup>. Parimenti, secondo altra sentenza<sup>527</sup>, il vilipendio non si confonde «né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano».

La stessa tendenza a far rilevare l'abuso del diritto a volte come ciò che cade fuori dalla scriminante, a volte come ciò che sottende l'incriminazione, è osservabile anche con riferimento al *diritto di difesa*, del quale si è già visto il rapporto con il reato di calunnia (art. 368 c.p.), costruito intorno all'applicazione dell'art. 51 c.p.

È ragionevole che il diritto di difesa ponga, rispetto al reato di calunnia, un problema di giustificazione<sup>528</sup>. Nel rapporto tra calunnia e difesa, l'interferenza tra il fatto tipico della *falsa incolpazione di altri*<sup>529</sup> e l'esercizio del diritto di difesa è *occasionale*, riguardando il caso in cui la condotta di "denuncia" del reato coincida con una dichiarazione resa dall'indagato o dall'imputato in interrogatorio<sup>530</sup>. Fatti di calunnia, tuttavia, possono realizzarsi a prescindere dall'esercizio del diritto di difesa, diversamente da quanto, come

---

sempre che il vilipendio non si confonda con la discussione su temi religiosi così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica, pur se vivacemente polemica, né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi; sono invece vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 Cost. (e dell'art. 19 Cost.) la contumelia, lo scherno, l'offesa per così dire fine a se stessa, che costituisce al tempo stesso ingiuria al credente e oltraggio ai valori etici in cui si sostanzia e alimenta il fenomeno religioso oggettivamente riguardato».

<sup>526</sup> Così, ad esempio, Cass. Pen., Sez. 3, n. 328 del 24.2.1967, Pasolini. La sentenza è richiamata in un arresto che giunge a conclusioni analoghe in un caso di pubblicazione di un'intervista volta ad additare la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova al pubblico disprezzo (Cass. Pen. Sez. III, 07-10-1998, n. 12744, Faraon).

<sup>527</sup> Cass. Pen., Sez. 3 n. 41044 del 13/10/2015, per cui il vilipendio non si confonde «né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano. Sono, invece, vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato».

<sup>528</sup> D. PULITANÒ, *Calunnia e autocalunnia*, op. cit., p. 18.

<sup>529</sup> D. PULITANÒ, *Calunnia e autocalunnia*, op. cit., p. 9.

<sup>530</sup> D. PULITANÒ, *Calunnia e autocalunnia*, op. cit., p. 14 rileva come il termine denuncia non indichi l'istituto processualpenalistico della denuncia, ma comprende qualsiasi comunicazione destinata all'autorità giudiziaria, scritta o orale, palese o segreta, spontanea o sollecitata.

si è visto, avviene per la libertà di manifestazione del pensiero e i reati di apologia, istigazione, propaganda, vilipendio, che necessariamente postulano la presenza di una comunicazione e di un'espressione.

Potrebbe a questo punto ritenersi che il criterio per collocare l'abuso del diritto nella realizzazione del fatto o nella negazione della scriminante, possa essere quello di *coincidenza necessaria* tra esercizio del diritto e realizzazione del fatto criminoso *vs coincidenza eventuale* tra esercizio del diritto e fatto criminoso, realizzabile anche attraverso modalità non implicanti l'esercizio del diritto.

Lo stesso criterio, tuttavia, non viene seguito quando dal diritto di difesa invocato a protezione della difesa personale dell'indagato o imputato, in ossequio al principio per cui *nemo tenetur se detegere*, si volge l'attenzione all'esercizio del diritto di difesa tecnica, da parte del difensore<sup>531</sup> e ai suoi rapporti con il favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

Come è noto, l'attività svolta dal difensore costituisce estrinsecazione del diritto di difesa rilevante *ex art. 24 c. 2 Cost.*<sup>532</sup> Si ritiene pertanto che l'esercizio del diritto di difesa tecnica possa integrare la scriminante dell'art. 51 c.p. in forza del suo valore irrinunciabile nel procedimento penale, affermato anche a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale<sup>533</sup>.

La casistica giurisprudenziale dimostra come il difensore, esercitando il suo ruolo, possa trovarsi a commettere vari reati.

---

<sup>531</sup> Distingue tra abuso di difesa dell'imputato e abuso del difensore tecnico anche P. M. CORSO, *Quale difesa dall'abuso nella difesa?*, op. cit., p. 118, per il quale «porsi il problema dell'abuso di difesa da parte dell'imputato è un non senso: l'autofavoreggiamento non è previsto come reato e si risolve in una difesa dal processo. L'imputato ha il diritto di tacere e la facoltà di mentire (condotte che, in concreto, ben possono minare l'esistenza del processo); l'imputato può (di fatto) inquinare le prove, assumendosi le conseguenze processuali (...) e sostanziali [la calunnia, l'autocalunnia e le attività illecite di cui all'art. 111 comma 4° Cost. integranti altrettanti gravi reati]. Porsi il problema dell'abuso della difesa nell'ottica del difensore apre scenari delicati. L'art. 378 c.p. (...) vale anche per il difensore che non è *legibus solutus* nella scelta delle modalità difensive né scriminato dall'esercizio della difesa (altrui)». Lo stesso Autore osservava comunque, in uno scritto precedente, come già a livello di normativa ordinaria la configurabilità di un reato di favoreggiamento in ordine alle attività del difensore sia limitata *ex art. 380 c.p.* (patrocinio o consulenza infedele). Così P.M. CORSO, *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in *Indice Penale*, 1982, p. 36. Il punto è più ampiamente trattato oggi da D. NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015, pp. 173 ss. Sui limiti ai poteri del difensore si veda anche il *pamphlet* di F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007, p. 63 in cui gli Autori, trattando ampiamente del ruolo dell'avvocato, affermano: «Nello svolgimento dell'incarico l'avvocato si può imbattere in situazioni critiche e di ardua soluzione (...) Si può ad esempio definire un abuso del processo l'esercizio di pratiche, ad esempio eccezioni procedurali, finalizzate ad impedire il corso giudiziario o a dirottarlo verso un giudice più benevolo? Esiste un limite deontologico all'uso degli istituti previsti dal codice, oppure sono tutti consentiti perché connessi alla funzione difensiva? E poi ancora: può l'avvocato nel difendere accusare altri? O può consentire, senza proprie reazioni, che questo avvenga da parte del cliente?»

<sup>532</sup> A. LANZI, *L'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 85.

<sup>533</sup> Corte Cost. n. 125/1979.



Si pensi, ad esempio, a quello, oggi abrogato a seguito del d.lgs. 7/2016, di ingiuria (art. 594 c.p.) o alla diffamazione (art. 595 c.p.), per cui in giurisprudenza si è ritenuto applicabile l'art. 51 c.p. qualora le espressioni adoperate siano *strettamente conferenti* all'esercizio del diritto di difesa<sup>534</sup>.

Ci interessa, tuttavia, concentrare la nostra attenzione sul reato di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), il cui nucleo essenziale è costituito dall'aiutare taluno a sottrarsi alle investigazioni o alle ricerche dell'autorità, poiché anche rispetto al rapporto tra favoreggiamento personale e diritto di difesa tecnica si pone il dubbio tra rilevanza nel fatto o nell'antigiuridicità.

Anche nel favoreggiamento personale la possibilità che la condotta di *aiuto* sia tenuta da un difensore è solo eventuale, e dunque non vi è un problema di coincidenza tra diritto di difesa e reato. Tuttavia questo non sembra sufficiente per far concludere, unanimemente, nel senso di un problema di antigiuridicità.

La dottrina si è infatti divisa sulla possibilità di valutare la questione dal punto di vista dell'offesa ovvero da quello della liceità<sup>535</sup>.

Così, a fianco dell'opinione che ritiene che l'esercizio del diritto di difesa ponga un problema di antigiuridicità<sup>536</sup>, per cui si osserva come «non costituisce favoreggiamento l'avvantaggiare l'indiziato entro i limiti consentiti dall'ordinamento giuridico (art. 51 c.p.)»<sup>537</sup>, ritenendo che possa scriminare lo svolgimento dell'attività difensionale «tipica», cioè disciplinata dalla legge ed esercitata seguendo le sue prescrizioni<sup>538</sup>, altra tesi ha

---

<sup>534</sup> Cassazione Penale, n. 30.09.2005, n. 39934.

<sup>535</sup> Per vero, sempre richiamando l'art. 51 c.p., vi è anche l'interpretazione che vede il possibile operare della scriminante dell'adempimento di un dovere piuttosto che dell'esercizio del diritto, argomentando circa la possibilità di individuare la fonte della giustificazione nei doveri professionali dell'avvocato stabiliti dalle regole deontologiche. Sul punto v. L. ZILLETTI, *Il favoreggiamento*, in G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Il rischio penale del difensore*, Milano, 2009, p. 113, e G. INSOLERA, *L'avvocato penalista tra deontologia e rischio penale*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p. 1096.

<sup>536</sup> V. A. LANZI, *L'esercizio del diritto di difesa tecnica come scriminante del reato di favoreggiamento*, in *Difesa penale*, 1983, p. 73.

<sup>537</sup> A. PAGLIARO, *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, p. 42.

<sup>538</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 700. L'Autore, ricostruendo il quadro giurisprudenziale, segnala come la giurisprudenza più recente ha dovuto tener conto dell'introduzione del Codice di Procedura Penale del 1988 e dell'ampliamento dei poteri dei difensori nel processo penale (si pensi ad esempio alla possibilità di investigazioni difensive, inserita nel Codice di rito dall'art. 11 della L. 7 dicembre 2000, n. 397). Ciò ha segnato l'abbandono dell'orientamento giurisprudenziale, incentivato dal processo inquisitorio, per cui sul difensore gravava l'obbligo di concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta. Quale espressione di tale orientamento, attento ai divieti e agli obblighi del difensore, il Manuale richiama Cass. Pen., sez. VI, 4.07.1986, n. 173315, per cui «il diritto di difesa è tra quelli ai quali l'ordinamento riconosce il più alto ambito di espansione, onde consentire l'effettiva attuazione del principio di cui all'art. 24 co. 2 Cost.; come ogni diritto, però, esso trova un limite nel rispetto delle altre esigenze primarie, tra le quali v'è quella dello Stato ad una corretta amministrazione della giustizia, sicché nella scelta dei metodi e degli strumenti cui il difensore ritiene di fare ricorso per la tutela degli interessi dell'imputato, esiste un limite oggettivo – costituito dall'inosservanza di quegli obblighi e di quei divieti espressamente

evidenziato come sovrapporre l'offesa tipica con il diritto di difesa vorrebbe dire assumere l'atto difensivo come un "male necessario" idoneo a provocare un'offesa<sup>539</sup>. Aderendo a questa seconda impostazione, chiaramente, il problema non è tanto quello dei limiti del diritto di difesa, quanto quello della portata degli elementi della fattispecie astratta, dal quale, ad esempio, la distinzione tra *aiuti materiali e intellettuali*, e, tra questi ultimi, tra *prestazioni a contenuto non informativo e suggerimenti o esortazioni*<sup>540</sup>.

La giurisprudenza si è occupata di ipotesi varie ed eterogenee di favoreggiamento del difensore, tra le quali si ricordano il tentativo di condizionamento di un testimone<sup>541</sup>, e la strumentalizzazione di incontri tra difensore e imputati al fine di veicolare messaggi tra gli appartenenti ad una cosca<sup>542</sup>. Con riferimento a tale ultima ipotesi si noti come, sul versante processual-penalistico, la tendenza sia quella di ritenere che in tale frangente vengano meno le c.d. garanzie di libertà del difensore previste dal Codice Penale all'art. 103 c.p.p., invocabili dall'imputato per richiedere l'inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali realizzate mediante microspia nel suo studio. Secondo la Corte, queste garanzie riguardano «conversazioni o comunicazioni aventi per oggetto procedimenti nei quali i difensori, i consulenti tecnici e i loro ausiliari esercitano le rispettive attività» e non «una tutela indiscriminata, come pretende il ricorrente, di qualunque conversazione avvenuta nel domicilio professionale del difensore, indipendentemente dal loro nesso con la funzione esercitata». Ancora una volta, una risposta coerente con l'idea che la reazione dell'ordinamento ai diritti abusati sia quella di negare essi le tutele di cui, in situazione fisiologica, godono.

Al termine di questo *excursus* non possiamo che mettere in evidenza come, sia per il diritto di libertà di manifestazione del pensiero che per il diritto di difesa, la partita della rilevanza

---

indicati come illeciti penali – oltre il quale anche il comportamento del professionista non sfugge a sanzione».

<sup>539</sup> Questa è la tesi ripresa recentemente da D. NOTARO, In foro illecito versari. *L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, op. cit., pp. 197 ss.

<sup>540</sup> La distinzione di ascendenza tedesca tra *ausilio* e *assistenza*, ripresa da D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 195, è messa in comparazione con le prescrizioni della recente legge professionale n. 247/2012 da D. NOTARO, In foro illecito versari. *L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, op. cit., pp. 192 ss. D. PULITANÒ, nell'Opera citata, esclude la tipicità, con riferimento alle attività intellettuali del difensore, in presenza di suggerimenti all'assistito privi di contenuto informativo, che darebbero luogo semmai a un'istigazione all'autofavoreggiamento, ipotesi per cui non è prevista pena (p. 197), così come in presenza di informazioni di carattere giuridico, quali l'indicazione dei Paesi non legati all'Italia da un trattato di estradizione (p. 209), mentre per le informazioni di natura fattuale, dovrebbe distinguersi a seconda che l'informazione sia stata ottenuta illecitamente o meno, potendo ritenersi solo nel primo caso scriminata la condotta per esercizio di un diritto (p. 235).

<sup>541</sup> Cass. Pen., 25.05.1986. Nel caso di specie l'avvocato invitava, in vista di un prossimo esame testimoniale, il soggetto denunciante ad alleggerire la sua deposizione.

<sup>542</sup> Cassazione Penale, Sez. VI, 04.02.1998, n. 1472. Nel caso in esame l'avvocato avrebbe acconsentito ad incontrare nel suo studio legale la moglie di uno degli imputati, sospettato di aver iniziato a collaborare con la giustizia, proprio per verificare tale circostanza, e sempre attraverso l'organizzazione di incontri nel proprio studio, avrebbe agito da tramite tra i vari imputati aiutandoli ad eludere le investigazioni.

dell'abuso del diritto sul piano del *fatto* o dell'*antigiuridicità* non possa risolversi in termini assoluti.

Tuttavia, ambendo a fornire alcuni criteri di lettura del problema, ci sembra che, anzitutto, per potersi interrogare sull'efficacia scriminante dell'esercizio di un diritto, e dunque considerare il suo abuso come un problema di superamento dei limiti della scriminante dell'art. 51 c.p., occorre poter di ammettere che l'esercizio del diritto possa recare l'offesa penalmente tutelata, e che non vi sia incompatibilità ontologica tra esercizio del diritto e comportamento punito. Così, il primo interrogativo da sciogliere per stabilire la possibilità di una sovrapposizione tra istigazione e libertà di espressione, e tra favoreggiamento e diritto di difesa, è se una manifestazione di pensiero possa ledere la pubblica tranquillità e, al pari, se una forma di difesa tecnica possa offendere l'amministrazione della giustizia.

Se la risposta a questa domanda è negativa, l'esercizio del diritto sarà sempre estraneo al fatto di reato.

Se la risposta è positiva, occorre domandarsi se ci sono possibilità di *offese lecite* arrecate al bene tutelato dall'esercizio del diritto.

Se anche in questo caso possiamo rispondere affermativamente, si porrà un problema di giustificazione, e dunque l'esigenza di un bilanciamento del giudice, il quale, dopo aver riscontrato la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta, dovrà chiarire se esso possa dirsi o meno antigiuridico, valutando se il concreto esercizio del diritto rientri nell'ipotesi di liceità suddetta.

Qualora, invece, anche l'offesa arrecata nell'esercizio del diritto sia illecita per scelta normativa, ciò significa che il legislatore ha effettuato il bilanciamento degli interessi in gioco, decidendo per la prevalenza dell'interesse sotteso al reato, secondo un'*assegnazione definitiva*<sup>543</sup> che impedisce a quella stessa modalità di esercizio del diritto, produttiva di quelle conseguenze, di scriminare.

Laddove tale allocazione non apparisse ragionevole, la stessa potrebbe essere rimessa in discussione attraverso un ricorso del Giudice delle Leggi o alle Corti sovranazionali.

In questa seconda ipotesi, a ben vedere, l'offesa provocata dall'uso del diritto può essere solo una delle possibili modalità di offesa al bene tutelato punite dalla norma penale, ovvero può essere l'unica modalità di offesa: in entrambi i casi, il divieto penale fissa un limite all'esercizio del diritto per cui può, correttamente, parlarsi di reciproca esclusione.

---

<sup>543</sup> A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, op. cit., p. 30.

La constatazione che il comportamento così tipizzato dalla norma penale, in assenza di essa, potrebbe apparire una modalità abusiva di uso del diritto (così, come si è visto per l'incendio di cosa propria, se si ritiene che sia un abuso del diritto di proprietà compiere atti rivolti a nuocere il vicino, dovrebbe essere abuso del diritto anche compiere atti rivolti a nuocere la collettività) consente di svolgere già in questa sede due ultime considerazioni, che ci saranno utili successivamente, quando ci domanderemo se una norma penale può punire un abuso del diritto.

La prima di esse è che la norma penale, che si intuisce faccia fatica ad abbracciare il concetto indeterminato di *abuso del diritto*, può dar rilievo a *una particolare modalità abusiva* di esercizio del diritto, per la funzione che svolge e le forme che ricopre.

La seconda è che quest'ultima, per essere considerata come reato, ha bisogno di una norma penale che la accolga.



## CAP. 3

### L'ABUSO NEL DIRITTO PENALE: UNA RICOGNIZIONE

**Sommario.** 1. Introduzione. 2. Abusi nella parte generale del Codice Penale. 3. Abusi nella parte speciale del Codice Penale. 3.1. Delitti. 3.2. Contravvenzioni. 4. Abusi nella legislazione complementare.

#### 1. Introduzione.

In occasione del discorso dedicato alla rilevanza dell'abuso del diritto nella valutazione dell'antigiuridicità abbiamo messo in evidenza come, talvolta, sia la stessa norma penale a stabilire che l'uso di un diritto, e quindi di un potere giuridico, vada vietato in certe forme, per le conseguenze che produce.

Si è detto come, in questi casi, il comportamento oggetto di un simile divieto costituisca un *illecito*, e non un abuso, anche se, qualora il divieto non vi fosse stato, la stessa condotta, probabilmente, avrebbe potuto finire per essere considerata *abusiva* in via interpretativa, in risultanza dell'applicazione degli schemi di bilanciamento e ricorso a principi più volte ricordati.

In questi casi può parlarsi di *rilevanza penale dell'abuso del diritto* solo in un senso ampio, nei limiti in cui immaginare, a seguito di un meccanismo di rimozione mentale della norma, di poter intravedere un *abuso* laddove il diritto positivo ha scelto di collocare un *illecito*, può servire a confermare la razionalità della scelta del legislatore e, soprattutto, che una modalità di condotta di per sé abusiva può acquistare "rilevanza penale" e assurgere a elemento del reato quando sia presa in considerazione da una norma. Tuttavia, come si anticipava, l'esistenza del divieto penale impedisce che di quel comportamento possa parlarsi *ancora* di un abuso del diritto in senso tecnico, rinvenendo, ad esempio, una contrarietà a norme di principio: il comportamento rientrante nella norma penale sarà, prima di tutto, contrario ad essa, e solo in seconda battuta contrario al principio dalla stessa espresso.

A fianco di queste ipotesi, nelle quali, secondo certa dottrina, il divieto penale abbraccia comportamenti abusivi *senza parlare di abuso*, ma descrivendo la fattispecie con l'ausilio di altri concetti, il diritto penale è costellato di elementi che richiamano esplicitamente il concetto di *abuso*.

Passando in rassegna il Codice Penale e i principali testi di legislazione complementare si nota così come il sostantivo “abuso”, gli aggettivi “abusiva” e “abusivo”, l’avverbio “abusivamente” ricorrano frequentemente.

Escluso l’ambito delle cause di giustificazione, già trattato, *a volte* tale elemento interviene nella definizione della fattispecie incriminatrici, esprimendo direttamente la condotta, che può essere appunto un “abuso”.

*Altre volte*, l’abuso qualifica la condotta, attraverso il ricorso a una clausola di illiceità speciale, punendo un comportamento tenuto “abusivamente”, o più semplicemente attraverso l’aggettivazione “abusiva”.

*Altre volte ancora*, l’abuso qualifica l’evento, che è un risultato “abusivo”.

Tali abusi, spesso, si accompagnano a specificazioni diverse, venendo presentati come abusi “di potere”, “di professione”, “di qualità”.

Poiché è nostra opinione che, attraverso essi, in alcuni casi assumano rilevanza penale forme di esercizio scorretto o improprio di *posizioni giuridiche soggettive di natura privatistica* (diritti, poteri, facoltà), ipotizziamo che la categoria dell’abuso del diritto, con le logiche modali e funzionali e gli strumenti ermeneutici a essa correlati, possa avere qualche utilità per una più profonda comprensione degli elementi in questione, che, come si vedrà, spesso pongono problemi di tipicità e tassatività.

Tanto, tuttavia, non deve portare a ritenere che possa operarsi una sovrapposizione automatica tra la categoria dell’abuso del diritto, come elaborata dalla teoria generale nel diritto extra-penale, e i casi di abuso penalmente rilevanti.

A tal proposito, in dottrina, è stato recentemente messo in evidenza come non ogni *abuso* presente nell’ordinamento sia necessariamente un «abuso del diritto», ma piuttosto un «abuso nel diritto (oggettivo)», cioè «un contegno non consentito, tenuto in violazione di una o più norme giuridiche»<sup>544</sup>.

Come si è visto per il rapporto tra abuso ed eccesso in tema di antigiusuridicità, ci sono casi in cui la ricostruzione civilistica non conserva utilità, e anzi può essere fuorviante.

In molti casi - ad esempio, in diverse contravvenzioni codicistiche - l’abuso (elemento dell’illecito penale) si riferisce a comportamenti tenuti in violazione di specifiche norme, di fonte ordinaria o amministrativa, che fungono da parametro per la conformazione del comportamento, e coincide, dunque, con un illecito extra-penale.

---

<sup>544</sup> Così V. VELLUZZI, *L’abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, op. cit., p. 165 chiarisce come talvolta, quando si evoca l’abuso in ambito giuridico, non si discuta di esercizio improprio di posizioni soggettive di vantaggio, ma di una violazione di norme. V. anche *retro*, cap. 1, nota 193.

In casi ulteriori , più che un *cattivo uso* del potere viene in rilievo un *potere non autorizzato*, e dunque la violazione delle norme che impongono di munirsi di un titolo per esercitare un'attività.

In altri casi ancora, come si vedrà - ad esempio per l'interpretazione delle clausole di illiceità di "abusivamente" - la corrispondenza tra l'abuso (elemento dell'illecito penale) e l'abuso extra-penale dovrà essere esclusa quando tale ultima categoria induca ad attribuire dei significati alla norma penale non predeterminabili nella disposizione.

Prima di approfondire ulteriormente tali questioni, alle quali saranno dedicati i prossimi capitoli, riteniamo possa essere utile rintracciare dapprima gli *abusi penalmente rilevanti*, di seguito considerati secondo la loro collocazione sistematica codicistica ed extra-codicistica.

## **2. Abusi nella parte generale del Codice Penale.**

Nel Libro I del Codice Penale non vi è una norma che si occupi, in generale, dell'abuso del diritto o dell'abuso.

In questa sede, però, emerge più volte il richiamo al concetto di "abuso di poteri" come caratteristica di disvalore di un reato che giustifica l'applicazione di una sanzione ulteriore alla pena, ovvero di un aggravamento di pena.

L'abuso di poteri viene in rilievo, nel binomio con la "violazione di doveri", in punto di pene accessorie (art. 31 ss. c.p.) e di circostanze aggravanti (art. 61 n. 9 e n. 11 c.p.).

Le pene accessorie sono spesso previste in conseguenza dell'accertamento di delitti commessi con *abuso di poteri* o con *violazione di doveri*.

Così l'art. 31 c.p. (Condanna per delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio o di una professione o di un'arte) fa dipendere l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, dalla professione, arte, industria, commercio o mestiere a coloro che abbiano ricevuto condanna per un delitto commesso con abuso di poteri o violazioni di doveri relativi a questi ambiti.

Parimenti l'art. 32 *bis* c.p. (Interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese) prevede che l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese consegua alla condanna alla reclusione non inferiore ai sei mesi per delitti commessi con abuso di poteri e violazione dei doveri inerenti l'ufficio.

E ancora, l'art. 34 c.p. (Decadenza dalla responsabilità genitoriale e sospensione dall'esercizio di essa)<sup>545</sup> sanziona con la sospensione dalla responsabilità genitoriale chi abbia ricevuto condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità dei genitori.

---

<sup>545</sup> da notare che il testo precedente alle modifiche introdotte dal D. lgs. 28.12.2013, n. 154, art. 93, parlava di "potestà genitoriale" piuttosto che di "responsabilità genitoriale".



Infine, ai sensi dell'art. 35 c.p. (Sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte) la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte consegue a ogni condanna per contravvenzione a pena non inferiore ad un anno di arresto commessa con abuso della professione, arte, industria, commercio o mestiere, ovvero con violazione dei doveri ad essi inerenti.

La stessa locuzione ritorna quando il Codice si occupa del reato circostanziato, con riferimento alle ipotesi aggravanti dell'art. 61 c. 1 n. 9 e n. 11 c.p.

Ai sensi dell'art. 61 c. 1 c.p. (Circostanze aggravanti comuni) aggrava il reato «l'aver commesso il fatto con abuso di poteri, o con violazione di doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di culto» (n.9) e altresì «l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità» (n. 11).

Gli “abusi di potere” e le “violazioni di dovere” rilevanti nella disciplina delle pene accessorie e delle aggravanti non si riferiscono a un “diritto”, ma piuttosto a uffici, *status*, mestieri, arti, professioni.

Si è tuttavia più volte riferito di come la ricostruzione civilistica dell'abuso del diritto adatti la categoria a tutte le posizioni soggettive attive esprimibili attraverso l'esercizio di un potere giuridico privato<sup>546</sup>. Diventa allora importante, all'interno di tali ambiti, riuscire a stabilire se la posizione concretamente in rilievo esprima o meno un potere giuridico privato.

Così, ad esempio, in materia di aggravanti, la dottrina ha evidenziato come l' “abuso di potere” e la “violazione di dovere” vengano in rilievo in ambiti di *tipo pubblicistico* per l'aggravante del n. 9 e di *tipo privatistico* per quella del n. 11<sup>547</sup>, posto che nelle “relazioni domestiche, nelle “relazioni d'ufficio”, e nella “prestazione d'opera”, si possono individuare posizioni di titolarità di un potere privatistico.

Con riguardo a tali ipotesi, va notato come il Codice Penale preveda un'equiparazione *quoad effectum*, di irrogazione della pena accessoria o di aggravamento della pena principale, tra quella che nel diritto civile è una contrarietà esterna (la “violazione” di un dovere) e quella che è una contrarietà interna (l'“abuso” di un potere). Presupposto di tale equiparazione è la contemporanea ricorrenza, in capo ai soggetti, di *poteri/diritti* e *doveri*

---

<sup>546</sup> Si rinvia a cap. 1.

<sup>547</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, pp. 409 ss.

inerenti professioni e qualità: si pensi ad esempio alla professione di giornalista<sup>548</sup>, o a quella dell'avvocato<sup>549</sup>.

Sia che si sia violato un dovere, sia che si sia abusato di un potere, è parimenti opportuno, a giudizio dell'ordinamento, sospendere o interdire l'attività esercitata, o punire più severamente per la commissione di un reato.

Posto che gli abusi di poteri privatistici che vengono qui in esame, come presupposti per l'applicazione delle pene accessorie o delle circostanze aggravanti, sono abusi rilevanti attraverso i reati che si sono realizzati, possiamo rinviare la loro considerazione al momento in cui tratteremo il problema dell'abuso come *mezzo* di commissione dell'illecito penale<sup>550</sup>.

Prima di passare all'elencazione degli abusi rilevanti come elementi di fattispecie, per mera completezza, si segnala come, avendo già discusso dell'abuso del diritto nell'ambito delle cause di giustificazione, risulta superfluo riprendere l'argomento in questa sede in virtù della sua rilevanza nel Libro I del Codice Penale, rispetto agli artt. 51 e 55 c.p., sui quali già si è riferito. Nondimeno può segnalarsi incidentalmente che, nella parte generale del Codice Penale, l'abuso del diritto viene in rilievo anche sotto questo profilo. Non riteniamo invece di dover prendere in considerazione gli abusi che vengono in rilievo, nella valutazione dell'imputabilità, rispetto alle sostanze alcoliche e stupefacenti, nelle fattispecie degli artt. 85 ss., laddove le norme, pur non parlando testualmente di abuso ma di uso, danno rilievo a concetti come l'ubriachezza abituale (art. 94 c.p.), ricondotto in dottrina all' «uso eccessivo» di bevande alcoliche<sup>551</sup>. In questi casi, infatti, l'abuso ha un significato naturalistico e non ha a che fare con poteri giuridici di alcun tipo.

### **3. Abusi nella parte speciale del Codice Penale.**

Il Libro II e il Libro III del Codice Penale rivelano un ampio ricorso del legislatore al concetto di *abuso* e alle qualificazioni da esso derivanti nella previsione degli illeciti penali, tanto nelle rubriche delle disposizioni, quanto nel loro corpo testuale.

Sono altresì frequenti norme che, pur non parlando di abuso, prevedono poteri, professioni, qualità, autorità o altre situazioni soggettive esercitate, in modo o con risultati “indebiti” o “arbitrari”, per i quali in dottrina ci si è riflettuto se in esse operi la logica dell'abuso.

---

<sup>548</sup> v. U. FERRANTE, *Professione di giornalista e condanna per delitto commesso con abuso della professione o con violazione dei doveri ad essa inerenti*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1974, p. 48.

<sup>549</sup> Ampliamente trattata da D. NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, op. cit.

<sup>550</sup> L'espressione è mutuata, sebbene non con riferimento all'abuso, da C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 25.

<sup>551</sup> V. ad esempio G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, op. cit., p. 347.

Procediamo quindi alla rassegna di tali ipotesi delittuose e contravvenzionali, precisando che, di seguito, limiteremo la nostra attenzione alle fattispecie ad oggi vigenti<sup>552</sup>, riservandoci di recuperare poi, nella successiva riflessione, quei reati abrogati che, per varie ragioni, potranno essere utili al discorso (ad esempio, l'interesse privato in atti d'ufficio dell'art. 324 c.p.).

### **3.1. Delitti.**

Seguendo la collocazione sistematica dei reati, il primo gruppo di norme che attira la nostra attenzione è dato da quei reati associativi e da quelle forme di offese e vilipendi che vengono in rilievo nel Titolo I del Libro II del Codice Penale.

All'interno del Titolo I del Codice Penale, pur non essendovi alcuna fattispecie che faccia ricorso letterale all'abuso, un problema può porsi con riferimento ai reati associativi (art. 270 c.p.: associazioni sovversive; art. 270 *bis* c.p.: associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico; art. 271 c.p.: associazioni antinazionali) e a quei delitti che vengono ricondotti all'ampia categoria dei c.d. reati di opinione, cioè quelli previsti dall'art. 278 c.p. (offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica), dall'art. 290 c.p. (Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle Forze Armate), dall'art. 291 c.p. (Vilipendio alla nazione italiana), dall'art. 292 c.p. (Vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema), dall'art. 299 c.p. (Offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero).

Come risulta anche dalla copiosa giurisprudenza costituzionale su essi, tali reati vengono spesso posti a confronto con i diritti costituzionalmente garantiti di libertà di associazione (art. 18 Cost.) e di libertà di espressione (art. 21 Cost.). L'interrogativo che essi suscitano è dunque il seguente: può ritenersi che associarsi per fini sovversivi, terroristici o antinazionali sia un abuso del diritto di associazione e, che, ad esempio, offendere il prestigio del Presidente della Repubblica sia un abuso della libertà di manifestazione del pensiero?

---

<sup>552</sup> Così, ad esempio, non saranno richiamati: l'art. 272 c.p. (Propaganda ed apologia sovversiva e antinazionale), l'art. 279 c.p. (Lesà prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica), l'art. 324 c.p. (Interesse privato in atti d'ufficio), l'art. 402 c.p. (Vilipendio della religione dello Stato) dichiarato illegittimo da C. Cost. n. 508/2000, l'art. 486 (Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato), depenalizzato ad opera del d.lgs. 7/2016 e per cui vige oggi la sanzione civile, l'art. 502 c.p. (Serrata e sciopero per fini contrattuali), su cui è intervenuta la sentenza C. Cost. 29/1960, l'art. 520 c.p. (Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale), l'art. 662 c.p. (Esercizio abusivo dell'arte tipografica), l'art. 667 c.p. (Esecuzione abusiva di azioni destinate a essere riprodotte col cinematografo), l'art. 729 c.p. (Abuso di sostanze stupefacenti).

Come si è visto nel capitolo dedicato alle cause di giustificazione, è indifferente, rispetto ai due gruppi di reati, la circostanza che l'art. 18 Cost. preveda direttamente nella norma attributiva del diritto il *limite* dei fini vietati ai singoli dalla legge penale, mentre la legittimità del limite posto in base all'art. 21 Cost. sia ricavato dalla rilevanza costituzionale dei beni in gioco quando il legislatore voglia evitare la commissione di reati. Si è già visto, infatti, come l'opinione dominante ritenga che il legislatore penale possa limitare l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti per proteggere altri beni di pari rilievo costituzionale.

Come si è visto nel primo capitolo, tale ricostruzione potrebbe essere percorribile, a condizione di fingere che le norme penali delle quali si discute non esistano, se si valorizza, ad esempio, il dato per cui si ritiene integri un abuso del diritto di critica quello che lede la reputazione altrui oltre certi limiti espressivi.

In altre parole: se le norme citate non vi fossero, sarebbe possibile negare tutela, sul piano extra-penale, al comportamento di chi offende certi beni e valori, qualificandolo come un abuso. In questo senso, aggiungiamo, va anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo laddove ha affermato la legittimità di certe misure statali, invocando il divieto dell'art. 17 C.E.D.U. e dunque negando tutela al diritto vantato dai singoli, in casi di scioglimento di partiti che mirino a porre in crisi le istituzioni democratiche di un Paese<sup>553</sup>.

Tuttavia, come si è già ripetuto, nell'ordinamento positivo reale, al comportamento che viene contemplato dalla norma penale non può che riconoscersi la natura di *illecito*.

Da segnalare, all'interno del Titolo I, per il confronto tra abuso e usurpazione, e tra abuso e indebito, l'art. 287 c.p. (Usurpazione di potere politico o di comando militare) che punisce, tra l'altro, chi esercita un potere politico o assume un alto comando militare "indebitamente", potendosi già anticipare come la dottrina abbia da tempo evidenziato l'alterità dei concetti di abuso e usurpazione, posto che quest'ultima, per definizione, postula l'inesistenza del potere che si esercita<sup>554</sup>.

Se nel Titolo I, come si è visto, l'abuso non viene in rilievo come elemento di fattispecie, esso, al contesto, viene spesso richiamato nell'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, previsti dal Titolo II del Libro II del Codice Penale.

Anche in questo campo l'elemento dell'abuso si accompagna spesso alla produzione di un risultato indebito, mentre in altri casi la realizzazione di quest'ultimo avviene a prescindere da un comportamento abusivo.

---

<sup>553</sup> Sentenza C.E.D.U., Grande Camera, *Refah Partisi* e altri c. Turchia, 13.02.2003, par. 96.

<sup>554</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, pp. 19 ss.

Nel delitto di concussione (art. 317 c.p.) si prende in considerazione la condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che «abusando della sua qualità o dei suoi poteri» costringa taluno a una dazione o una promessa indebita. Parimenti, nella fattispecie di recente conio di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*)<sup>555</sup>, si punisce la condotta di chi «abusando della sua qualità o dei suoi poteri» induce taluno a dare o a promettere indebitamente denaro o altra utilità.

Nelle due fattispecie citate la condotta abusiva è legata alla produzione di un *risultato indebito*, elemento costante e ricorrente anche in altri delitti del pubblico ufficiale, che non prevedono nella fattispecie l'elemento dell'abuso, come il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) e la malversazione a danno dello Stato (art. 316 *bis* c.p.), e soprattutto la c.d. corruzione impropria prevista dall'art. 318 c.p. (corruzione per esercizio della funzione), ma non nella c.d. corruzione propria dell'art. 319 c.p. (Corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio), che prevedendo comportamenti *direttamente* illeciti, non ricorre a nessuna formula di abuso o indebito. Condotte tenute *indebitamente* vengono in rilievo anche in altre fattispecie, quali l'art. 328 c.p. (Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione), l'art. 329 c.p. (Rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o a un agente della forza pubblica), l'art. 346 c.p. (Traffico di influenze illecite).

La circostanza che solo talvolta la valutazione di indebito si accompagni alla previsione di un abuso, e che in altri casi ciò non avvenga, ci consente altresì di richiamare la distinzione, operata dalla dottrina con riferimento all'abuso di potere<sup>556</sup>, tra *abusi di potere in senso stretto* e *abusi della posizione giuridica*, ricomprendendo nel secondo gruppo quei reati in cui l'azione non è esercizio tipico di un potere pubblico, ma avvantaggiamento della titolarità del potere.

È evidente che, nell'ambito dei reati contro la Pubblica Amministrazione, venga in rilievo un abuso di potere pubblicistico e non un abuso del diritto. Il pubblico ufficiale, per definizione dell'art. 357 c.p., è titolare di poteri pubblicistici, e non è considerato dal diritto penale come un soggetto privato portatore di diritti.

L'abuso di potere rilevante in questa sede non è quindi oggetto della nostra indagine, ma nondimeno conserva interesse per il confronto che può offrire con l'abuso di potere privatistico. Per questo, ad esempio, prenderemo in considerazione il reato di abuso d'ufficio dell'art. 323 c.p.

Il delitto di abuso di ufficio previsto e punito dall'art. 323 c.p. è realizzato dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, «in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti» procura a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale ingiusto o arreca ad altri un danno

---

<sup>555</sup> La norma è stata inserita dalla legge 190/2012, art. 1 c. 75, a seguito dell'eliminazione della fattispecie di concussione per induzione dal corpo dell'art. 317 c.p.

<sup>556</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., pp.119 ss.

ingiusto. Tale norma, nella sua attuale stesura, ci interesserà, da un lato, per il superamento della figura dell'*abuso d'ufficio innominato*, esempio di *atipico abuso di potere pubblicistico*, e dall'altro, per il dibattito sulla possibilità o impossibilità di ritenere che integri un abuso penalmente rilevante la violazione di norme di principio, come l'art. 97 Cost., rammentando come proprio la violazione delle norme di principio sia ritenuta l'essenza dei c.d. illeciti atipici, tra i quali si colloca l'abuso.

Passando ai delitti contro l'Amministrazione della Giustizia del Titolo III, ci si imbatte nel delitto dell'art. 348 c.p. (Abusivo esercizio di una professione) che punisce «chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato». La fattispecie è rilevante sia perché in essa ritorna il concetto di *abuso della professione*, attività, si è detto, caratterizzata dall'intreccio di poteri-diritti e doveri, sia perché consente di cogliere un particolare significato di attività abusiva, vale a dire quello *attività non autorizzata*, in cui, a ben vedere, viene in rilievo una violazione di norme, e dunque un abuso nel diritto più che un abuso del diritto, secondo la ricostruzione dottrinale prima proposta.

In questo ambito vengono in considerazione anche le fattispecie di simulazione di reato (art. 367 c.p.) e calunnia (art. 368 c.p.) in uno alla norma dell'art. 384 c.p. (Casi di non punibilità), che individua casi di non punibilità (dalla discussa natura di scusante o scriminante speciale) per i reati contro l'amministrazione della giustizia commessi al fine di difendere se stessi o un prossimo congiunto da pregiudizio grave nella libertà o nell'onore. Come si è visto nel capitolo dedicato all'antigiuridicità, l'art. 384 c.p. esclude dalla produzione dei suoi effetti favorevoli i delitti di calunnia e di simulazione di reato, inducendo certa dottrina a sostenere che tanto dipenda dalla considerazione che sia "abusivo" difendersi calunniando o simulando un reato, e ponendo un problema di coordinamento tra la norma e la scriminante dell'art. 51 c.p. applicata con riferimento al diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. L'argomento è già stato trattato nel capitolo precedente, e pertanto non sarà ulteriormente ripreso.

Parte della dottrina, inoltre, riconduce alla logica dell'abuso del diritto l'art. 388 c.p. (Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice), che punisce chi compie, sui propri o altrui beni, atti simulati o fraudolenti o commette altri fatti fraudolenti allo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria<sup>557</sup>. Da segnalarsi tuttavia come, presupposto di tale riflessione sia la possibilità di ricostruire la condotta di abuso come una condotta fraudolenta o simulata, cosa che non appare pacifica, come si vedrà confrontando l'abuso nel diritto penale tributario e nel diritto penale finanziario.

---

<sup>557</sup> C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, IX agg., Torino, 2016, p. 4.

Attenzione particolare meritano i c.d. *reati di ragion fattasi* previsti dagli articoli 392 c.p. (Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose) e 393 c.p. (Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle persone).

Si è già detto che tali fattispecie, che non fanno alcun riferimento testuale all'abuso, trovano il loro perno nel "farsi arbitrariamente ragione da sé", per esercitare un *preteso diritto*, allorché si potrebbe ricorrere al giudice per ottenerne tutela, rispettivamente con violenza sulle cose (art. 392 c.p.) o con violenza o minaccia alle persone (art. 393 c.p.). Si è già discusso della possibilità di trarre, dai reati in questione, una limitazione generale per l'art. 51 c.p. Le stesse, delle quali, come si è anticipato, la dottrina offre diverse letture, tra le quali quella per cui esse darebbero rilevanza penale a fattispecie di abuso di diritti<sup>558</sup>, vanno ulteriormente indagate per comprendere se le forme arbitrarie scelte dall'agente per esercitare un proprio diritto abbiano qualcosa in comune con l'*abuso modale* del diritto, o se siano comportamenti semplicemente illeciti tenuti in occasione dell'esistenza di un diritto di azione.

Nel Titolo IV (Delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti) e nel Titolo V (Delitti contro l'ordine pubblico) le fattispecie che vengono in rilievo nel nostro discorso sono, al pari di quanto osservato per il Titolo I, quelle forme associative o di manifestazione di un pensiero che potrebbero, in assenza di una norma penale, apparire come forme abusive di esercizio di un diritto, e che assurgono a reati per scelta legislativa.

In particolare, nel Titolo IV l'attenzione si sofferma sui delitti contro le confessioni religiose degli art. 403 c.p. (Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio alle persone) e art. 404 c.p. (Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose), riscritti ad opera della legge n. 85 del 2006. Con riferimento al Titolo V, ci riferiamo alle condotte di istigazione e apologia dell'art. 414 c.p. (Istigazione a delinquere) dell'art. 415 c.p. (Istigazione a disobbedire alle leggi) e alle condotte associative degli artt. 416 c.p. (Associazione per delinquere) e 416 *bis* c.p. (Associazioni di tipo mafioso anche straniera). Si è già detto, nel capitolo precedente, della possibilità di valorizzare l'abuso implicito in queste norme per negare l'operatività dell'art. 51 c.p. in riferimento ai diritti degli artt. 18 e 21 Cost. Non torneremo, quindi, su tali fattispecie.

Venendo al Titolo VI, e dunque ai delitti contro l'incolumità pubblica, viene in rilievo l'art. 423 c. 2 c.p. (incendio, in particolare incendio di cosa propria), posto che, al pari di quanto riferito per i *reati di ragion fattasi*, anche tale fattispecie è stata qualificata in dottrina<sup>559</sup> come un *abuso implicito*, riguardante il diritto di proprietà, il quale, sebbene

---

<sup>558</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 434.

<sup>559</sup> *Ibidem*.

comprenda il potere di distruggere la cosa, non può essere esercitato in modo tale da porre in pericolo la pubblica incolumità.

Si è già detto nel capitolo precedente di come, attraverso la previsione della fattispecie, il legislatore abbia posto un limite penale all'esercizio del diritto di proprietà, che è quello di non poter godere o disporre della cosa in modo da porre in pericolo gli altri, in modo coerente con la vocazione solidaristica dell'art. 42 Cost., e di come si sia osservato che, probabilmente, in assenza di questa norma, lo stesso limite sarebbe stato ricavabile in un'ottica di abuso, ritenendo che eserciti in modo improprio il suo diritto di proprietà chi dà fuoco al suo bene mettendo in pericolo chi gli sta intorno.

Nello stesso Titolo è collocato il delitto di somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (art. 445 c.p.), commesso da chi somministra sostanze medicinali in modo non corrispondente alle prescrizioni mediche o in modo diverso da quello dichiarato o pattuito «esercitando, anche abusivamente, il commercio di sostanze medicinali».

Tanto per questa norma, quanto per i successivi delitti contro l'ambiente di recentissima introduzione ad opera della legge n 68/2015 al Titolo VI *bis* merita attenzione l'indagine sul contenuto della clausola di illiceità "abusivamente".

Il legislatore fa ricorso alla clausola abusivamente sia nella fattispecie di inquinamento ambientale dell'art. 452 *bis* c.p., sia in quella di disastro ambientale dell'art. 452 *quater* c.p., sia in quella di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività dell'art. 452 *sexies* c.p. In forza dei richiami operati dalla norma rilevano i comportamenti realizzati abusivamente anche per i reati di art. 452 *ter* c.p. (Morte o lesioni come conseguenza del delitto ambientale), che punisce lesioni e morti derivanti quali conseguenze non volute dai fatti dell'art. 452 *bis* c.p., e di art. 452 *quinquies* c.p. (Delitti colposi contro l'ambiente) che punisce la realizzazione di fatti di inquinamento ambientale o disastro ambientale con colpa.

L'interpretazione del termine abuso in tali norme è un ottimo terreno di ricerca per significati di *abusi* che siano compatibili con le garanzie del diritto penale, potendo distinguersi i casi nei quali l'abuso si estrinseca in un'attività violante le norme sulla necessità di autorizzazione o sulle prescrizioni modali dell'attività, dai casi nei quali l'uso dei poteri attribuiti al soggetto sia sindacato rispetto ad altri criteri, come principi o scopi vietati.

Nel Titolo VII (Delitti contro la fede pubblica) si trovano, in successione, diverse norme che richiamano l'abuso, tuttavia sempre con palese riferimento all'esercizio di un potere pubblicistico, che quindi esula dal nostro interesse, se non quale parametro di confronto.



In particolare, vengono in rilievo: l'art. 471 c.p. (Uso abusivo di sigilli e strumenti veri) che, contenendo il riferimento all'abuso in rubrica, punisce chi, essendosi procurato i veri sigilli o strumenti destinati a pubblica autenticazione o certificazione, ne fa «uso a danno altrui o a profitto di sé o di altri»; la figura di c.d. abuso di foglio in bianco prevista oggi nell'unica forma, sopravvissuta alle abrogazioni operate dal d.lgs. 7/2016, dell'art. 487 c.p. (Falsità in foglio firmato in bianco. Atto pubblico), per cui si punisce il pubblico ufficiale che, «abusando di un foglio firmato in bianco» vi scriva o faccia scrivere un atto pubblico diverso da quello a cui era obbligato o autorizzato; l'art. 498 (Usurpazione di titoli o di onori) che punisce chiunque *abusivamente* porta in pubblico la divisa o i segni distintivi di un ufficio o impiego pubblico, o di un Corpo politico, amministrativo o giudiziari, ovvero di una professione per cui è richiesta l'abilitazione, ovvero indossa *abusivamente* in pubblico l'abito ecclesiastico, sebbene vada rammentata la distinzione tra abuso e usurpazione sopra richiamata.

Nel Titolo VII (Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio) si può segnalare, pur non parlando di "abuso", l'art. 501 c.p. (Rialzo e ribasso fraudolento sul pubblico mercato o nelle borse di commercio), ai fini del confronto con le fattispecie di c.d. abusi di mercato rilevanti ai sensi degli artt. 184 e 185 del d.lgs. 80/1998, dei quali ci occuperemo successivamente.

Nel Titolo VII può menzionarsi anche il delitto di boicottaggio (art. 507 c.p.), che pur non contenendo riferimenti all'abuso, può essere riletto alla luce dell'*abuso implicito* e della scelta di punire un uso del diritto per gli effetti che crea, con riferimento al problema dei rapporti tra la condotta di propaganda e la libertà di espressione, sui quali si è pronunciata la sentenza della Corte Costituzionale n. 84/1979.

Nel Titolo X (Delitti contro la sanità e integrità della stirpe) viene in rilievo l'art. 571 c.p. (abuso dei mezzi di correzione o di disciplina) che punisce, appunto, «chiunque abusa dei mezzi di correzione o disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per talune ragioni indicate nella norma, quando dal fatto deriva un pericolo di lesione, o nelle forme aggravate dall'evento, una lesione o la morte», fattispecie che si ritiene abbia ad oggetto un abuso del c.d. *jus corrigendi*. Come si vedrà, non è pacifico se, pur parlandosi di *jus corrigendi*, nella fattispecie in esame venga in rilievo un abuso di potere pubblico o privato. La norma in questione è interessante, tuttavia, per la possibilità di valutare l'abuso in rapporto alla violazione di principi costituzionali, oltre che per il problema della valutazione dell'abuso in relazione all'elemento oggettivo della funzione dell'atto, piuttosto che di quello soggettivo della volontà dell'agente.

Nel Titolo XII (Delitti contro la persona), l'abuso viene in rilievo in numerose fattispecie.

Esula, chiaramente, dal nostro discorso, così come ne era estraneo il tema dell'imputabilità, il primo caso in cui si incontra il richiamo letterale dell'abuso nella previsione dell'art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente) con riferimento all'ipotesi, per cui si applicano le pene dell'omicidio, in cui il soggetto consenziente è infermo di mente per *abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti*.

Nel Titolo in questione si succedono “abusi di autorità” e “abusi di potere”.

È frequente il ricorso al concetto di “abuso di autorità”, presente nell'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), nell'art. 601 c.p. (Tratta di persone), nell'art. 608 c.p. (Abuso di autorità contro arrestati o detenuti), oltre che nel delitto di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), dove si punisce chi costringe taluno a compiere o subire atti sessuali «con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità», e altresì chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto», sebbene, con riferimento a tale ultima fattispecie, si segnala come l'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica riguardino, più che l'abuso di un potere giuridico, l'approfittamento di una situazione di fatto. Possiamo altresì notare che le norme citate esprimono spesso abusi di potere pubblicistico, ad esempio laddove, ai sensi dell'art. 608 c.p., l'abuso di autorità è realizzato dal pubblico ufficiale che «sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge» una persona arrestata, detenuta o comunque affidata alla sua custodia, ovvero da altro pubblico ufficiale rivestito per ragioni del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita.

L'«abuso di potere», invece, è richiamato: ai sensi dell'art. art. 605 c. 2 n. 2 c.p. (sequestro di persona), laddove il sequestro di persona è aggravato se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale con “abuso di poteri” inerenti alle sue funzioni; ai sensi dell'art. 606 c.p. (Arresto illegale) che punisce il pubblico ufficiale che procede a un arresto «abusando dei poteri inerenti le sue funzioni»; all'art. 609 c.p. (Perquisizione e ispezione personali arbitrarie), che punisce il pubblico ufficiale che «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni» esegue una perquisizione o ispezione personale; nel delitto di art. 609 *quater* c.p. (Atti sessuali con minorenne), ove si punisce, fuori dai casi previsti dall'art. 609 *bis* c.p., l'ascendente, il genitore anche adottivo, il convivente di questi, il tutore o altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di vigilanza o di custodia che compie atti sessuali con un minorenne che ha compiuto sedici anni «con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione». Vale quanto osservato per l'abuso di autorità, e cioè che, spesso, in questi casi, il potere giuridico che viene in rilievo è un potere di tipo pubblicistico.

Nel Titolo XII il ricorso all'abuso è frequente nel campo dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio.

Così nell'art. 615 c.p. (Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale) viene in rilievo la condotta del pubblico ufficiale che «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni» s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con la previsione quale forma meno grave del reato del particolare caso in cui l'abuso consiste nell'introduzione in detti luoghi «senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge». Nella successiva fattispecie di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 *bis* c.p.) a fianco dell'ipotesi-base che consiste nel procurarsi indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata

svolgentesi nei luoghi di domicilio dell'art. 614 c.p., punibile su querela di parte, viene prevista la procedibilità di ufficio se il fatto è commesso da pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che «con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti la funzione o il servizio» o «da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato». Di nuovo quindi assumono rilievo l'abuso dei poteri, l'abuso delle funzioni, l'abuso della professione.

In particolare, nell'art. 615 *ter* c.p. (Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico) si punisce «chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo». La pena è aggravata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con «abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio». La norma è utile, al pari di quanto sottolineato per i reati ambientali, per riflettere sulla portata dell'avverbio abusivamente, che si riferisce all'uso scorretto di un potere autorizzato o all'esercizio di un potere non autorizzato. Lo stesso può dirsi con riferimento all' art. 615 *quater* c.p. (Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici), che punisce chi «abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee a tale scopo».

Nel Titolo XII, la clausola di illiceità "abusivamente" viene in rilievo anche in altre fattispecie. Tanto vale per l'art. 618 c.p. (Rivelazione del contenuto di corrispondenza), per cui fuori dai casi di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza dell'art. 616 c.p., «essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto di una corrispondenza a lui non diretta, che doveva rimanere segreta, senza giusta causa lo rivela» è punito, se dal fatto deriva documento. In questo caso la condotta abusiva precede una condotta tenuta «senza giusta causa».

Quindi, l'art. 619 c.p. prevede la fattispecie di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza commesse da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni, punendo i suddetti soggetti che commettono i fatti di art. 616 c. 1 c.p. «abusando di tale qualità» e l'art. 621 c.p. (rivelazione del contenuto di documenti segreti) punisce chiunque «essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto, che debba rimanere segreto, di altrui atti o documenti, pubblici o privati, non costituenti corrispondenza, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto» è punito se dal fatto deriva documento.

Successivamente, nell'ambito dei delitti contro la inviolabilità dei segreti, viene più volte in rilievo la previsione di un aggravante se il reato avviene con «abuso di poteri o

violazione dei doveri» da parte di un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio, o «da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato».

Così è previsto nell'art. 617 c.p. (Cognizione interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), che punisce chiunque, fraudolentemente, prende cognizione di una comunicazione, interrompe o impedisce una comunicazione o una conversazione, telefoniche o telegrafiche tra altre persone o comunque a lui non dirette. La medesima aggravante è prevista anche dall'art. 617 *bis* (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), fattispecie che si realizza con l'installazione di apparati o strumenti o parti di apparati o strumenti al fine di intercettare o impedire comunicazioni, «fuori dai casi consentiti dalla legge», cioè fuori dai casi di art. 266 ss. c.p.p.; dall'art. 617 *ter* c.p. (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche); dall'art. 617 *quater* c.p. (Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche).

Nel Titolo XIII (Delitti contro il patrimonio) viene in rilievo anzitutto il delitto di estorsione (art. 629 c.p.), che contemplerebbe, secondo una certa ricostruzione, un comportamento abusivo con riferimento alla minaccia dell'uso di mezzi giuridici per conseguire scopi diversi da quelli per cui tali mezzi sono stati previsti dall'ordinamento<sup>560</sup>. Segue poi il richiamo all'abuso di qualità, con riferimento a «l'abuso di qualità di operatore dei sistemi», nei delitti contro il patrimonio introdotti agli artt. 635 *bis* ss. dalla l. 18 marzo 2008, n. 48.

Ci si riferisce, in particolare, al danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635 *bis* c.p.), al danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico e comunque di pubblica utilità (art. 635 *ter* c.p.), al danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635 *quater* c.p.) e al danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635 *quinqies* c.p.). La stessa aggravante dell'abuso della qualità di operatore del sistema è prevista altresì nella frode informatica dell'art. 640 *ter* c.p., che si ha quando chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo «senza diritto con qualsiasi modalità» su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

Proseguendo la nostra rassegna, l'art. 636 c.p. (Introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e il pascolo abusivo) punisce chiunque introduce o abbandona animali in gregge o in mandria nel fondo altrui, prevedendo una pena più severa nel caso in cui l'introduzione o l'abbandono avvenga per far pascolare gli animali, e ulteriore pena più

---

<sup>560</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 434.

grave se il pascolo avviene, ovvero dall'introduzione o dall'abbandono degli animali il fondo sia danneggiato. La norma, che contiene in rubrica il riferimento all'abuso, definisce dunque quando ricorre l'abuso nel suo precetto.

Al pari, l'art. 637 c.p. (Ingresso abusivo nel fondo altrui) punisce chiunque "senza necessità" entra nel fondo altrui delimitato. In questo caso, dunque, l'abuso è un comportamento tenuto "senza necessità".

Infine, la circonvenzione di incapaci (art. 643 c.p.) richiede che la condotta di induzione della persona minore o incapace al compimento di un atto produttivo di effetti per questa dannosi, ai fini di profitto, avvenga «abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato di infermità o di deficienza psichica». In questo caso, tuttavia, al pari di quanto osservato per la violenza sessuale, l'abuso esprime l'approfittamento di una situazione e non l'uso improprio di un potere.

### **3.2. Contravvenzioni.**

Venendo alle contravvenzioni, si nota come vengano in rilievo condotte abusive ben eterogenee tra loro, ma tendenzialmente accomunate dalla sovrapposizione del concetto di *abuso penalmente rilevante* con quello di *illecito extra-penale*.

Tale dato non è immediatamente intuibile nelle prime fattispecie che si incontrano.

Così, il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659 c.p.), punisce chi disturba le occupazioni o il riposo delle persone, tra l'altro, «abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche» senza chiarire quando ciò avvenga, e prevedendo una pena superiore per chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità; in modo analogo, l'abuso della credulità popolare, che ai sensi dell'art. 661 c.p., punisce «chiunque, pubblicamente cerca con qualsiasi impostura, anche gratuitamente, di abusare della credulità popolare».

Nelle altre contravvenzioni, tuttavia, è frequente ritrovare condotte abusive che altro non sono che condotte violanti specifiche normative o autorizzazioni.

L'art. 663 c.p. (Vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni) punisce le condotte di vendita distribuzione o affissione che avvengano «senza aver ottenuto l'autorizzazione richiesta dalla legge», ovvero «senza licenza dell'Autorità o senza osservarne le prescrizioni» o «fuori dai luoghi destinati dall'autorità competente». Tale fattispecie, che delinea quindi quando la condotta incriminata può dirsi abusiva, va confrontata con quella dell'art. 663 *bis* c.p. (Divulgazione stampa clandestina), che non parla di *abuso*, e punisce chi divulga stampe o stampati pubblicati senza l'osservanza delle prescrizioni di legge sulla pubblicazione e diffusione della stampa periodica e non periodica.

Vi sono poi ulteriori fattispecie nelle quali la natura abusiva di un fatto discende dall'assenza di autorizzazione o dalla violazione di prescrizioni dell'autorità.

Tra queste vi è l'art. 669 c.p. (esercizio abusivo di mestieri girovaghi), che punisce chi esercita un mestiere girovago «senza la licenza dell'Autorità o senza osservare le altre prescrizioni stabilite dalla legge»; l'art. 678 c.p. (fabbricazione o commercio abusivi di materie esplodenti) che punisce chiunque «senza la licenza dell'Autorità o senza le prescritte cautele» fabbrica, introduce nello Stato o tiene in deposito detto materiale; l'art. 678 *bis* c.p. (detenzione abusiva di precursori di esplosivi), inserito con il recente d.l. 18.02.2015 n. 7, conv. L. 43/2015 (c.d. decreto antiterrorismo), per cui è punito chi introduce nello Stato, detiene, usa o mette a disposizione dei privati sostanze o miscele che siano precursori di esplosivi secondo la normativa comunitaria «senza averne titolo». E ancora l'art. 681 c.p. prende in considerazione la condotta di chiunque apre o tiene aperti luoghi di pubblico spettacolo, trattenimento o ritrovo «senza aver osservato le prescrizioni dell'Autorità». Vi è poi la fattispecie dell'art. 686 c.p. (Fabbricazione o commercio abusivi di liquori o droghe, o di sostanze destinate alla loro composizione), in cui, nuovamente, il concetto di abuso si sovrappone a quello di illecito, posto che le condotte sono commesse «contro il divieto della legge, ovvero senza osservare le prescrizioni della legge o dell'autorità».

Proseguendo con le contravvenzioni in materia di armi, vengono in rilievo l'art. 697 c.p. (Detenzione abusiva di armi) per cui è abusiva la detenzione di armi, caricatori, munizioni soggetti a denuncia «senza averne fatto denuncia all'Autorità», e l'art. 699 c.p. (Porto abusivo di armi) per cui è punito chiunque porta un'arma fuori dall'abitazione o dalle appartenenze di essa «senza la licenza dell'Autorità», ovvero porta un'arma «per cui non è ammessa licenza».

Vi è infine la fattispecie di esercizio abusivo di un giuoco non d'azzardo prevista dall'art. 723 c.p., messa in atto da chiunque, essendo autorizzato a tenere sale da gioco o da bigliardo, tollera che vi si facciano giochi non d'azzardo ma tuttavia vietati dall'Autorità.

#### **4. Abusi nella legislazione complementare.**

Se le fattispecie che, implicitamente o esplicitamente, fanno riferimento all'abuso, a condotte abusive o tenute abusivamente, sono frequenti nel Codice Penale, il loro numero cresce ulteriormente volgendo lo sguardo alla legislazione complementare, al punto da sembrare superfluo segnalarle una ad una.

Ciò che ci preme evidenziare, tuttavia, è che per i reati extra-codicistici ritornano tendenzialmente gli stessi problemi che si pongono per le fattispecie di parte speciale, in particolare l'individuazione del significato dell'abuso, il suo rapporto di *sovrapposizione*, in taluni casi, e di *inclusione*, in altri, con il significato di *illecito* (quale diretta violazione

di divieti, prescrizioni o autorizzazioni extra-penali), nonché il collegamento della condotta abusiva con il *risultato* prodotto e con il *fine perseguito*.

Anche nella legislazione complementare, d'altra parte, l'abuso assume rilievo attraverso la clausola di illiceità "abusivamente", ovvero come aggettivo che si accompagna alla condotta o all'evento, o ancora in via interpretativa, ritenendo che la norma penale abbracci offese arrecate attraverso abusi impliciti di poteri.

Anche in questo ambito, dunque, occorrerà, anzitutto, mettere in evidenza le ipotesi nelle quali venga in rilievo un potere giuridico del privato, riconosciuto dalla legge o autorizzato dall'amministrazione.

La nostra attenzione può concentrarsi, allora, senza pretesa di completezza, su quei campi ove centrale è l'esercizio di un potere riconosciuto al privato *per perseguire interessi privati*, in modo regolato dalla legge o da provvedimenti amministrativi<sup>561</sup>.

Così, ad esempio, sono espressione semmai di un uso distorto di un potere pubblicistico, ed esulano quindi dall'abuso del diritto, i reati previsti dal Codice Penale Militare di Pace (R.D. 303 del 1941), tra i quali si ricordano l'art. 134 (abuso nelle requisizioni), l'art. 135 (abuso nell'imbarco di merci e passeggeri), l'art. 136 (abuso nel lavoro delle officine o di altri laboratori militari), l'art. 221 (usurpazioni di decorazioni o distintivi militari).

Nelle fattispecie penali che puniscono comportamenti nei quali è esercitato un potere privato in modo improprio, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, tale potere presenta sempre anche un risvolto di tipo "pubblico", nella misura in cui le discipline che lo regolano sono poste a protezione di interessi generali, e in cui il suo utilizzo deviato lede il bene giuridico tutelato dalla norma penale, che può essere un bene sovra-individuale.

---

<sup>561</sup>Precisazione metodologica: per restringere il campo di indagine, di seguito prenderemo in considerazione le fattispecie punite da sanzioni che siano *pene* nel senso degli art. 20 ss. del Codice Penale, lasciando da parte quei comportamenti ai quali conseguono sanzioni amministrative, qualificabili come pene in senso convenzionalmente orientato che pure sono numerosi nei settori che si andranno ad analizzare. Come è noto, a partire dalla celebre decisione C.E.D.U. *Engel c. Paesi Bassi* del 08.06.1976 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato una nozione convenzionale di sanzione penale, accertata mediante il ricorso a criteri che si tengono conto della qualificazione della sanzione nell'ordinamento interno, ma prestano attenzione anche ad altri elementi, come la natura dell'infrazione, la gravità e lo scopo della sanzione, con la conseguenza di arrivare a qualificare come sanzioni penali delle misure che, nell'ordinamento nazionale, erano tradizionalmente ritenute sanzioni amministrative o misure di sicurezza. La presenza di eventuali disposizioni, presidiate da sanzioni apparentemente amministrative, ma della cui reale natura amministrativa o penale si può dubitare (ad esempio, l'art. 187 *bis* T.U.F.), saranno debitamente segnalate laddove siano rilevanti per il discorso da svolgersi nel capitolo di questo lavoro dedicato alla legislazione complementare, vengono tuttavia escluse da questa rassegna (così, ad esempio, con riferimento ai reati edilizi).

Il discrimine, tuttavia, può essere dato dalla possibilità di qualificare la situazione abusta come privata all'interno della vicenda fisiologica, priva di rilevanza penale, legata all'uso di quel potere. Se, a prescindere dall'insistenza di specifici doveri che disciplinano la modalità di esercizio di quel potere, è possibile riconoscere la sua inerenza a una posizione soggettiva privata e non a un *munus* pubblicistico, potremo concludere nel senso di una sua rilevanza come "diritto", nel senso latissimo di *facoltà giuridica privata* più volte ricordato.

Così, ad esempio, possiamo dire che in materia edilizia, viene in gioco un potere giuridico individuale, un interesse privato, che semmai deve conformarsi a delle regole di diritto pubblico e che si pone di fronte a un potere pubblico (volto ad autorizzare, controllare, conformare al dato legale le attività), ma che non è un potere pubblico.

Possiamo quindi, ricordare, in primo luogo, proprio i reati edilizi, nei quali, appunto, viene in rilievo un'attività privata regolata da legge e amministrazione, e penalmente presidiata in caso di violazioni gravi.

Nel d.P.R. 06.06.2001, n. 380, in particolare, l'art. 44 c.1 lett. C) prevede la sanzione penale per la c.d. lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio. L'art. 30 (Lottizzazione abusiva) chiarisce che essa si ha quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi *in violazione* delle prescrizioni degli strumenti urbanistici o di norme statali o regionali, ovvero *senza la prescritta autorizzazione*, o quando la trasformazione è predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti. Da notare, comunque, come, in materia edilizia, di "abuso" si parli anche con riferimento all'intervento eseguito in assenza del permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (art. 31); all'intervento di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (art. 33), all'intervento eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire (art. 34), agli interventi "abusivi" realizzati su suoli di proprietà dello Stato o di enti pubblici (art. 35), agli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità (art. 37).

Il reato di lottizzazione abusiva, in particolare, si è rilevata ottima palestra per l'enucleazione dei possibili significati di abuso, anche oltre quelli testualmente individuati nell'assenza dell'autorizzazione richiesta e nella violazione di prescrizioni legali o amministrative, come quello dell'attività condotta in base a un'autorizzazione illegittima, o l'attività incongrua rispetto a quella realizzata. Approfondiremo nel prossimo capitolo, con riferimento ai reati codicistici, tali possibili interpretazioni delle condotte tenute *abusivamente*, limitandoci per ora a segnalare la molteplicità dei paradigmi civilistici richiamati dalla nozione. Basti pensare che, secondo la distinzione dottrinale riferita in



apertura del capitolo, con lo stesso termine si esprima, con riferimento all'assenza di autorizzazione e alla violazione delle prescrizioni, più un *abuso nel diritto (oggettivo)*, e quindi un illecito, che un *abuso del diritto (soggettivo)*, la cui atipicità è però richiamata quando la giurisprudenza dà rilievo ad altri elementi, come lo sviamento dei fini o l'incongruità tra comportamento tenuto e comportamento autorizzato.

Tali significati, d'altra parte, sono stati ripresi anche in altri settori del diritto penale nei quali vengono in rilievo attività abusive.

Tra questi, si ricordano in particolare i reati ambientali previsti dal D. lgs. 03.04.2006, n.152, ed in particolare i reati in materia di rifiuti degli artt. 256 e 260 T.U.A.

Così, il Codice dell'Ambiente fa riferimento alla «discarica abusiva» al comma 3 dell'art. 256 (Attività di gestione di rifiuti non autorizzata), intendendo per essa la «discarica non autorizzata», mentre all'art. 260 (Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti) punisce chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, cede, riceve, trasporta, esporta, importa «o comunque gestisce abusivamente» ingenti quantitativi di rifiuti.

In quest'ambito, tuttavia, si può dubitare che si sia ancora in presenza di un potere giuridico privato esercitabile per fini privati posto che, sovente, la giurisprudenza qualifica il gestore di discarica come *incaricato di pubblico servizio*<sup>562</sup>.

Al pari, andrebbero distinti i casi nei quali la norma penale si rivolge al soggetto autorizzato che stia esercitando un potere giuridico privato legato alla sua *veste imprenditoriale*, da quelli nei quali viene in rilievo un potere legato allo svolgimento di un *servizio pubblico*, e quindi espressione di un potere di matrice pubblicistica, nell'ambito di taluni reati bancari previsti dal d.lgs. 01.09.1993 n. 385 nei quali, pure, vengono in rilievo attività abusive. Inoltre, anche in questi casi, andrebbe valutato quando si sia in presenza di un abuso del diritto oggettivo, nel senso di un comportamento non autorizzato o tenuto in violazione di una norma e quando di un uso improprio di un potere presente. Lo stesso può dirsi, inoltre, nell'ambito dei reati assicurativi del D. Lgs. 07.09.2005, n. 209, e nell'ambito dei reati previsti dalla L. 13.12.1989 n. 401 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine).

Si fa riferimento ai reati in materia bancaria previsti dal Testo Unico Bancario dall'art. 130 (Abusiva attività di raccolta del risparmio), dall'art. 131 (Abusiva attività bancaria), dall'art. 131 *bis* (Abusiva emissione di

---

<sup>562</sup> Ad esempio, Cass. Pen. Sez. VI, 7 marzo 2000.

moneta elettronica), dall'art. 131 *ter* (Abusiva attività di prestazione di servizi di pagamento), art. 132 (Abusiva attività finanziaria) art. 133 (Abuso di denominazione) Art. 140 (Esercizio abusivo dell'attività).

Il Codice delle Assicurazioni prevede, all'art. 305, il reato di «attività abusivamente esercitata». Similmente, anche l'art. 4 della L. 13.12.1989 n. 401 che punisce l'«esercizio abusivo di attività di giuoco e scommessa».

Nelle normative citate, se ricorrono abusi di poteri giuridici privati, essi vengono in rilievo nei loro significati di attività condotta in assenza di autorizzazione o in carenza di altri presupposti di legge, di attività violante discipline legislative o amministrative o di singoli provvedimenti autorizzativi, di attività sviate dal loro scopo o di attività tenute in violazione di principi giuridici. Ci sembra, pertanto, opportuno trattare questi profili, richiamando ove utile i reati extra-codicistici citati, unitamente alle ipotesi contemplate dai reati codicistici dove viene in rilievo lo stesso problema di *sussunzione* di fatti abusivi o realizzati abusivamente, come l'art. 615 *ter* c.p. o i nuovi eco-reati degli artt. 452 *bis*, 452 *ter*, 452 *sexies* c.p., prescindendo dalla diversa collocazione legislativa.

Ciò chiarito, un altro settore di particolare importanza nel quale è possibile ritrovare la logica dell'abuso del diritto è quello dei reati fallimentari.

Tra essi, in dottrina, rilevando che «fattispecie criminose presenti da sempre nel nostro diritto penale altro non sono che ipotesi sanzionatorie di comportamenti di esercizio smodato e illecito di proprie facoltà giuridiche», sono stati segnalati gli artt. 216 e 217 del R.D. 16.03.1942, n. 267<sup>563</sup>. Nei reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, infatti, è sanzionata un'attività imprenditoriale esplicatesi attraverso atti di per sé leciti, i quali, tuttavia, avendo avuto lo scopo di procurare un profitto ingiusto o di ledere i creditori, vanno «riconsiderati» quando si verifica il fallimento<sup>564</sup>.

Nella stessa materia, inoltre, altri reati contengono, nelle rubriche delle disposizioni, un esplicito riferimento all'abuso, la cui portata viene esplicitata nel testo normativo.

Ciò vale per la fattispecie dell'art. 218 e dell'art. 225 che prevedono il «ricorso abusivo al credito», rispettivamente del fallito e degli amministratori e direttori delle società fallite, quando i soggetti citati continuino a ricorrere al credito dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza, e dell'art. 234, che prevede l'«esercizio abusivo di attività commerciale» per chi eserciti un'impresa trovandosi in stato di inabilitazione.

Inoltre, in questa materia, trova spazio la rilevanza implicita dell'abuso tra le c.d. *operazioni dolose* degli organi sociali previste dall'art. 223 c. 2 n. 2 (Fatti di bancarotta fraudolenta). La giurisprudenza, in modo costante, ritiene che esse siano date dal

---

<sup>563</sup> C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, op. cit., p. 5.

<sup>564</sup> *Ibidem*.

comportamento degli amministratori che cagionino il fallimento con abusi o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero con atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria dell'impresa<sup>565</sup>. In questo caso, il legislatore non individua le operazioni dolose, e l'interprete a sua volta fa ricorso a concetti di per sé atipici, come l'abuso, l'infedeltà, la pericolosità, i quali sembrano, in questa elencazione, concetti tra loro distinguibili.

Altro settore da prendere in considerazione è poi quello dei reati finanziari, con particolare riferimento alle fattispecie, per le quali si suole parlare di "abusi di mercato", degli artt. 184 e 185 T.U.F., che prevedono, rispettivamente, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato.

Ai reati citati corrispondono le fattispecie presidiate da sanzione amministrativa, la cui reale natura amministrativa o penale ha creato non pochi problemi rispetto al divieto di *ne bis in idem*, degli artt. 187 *bis* e 187 *ter* del d.lgs. 24.02.1998.

Le norme citate appaiono interessanti poiché, mentre nel reato dell'art. 184 T.U.F. viene in considerazione effettivamente un *uso disapprovato* dall'ordinamento, da parte di taluno, delle informazioni privilegiate in suo possesso, nel reato dell'art. 185 T.U.F., l'abuso della manipolazione del mercato si esplica attraverso simulazioni e condotte artificiose, presupponendo quindi la possibilità di sovrapporre il concetto di abuso e quello di artificio o simulazione.

Il rapporto tra condotte abusive, frode e simulazione ritorna fortemente anche nel diritto penale tributario, dove, al contrario, vi è la tendenza a distinguere tra comportamenti solo abusivi e comportamenti che esprimono frode o mendacio.

Proprio nel diritto penale tributario, una recente stagione giurisprudenziale si è interessata dei rapporti tra il divieto generale di abuso del diritto (in base al quale, come si è detto, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno sancito l'operatività di un generale principio anti-elusivo nell'ordinamento), la punibilità dell'elusione fiscale e le fattispecie penali di dichiarazione fraudolenta, infedele od omessa del d.lgs. 74/2000, oggetto di recente riformulazione da parte del d.lgs. 158/2015.

In particolare, l'art. 2 prevede il reato di "dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti", l'art. 3 prevede il reato di "dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici", l'art. 4 prevede il reato di "dichiarazione infedele", l'art. 5 prevede il reato di "omessa

---

<sup>565</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 15.05.2014, n.29586; Cass. Pen., Sez. V, 16.12.1998, n. 2905.

dichiarazione". Ci si è interrogati, in dottrina e giurisprudenza, sulla possibilità di ricondurre alle fattispecie citate episodi di abuso del diritto tributario, cioè di operazioni economiche prive di valide ragioni diverse dal perseguimento di vantaggio fiscale.

Sul punto, in verità, è intervenuto il legislatore mediante l'introduzione dell'art. 10 *bis* nella legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti dei contribuenti), cercando di tipizzare l'abuso del diritto in materia fiscale, e sancendone apertamente l'irrilevanza penale. I problemi, tuttavia, non sono del tutto superati, per le incertezze interpretative connesse alla nuova disciplina.



## CAP. 4

### L'ABUSO DEL DIRITTO E LE FATTISPECIE DELLA PARTE SPECIALE DEL CODICE PENALE

**Sommario:** 1. Introduzione. 1.1. Abuso di potere pubblico e abuso di potere privato: un chiarimento. 2. Inconfigurabilità di un generale divieto di abuso del diritto penalmente rilevante. 3. La parabola della fattispecie abuso d'ufficio (art. 323 c.p.): dall'abuso innominato alla violazione di norme e di doveri di astensione. 3.1. L'art. 323 c.p. nella versione originaria del 1930 (abuso innominato). 3.2. La riforma dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) ad opera della legge 86/1990. 3.3. La disciplina dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) attualmente vigente. 4. Risultato intermedio: tre problemi di delimitazione dell'abuso. 4.1. Abuso di potere e abuso di qualità. 4.2. Abuso di potere e violazione di doveri. 4.3. Abuso di potere e minaccia di usare il potere. 5. Quando ci sono i principi ma non ci sono le regole: l'esempio dell'abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.). 6. Quando ci sono i principi e ci sono anche le regole: i reati che prevedono condotte realizzate *abusivamente*. Esempi. 6.1. *Excursus*: le clausole di illiceità speciale o espressa. 6.2. La rilevanza delle condotte realizzate abusivamente nei nuovi delitti ambientali (artt. 452 *bis* ss. c.p.). 6.2.1. Abusivamente come violazione di regole. 6.2.2. Abusivamente come autorizzazione palesemente illegittima o criminosa. 6.2.3. Abusivamente come sviamento dei fini (rilievi critici). 6.2.4. Abusivamente come violazione di norme di principio (rilievi critici). 6.3. La rilevanza delle condotte abusive nel reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 *ter* c.p.). 7. Abuso del diritto e minaccia. I rapporti tra abuso e reati di estorsione (art. 629 c.p.) ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.).

#### **1. Introduzione.**

Abbiamo più volte ricordato come l'abuso del diritto esprima, in generale, l'uso improprio di un potere, che viene dirottato verso scopi diversi dalla tutela dell'interesse per cui è stato riconosciuto, e che, così facendo, il risultato prodotto è disapprovato dall'ordinamento.

Si è altresì più volte ricordato come la qualifica di "abusivo" per un certo comportamento è il risultato di una *valutazione* che presta attenzione al rispetto di *norme di principio*, alla

valorizzazione delle *rationes* legislative e a meccanismi di *bilanciamento*, e che dunque è caratterizzata da una forte elasticità.

Come vedremo in seguito, tali caratteristiche della categoria ci portano a ritenere che l'istituto non ha, né potrebbe avere, una *rilevanza penale diretta e generale* all'interno dell'odierno quadro costituzionale, non solo con riferimento ai "diritti" universalmente considerati, ma neanche con riferimento ad un unico diritto o potere individuato.

Tuttavia, l'impossibilità di un generale divieto, penalmente presidiato, di abuso del diritto, non esclude che *modalità abusive di esercizio di poteri giuridici* possano essere considerate e descritte dal legislatore penale.

Ciò porta a ritenere, in primo luogo, che quegli argomenti afferenti norme di principio, scopi normativi, bilanciamenti di interessi riaffiorino quando occorre interpretare un elemento normativo<sup>566</sup> della fattispecie richiamante il concetto di *abuso*, e, in secondo luogo, che il diritto penale possa *incontrarsi* con l'abuso del diritto quando la materia si interessi di particolari modalità abusive di poteri privati, che per loro forma o effetti, esprimano un disvalore meritevole di pena.

Tale circostanza, attualmente, trova conferma nella dottrina che ha riconosciuto che il diritto penale possa sanzionare comportamenti di esercizio smodato di facoltà giuridiche attribuite a soggetti privati<sup>567</sup>.

In passato, tuttavia, ciò è stato autorevolmente negato, allorché, occupandosi di abuso di potere pubblico, si affermava che «nel nostro ordinamento positivo penale non sia rinvenibile alcuna norma il cui momento di anti giuridicità stia nell'abuso del diritto»<sup>568</sup>.

La dottrina in questione, occupandosi della rilevanza penale dell'abuso di *potere pubblico*, intendeva per tale il potere di un individuo «concessogli dall'ordinamento rispetto ad una collettività ed in forza di un interesse pubblicistico»<sup>569</sup>. In questa nozione ricadevano, quindi, tanto i poteri attribuiti a pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, quanto altri poteri giuridici nella titolarità di soggetti privati, come quello del genitore di educare i figli, comunque caratterizzati dall'essere riconosciuti dall'ordinamento nell'interesse di una collettività (in tal caso, quella familiare)<sup>570</sup>.

Nell'ottica di tale dottrina, inoltre, l'*abuso del diritto* si riferiva esclusivamente ai rapporti intersoggettivi di diritto privato, e in particolare a «manifestazioni del diritto soggettivo che compete all'individuo e che per

---

<sup>566</sup> Intendendosi per elementi normativi «quegli elementi i quali, non essendo ipotizzati dalla fattispecie penale in termini descrittivi, richiedono, per essere concretamente accertati una valutazione giudiziale». Così F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, p. 764; v. anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., pp. 7 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 136. Sulla distinguibilità tra elementi del fatto descrittivi e valutativi, rispetto alle clausole di illiceità speciale, v. *infra*.

<sup>567</sup> V. C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, op. cit., pp. 1 ss.; F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., pp. 421 ss.

<sup>568</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 46.

<sup>569</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 36.

<sup>570</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 45.

sua natura non può ledere i terzi»<sup>571</sup>, con la conseguenza che «la tutela penale che su di essi faccia perno non può che risolversi nella salvaguardia del contratto, della buona fede, della fedeltà»<sup>572</sup>, mentre «è solo nella repressione degli abusi di potere pubblico, di poteri cioè che l'ordinamento assume come propri, che la violazione penale lede un diretto interesse dello Stato».

Tale ricostruzione, che quarant'anni dopo conserva intatta la sua validità per l'abuso del potere pubblico, andrebbe oggi riconfrontata con i recenti approdi civilistici sull'abuso del diritto.

Come si è visto, si ritiene ormai che il comportamento abusivo possa offendere interessi sopraindividuali (si pensi all'abuso del diritto in materia tributaria, in cui l'interesse dell'Erario alla corretta percezione del tributo, pur rilevando all'interno del rapporto tra contribuente ed ente di riscossione, risponde a un interesse della collettività) e riguardare non solo posizioni contrattuali e rapporti intersoggettivi, ma anche veri e propri diritti fondamentali (si pensi al tema, già incontrato, del negazionismo come abuso del diritto *ex artt. 10 e 17 C.E.D.U.*).

D'altra parte, all'epoca delle riflessioni richiamate, non era ancora maturo il collegamento tra abuso del diritto e valori costituzionali<sup>573</sup>, che, invece, è stato messo in primo piano dalla giurisprudenza degli anni Duemila, e, soprattutto era ancora embrionale la normativa penale che tenesse conto della «funzionalizzazione in chiave sociale dell'impresa»<sup>574</sup>, e dunque vi erano solo scarse occasioni di incontro (*rectius*, di scontro) tra esercizio di libertà economiche, poteri privati e limiti penalistici.

Non a caso le riflessioni coeve<sup>575</sup> sulla possibilità che, anche attraverso il diritto penale, si ponesse un limite alla libertà di perseguimento e appropriazione del profitto privato, imponendo la salvaguardia di taluni beni di interesse collettivo, registravano il sottoutilizzo e l'arretratezza della materia rispetto, ad esempio, a campi quali la tutela del consumatore o la tutela dell'ambiente<sup>576</sup>, poi raggiunti dallo strumento penale.

Lo stesso *jus corrigendi*, nei ristretti spazi nei quali può dirsi ancora configurabile, non può ritenersi più espressione di un potere pubblicistico di guida di una collettività organizzata, essendo ormai la famiglia concepita *in chiave privatistica* come somma delle relazioni fra i singoli membri<sup>577</sup>.

---

<sup>571</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 44.

<sup>572</sup> *Ibidem*.

<sup>573</sup> La categoria dell'abuso del diritto, in particolare, era «sganciata da un'adeguata rimediazione del contenuto della norma e dallo sforzo di adeguare il contenuto del diritto soggettivo alla nuova realtà costituzionale», così L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 47.

<sup>574</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 48.

<sup>575</sup> F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *Questione Criminale*, 1975, pp. 439 ss. L'Autore osserva: «Certe formule tradizionali – si pensi al brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit* – che esprimono il consenso, al riparo della forma giuridica, a qualsiasi contenuto, a qualsiasi manifestazione (economica) di esercizio del diritto formale (...) hanno un senso operativo accettabile nella misura in cui la potenzialità *aggressiva* dell'esercizio di un diritto soggettivo sia in ogni caso molto modesta. Nel momento in cui tale potenzialità aggressiva si espande e si rompe l'equilibrio fra l'interesse alla libera esplicazione del diritto e la tutela degli interessi esposti a pregiudizi conseguenti a tale esplicazione, ecco che emerge l'istanza per un intervento (anche normativo) volto a circoscrivere il (lo spazio di liceità connesso al) diritto soggettivo ed a «guidarne» l'esercizio» (p. 456).

<sup>576</sup> F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, op. cit., pp. 461 ss..

<sup>577</sup> Così A.A.V.V., *La famiglia* in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, p. 17, per cui l'idea dell'esistenza di un superiore interesse collettivo proprio della famiglia in sé, caratteristico di altre epoche storiche «se è vero che può trovare riscontro dal punto di vista pratico, in quanto sovente il criterio alla base delle scelte dei singoli membri della famiglia coincide con l'utile del gruppo, non trova alcun riscontro sul piano giuridico. Al contrario, nell'ordinamento vigente la famiglia è segnata da un accentuato individualismo, tant'è che per il diritto si può dire che essa esiste come somma, e mai come sintesi, di relazioni fra i singoli membri».



Attualmente, quindi, in presenza di un ruolo più pervasivo dei poteri giuridici privati nella materia penale e di una più ampia adattabilità della categoria dell'abuso del diritto, riteniamo di poter riconoscere, nel diritto penale, casi di malgoverno di poteri privati che echeggino le forme dell'abuso.

Ritenuto, quindi, che gli abusi di potere attribuito a soggetti privati possano interessare il diritto penale, la questione diventa stabilire *come* il diritto penale si interessi dell'abuso, e in particolare se vengano in gioco – secondo la già proposta distinzione operata della filosofia del diritto – veri e propri *abusi di diritti*, cioè comportamenti *prima facie* consentiti, ma disapprovati a un più attento esame, o piuttosto *abusi nel diritto oggettivo*, cioè contegni violativi di una o più norme giuridiche<sup>578</sup>.

Già dall'elenco delle fattispecie che fanno riferimento all'*abuso*, di cui al precedente capitolo, dovrebbe intuirsi come con tale concetto, nel diritto penale, si faccia riferimento a situazioni tra loro ben diverse.

Concordiamo quindi con chi ritiene che di esso possa elaborarsi una nozione autonoma<sup>579</sup> nella materia penale, al pari di quanto avviene per numerosi altri concetti, richiamati fuori dalla loro accezione strettamente privatistica<sup>580</sup>.

Appare evidente, tuttavia, come una “nozione autonoma” dell'abuso non debba affatto essere una nozione completamente avulsa dal significato che il termine assume nel resto dell'ordinamento, che anzi costituisce il *punto di partenza*<sup>581</sup> per l'interpretazione dell'elemento normativo nelle fattispecie che lo contengono.

Pertanto, come si diceva, molto di quanto fin qui appreso sull'abuso (vizio modale e funzionale, disvalore oggettivo e non solo soggettivo, richiamo ai principi normativi e alle tecniche di bilanciamento) può esserci di aiuto nella trattazione a seguire.

Nell'approcciare allo studio dell'abuso, pur nella consapevolezza delle differenze tra potere pubblicistico e potere privatistico, abbiamo scelto di muovere dal terreno battuto dell'abuso del potere pubblico, posto che il concetto di abuso, in entrambi i casi, esprime comunque l'idea di un *uso improprio, scorretto*, della posizione giuridica<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> v. *retro*.

<sup>579</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 9. Recentemente D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 245 ss. sottolinea la necessità di una lettura non tecnicistica dell'abuso.

<sup>580</sup> Si pensi ai concetti di *patrimonio, detenzione, cosa, possesso*, rilevanti nei diritti contro il patrimonio, l'interpretazione dei quali ha dato origine al dibattito tra corrente c.d. privatistica e corrente c.d. autonomista, su cui v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 277; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009.

<sup>581</sup> L'espressione è mutuata, sebbene con riferimento ai concetti civilistici rilevanti nei delitti contro il patrimonio, da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, op. cit., p. 278.

<sup>582</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 44 riconosce la possibilità di «una qualche assonanza nel modo di manifestarsi del fenomeno dell'abuso» tra abuso di potere e abuso di diritto, mentre il

Non a caso, infatti, ogni qualvolta nel diritto penale si sia in presenza di elementi normativi che evocano l'abuso, finiscono per riproporsi talune problematiche, che riteniamo essere le questioni chiave dell'*abuso penalmente rilevante* (sia esso riferito a poteri pubblici che a poteri privati), e che possono essere così sintetizzate: in primo luogo, se l'abuso attenga al *dato oggettivo* del fatto incriminato, riferibile al disvalore della condotta o dell'evento, ovvero a un *momento soggettivo*, riferibile alla volontà dell'agente; in secondo luogo, se l'abuso penalmente rilevante riproduca sempre uno stesso *modo di non conformità al diritto* o modi differenti (ad esempio, condotta *sine iure*, *contra jus*, *non iure*); infine, se l'abuso, nel diritto penale, sia un concetto autonomo da altri concetti rilevanti, quali l'infedeltà, la minaccia, la frode, la simulazione, l'elusione.

Questi sono i tre interrogativi ai quali cercheremo di dare risposte sufficientemente stabili attraverso lo studio dei vari abusi, ai quali dedicheremo lo spazio restante del nostro lavoro.

Più nel dettaglio, attraverso la considerazione delle fattispecie codicistiche prenderemo in esame le prime due questioni segnalate, e parte della terza, affrontando il tema dei rapporti tra abuso e violazioni di doveri e minaccia, ma lasciando il raffronto con i rimanenti concetti all'ultimo capitolo.

### **1.1. Abuso di potere pubblico e abuso di potere privato: un chiarimento.**

Come si è già detto, l'abuso penalmente rilevante può riferirsi a poteri di natura pubblica o a poteri di natura privata.

La rilevanza penale dell'abuso di potere pubblico è stata ampiamente studiata, nella dottrina nazionale, sia con attenzione alla sua elaborazione dogmatica<sup>583</sup> sia con attenzione ai problemi interpretativi posti dagli elementi delle fattispecie dei reati contro la Pubblica Amministrazione<sup>584</sup>; meno attenzione si è avuta, invece, intorno alla rilevanza penale dell'abuso del diritto, oggetto solo recentemente di più ampia riflessione<sup>585</sup>, e piuttosto

---

divario sarebbe palese rispetto al secondo dato della locuzione (potere vs diritto), laddove il potere pubblico è un potere finalizzato alla cura di un interesse pubblicistico proprio di una collettività, e il diritto è la posizione soggettiva che viene in rilievo nei rapporti tra privati.

<sup>583</sup> Il riferimento è principalmente alla già richiamata opera di L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., che traccia i tratti della categoria dell'abuso di potere penalmente rilevante.

<sup>584</sup> V. ad esempio M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2006, pp. 95 ss.; C. FIORE, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 121; C. BENUSSI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2001, pp. 222 ss.

<sup>585</sup> C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, op. cit., pp. 1 ss.

richiamata, di volta in volta, in modo parcellizzato, laddove la categoria venisse in rilievo rispetto a singole fattispecie di parte speciale<sup>586</sup>.

Andiamo, dunque, a chiarire quando l'abuso venga in rilievo con riferimento a poteri riconducibili al "diritto", inteso – *repetita iuvant* - come posizione giuridica attiva del privato, e quando con riferimento a poteri riconducibili alla sfera pubblica.

Tuttavia non affronteremo questo problema senza prima aver provveduto a un'altra precisazione, e cioè che non ogni volta che il diritto penale fa ricorso al concetto di abuso, tale concetto si accompagna necessariamente alla specificazione di un *potere*.

In altri termini: la distinzione tra abusi di potere pubblico e abusi di potere privato non esaurisce il campo dell'abuso nel diritto penale, venendo in rilievo anche abusi di altre posizioni (ad esempio, di qualità pubblicistiche, di situazioni di fatto) che non sono abusi di potere.

Sia la possibilità di distinguere, nel diritto penale, gli abusi della sfera pubblica e quelli della sfera privata, sia la pluralità di abusi eterogenei all'abuso del potere, emergono dal dato positivo dall'art. 61 n. 9 e n. 11 c.p.

Che, anche nel diritto penale, una netta distinzione tra le sfere pubblica e privata sia possibile è espresso dalla *complementarietà* tra la circostanza aggravante dell'art. 61 n. 9 c.p., che farebbe riferimento all'abuso di poteri pubblicistici (in particolare, a quelli della pubblica funzione, del pubblico servizio e del ministero di culto) e quella dell'art. 61 n. 11 c.p., che considererebbe abusi della sfera privata, quali l'autorità o le relazioni domestiche, le relazioni d'ufficio, di prestazione d'opera o di coabitazione o ospitalità<sup>587</sup>.

Certamente potrebbe osservarsi che il dato positivo fa riferimento agli "abusi di potere" solo relativamente alle ipotesi dell'art. 61 n. 9 c.p., trattando invece, nell'art. 61 n. 11 c.p., di abusi di autorità e relazioni, e quindi di approfittamento di *situazioni di fatto*, più che di uso improprio di poteri giuridici. Tale osservazione coglie certamente nel segno per alcune delle ipotesi della circostanza citata (si pensi all'abuso della coabitazione o dell'ospitalità), ma in realtà nell'art. 61 n. 11 c.p. vengono considerate, come oggetto di abusi, anche «rapporti giuridici aventi a oggetto attività materiali ed intellettuali»<sup>588</sup> (come le "prestazioni d'opera"), nei l'aggravante in questione «mira a sanzionare proprio le ipotesi di strumentalizzazione dell'asimmetria dei rapporti di forza tra le parti»<sup>589</sup>, ove si instauri un rapporto di fiducia che agevoli la commissione del reato<sup>590</sup>. Non è da escludersi, dunque, che l'abuso possa riferirsi a comportamenti tenuti nell'esercizio di poteri derivanti da tali rapporti.

---

<sup>586</sup> V. *infra* anche per i riferimenti bibliografici, ad esempio, in materia di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, o di estorsione.

<sup>587</sup> V. T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1988, p. 220; L. VERGINE, G. L. GATTA, *Art. 61 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice Penale Commentato*, Milano, 2011, pp. 1094 ss.

<sup>588</sup> Cass. Pen., Sez., II, 13 dicembre 2006, n. 5257.

<sup>589</sup> Cass. Pen., Sez. II, 8 giugno 2016, n. 23765.

<sup>590</sup> Cass. Pen., Sez., II, 17 gennaio 2011, n. 789.

Dovendo delimitare, non certo in assoluto, ma per quanto interessa il diritto penale, l'ambito del *potere pubblico* e quello del *potere privato*, occorre dar conto di come essi siano concetti attraverso i quali possono intendersi molte cose tra loro diverse, e per i quali possono darsi numerose classificazioni. Non ci interessa, tuttavia, in questa sede, catalogare i poteri pubblici e privati, ma approfondire le nozioni rilevanti *nel diritto penale*.

La forma di potere pubblico che interessa principalmente il diritto penale, il quale sanziona forme di suo esercizio scorretto, è senza dubbio il *potere amministrativo*.

Basterà richiamare, per affermare l'attenzione a tale potere nel diritto penale, oltre alla citata rilevanza dei suoi abusi ai sensi dell'art. 61 n. 9 c.p., la rilevanza degli abusi nei delitti contro la Pubblica Amministrazione, che prevedono l'abuso di poteri come elemento della fattispecie (art. 317 c.p., art. 319 *quater* c.p.) e puniscono l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Concentrando dunque la nostra attenzione sul potere amministrativo, occorre ricordare che esso esprime quella specie del genere «potere giuridico» caratterizzata da un particolare regime che dipende dalla *natura funzionale* dell'attività amministrativa<sup>591</sup>.

Il potere amministrativo, infatti, non è libero nei fini, è un potere a esercizio doveroso, che si esplica entro un certo termine, attraverso un procedimento disciplinato da numerose regole, generali e speciali, ed è, infine, un potere soggetto a penetranti controlli<sup>592</sup>.

In ciò il potere amministrativo differisce dal potere legislativo che è, entro i limiti costituzionali, libero nel fine, e dal potere giudiziario, vincolato all'unico fine dell'attuazione della legge<sup>593</sup>. Proprio con riferimento a quest'ultimo, a ben vedere, si può evidenziare come, diversamente dalla scelta compiuta in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione, il legislatore non abbia previsto una fattispecie di abuso rivolta contro l'amministrazione della Giustizia nel Titolo III simile all'abuso d'ufficio, né l'espressa rilevanza dell'abuso di tale potere come elemento interno alle fattispecie, ma piuttosto obblighi e divieti posti in capo ai soggetti che svolgono funzioni all'interno dell'amministrazione della Giustizia (ad esempio le omesse denunce degli artt. 361 ss. c.p., l'omissione di referto dell'art. 365 c.p., la falsa perizia dell'art. 373 c.p.). Non passi inosservato come, d'altra parte, la stessa norma dell'art. 323 c.p. sia applicabile anche ai fatti che avvengono nell'ambito di un ufficio giudiziario, e come il mercimonio dell'esercizio della funzione o dei poteri e la violazione dei doveri dell'ufficio giudiziario sia contemplato dall'art. 319 *ter* c.p. come “corruzione in atti

---

<sup>591</sup> B. G. MATTARELLA, *Potere amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4393.

<sup>592</sup> B. G. MATTARELLA, *Potere amministrativo*, op. cit., p. 4394.

<sup>593</sup> *Ibidem*.

giudiziari”, rinviando agli artt. 318 e 319 c.p., che sono norme che *non* contemplano l’abuso di poteri come elemento del fatto, e che proprio in ciò trovano ragione di distinzione dai reati di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 317 c.p.; art. 319 *quater* c.p.).

Tradizionalmente, come si diceva, la diversità tra potere amministrativo e potere privato si coglie proprio nella *funzionalizzazione* dell’attività della Pubblica Amministrazione<sup>594</sup>.

L’attività amministrativa è volta a perseguire l’interesse pubblico affidatole dalla norma attributiva del potere (si ricordi a proposito la definizione tratteggiata dell’attività amministrativa come *cura concreta di interessi pubblici*), che è l’interesse singolo dell’Amministrazione stessa, ma un interesse di rilievo generale. Il potere privato, di contro, è posto a servizio del titolare per soddisfare i suoi interessi, o a limite, quelli di un altro soggetto privato, ed è un potere caratterizzato dalla libertà.

I due poteri, inoltre, si differenzerebbero per il *fondamento* e il tipo di *limiti* che essi incontrano: con riferimento al fondamento, è sufficiente ricordare che la posizione di potere amministrativo, diversamente da quella di potere privato, deve essere conferita dalla *legge*; con riferimento ai limiti, il potere pubblico, in occasione del suo esercizio, incontra non solo dei limiti negativi che caratterizzano anche l’attività privata (i quali richiedono di mantenere l’attività nei confini della liceità), ma anche dei *limiti positivi*, che impongono di mantenere l’attività nell’ambito dei fini pubblici<sup>595</sup>.

Infine, l’esercizio del potere amministrativo si traduce in un’attività *procedimentalizzata*, cioè in un’attività ordinata in sequenze<sup>596</sup>, a differenza dell’attività dei privati, che di regola esercitano in modo libero e istantaneo i loro poteri<sup>597</sup>. Il procedimento, in particolare, è lo strumento che consente la partecipazione all’esercizio del potere e il controllo sullo stesso, in vista del fine pubblico da attuare<sup>598</sup>.

Poste tali distinzioni, si è visto, tuttavia, come l’abuso del diritto sia lo strumento attraverso cui si recuperano elementi di funzionalizzazione e di controllo modale anche con riferimento alle posizioni civilistiche, rispetto agli interessi ad esse sottese. L’abuso del

---

<sup>594</sup> Si intende per funzionalizzazione «che questa è diretta a un fine pubblico, indicato dalle norme, ed è quindi predisposta per la cura di un interesse, per lo più collettivo, prescelto dalle norme e per questo qualificato come pubblico». Così S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 3.

<sup>595</sup> La ricostruzione è mutuata da F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 1091 ss. e 1181 ss. V. anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, p. 59 e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pp. 73 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 256.

<sup>596</sup> S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, op. cit., p. 189.

<sup>597</sup> S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, op. cit., p. 192.

<sup>598</sup> V. R. VILLATI, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1996, pp. 574 ss..

diritto consente di evidenziare, ad esempio, che, nelle *potestà* di diritto privato, il potere è attribuito al soggetto a tutela dell'interesse altrui, o che nel *diritto potestativo*, il soggetto può produrre unilateralmente effetti modificativi della sfera giuridica altrui allo scopo di tutelare un proprio interesse<sup>599</sup>, e via dicendo.

Con ciò, si badi bene, non si vuole lasciar intendere un ammorbidimento delle differenze tra *potere pubblico* e *potere privato*, i quali mantengono la loro sostanziale diversità, pur in un'epoca interessata dall'esistenza di fenomeni (quali la crescente attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione, o le esperienze di *soft law* e auto-normazione di settori di rilievo pubblicistico da parte di soggetti di natura privata) che, penetrando nell'ordinamento sulla spinta del diritto unionale o attraverso l'importazione di modelli di altri sistemi giuridici, interrogano le tradizionali categorie di "pubblico" e "privato".

Ci sembra quasi superfluo ricordare che le differenze restano, e sono ben evidenti. In primo luogo, la funzionalizzazione del potere pubblico è un modo di essere del potere, è argine e direzione del potere; al contrario, il limite "interno" del potere privato (o diritto) è, come si è detto, il confine di un campo di libertà, che emerge, grazie a un'interpretazione teleologica, in seconda battuta, quando vi sono situazioni da correggere.

Il richiamo all'interesse per cui il diritto è stato riconosciuto (argomento intorno a cui ruota l'abuso del diritto) ci serve allora per segnalare che, a nostro avviso, nel diritto penale, la bussola tra sua qualificazione pubblicistica o privatistica del potere abusato in rilievo possa essere data proprio dalla *natura* dell'interesse perseguibile attraverso di esso.

Così, se il potere pubblico, è, come si è detto, quello riconosciuto «in forza di un interesse pubblicistico»<sup>600</sup>, il potere privato sarà quello che, diversamente, riguarda un interesse privatistico, *di natura patrimoniale*, attinente alla sfera economica, o *non patrimoniale*, rilevante nell'ambito della personalità o dei rapporti familiari.

Ci troveremo quindi in presenza di abusi di natura "pubblica", di poteri pubblici, anche qualora il soggetto chiamato a esercitare il potere rivolto alla cura di interessi pubblici sia un soggetto privato, come avviene per l'*incaricato di pubblico servizio* nell'epoca delle liberalizzazioni<sup>601</sup>. Ci troveremo invece al cospetto dell'abuso di poteri privati quando il potere esercitato risponda a un interesse economico o della persona. Con un'ulteriore precisazione: tale interesse, si noti, non è quello *protetto* dalla norma penale, che può

---

<sup>599</sup> V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, pp. 61 ss..

<sup>600</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 36.

<sup>601</sup> Sul problema del pubblico servizio si rinvia a V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale: l'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.

coincidere tanto con un bene individuale quanto con un bene collettivo<sup>602</sup>, ma è quello *sotteso* al comportamento di *uso* di un potere, che viola la norma penale.

In secondo luogo, richiamando alla mente le categorie dell'uso improprio funzionale e modale del potere, la *procedimentalizzazione* e la *regolamentazione* che caratterizza l'uso del potere pubblico fa sì che lo sviamento, sul piano *funzionale*, di quest'ultimo, rispetto al suo scopo istituzionale, possa tradursi, sul piano *modale*, nell'aperta violazione delle norme specifiche che ne modulano l'esercizio. I poteri di stampo privatistico, invece, potendo o meno essere oggetto di un'espressa disciplina (ad esempio, contrattuale), quando non lo sono, portano a valutare la congruità del loro esercizio alla luce di norme generali, le uniche che si hanno a disposizione<sup>603</sup>.

## **2. Inconfigurabilità di un generale divieto di abuso del diritto penalmente rilevante.**

AmMESSO quindi che nel diritto penale possano venire in gioco usi scorretti di diritti e/o poteri riconosciuti a privati, dei quali ci occuperemo a breve, intendiamo ora spiegare perché, a nostro avviso, nella materia non può operare un *divieto generale di abuso del diritto* simile a quello riconosciuto dalla giurisprudenza civile, ma, semmai, possono trovare spazio *singoli abusi*.

A tal fine, più che constatare l'attuale assenza di una norma siffatta nell'ordinamento penale (operazione per vero alquanto agevole), ci interessa evidenziare come una norma che punisca chi abusa dei suoi diritti è, per prima cosa, difficilmente concepibile<sup>604</sup>.

Immaginando, *per assurdo*, una norma il cui precetto fosse il divieto di abusare dei diritti, sarebbe anzitutto impossibile stabilire la *sanzione* corrispondente alla sua violazione, per l'eterogeneità dei casi potenzialmente ricadenti in essa; e ciò varrebbe anche qualora, volendo restringere il campo, la norma si riferisse a un *settore specifico* dell'ordinamento in cui vengono in gioco posizioni simili, o persino a un *solo diritto*, nominalmente individuato.

Se, ad esempio, il legislatore penale stabilisse che è vietato abusare del diritto di stabilimento comunitario, ovvero abusare del diritto di restare in silenzio nel corso di un procedimento penale, *senza aggiungere altro* –

---

<sup>602</sup> V. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, p. 540.

<sup>603</sup> La ricostruzione dell'uso corretto del potere privato (o diritto) è soggetta quindi a una più alta discrezionalità. V. *infra* cap. 5.

<sup>604</sup> L'idea che l'abuso del diritto sfugge alla tipizzazione penale è mutuata da C. PIERGALLINI, "Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, op. cit., pp. 1333 ss., che osserva, con riferimento all'elusione fiscale, come detto fenomeno «non sembra neppure potersi prestare ad operazioni di tipizzazione penalistica».

in che modo, con quali effetti, a quali scopi - un simile divieto coprirebbe così tante e variegate ipotesi da non poter individuare una cornice edittale ragionevole per la pena da associarsi al precetto.

Tuttavia, quello della *legalità e precisione della pena*<sup>605</sup> sarebbe solo uno dei tanti problemi che affliggerebbero una simile fattispecie.

Evidenti sarebbero, infatti, anche il *vulnus* di *determinatezza* del precetto, intendendo per “determinatezza” non solo il significato classico del principio, che vuole che il legislatore scriva norme sufficientemente precise<sup>606</sup>, ma anche il significato più moderno che lo ritiene soddisfatto dalla possibilità di decisioni giudiziarie prevedibili<sup>607</sup>, posto che – a ben vedere – vi sarebbero infinite possibilità di interpretazioni riconducibili all’abuso.

Con la *determinatezza* vacillerebbe, quindi, anche l’idea di *frammentarietà* del diritto penale, in quanto, probabilmente, potrebbero immaginarsi tanti e vari usi abusivi del diritto in questione, quanti sarebbero quelli leciti. Sarebbe sconfessata, infine, l’idea di diritto penale come *extrema ratio*, dato che la pena interverrebbe in presenza di una semplice contrarietà al diritto, senza ulteriori valutazioni di gravità o di meritevolezza, e dunque in un’ottica meramente sanzionatoria.

Tanto ci porta a escludere, a meno di non voler ignorare l’intero sistema, che, nel diritto penale, possa prevedersi *sia* un divieto generale di abuso del diritto del tipo di quello del - mai introdotto - art. 7 del Progetto Preliminare del Codice Civile<sup>608</sup>, *sia* un divieto specifico di abuso del diritto, senza altra precisazione, con riferimento a un qualsivoglia diritto, potere giuridico privato o facoltà.

---

<sup>605</sup> V. Corte Costituzionale, 24 giugno 1992, n. 299, per cui «il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario». V. anche Corte Costituzionale, 23 maggio 1991, n. 285, per cui, non deve esservi un «sovertimento del rapporto tra il principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio e quello dell'individualizzazione della pena. In linea di principio, infatti, l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti-reato tipici, e quindi del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore; mentre al giudice compete di valutare le particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse, nella cornice posta dai limiti edittali, quella adeguata in concreto. Poiché gli ambiti delle due sfere non vanno confusi, è compito del legislatore di rispettare quel rapporto attraverso un'adeguata articolazione dei trattamenti sanzionatori». Nella manualistica v. *inter alios* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 63, per cui «la cornice edittale non deve essere troppo ampia. Cornici legali eccessivamente divaricate impongono infatti al giudice di farsi legislatore del caso concreto».

<sup>606</sup> In questo senso si parla anche di *principio di precisione*, espressione del monopolio del legislatore nella produzione delle norme penali, per cui v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., pp. 119 ss.

<sup>607</sup> In tal senso la *determinatezza* diventa «calcolabilità della *regula iuris* da parte del suo destinatario», così F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 56.

<sup>608</sup> V. *retro* cap. 1.



Affinché il problema dell'abuso possa venire in rilievo nel diritto penale occorre quindi che la norma selezionata, e tipizzata, delle *caratteristiche* dell'abuso preso in considerazione, le quali siano espressive di un particolare disvalore.

Il richiamo dell'abuso nella fattispecie penale, inoltre, comporta il ricorso a un *elemento normativo* che rimanda a un concetto per sua natura indeterminato, che necessita di elementi di compensazione.

Così, all'interno dell'ampio *genus* dell'abuso, l'abuso che intenda trovare uno spazio legittimo nel diritto penale necessita di essere *descritto* con riferimento alle modalità con cui si attua, agli effetti che raggiunge, agli scopi che persegue.

Di tanto, a nostro avviso, può trarsi conferma anche richiamando la «tormentata storia»<sup>609</sup> della fattispecie di *abuso d'ufficio* dell'art. 323 c.p., che, sebbene riguardi un abuso di potere pubblico (anzi, l'abuso di potere pubblico per eccellenza) insegna molto a riguardo.

### **3. La parabola della fattispecie di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.): dall'abuso innominato alla violazione di norme e di doveri di astensione.**

Con riferimento all'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), il superamento prima del c.d. *abuso innominato*, presente nel Codice del 1930, poi della fattispecie riformulata ad opera della legge 86/1990, e il definitivo approdo alla riscrittura del reato ad opera della legge n. 234/1997, offrono uno spunto di riflessione sui progressivi tentativi di tipizzazione ai fini penali del concetto di un *uso incongruo* dei poteri pubblicistici.

Con l'espressione *abuso innominato* si fa riferimento alla versione originaria della fattispecie contenuta dall'art. 323 c.p. nel Codice Penale del 1930, rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», la quale, con una funzione di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali, sanzionava «il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge»<sup>610</sup>. La norma, come è noto, fu riformata dalla legge n. 86/1990, prevedendo, all'interno della fattispecie, rubricata ora solo «abuso di ufficio», un primo comma volto a punire «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio» e un secondo comma, volto a ricomprendere i fatti degli abrogati delitti di peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e di interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.), che prevedeva una pena più grave per il fatto «commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale»<sup>611</sup>. La fattispecie, tuttavia, per ragioni delle quali si darà a breve

---

<sup>609</sup> L'espressione è di M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 256.

<sup>610</sup> V. A. M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio* in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 36.

<sup>611</sup> *Ibidem*.

conto, non risultava ancora sufficientemente determinata e in grado di contenere i suoi esiti applicativi, così da rendere necessaria un'ulteriore modifica, realizzata ad opera della legge n. 234/1997, che pur lasciando invariata la rubrica, passava a punire «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto»<sup>612</sup>. La fattispecie è stata, infine, ritoccata sul lato sanzionatorio dalla legge n. 190/2012, prevedendo un innalzamento della cornice di pena fino a un anno nel minimo e a quattro anni nel massimo. Tale modifica ha una ricaduta in campo processuale consentendo oggi di disporre misure coercitive personali e di procedere, in presenza dei presupposti dell'art. 381 c.p.p., all'arresto facoltativo in flagranza.

### **3.1. L'art. 323 c.p. nella versione originaria del 1930 (abuso innominato).**

La versione originaria dell'art. 323 del Codice Rocco costruiva la fattispecie punitiva dell'abuso del potere del pubblico ufficiale principalmente intorno al disvalore dato dagli scopi perseguiti dall'agente. In particolare, l'art. 323 c.p. dava rilievo a un abuso di poteri, inerenti la funzione del pubblico ufficiale, del quale uniche specificazioni, nel dato legislativo, erano che esso dovesse tradursi in un fatto non preveduto già come reato, e che dovesse essere compiuto dall'agente per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio.

Il dato oggettivo, quindi, appariva scarno e indeterminato<sup>613</sup>, così da portare il dibattito dottrinale a riempire di contenuto i due elementi citati *per esclusione*<sup>614</sup>, attraverso il raffronto con altri reati, sul presupposto – ricavabile dal testo normativo – del titolo sussidiario della norma<sup>615</sup>, che veniva in rilievo solo in assenza di violazioni di altre norme penali.

Dall'abuso rilevante *ex art. 323 c.p.* uscivano allora i fatti di *omissione* riconducibili agli artt. 328 e 329 c.p., i fatti di *violenza* riconducibili agli artt. 610 e 61 n. 9 c.p., i fatti di *usurpazione* di pubbliche funzioni riconducibili all'art. 347 c.p., i fatti di *abusi di qualità* riconducibili all'art. 317 c.p., i fatti riconducibili agli *altri delitti* contro la Pubblica Amministrazione come l'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.),

---

<sup>612</sup> A. M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, op. cit., p. 37.

<sup>613</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., pp. 263 ss.

<sup>614</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e processo*, 1999, pp. 106 ss. osserva: «La tipicità della condotta di abuso, in sé stessa piuttosto debole per le genericità del termine abuso veniva in qualche modo rinforzata dall'esterno, grazie alla esistenza di queste altre incriminazioni che ne delimitavano l'effettiva portata».

<sup>615</sup> V. C. MAIO, *Dell'abuso innominato di ufficio e dell'interesse privato in atti di ufficio*, Napoli, 1966, p. 11.

l'utilizzazione di invenzioni o di segreti compiuti per ragioni d'ufficio (art. 325 c.p.), la rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) e l'istigazione all'inosservanza di doveri (art. 327 c.p.)<sup>616</sup>.

La norma lasciava comunque molti problemi irrisolti nell'interpretazione dell'abuso dei poteri.

Tra essi, ad esempio, la dottrina si interrogava sul rapporto tra l'abuso e il fatto commesso, domandandosi se l'art. 323 c.p. richiedesse due elementi distinti, e nel caso se l'abuso dovesse essere il mezzo per la commissione del fatto o il fatto il mezzo dell'abuso, ovvero un unico elemento, vale a dire la condotta abusiva<sup>617</sup>.

Non era chiaro, poi, se il comportamento incriminato fosse solo quello che sfociava nell'adozione di un *atto amministrativo tipico*, ovvero anche quello che comportasse lo *sfruttamento della posizione giuridica del pubblico ufficiale*<sup>618</sup>, anche in assenza del compimento di un'attività tipica, ma in presenza di un'*attività materiale*<sup>619</sup>.

Ci si domandava, inoltre, in che rapporti fosse l'abuso di poteri con la *violazione di doveri*, registrandosi divisioni tra chi escludeva la rilevanza della violazione dei doveri nell'art. 323 c.p.<sup>620</sup> e chi, invece, riteneva che l'abuso dei poteri inerenti la funzione comportasse la violazione dei doveri relativi all'uso del potere, e l'adozione di un atto contrario ai doveri d'ufficio<sup>621</sup>.

Come si diceva, tuttavia, la selezione della rilevanza penale del fatto rispetto alla generica illegittimità di diritto pubblico era prevalentemente rimessa sul dato *soggettivo* della consapevolezza e volontà dell'illegittimità dell'uso del potere (dolo generico) e su quello *finalistico* del perseguimento dello scopo di recare danno o provocare vantaggio (dolo specifico).

---

<sup>616</sup> V. S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, Firenze, 1982, pp. 16 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 43.

<sup>617</sup> Così ad esempio v. C. MAIO, *Dell'abuso innominato di ufficio e dell'interesse privato in atti di ufficio*, op. cit., p. 15, il quale ritiene che nel reato in esame la condotta sia «un'attività qualificata dallo abuso dei poteri del pubblico ufficiale» e l'evento sia il «fatto illecito che sia conseguenza della condotta del pubblico ufficiale» ed E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, p. 188, che distingue la condotta (attività qualificata dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale) ed evento (il compimento di un fatto, illegittimo alla stregua dell'ordinamento amministrativo, che sia conseguenza della condotta suddetta; *contra* M. PARODI GIUSINO *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 44 per cui «abuso e fatto coincidono, cioè il fatto che si commette consiste nell'esercizio abusivo dei poteri»; v. anche N. LEVI, *I diritti contro la pubblica Amministrazione*, Milano, 1935, p. 319; S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., pp. 55 ss.; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma, 1953, p. 176.

<sup>618</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., pp. 133 ss.; V. S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 55.

<sup>619</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 44.

<sup>620</sup> A. GRIECO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Giustizia Penale*, 1950, pp. 261 ss..

<sup>621</sup> S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 18 e p. 56.

Come rilevava la dottrina, la presenza di un comportamento scorretto sul piano pubblicistico non imponeva di per sé una rilevanza penale del fatto, poiché era (ed è) possibile ammettere un giudizio di illiceità (o illegittimità) operato alla stregua di una norma amministrativa, a cui non consegue necessariamente anche l'applicazione di una sanzione penale<sup>622</sup>. Quel che dotava di rilevanza penale il comportamento amministrativamente viziato era, dunque, proprio la *consapevolezza e volontarietà* del comportamento, nonché la sua *finalità*.

Giova precisare, tuttavia, come, pur nell'accordo sul risultato da affermare (vale a dire, che la condotta del pubblico ufficiale per avere rilevanza penale dovesse essere cosciente e volontaria e rivolta al perseguire un vantaggio o arrecare un danno) la dottrina utilizzasse in modo promiscuo il termine "abuso" rispetto all'illecito extra-penale e a quello penale. Così, a fronte di chi distingueva l'*illegittimità amministrativa*, esterna al diritto penale, dall'*abuso* richiesto dalla fattispecie<sup>623</sup>, vi era chi parlava già di *abuso* con riferimento alla violazione extra-penale, riconoscendo allo stesso rilevanza penale solo in presenza di certi scopi<sup>624</sup>. Si tratta di una distinzione sottile, ma importante, posto che, come si è visto e si vedrà, una delle difficoltà maggiori del discorso è *tenere insieme*, riferendoli ai medesimi fatti storici, concetti che nel diritto civile, nel diritto amministrativo e nel diritto penale hanno significati diversi.

Nell'abuso innominato, quindi, la selezione delle condotte penalmente rilevanti, tra le condotte di esercizio improprio del potere, tenute con atteggiamenti psicologici diversi e a vari scopi, era rimessa in capo agli elementi del dolo generico e al dolo specifico.

Così, ad esempio, non commettevano abuso d'ufficio innominato, per assenza di dolo specifico, il preside di un istituto che, a seguito del danneggiamento di alcuni banchi, aveva sospeso indistintamente tutti gli alunni della classe fintanto che non avessero riparato, a loro spese, le suppellettili, ritenendo che «l'agente si sia determinato al provvedimento per non procurare un danno ovvero un vantaggio ad alcuno, ma per finalità

---

<sup>622</sup> C. F. GROSSO, *Pubblico ufficiale che partecipa ad una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti d'ufficio, abuso innominato o fatto penalmente irrilevante?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, p. 232.

<sup>623</sup> V. ad esempio M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 44: «È evidente, comunque, che non è affatto sufficiente che l'atto sia illegittimo in sé, essendo richiesta anche la coscienza e volontà di abusare del potere, più il dolo specifico: così non ogni atto illegittimo è abusivo, mentre ogni atto per essere abusivo deve essere illegittimo».

<sup>624</sup> V. ad esempio C. F. GROSSO, *Pubblico ufficiale che partecipa ad una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti d'ufficio, abuso innominato o fatto penalmente irrilevante?*, op. cit., p. 235: «Ora, ammettiamo pure che non astenersi dal prendere parte ad una deliberazione in violazione di una norma extra-penale che invece l'imponga, valga a concretare l'abuso che costituisce il nucleo obbiettivo del reato. Affinché il pubblico ufficiale possa venire punito ex art. 323 c.p. sarà pur sempre necessario provare, in più, che il pubblico ufficiale abbia agito con il dolo specifico richiesto esplicitamente dalla legge».

esclusivamente educativa», né i guardiacaccia che avevano sequestrato un fucile a persona in grado di dimostrare il rispetto delle disposizioni senza intento vessatorio ma «per eccesso di zelo»<sup>625</sup>.

In particolare, come si diceva, il *fine della condotta*, era l'unico tassello che, nel dato legislativo, si aggiungeva all'abuso di poteri.

Tale situazione poneva principalmente due problemi, destinati a operare su piani diversi<sup>626</sup>, all'art. 323 c.p.: uno di determinatezza e uno di oggettività.

Quanto al primo di essi (determinatezza), si mise da più parti in evidenza che l'elemento di dolo specifico, per come descritto, non si mostrasse comunque sufficiente a contenere la portata della fattispecie, in considerazione dei problemi di tassatività che lo stesso presentava<sup>627</sup>.

Più precisamente, non era chiaro se nell'abuso innominato d'ufficio rientrasse anche il «fine privato» del pubblico ufficiale o se questo fosse unicamente un *motivo psicologico*, ma non un fine<sup>628</sup>, posto che, qualora il pubblico ufficiale avesse agito per se stesso si sarebbe stati al cospetto della diversa ipotesi delittuosa dell'art. 324 c.p. (interesse privato in atti d'ufficio)<sup>629</sup>, e se nel termine «altri» rientrasse anche la Pubblica Amministrazione e lo stesso ente di appartenenza del pubblico ufficiale<sup>630</sup>.

In realtà la Corte Costituzionale<sup>631</sup>, interrogata sul punto, salvò la fattispecie ritenendola sufficientemente determinata proprio per la presenza del dolo specifico, il quale sarebbe stato da solo sufficiente a contenere l'arbitrio applicativo.

La Corte Costituzionale, nel 1965, dichiarò infondata la questione di legittimità dell'art. 323 c.p. sollevata per la supposta violazione dell'art. 25 c. 2 Cost. A detta della Corte, la fattispecie non avrebbe lasciato spazio eccessivo alla discrezionalità dell'interprete, in quanto «il precetto penale in esame, mentre corrisponde

---

<sup>625</sup> Rispettivamente, Pretura di Cosenza, 16 aprile 1966 e Pretura Bra, 28 marzo 1962. I due provvedimenti sono riportati da S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, Firenze, 1982, p. 85.

<sup>626</sup> Come è stato osservato (sebbene con riferimento alla formulazione della norma successiva al 1990, che tuttavia, come si vedrà, riproponeva le stesse questioni) il problema della determinatezza e quello dell'oggettività si pongono su piani diversi: così, ad esempio, se il danno o il vantaggio avessero espresso l'elemento dell'evento, la norma sarebbe stata più oggettiva, ma sarebbe comunque apparsa indeterminata. Così P. PISA, *Abuso di ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, agg., 1995, p. 17.

<sup>627</sup> F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, pp. 985 ss.

<sup>628</sup> S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 68.

<sup>629</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 45; C. F. GROSSO, *Pubblico ufficiale che partecipa ad una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti d'ufficio, abuso innominato o fatto penalmente irrilevante?*, op. cit., p. 239.

<sup>630</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 45, *contra* F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, op. cit., p. 989. V. anche E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 190, per cui il fine deve consistere nel danno o vantaggio di un soggetto diverso dal pubblico ufficiale, che non sia l'ente pubblico a cui lo stesso appartiene, ma che può essere un altro ente pubblico.

<sup>631</sup> V. C. Cost. n. 7 del 1965.

all'intento di reprimere quei comportamenti dei pubblici ufficiali, che, pur essendo illegittimi, non rientrerebbero in un titolo specifico di reato, dà nello stesso tempo sufficiente garanzia che il pubblico ufficiale sia al coperto dalla possibilità di arbitrarie applicazioni della legge penale, il timore delle quali nuocerebbe anch'esso al buon andamento della pubblica Amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi fini (...). Né vale in contrario il rilievo che per determinare, in concreto, la sussistenza del reato si rende necessario prendere in esame l'eventuale violazione di norme non contenute nelle leggi penali, quali, nel caso di specie, le norme del Codice di procedura civile su gli obblighi del custode giudiziario. A parte che la possibilità di considerare come illecito penale la violazione di norme inerenti all'esercizio di una pubblica funzione, ovunque siano contenute, non dà luogo a dubbi di costituzionalità; nel caso dell'art. 323 del Codice penale elemento essenziale per la sussistenza del reato è il dolo specifico; vale a dire, l'intenzione di recare ad altri un danno o procurargli un vantaggio».

Quanto al secondo problema (oggettività), da più parti si segnalava che il difetto principale che affliggeva l'art. 323 c.p., fosse proprio la sua debolezza sul piano oggettivo.

Il fatto che il legislatore chiedesse solo il perseguimento del danno o del vantaggio, ma si disinteressasse della loro effettiva produzione, così come della creazione di un loro pericolo (concreto), portava parte della dottrina a dubitare dello stesso fondamento della norma, che sembrava sanzionare più la *violazione di un dovere di fedeltà* che la *lesione di un bene giuridico*<sup>632</sup>.

A tale riflessione si rispondeva, tuttavia, che la norma vantava una capacità offensiva dei valori espressi dall'art. 97 Cost., in quanto l'esercizio abusivo di poteri amministrativi era in grado di offendere il buon andamento della Pubblica Amministrazione, e l'imparzialità dell'attività amministrativa<sup>633</sup>.

Nel tentativo di recuperare questa oggettività, in dottrina vi fu chi mise in evidenza come l'elemento finalistico del dolo specifico, in realtà, esprimesse la direzione oggettiva della condotta verso il vantaggio o il danno, colorandola dell'elemento dell'idoneità<sup>634</sup>, almeno

---

<sup>632</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, Appendice: La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1991, p. 28.

<sup>633</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 42. Il richiamo alla tutela del buon andamento e dell'imparzialità amministrativa espressi dall'art. 97 Cost. continua anche oggi a individuare l'oggettività giuridica protetta dall'art. 323 c.p.. Si segnalava tuttavia come la giurisprudenza, in passato, riteneva che l'unico interesse tutelato dalla norma fosse quello dell'imparzialità e del buon andamento dell'attività amministrativa, mentre, in tempi più recenti, si è sviluppato un orientamento volto a sostenere il carattere plurioffensivo dell'abuso d'ufficio, riconoscendo rilevanza anche all'interesse del privato leso dall'attività illecita del pubblico ufficiale (v. Cass. Pen. 28.11.2007, n. 329).

<sup>634</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 265 richiede che «alla direzione della volontà corrisponda l'idoneità dell'azione rispetto all'obiettivo cui la volontà stessa è volta». V. anche N. LEVI, *I delitti contro la pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 320; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 177.

*in astratto*, così da poter escludere il reato se danno o vantaggio risultassero impossibili da conseguire<sup>635</sup>.

Tuttavia, nella prospettiva di un diritto oggettivo, già all'epoca più voci si levavano affinché la norma venisse modificata recuperando quel coefficiente di offensività presente, sebbene in modo assai indeterminato, nell'antecedente storico dell'art. 175 del Codice Zanardelli (*abuso di autorità*), che richiedeva la «lesione degli altrui diritti»<sup>636</sup>.

Il Codice Penale del 1889, all'art. 175, puniva «il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge», prevedendo un aumento di pena «qualora agisca per un fine privato», e inoltre «il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, eccita taluno a trasgredire alle leggi o ai provvedimenti dell'autorità». La locuzione “contro gli altrui diritti” escludeva la punibilità di abusi commessi soltanto ad altrui favore, ed era interpretata nel senso di dare rilevanza alla lesione di un interesse privato<sup>637</sup>.

### **3.2. La riforma dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) ad opera della legge 86/1990.**

Tali auspici rimasero tuttavia delusi. Con la legge n. 86/1990 la norma fu modificata, ma del Codice Zanardelli si riprese non tanto l'elemento del disvalore di evento, quanto l'espressione “abuso di ufficio”, in luogo di quella di “abuso di poteri”, per descrivere la condotta incriminata.

La scelta, consapevole, di non richiedere l'accertamento di un evento, fu dettata dal timore di un depotenziamento sanzionatorio dell'abuso, e della conseguente dilatazione della sfera del tentativo, laddove l'intervento penale fosse arrivato prima della concreta produzione di un danno o di un vantaggio<sup>638</sup>.

Tuttavia, per rendere più tangibile il disvalore del fatto, il legislatore del 1990 pensò, all'interno di un ampio intervento sui delitti contro la Pubblica Amministrazione, a una caratterizzazione più marcata del dolo specifico<sup>639</sup> dell'art. 323 c.p., prevedendo che il vantaggio o il danno avuti di mira dall'agente fossero *ingiusti*, distinguendo il vantaggio patrimoniale da quello non patrimoniale, e ammettendo – stante l'abrogazione dell'art. 324

---

<sup>635</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 45.

<sup>636</sup> V. L. GRANATA, *I lineamenti giuridici dell'abuso di ufficio e la inefficacia dell'attuale formula legislativa*, in *Giustizia Penale*, 1955, p. 752. Per una rassegna dei tentativi di riforma dell'art. 323 c.p., in precedenza della legge n. 86/1990, v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, p. 266, nota 10.

<sup>637</sup> S. PIZZUTI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 25.

<sup>638</sup> P. PISA, *Abuso di ufficio*, op. cit., p. 12. La voce enciclopedica dedica ampio spazio alla ricostruzione dei lavori parlamentari che consentirono di approdare alla formulazione legislativa della legge n. 86/1990.

<sup>639</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio (I agg.)*, in *Leggi d'Italia*, p. 1.

c.p. - che il pubblico ufficiale potesse perseguire un *proprio vantaggio* con la condotta abusiva<sup>640</sup>.

L'accertamento del reato richiedeva dunque la verifica della *condotta* di abuso sul piano obiettivo, la presenza del *dolo generico* dato dalla consapevolezza e volontarietà del comportamento, e, infine, l'individuazione del *dolo specifico* del vantaggio o danno ingiusti<sup>641</sup>.

Anche la nuova versione della norma poneva, con riferimento agli elementi della condotta e del dolo specifico, diversi problemi interpretativi.

Con riferimento al dolo specifico, ci limitiamo a segnalare come dall'introduzione della clausola di "ingiustizia" per qualificare il danno o il vantaggio perseguiti dall'agente scaturì un forte dibattito tra chi sosteneva che il requisito fosse pleonastico, in quanto l'ingiustizia sarebbe conseguita all'abusività del comportamento incriminato<sup>642</sup> e chi, invece, riconosceva l'autonomia di tale elemento, ritenendo il giudizio sull'ingiustizia riguarderebbe solo il fine perseguito, mentre quello sull'abuso il mezzo (atto, comportamento) con cui il fine viene perseguito<sup>643</sup>.

Rimaneva insoluto, inoltre, nonostante la buona volontà legislativa, il problema della determinatezza della fattispecie, poiché, a fronte della più dettagliata descrizione del dolo specifico, si perdeva il riferimento ai poteri e alla funzione nella condotta, sostituiti dal più vago concetto di "ufficio". Così, mentre la dottrina tendenzialmente metteva in evidenza come l'abuso fosse un'«oggettiva strumentalizzazione dell'ufficio»<sup>644</sup>, svincolata dall'adozione di un atto amministrativo in senso tecnico<sup>645</sup>, rimaneva incerta la capacità della locuzione di comprendere gli *abusi di qualità* e le *violazioni di doveri*<sup>646</sup>, che, anche ammettendo cadessero fuori dall'*abuso di poteri*, era dubbio fossero interni o esterni all'abuso d'ufficio.

Infine, si continuava a discutere, come in passato, sulla rilevanza oggettiva o soggettiva del dolo specifico, dividendosi tra chi riteneva che tale elemento contribuisse a descrivere la direzione offensiva del comportamento<sup>647</sup> e chi, invece, valutava l'elemento come aspetto psicologico della colpevolezza<sup>648</sup>.

---

<sup>640</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio (I agg.)*, op. cit., pp. 1 ss.

<sup>641</sup> In questo senso, espressamente, anche la giurisprudenza di legittimità, per cui v. Cass. Pen. S.U. 20 giugno 1990, Monaco.

<sup>642</sup> In questo senso S. SEMINARA, *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 579.

<sup>643</sup> Così M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio (I agg.)*, op. cit., p. 4, che afferma: «il dolo specifico (...) serve a esprimere la effettiva proiezione della condotta verso una direzione negativamente valutata dall'ordinamento giuridico, cioè a tipicizzare un contenuto di disvalore oggettivo in termini di potenzialità lesiva del fatto».

<sup>644</sup> P. PISA, *Abuso di ufficio*, op. cit., p. 5.

<sup>645</sup> M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio (I agg.)*, op. cit., p. 3.

<sup>646</sup> v. L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti dei p.u. contro la p.a.: profili generali e spunti problematici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1990, p. 717 afferma che il termine *abuso* «ha un preciso significato se riferito ad un dato giuridico che descrive rapporti tra i soggetti quali è il potere, perde inevitabilmente di certezza riferito ad un'entità organizzativa quell'*ufficio*».

<sup>647</sup> V. M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio (I agg.)*, op. cit., che afferma: «il dolo specifico (...) serve a esprimere la effettiva proiezione della condotta verso una direzione negativamente valutata dall'ordinamento giuridico, cioè a tipicizzare un contenuto di disvalore oggettivo in termini di potenzialità lesiva del fatto». V. anche L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, op. cit., dove si afferma: «si deve pertanto escludere che il legislatore (...) sia qui scivolato in un diritto penale della volontà, o dell'atteggiamento interiore: egli



Solo pochi anni dopo, tuttavia, si registrò una vera e propria inversione di tendenza, per cui il legislatore dovette farsi carico, più che del timore per il depotenziamento sanzionatorio dell'abuso d'ufficio, del suo sovra-utilizzo, che finiva per produrre una vera e propria situazione di paralisi dell'attività amministrativa, a seguito delle numerose indagini penali sull'operato dei pubblici ufficiali<sup>649</sup>.

Sul piano giuridico, la norma, a cui era stato ricondotta la fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato in atti d'ufficio, e che aveva visto il passaggio dalla *clausola di sussidiarietà*, presente nella versione originaria, a quella di *consunzione* "salvo che il fatto non costituisce più grave reato", si era trasformata in un «gigantesco contenitore»<sup>650</sup> in cui ricadevano tante condotte tra loro diverse, di gravità variabile, accomunate solo dal ricorrere di una cattiva amministrazione dolosa.

### 3.3. La disciplina dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) attualmente vigente.

Tanto suggeriva al legislatore del 1997 di operare un ridimensionamento dell'intervento penale nel settore<sup>651</sup>, sebbene, come si è osservato, tale scelta non fosse solo una "scelta

---

ha piuttosto voluto esprimere, *attraverso* la diversa qualificazione del fine soggettivo, una diversificazione in termini di *tipicità*» (p. 289) e «in conclusione, la criticata lettura in chiave meramente soggettiva del fine (...) impoverisce il complessivo significato oggettivo del *fatto* di abuso, penalmente rilevante, sovrapponendolo all'illecito amministrativo ed aprendo una prospettiva di mero presidio penale della fedeltà del funzionario all'istituzione in contrasto con le finalità dichiarate di rafforzare, invece, le garanzie della legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa» (p. 292).

<sup>648</sup> S. SEMINARA, *Il delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., p. 593.

<sup>649</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, p. 106. V. anche M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2009, p. 884: «è opinione assai diffusa che spesso le procure della Repubblica o i giudici di merito abbiano quasi utilizzato la elasticità dei contorni di questa previsione normativa per esercitare un vero e proprio controllo sulla pubblica amministrazione, sostituendo talora le loro valutazioni a quelle costituenti esercizio (in certi casi del tutto legittimo) della discrezionalità amministrativa ed ingenerando negli amministratori pubblici una fondata preoccupazione di essere incriminati per abuso di ufficio pur senza avere in realtà commesso alcun fatto illecito».

<sup>650</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, op. cit.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, op. cit., p. 271 ricorda come, secondo le stesse intenzioni del legislatore, la norma varata nel 1990 coprisse un'area di illiceità più ampia che in passato «occupando lo spazio lasciato libero dall'abrogazione della malversazione a danno di privati e dell'interesse privato in atti d'ufficio, nonché dell'eliminazione dell'ipotesi di distrazione prima contenuta nel peculato». V. anche M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 257, secondo cui la fattispecie del 1990 «di nuovo incentrata su una condotta non meglio definita di abuso e su malferme mere finalità soggettive, accentuava per i pubblici operatori i rischi di iniziative giudiziarie arbitrarie, così da rallentare, se non talora paralizzare, l'azione amministrativa».

<sup>651</sup> P. PISA, *Abuso di ufficio, postilla di aggiornamento*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica Treccani*, agg., 1997, p. 1; V. anche A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, op. cit., p. 106.

tecnica”, ma una vera e propria “scelta di politica criminale”, per rendere l’ambito della discrezionalità amministrativa inattaccabile da parte degli altri poteri<sup>652</sup>.

Con la legge 16 luglio 1997, n. 234 si assiste allora a una totale riscrittura dell’art. 323 c.p., comportante una maggiore tipizzazione dell’illecito, che pur continuando a essere rubricato “abuso d’ufficio”, perde il richiamo all’abuso nel precetto (sostituito da una più dettagliata descrizione della condotta come “violazione di norme di legge o di regolamento” o di “dovere di astensione”), diventa un reato di evento (dando rilievo alla produzione di un danno o vantaggio patrimoniale ingiusto), e si arricchisce dell’elemento del dolo intenzionale<sup>653</sup>.

E con tale intervento si chiude la parabola dell’abuso d’ufficio fino ai giorni nostri, al netto degli interventi sul piano sanzionatorio operati dalla Legge n. 190/2012.

Possiamo allora evidenziare come, nel suo cammino, l’*abuso innominato* abbia finito per cedere il passo a un *abuso «nominato e tipico»*<sup>654</sup>, che continua a chiamarsi “abuso” nella *rubrica* della disposizione<sup>655</sup>, ma ha perso ogni riferimento all’abuso nel precetto, nel quale rileva, piuttosto, una condotta di violazione intenzionale di un parametro (norma di legge, regolamento, dovere di astensione), che produce un evento.

Dovendo trarre un bilancio degli insegnamenti emergenti dal percorso a tappe dell’abuso d’ufficio, ci sembra anzitutto che l’esigenza di intervenire sull’art. 323 c.p., cercando di renderlo sempre più *determinato*, confermi l’assunto posto in premessa, e cioè che l’abuso non può avere una rilevanza penale *assoluta*, sciolta dalla descrizione di specifici elementi di disvalore e da contrappesi che importino determinatezza alla fattispecie.

Al contempo, la storia dell’abuso innominato dimostra che, più si descrivono nello specifico tali elementi di disvalore, più l’abuso penalmente rilevante tende a svuotarsi dall’*atipicità* caratteristica dell’abuso extra-penale, e a trasfigurare nell’illecito, nella violazione di parametri.

Così è avvenuto per l’art. 323 c.p., nel quale, come si è detto, del concetto di abuso l’art. 323 c.p. resta traccia solo in rubrica.

---

<sup>652</sup> Così A. MERLI, *Il controllo di legalità dell’azione amministrativa e l’abuso di ufficio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16.11.2012, p. 3, che parla di una «vera e propria crociata per impedire una eccessiva concentrazione del potere nelle mani dei giudici e garantire l’autonomia dell’amministrazione».

<sup>653</sup> V. A. PAGLIARO, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d’ufficio*, op. cit.

<sup>654</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 262.

<sup>655</sup> Il riferimento alla permanenza dell’elemento dell’abuso nella rubrica dell’art. 323 c.p. è presente in A. MERLI, *Il controllo di legalità dell’azione amministrativa e l’abuso di ufficio*, op. cit., p. 17. Tale situazione è oggetto di approfondita riflessione, all’interno del più ampio discorso sul ruolo delle rubriche delle disposizioni nel diritto penale e il loro contributo nella selezione dei fatti penalmente rilevanti, nella monografia in corso di elaborazione di C. SOTIS, *Il limite, il senso, il senso de limite. Uno studio sulla tipicità penale*.

Proprio questo dato, tuttavia, non va sottovalutato, anzi: il fatto che il reato continui a chiamarsi “abuso d’ufficio” (e non “illegittimo esercizio del potere d’ufficio” o simili), ha un suo peso importante nell’interpretazione della norma<sup>656</sup>.

In altre parole: se il legislatore auspicava che la norma operasse una *metamorfosi* giuridica, per cui l’abuso innominato avrebbe dovuto lasciare il posto alla pena per una secca violazione intenzionale di norme e di doveri di astensione, nel lungo periodo, si è avverata piuttosto una *metempsicosi*, per cui l’anima della vecchia fattispecie di *abuso innominato* è trasmigrata nel “nuovo” art. 323 c.p.

Tanto si evince, appunto, sul piano ermeneutico: mentre è pacifica la riconduzione all’art. 323 c.p. di comportamenti contrari a *regole*, che potrebbero essere qualificati semplicemente come “illeciti” extra-penali, si ha difficoltà, ma contemporaneamente esigenza, di ricondurre alla fattispecie quei comportamenti che esprimono i significati mediati i quali nella teoria generale e nel diritto civile si è soliti spiegare l’abuso, cioè lo *sviamento di potere* o la *violazione delle norme di principio*.

Così, infatti, la possibilità di punire *ex art. 323 c.p.* condotte di *uso improprio* dei poteri d’ufficio è al centro, da anni, del dibattito sulla riconducibilità alla norma, in presenza degli altri elementi richiesti, degli atti affetti da c.d. eccesso di potere, vizio amministrativo che accoglie la figura sintomatica dello *sviamento di potere*. Parimenti controversa è la possibilità di interpretare la “violazione di norme di legge” come “violazione di norme costituzionali”, *in primis* dell’art. 97 Cost.

I termini di tali questioni possono essere così brevemente riassunti.

Come è noto, a ridosso della Riforma del 1997, l’opinione dominante di dottrina e giurisprudenza<sup>657</sup>, avallata anche dalla Corte Costituzionale<sup>658</sup>, è andata nel senso di ritenere sussumibili nell’art. 323 c.p. le condotte che sfociassero in un provvedimento affetto dai vizi amministrativi di *violazione di legge* e di *incompetenza* (in quanto anche quest’ultima avrebbe comportato la violazione della norma attributiva del potere) ma non anche di *eccesso di potere*<sup>659</sup>, che invece era la situazione più affine all’abuso funzionale presente negli antecedenti normativi del 1990 e del 1930<sup>660</sup>.

---

<sup>656</sup> A. MERLI, *Il controllo di legalità dell’azione amministrativa e l’abuso di ufficio*, op. cit., p. 17.

<sup>657</sup> V. ad esempio Cass. Pen., 17.02.1998, n. 4075; Cass. Pen., 16.12.2002, n.1761.

<sup>658</sup> V. C. Cost. n. 447/1988.

<sup>659</sup> M. LOMBARDO, *Il «nuovo» abuso d’ufficio e l’eccesso di potere*, in *Rivista Amministrativa*, 2004, p. 592.

<sup>660</sup> V. ad esempio F. INFANTINI, *Abuso innominato d’ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Torino, 1988, p. 4: «ci corre l’obbligo di precisare che l’abuso funzionale concretamente assumerà sempre la connotazione tipica dell’eccesso o dello sviamento di potere, ove si strumentalizzino i poteri o si sfrutti l’ufficio per arrecare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio».

Tanto viene affermato sulla base di plurime valutazioni, tra le quali più frequentemente si invocano l'espressa volontà storica del legislatore<sup>661</sup> e la necessità di un sicuro regolamento di confini tra intervento penale e azione amministrativa<sup>662</sup>, per evitare alla magistratura di esercitare un «preteso (ancorché inesistente) potere di controllo e di indirizzo sull'esercizio della funzione amministrativa<sup>663</sup>».

Secondo altre posizioni, almeno in un primo momento minoritarie in dottrina, ma che trovano più spazio in giurisprudenza<sup>664</sup>, ed anche l'appoggio delle Sezioni Unite<sup>665</sup>, l'art. 323 c.p. non alluderebbe al vizio di violazione di legge nel senso tecnico del diritto amministrativo, ma piuttosto alla violazione di norme, da rintracciarsi in leggi o regolamenti, e dunque al mancato rispetto di una gerarchia di fonti del diritto<sup>666</sup>. Tanto consentirebbe di dar rilievo, come condotta abusiva, anche a quelle forme di *eccesso di potere*, oggi peraltro riconducibili a violazioni della Legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, come la violazione dei principi dell'attività amministrativa (art. 1), l'assenza di motivazione (art. 3), e, soprattutto, ai comportamenti tenuti in violazione del buon andamento e dell'imparzialità dell'attività amministrativa tutelati dall'art. 97 Cost.<sup>667</sup>.

Chi aderisce alla tesi della rilevanza delle violazioni dell'art. 97 Cost., o dell'eccesso di potere osserva come, escludendo dall'art. 323 c.p. proprio quei comportamenti che non appaiono *ictu oculi* illeciti, si arriverebbe a una normativa irrazionale che priverebbe di

---

<sup>661</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 260 ss. ricorda come l'intenzione soggettiva del legislatore sia criterio interpretativo di primo piano non eludibile in mancanza di chiare indicazioni contrarie; ricorda in particolare come i sostenitori dell'esclusione dell'eccesso di potere traggano argomento dal fatto che nel corso dei lavori parlamentari fu rigettato l'emendamento proposto in sede di Commissione Giustizia di aggiungere al testo della norma, dopo le parole «leggi e regolamenti», anche «l'agire con manifesto ed oggettivo sviamento di potere» (p. 261).

<sup>662</sup> A. M. STILE, C. CUIPELLI, *Abuso d'ufficio*, op. cit., p. 39.

<sup>663</sup> R. RIZ, *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p. 882

<sup>664</sup> V. Cass. Pen., 11.03.2005 n. 12196; Cass. Pen. 18.10.2006, n. 38965, che danno rilievo alla condotta dell'agente che contraddice il fine perseguito dalla norma.

<sup>665</sup> Cass. Pen., S.U., 10.01.2012, n. 155, che dà precipuo rilievo allo sviamento di potere, affermando «per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione».

<sup>666</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, op. cit., p. 108.

<sup>667</sup> *Ibidem*. In giurisprudenza attribuisce carattere precettivo al principio di imparzialità dell'art. 97 Cost. Cass. Pen., 6.08.2013, n. 34086, e richiama invece il principio di imparzialità dell'art. 111 c. 2 Cost. Cass. Pen., 15.03.2013, n. 12370 in tema di distribuzione interna di procedure fallimentari all'interno di un ufficio giudiziario.

tutela penale proprio i comportamenti di *sfruttamento* del potere pubblico più insidiose, che maggiormente la richiederebbero<sup>668</sup>.

Si finisce insomma per cadere in un conflitto tra quanto suggerito da una *interpretazione letterale stretta* della fattispecie, conforme alla *volontà storica* del legislatore, per cui la violazione di norme di legge e di regolamento e di doveri di astensione è trasgressione di *regole positive*, e un'*interpretazione letterale estensiva* in cui "violazione di norme di legge" significa anche "violazione di norme di legge costituzionale", e dunque di *principi*. Quest'ultima, a ben vedere, è anche, e soprattutto, un'*interpretazione teleologica*, che sa che la norma penale mira a punire gli *abusi d'ufficio* e a tutelare i valori dell'art. 97 Cost.<sup>669</sup>.

Inquadrando così il problema, ci sembra anzitutto che possa ridimensionarsi l'attenzione profusa intorno alla rilevanza del vizio amministrativo di "eccesso di potere", la cui presenza è, a limite, un sintomo della *condotta sviata* del pubblico ufficiale, che è oggetto principale di interesse del diritto penale.

Sebbene sia indubbio, come già detto, che tale vizio amministrativo sia stato espressamente preso in considerazione, e scartato dalla portata della norma, nel corso dei lavori parlamentari, a nostro avviso continuare a impostare il problema della portata dell'abuso d'ufficio rispetto all'eccesso di potere è fuorviante.

Anzitutto, non è corretto ritenere che, non comprendendo nell'abuso d'ufficio le ipotesi di eccesso di potere, il giudice sia al riparo da tentazioni di sindacato del merito amministrativo, posto che l'eccesso di potere rappresenta comunque un *vizio di legittimità dell'atto*, e non di opportunità<sup>670</sup>. Semmai escludere l'eccesso di potere dai vizi sindacabili dell'atto può servire per escludere l'abuso d'ufficio in presenza di *attività discrezionale* della Pubblica Amministrazione, e ammetterlo solo per l'*attività vincolata*<sup>671</sup>, ma anche tale strada non è percorribile laddove, ragionando in termini amministrativisti, vizi amministrativi di violazione di legge e di incompetenza sono possibili in presenza di entrambe le attività.

---

<sup>668</sup> A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, op. cit., p. 109; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., p. 637 e p. 645.

<sup>669</sup> Il problema interpretativo sottostante l'art. 323 c.p. viene ben spiegato da C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio* op. cit., pp. 637 ss.

<sup>670</sup> M. LOMBARDO, *Il «nuovo» abuso d'ufficio e l'eccesso di potere*, op. cit., pp. 597 e 598 chiarisce plasticamente l'equivoco: «Il sindacato sull'eccesso di potere non è un sindacato sul merito. Il primo è un sindacato estrinseco o indiretto sull'esercizio del potere, è un controllo volto a verificare il rispetto dei limiti interni all'esplicazione della funzione amministrativa (controllo sull'accettabilità logica della scelta). Si tratta, in altri termini, di un sindacato di legittimità non involgente il merito, e quindi il risultato dell'azione amministrativa, ma solo il logico e ragionevole dispiegarsi del potere della Pubblica Amministrazione. Il secondo è un sindacato intrinseco, direttamente involgente il risultato dell'azione amministrativa, volto a stigmatizzarne l'eventuale inopportunità (controllo sull'accettabilità politico-amministrativa della scelta)».

<sup>671</sup> Considera tale distinzione, ma per escluderla, C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, op. cit., p. 643.

D'altra parte, ragionando in termini di vizi amministrativi, appare quantomeno singolare ammettere che l'art. 323 c.p. possa *inglobare* sia ipotesi di "violazione di legge" e "incompetenza" anche marginali, e, al contempo, *lasciare fuori* lo sviamento di potere, se non nei casi in cui a esso sia correlata la violazione di un dovere di astensione.

Solo togliendo gli occhiali dell'amministrativista la contrapposizione avvertita dall'interprete in seno alla norma appare per quella che è: una contrapposizione tra violazioni di *regole* (di legge, di regolamenti, di doveri espressi di astensione), capace di essere *riscontrata* e *accertata* dal giudice, e violazione di *principi*, che richiedono un *giudizio di valore* e una *ponderazione degli interessi in gioco*<sup>672</sup>.

In questo senso, condividiamo l'opinione di chi ha rilevato che *abusività* e *illegittimità* sono e restano categorie distinte, poiché la prima attiene all'esercizio del potere, la seconda alle caratteristiche dell'atto<sup>673</sup>, e che le categorie dei vizi dell'atto amministrativo sono estranee al lessico e ai concetti penalistici<sup>674</sup>.

Il diritto penale non si interessa tanto della legittimità dell'atto amministrativo, di cui si preoccupa piuttosto la giustizia amministrativa, quanto della condotta dell'agente<sup>675</sup>.

Un interesse del diritto penale alla legittimità dell'atto amministrativo potrebbe essere presente solo se si ritenesse, in un'ottica di *extrema ratio*, che l'offesa penalmente rilevante al buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione sia unicamente quella prodotta dall'adozione di un atto viziato. Questo tuttavia è palesemente contraddetto dall'esistenza di reati, come la corruzione impropria (art. 318 c.p.), ove è pacifico che possa esservi rilevanza penale della condotta del funzionario, e dunque offesa per i valori di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione, anche in presenza di un'attività fisiologica dell'ufficio (in tal caso, fatta oggetto di mercimonio).

Spostando l'attenzione sulla condotta del funzionario, si dovrebbe semmai aprire una riflessione intorno, più che alla legittimità dell'atto, alla responsabilità amministrativa e civile del funzionario, ritenendo questa come uno *standard* minimo in assenza del quale sarebbe illogico pretendere una responsabilità penale del soggetto, o meglio, un punto di partenza dal quale selezionare, per aggiunta di elementi di disvalore, la responsabilità penale<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> Tale chiave di lettura è offerta da V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Il Foro Italiano*, 1998, p. 391, che rileva come la concretizzazione del parametro violato dalla condotta del pubblico ufficiale a partire dall'art. 97 Cost. darebbe luogo a «quelle ipotesi di supplenze giudiziarie che si appellino *per saltum* alla Costituzione e che almeno in parte hanno contribuito a rendere manifesta l'urgenza di una riforma della norma sull'abuso d'ufficio». V, anche M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 265 distingue, per la rilevanza della violazione ex art. 323 c.p., tra «regole dal contenuto circoscritto e puntuale, tale da consentire una tendenzialmente agevole, se non diretta, verifica della loro trasgressione» e «pur importanti ma generici principi».

<sup>673</sup> V. F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, op. cit., p. 4.

<sup>674</sup> Così V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, op. cit., p. 391.

<sup>675</sup> Rileva M. LOMBARDO, *Il «nuovo» abuso d'ufficio e l'eccesso di potere*, op. cit., p. 601 che il giudizio penale si preoccupa di una condotta, la cui tipicità non è necessariamente legata all'adozione di un atto amministrativo, e dell'atteggiamento psicologico del funzionario, e si disinteressa dell'atto viziato, mentre il giudizio amministrativo è volto alla rimozione dell'atto illegittimo, e si disinteressa della condotta e dell'*animus* del funzionario, se non per l'eventuale profilo risarcitorio addebitabile a questi.

<sup>676</sup> Tanto nella consapevolezza che «la costruzione e la descrizione dell'illecito penale mediante concetti non penalistici riduce la tipicità, che è il principale momento di selezione dei fatti significativi, a una "categoria esangue" incapace di segnare la distinzione tra illecito penale ed extra-penale». Così V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, op. cit., p. 394.

La questione centrale è dunque se possa rilevare, ai fini dell'abuso d'ufficio, la violazione della norma di legge dell'art. 97 Cost.

Ed ecco così che ritroviamo, nel diritto penale, quell'attitudine dell'abuso, a sindacare condotte, non violative di alcuna regola espressa, alla luce dei principi del settore in cui si esplicano, che consentono di ricostruire quei limiti interni che, *re melius perpensa*, appaiono violati.

Indiscusso che l'art. 97 Cost. sia una *norma di legge*, come si è anticipato, la possibilità della sua rilevanza ai sensi dell'art. 323 c.p. viene da taluni negata, ad esempio, ponendo l'accento sulla necessità di un'integrazione del reato in modo sufficientemente determinato<sup>677</sup>, e da altri sostenuta, argomentando che l'art. 97 Cost. impone un dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione tutt'altro che vago, e dunque non in contrasto con il principio di determinatezza delle norme penali<sup>678</sup>.

Tale contrapposizione risente, a ben vedere, del confronto tra modi diversi di intendere l'interpretazione delle norme penali, tra l'adesione alla priorità e preminenza di un criterio di interpretazione letterale<sup>679</sup> e il riconoscimento dell'importanza di un'interpretazione teleologica/tipologica<sup>680</sup>, sul presupposto esplicito che «in materia penale, da un punto di vista ermeneutico, non si tratta tanto di stare dentro o fuori la lettera della legge, quanto piuttosto di stare dentro o fuori il tipo criminoso legalizzato»<sup>681</sup>.

---

<sup>677</sup> Così ad esempio A. M. STILE, C. CUIPELLI, *Abuso d'ufficio*, op. cit., p. 42.

<sup>678</sup> M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, op. cit., p. 906.

<sup>679</sup> V. D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 664 ss.: «La dottrina penalistica sottolinea la priorità e la preminenza del criterio dell'interpretazione letterale: i significati attribuibili al testo normativo rappresentano per l'interprete un limite invalicabile (...) La maggior parte dei grandi problemi del diritto penale riguardano questioni al confine: non il nucleo degli istituti, ma punti in cui il diritto, con le sue schematizzazioni, pone un confine secco (e gravido di conseguenze) nel *continuum* delle situazioni che la realtà presenta (...) Anche nella parte speciale, i problemi più delicati sono quelli che attengono ai confini fra il lecito e l'illecito, per es. là dove il confine dipende da modalità di condotta che facilmente individuabili nel loro nucleo (violenza, minaccia, frode, abuso), sfumano gradatamente in modalità di incerta qualificazione».

<sup>680</sup> Si rinvia a R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 1778 ss.

<sup>681</sup> Così R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 1, p. 126. Dello stesso Autore si veda, più in generale, R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, op. cit., pp.1783 ss., per cui, esistendo una corrispondenza tra la descrizione con cui una fattispecie è formulata e lo scopo di tutela che persegue, l'interpretazione è inammissibile quando spezza il tipo o lo scioglie in un *continuum* che è l'esatto contrario della frammentarietà. V. anche F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema dell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 530.

Quest'ultima interpretazione è, come si diceva, frutto di un criterio teleologico che si basa sulla finalità perseguita dalla norma<sup>682</sup>: sarebbe la *ratio* dell'art. 323 c.p. a consentire di affermare che, quantomeno lo sviamento di potere (lo si voglia considerare come figura sintomatica dell'eccesso di potere o come violazione dell'art. 97 Cost.), rientri nella fattispecie dell'art. 323 c.p.<sup>683</sup>.

Il discrimine diventa dunque capire quando valutare la rilevanza della condotta alla luce dei principi e delle *ratio* legislative sia un'interpretazione sistematica percorribile e quando trasmodi nella sostituzione al legislatore (al bilanciamento legislativo) o nel superamento del divieto di analogia<sup>684</sup>.

Come si vedrà anche in seguito, l'*abuso* è un elemento della fattispecie che alimenta il ricorso a un'interpretazione secondo criteri *teleologici* o *tipologici*<sup>685</sup>, che danno rilievo, per stabilire se si sia dentro o fuori la fattispecie, di fronte alla poca precisione del termine stesso, al contenuto espressivo di un disvalore omogeneo<sup>686</sup>.

Il problema, quindi, non è tanto che il giudice conosca la *ratio* della norma, strumento interpretativo ammissibile, ma che, a parità di *ratio*, tiri dentro la rilevanza penale qualcosa che sia, per scelta legislativa, collocato fuori dal suo perimetro.

Come osservato in dottrina, in questi casi, la soglia insuperabile è data dall'uso linguistico del termine<sup>687</sup>.

#### **4. Risultato intermedio: tre problemi di delimitazione dell'abuso.**

La riflessione svolta intorno all'abuso di potere pubblicistico ci ha consentito di inquadrare un primo polo problematico, vale a dire se l'abuso-elemento normativo, che concorre a costruire l'*illecito penale*, possa ritenersi integrato in presenza di *violazioni di regole* o anche di *violazioni di principi*, e dunque sia un elemento che richieda solo un *accertamento* o anche una *valutazione*.

---

<sup>682</sup> A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, op. cit., p. 15; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, pp. 140 ss.; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, II, I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, pp. 349 ss.

<sup>683</sup> C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, op. cit., p. 139; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, op. cit., pp. 349 ss.

<sup>684</sup> Osserva C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, op. cit., p. 139: «simile interpretazione di stampo teleologico potrebbe aprire smisuratamente il campo ad un sindacato del giudice penale, a cui è consentito così di valutare il fine intrinseco di ogni disposizione e di ripercorrere la condotta dell'agente, per determinarne o meno lo sviamento».

<sup>685</sup> V. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2006, p. 136.

<sup>686</sup> *Ibidem*. V. anche R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo, tre paradigmi a confronto*, op. cit., pp. 1769 ss.

<sup>687</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 141.



Giova precisare sin d'ora, per chiarirlo a breve, come con tali due ultime locuzioni intendiamo ricomprendere le tante, e diverse, sembianze dell'abuso nel diritto penale<sup>688</sup>, e in particolare: l'esercizio di un potere non attribuito al soggetto, lo sfruttamento di una situazione di vantaggio, l'esercizio di un potere difforme al parametro normativo, l'esercizio di un potere, pur conforme al parametro normativo, ma censurabile rispetto ad altro parametro normativo sovrapposto al primo, o comunque anch'esso rilevante nel caso concreto.

Tuttavia, da tale riflessione eravamo partiti per affrontare le difficoltà correlate alla presenza di un abuso sciolto da ulteriori e specifici elementi di disvalore nella norma penale, e dunque, prima di passare alla valutazione dell'abuso come comportamento *contra jus, non iure, sine iure*, dobbiamo approfondire il discorso sul disvalore espresso dall'abuso nelle fattispecie nelle quali esso gioca un ruolo.

Andremo dunque a cercare di capire su *intorno a cosa* la norma penale costruisca e debba costruire l'abuso dotato di rilevanza penale: se essa dia rilievo principalmente a *scopi*, o piuttosto a elementi di *condotta ed evento* intellegibili e riscontrabili, o ancora a elementi di *personalità*<sup>689</sup>.

A tale interrogativo, ne segue, come è intuibile, immediatamente un altro: se la diversità tra il comportamento di uso di un potere e quello di abuso sia riscontrabile, nel diritto penale, sul piano *oggettivo* o su quello *soggettivo*, intendendosi – con tali locuzioni – da un lato il rapporto tra elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie, dall'altro quello tra fatto e autore.

Con riguardo a quest'ultimo problema, vedremo, a breve, come l'abuso richiami tendenzialmente specifiche caratteristiche dell'autore, inserito in un fascio di situazioni giuridiche soggettive di diritti e di doveri.

Con riferimento più in generale agli elementi dei reati di abuso, l'analisi non può che considerare quello che è il dato legislativo, e quello che lo stesso dovrebbe essere all'interno dell'ordinamento costituzionale, in cui, come è noto, il diritto penale punisce offese a beni giuridici meritevoli di tutela.

Occorre chiedersi, insomma, cosa di fatto si punisce dando rilievo all'abuso e, al contempo, se ciò è coerente con cosa dovrebbe giustificare, nell'ordinamento, la rilevanza penale dell'abuso.

---

<sup>688</sup> Un elenco dei vari significati di abuso nel diritto penale è presente in D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, op. cit., pp. 245 ss.

<sup>689</sup> Sui nuclei di disvalore del reato v. C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 53 ss.

A tal proposito, possiamo rilevare che, nonostante autorevole opinione contraria<sup>690</sup>, il comportamento di chi *abusa*, anziché *usa*, un potere o un diritto non ci sembra muto sul piano degli accadimenti esterni; anzi, le fattispecie nella quali viene in rilievo l'abuso presentano una caratterizzazione non solo sul piano soggettivo della volontà dell'agente, ma anche su quello *oggettivo* dello svolgimento del fatto, proprio per il dato di *improprietà modale e funzionale* che si accompagna a esso.

Come si è già visto per il diritto potenzialmente scriminante, la volontà di fare di esso un uso incongruo lascia un segno nella realtà esterna. Al pari, anche l'incongruità dell'uso abusivo del potere sarà percepibile, per le *modalità* con cui si svolge o per gli *effetti* che crea o cerca di creare, da un osservatore esterno.

Ad esempio, il diritto di cronaca, che ha astrattamente capacità scriminante *ex art. 51 c.p.*, conosce un uso abusivo che si traduce nel ricorso ad espressioni violente e denigranti, diverse da quelle caratterizzate da continenza, che rientrano invece nell'esercizio del diritto<sup>691</sup>. Ed ancora, senza voler anticipare quanto diremo successivamente, nel reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.) l'abuso del mezzo correttivo lecito si distingue dall'uso dello stesso già sul piano della condotta, prima che della volontà dell'agente<sup>692</sup>.

Ciò, riteniamo, dipende non tanto, o non solo, da un'armonizzazione dell'abuso penalmente rilevante con la lettura di abuso *oggettiva* accolta nel diritto civile, in cui ormai si guarda più alla funzione dell'atto che all'*animus* dell'agente.

Dipende piuttosto dal fatto che, nelle fattispecie nelle quali è richiamato, l'abuso esprime la forma di aggressione al bene giuridico tutelato dalla norma, e dunque di realizzazione del reato, che non può ridursi mai a un dato solo mentale.

In questi casi, l'elemento dell'*abuso* *descrive la condotta* o offre un *criterio di qualificazione o valutazione della condotta*, secondo il paradigma del comportamento contrario a parametri normativi o del comportamento sviato.

---

<sup>690</sup> Il riferimento è a C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, op. cit., p. 12 secondo cui «l'esercizio di un diritto è abusivo non in ragione delle modalità concrete e oggettive della vicenda, bensì allorché la condotta materiale è assistita da una particolare direzione della volontà, quando cioè il singolo agisce per raggiungere obiettivi che non rientrano nella *ratio* che giustifica l'attribuzione, da parte dell'ordinamento, del diritto dal singolo utilizzato». Nella concezione dell'Autore «con la contestazione di una fattispecie di abuso del diritto, l'ordinamento reagisce non ad un semplice comportamento volontario e consapevole del soggetto agente quanto alla circostanza che tale comportamento sia stato dettato da determinate considerazioni finalistiche» e che «il comportamento del singolo, nel caso di abuso del diritto, è assolutamente muto in ordine alle sue effettive intenzioni».

<sup>691</sup> V. *retro* cap. 2.

<sup>692</sup> V. *infra*.

Tradizionalmente, l'abuso di potere si atteggia a dato di specificazione della condotta o a condotta della fattispecie<sup>693</sup>. Ripercorrendo le fattispecie indicate nel capitolo precedente, inoltre, si nota come l'elemento viene in rilievo come *condotta*, come *qualifica della condotta*, come *clausola di illiceità* che esprime un disvalore di condotta, e, laddove i reati di abuso siano al contempo reati d'obbligo di evento<sup>694</sup>, l'abuso esprime la condotta con cui si manifesta l'infedeltà che conduce alla lesione tipizzata.

Laddove la condotta abusiva sia contraria a parametri normativi (vedremo successivamente di che tipo), tale contrarietà deve essere riscontrabile nella realtà oggettiva.

Laddove la condotta abusiva si caratterizzi per uno sviamento di scopi, questi dovranno essere valorizzati non solo dal punto di vista soggettivo, ma, preferibilmente, anche nel senso dell'espressione della *direzione della condotta*, dello sviamento *funzionale* dell'atto di uso del potere o del diritto.

D'altra parte, come si è detto, l'abuso è insufficiente, da solo, a completare la fattispecie, ma ha bisogno di altri indici di selezione di ciò che è penalmente rilevante.

Per affermare la punibilità di un abuso, la norma può dare allora attenzione agli *effetti* da esso prodotti, come accade, ad esempio, nell'art. 571 c.p., laddove l'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina è punito quando dal fatto derivi una malattia nel corpo o nella mente (sia che si voglia considerare tale elemento come un *evento del reato*, sia che lo si voglia considerare come una *condizione obiettiva di punibilità*)<sup>695</sup>.

Altre volte, all'*abuso* si accompagna la previsione di un elemento di dolo specifico (come avveniva nelle versioni antecedenti il 1997 per l'abuso d'ufficio) che mette in evidenza la direzione degli atti dell'agente.

Per spiegare ciò, occorre dar atto dell'annosa riflessione intorno al dolo specifico come elemento di appartenenza al fatto tipico o all'elemento soggettivo e del suo rapporto con la messa in pericolo di beni giuridici<sup>696</sup>. Come è noto, il dolo specifico può svolgere più funzioni nell'economia di una fattispecie penale, e in particolare può operare una *restrizione della punibilità*, quando il fine caratterizza dei fatti che già esprimono un disvalore, ed indica che sono punibili solo quelli compiuti a quel precipuo scopo (si pensi al furto *ex art. 624 c.p.*), può determinare la punibilità di un fatto altrimenti lecito (come nel caso dell'associazione a delinquere *ex art. 416 c.p.*) o può operare un mutamento del titolo di reato (si pensi al sequestro di persona e al sequestro di persona a scopo di estorsione *ex artt. 605 e 630 c.p.*)<sup>697</sup>.

---

<sup>693</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 57.

<sup>694</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 51.

<sup>695</sup> *V. infra*.

<sup>696</sup> Si rinvia alla trattazione di G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, Torino, 2013, pp. 162 ss.

<sup>697</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, op. cit., pp. 371 ss.

Nell'elaborazione dogmatica prevalente, il dolo specifico rappresenta la forma di dolo che esprime la necessità che l'agente ponga in essere la condotta con un fine, il quale deve essere ulteriore rispetto agli altri elementi del fatto, e di non necessaria realizzazione<sup>698</sup>. Tuttavia, il rilievo che tale elemento accorda alla volontà del soggetto e l'indifferenza per la realizzazione del fine, ha portato in dottrina a temere la troppa importanza dell'atteggiamento interiore, così che si è ritenuto più opportuno collocare il dolo specifico nel fatto tipico<sup>699</sup>.

I reati di dolo specifico sarebbero da considerare, allora, come *reati di pericolo con dolo di danno*<sup>700</sup>, e finanche di *reati di pericolo concreto con dolo di danno*<sup>701</sup>, nei quali è centrale l'oggettiva tendenza dell'azione e l'idoneità a quel risultato oggetto del dolo<sup>702</sup>. Si dovrebbe quindi affermare «un'idoneità lesiva del fatto rispetto a quell'interesse del quale è sintomatico il dolo specifico»<sup>703</sup>, «un obiettivo tendere dell'azione, una sua oggettiva adeguatezza alla produzione dell'evento lesivo posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione»<sup>704</sup>, così da non avere fattispecie sbilanciate sul dato interiore dell'agente. Contrariamente a tale impostazione oggettivista, si è tuttavia osservato che, nei casi in cui è il *fine* a caratterizzare un delitto, configurandolo come ipotesi penalmente rilevante o differenziandolo da altri reati, non può negarsi il carattere soggettivo dell'ispirazione dell'autore, tanto che sarebbe illogico richiedere, nel silenzio della legge sul punto, l'idoneità della condotta, posto che «il fine è un intendimento dell'autore, che imprime una direzione soggettiva alla condotta, al di fuori dell'idoneità di quest'ultima a realizzare il fine stesso»<sup>705</sup>.

La lettura oggettivista, in passato, è stata ritenuta la migliore interpretazione, costituzionalmente orientata, possibile per le norme che facessero riferimento all'abuso<sup>706</sup>. Se l'abuso è, nei fatti, situazione caratterizzata da un certo *animus nocendi* nei confronti di beni meritevoli di tutela, è necessario che la sua rilevanza penale non si risolva comunque, esclusivamente, in un problema di *atteggiamento interiore*<sup>707</sup>, di momento personale e soggettivo, e non di comportamento materiale dell'agente<sup>708</sup>.

È necessario, quindi, che le norme che facciano riferimento all'abuso siano strutturate, e siano interpretate, in modo da avere ad oggetto comportamenti che tendano a una modifica della realtà esteriore e che siano portatori di un disvalore percepibile, che non si risolva nell'esclusiva presenza della *mens rea*.

---

<sup>698</sup> G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, op. cit., pp. 164 e 165.

<sup>699</sup> *Ibidem*.

<sup>700</sup> G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 132.

<sup>701</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 578.

<sup>702</sup> G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, p. 11.

<sup>703</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 87

<sup>704</sup> *Ibidem*.

<sup>705</sup> G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell'Economia*, 2004, p. 823.

<sup>706</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., pp. 73 ss.

<sup>707</sup> Nel senso inteso da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 65.

<sup>708</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 76.

Posta l'esistenza di un sostrato oggettivo, il dato soggettivo, d'altra parte, ha indiscutibilmente una forte pregnanza nelle fattispecie di abuso caratterizzate dalla strumentalizzazione del diritto o del potere<sup>709</sup>, ed esso dovrà essere certamente valorizzato per evitare di incorrere in *presunzioni di abusi*.

A tal riguardo, può notarsi che la norma può dare anche espresso rilievo al foro interno dell'agente e dunque all'intenzione che sottende la condotta. Così, nell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), dove la condotta deve essere tenuta *intenzionalmente*, la norma dà valore, per restringere l'ambito del punibile, a un *elemento soggettivo del tipo*<sup>710</sup>, che sta ad escludere la rilevanza del fatto in presenza di dolo diretto o eventuale, e dunque se la condotta di violazione di norme di legge era dettata da ragioni diverse da quelle della produzione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o dell'ingiusto danno.

Tanto chiarito, il problema logicamente successivo è quello di individuare il *campo* della condotta di abuso, e la sua capacità di distinguersi, restando autonoma, o di intersecarsi, con altre forme di aggressione di beni giuridici<sup>711</sup>.

Ci limitiamo, di seguito, a tracciare alcune distinzioni di massima tra l'abuso e altre condotte, che vengono in rilievo già nell'ambito dei reati contro la Pubblica Amministrazione, così da poter esaurire il discorso con riferimento a questi ultimi.

Ancora una volta, in questo ambito, le riflessioni sull'*abuso pubblicistico* portano a galla dei caratteri del concetto che sarà utile tenere presente anche negli altri settori che andremo ad esaminare. Possiamo concentrarci quindi, brevemente, sui rapporti tra abuso di poteri e abuso di qualità, violazione di doveri, minaccia di esercitare il potere.

#### **4.1. Abuso di potere e abuso di qualità.**

A voler tracciare alcune distinzioni di massima, a partire dall'abuso stesso, la dottrina differenzia, ad esempio, l'abuso dei poteri (c.d. *abuso oggettivo*) dall'abuso della qualità (*abuso soggettivo*), che si ha quando l'agente si avvale impropriamente non di un potere, ma del proprio *status*, in virtù del quale può interferire nella sfera di interessi altrui<sup>712</sup>,

---

<sup>709</sup> Si è già visto occupandosi di scriminanti come l'abuso del diritto si avvicini più all'eccesso doloso che colposo: v. *retro* cap. 2.

<sup>710</sup> Secondo A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, op. cit., p. 111, l'intenzionalità dell'abuso d'ufficio dell'art. 323 c.p. restringe il campo di operatività del reato, ed è un elemento subiettivo del fatto tipico. C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 108 parla a riguardo di *reato con dolo del fatto rafforzato*.

<sup>711</sup> Siamo debitori dell'idea di «tracciare contorni definiti alla modalità della condotta indagata» a G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 11.

<sup>712</sup> C. FIORE, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 120.

ovvero l'*abuso di potere in senso stretto* dall'*abuso della posizione giuridica*<sup>713</sup>, nella quale «il soggetto si vale della situazione che gli deriva dall'essere titolare del potere per raggiungere il proprio fine senza tuttavia esplicitare la pubblica funzione»<sup>714</sup>.

#### 4.2. Abuso di potere e violazione di doveri.

Più complessa è l'individuazione del campo dell'abuso dei poteri rispetto alla violazione dei doveri. Il dato letterale a riguardo non è univoco, e dunque non aiuta: a fronte di una contrapposizione che torna tra "abuso di poteri" e "violazione di doveri" nell'art. 61 n. 9 e n. 11 c.p., così come in plurime fattispecie di parte speciale<sup>715</sup>, il reato di abuso d'ufficio descrive la condotta, espressamente, attraverso il richiamo di violazione di norme di legge, che sono norme capaci di porre doveri.

La violazione dei doveri richiama alla mente la categoria dei c.d. reati d'obbligo, per tali intendendosi quei reati dove l'incriminazione ruota intorno a un *obbligo giuridico di fedeltà* gravante sul soggetto attivo del reato, che è un soggetto qualificato dalla funzione che svolge nell'ordinamento<sup>716</sup>.

In dottrina, tale categoria, che si distingue dai *reati di comportamento o di azione* e dai *reati di status o di possesso*<sup>717</sup>, si caratterizza proprio per il fatto che oggetto dell'incriminazione è la violazione di un dovere del singolo rispetto all'istituzione di cui fa parte. Ragionando in termini di nuclei di disvalore del reato, l'esistenza di un dovere che lega l'agente al sistema di appartenenza porta in primo piano il *disvalore di personalità* presente in tali fattispecie, cosicché il reato d'obbligo è sempre un reato proprio, fondato su qualifiche normative, genetico-istituzionali, naturalistiche<sup>718</sup>. Tali reati, tuttavia, sono tenuti al riparo da *fughe soggettivistiche* capaci di tradurli in ipotesi di mera infedeltà, dalla necessaria presenza di un *disvalore di evento*, nella forma della lesione o del pericolo arrecati a un bene giuridico proprio in forza della situazione di sua prossimità con l'agente, che contro-bilancia in senso oggettivistico la fattispecie<sup>719</sup>.

Infine, quanto al *disvalore di condotta*, esso risiede nell'infedeltà del soggetto<sup>720</sup>, ed è "quasi-indifferente"<sup>721</sup>: la condotta incriminata, infatti, non è tipizzata direttamente dalla norma incriminatrice, ma si ricava dal

---

<sup>713</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 117.

<sup>714</sup> *Ibidem*.

<sup>715</sup> V. *retro*.

<sup>716</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 51.

<sup>717</sup> *Ibidem*.

<sup>718</sup> *Ibidem*. A tal proposito si osserva, in particolare, che: «lo *status* personale (...) impregna nel momento della violazione dei connessi dover per 'approfittamento - infedele - della posizione' il fatto di un particolare disvalore dovuto alla circostanza che la condotta è stata realizzata proprio da quella persona [ds(P), appunto, in quanto a ledere il bene giuridico è stato proprio colui che è deputato a difenderlo]».

<sup>719</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 52.

<sup>720</sup> *Ibidem*.

codice deontologico che l'agente è chiamato a rispettare<sup>722</sup>, tanto che può essere realizzata indifferentemente in forma commissiva od omissiva<sup>723</sup>

L'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) viene ricondotto alla categoria in questione<sup>724</sup>. E in effetti, nella sua veste attuale, ricorrono i tratti salienti del reato d'obbligo: la qualifica soggettiva, l'evento di danno ingiusto o ingiusto profitto, la condotta produttiva dell'evento che rimanda a un codice di comportamento extra-penale.

Non ci sono particolari difficoltà ad ammettere che, nell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., l'*abuso d'ufficio* possa aversi con violazione di doveri, attraverso l'infrazione di quelle norme di legge o di regolamento che costituiscono il codice deontologico extra-penale del pubblico ufficiale.

Più problematico è capire se vi sia coincidenza tra la *violazione di doveri* e l'*abuso di poteri*, locuzione che, se ormai assente nella disposizione dell'art. 323 c.p., continua a rilevare per altri reati, quali la concussione (art. 317 c.p.) e l'induzione indebita (art. 319 *quater* c.p.).

In passato, nella vigenza dell'abuso innominato, che faceva espresso riferimento alla condotta di *abuso di poteri funzionali*, la dottrina ha assunto plurime posizioni sul rapporto tra abuso di poteri, violazione di doveri, infedeltà.

Un primo orientamento tendeva a sfumare la distinzione tra le categorie, così da ammettersi che l'infedeltà poteva dare origine anche a un delitto di abuso<sup>725</sup>. Ricaduta pratica di tale affermazione era, ad esempio, la possibilità di sussumere nell'abuso d'ufficio anche i casi di omesso uso del potere in violazione di un dovere d'ufficio<sup>726</sup>.

Altra dottrina metteva in evidenza che l'infedeltà poteva discendere da un abuso di potere, che «costituisce sempre violazione del dovere di onestà inerente ad un ufficio», ma che l'abuso non costituisce sempre infedeltà («l'abuso di potere è una violazione del dovere di fedeltà solo quando vien commesso a danno del soggetto a cui la fedeltà stessa è dovuta») e che non ogni infedeltà costituisce un abuso di potere, poiché essa

---

<sup>721</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 69.

<sup>722</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 67.

<sup>723</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 51.

<sup>724</sup> C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni di diritto penale progredito*, op. cit., p. 52.

<sup>725</sup> G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 144.

<sup>726</sup> G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, op. cit., p. 223, per cui «È abuso di potere, quindi, tanto il valersi di un potere per uno scopo opposto o indifferente rispetto a quello istituzionale, quanto il non valersene affatto, o il ritardarne l'uso (sempre in maniera indebita, s'intende). (...) agire per non curare esclusivamente l'interesse istituzionale o non agire per curarlo significa sempre, pur nella diversa struttura della lesione, non curare, non servire in modo esclusivo, l'interesse stesso, violando così il dovere inerente all'ufficio, alla funzione, al potere.»

può realizzarsi anche in caso di mancato uso del potere, e dunque di una mera violazione di dovere, laddove invece l'abuso presuppone l'uso del potere<sup>727</sup>.

Secondo altra dottrina ancora, *infedeltà* e *abuso di poteri* si muovevano su terreni diversi, riguardando il primo un problema di interessi contrapposti (ad esempio, nell'infedeltà patrimoniale, tra il titolare del potere e colui che lo esercita) e il secondo la corretta esplicazione del potere<sup>728</sup>.

Tanto portava ad affermare che «esulino dal campo dell'abuso di potere quelle fattispecie in cui il soggetto, violando un proprio dovere, fa prevalere un proprio personale interesse su quello pubblico inerente la propria funzione, senza che ciò faccia utilizzando i poteri di cui è titolare»<sup>729</sup>, cosicché ad esempio non davano luogo a un abuso di potere gli atti omissivi.

La questione non è meramente tecnica, ma ha una sua ricaduta pratica, poiché ammettere che l'abuso di potere sia una violazione di dovere consente di ritenere abusiva anche la condotta omissiva, che non richiede l'esercizio di un potere.

Il dibattito sul punto continua anche in tempi recenti, distinguendosi tra chi ammette che l'abuso può consistere anche nel mancato compimento di un dovere funzionale e chi invece contrasta tale evenienza<sup>730</sup>.

In questo senso, si è detto che l'abuso di poteri si ha quando il soggetto agente esercita il potere inerente all'ufficio o al servizio «in termini o con modalità non conformi al diritto», tanto che ciò avvenga in forma commissiva od omissiva<sup>731</sup>. In presenza di un potere funzionalizzato, come il potere attribuito al pubblico ufficiale, «l'abuso concretizza una possibile manifestazione della violazione del dovere»<sup>732</sup>. In modo conforme la giurisprudenza, che, dal canto suo, ha ritenuto che abuso dei poteri si concreti nell'esercizio dei medesimi secondo criteri diversi da quelli di legge, ma anche mediante omissione o ritardo di un atto dovuto<sup>733</sup>. Altra dottrina, tuttavia, ha osservato che «il concetto di abuso è qualcosa di diverso dalla mera inosservanza dei doveri d'ufficio», traendo conforto per tale affermazione nella netta separazione tra abuso di potere e violazione di dovere dell'art. 61 n. 9 c.p., e nella circostanza che anche in altre fattispecie in cui si

---

<sup>727</sup> Così P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 17 e p. 22.

<sup>728</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 35.

<sup>729</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 36.

<sup>730</sup> V. D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, op. cit., pp. 245 ss.

<sup>731</sup> Così M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, op. cit., pp. 96 e 97, il quale afferma, con riferimento alla concussione (art. 317 c.p.): «è indubbio che il non esercizio dei poteri, quando lo si assuma invece doveroso nella situazione data (ovvero il mancato adempimento di un dovere funzionale) è ugualmente illegittimo e altrettanto capace di piegare la volontà del privato quanto può esserlo il loro concreto esercizio». Per una nozione ampia di abuso di potere depone anche chi ritiene che esso, consistendo in un uso distorto dei poteri inerenti alla funzione o al servizio, sia presente quando il potere: a) è esercitato quando non dovrebbe; b) non è esercitato quando dovrebbe; c) è esercitato in modo diverso da come dovrebbe; d) è minacciato uno dei comportamenti delle lettere a, b, c: così S. FIORE, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., p.121

<sup>732</sup> Così D. TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, op. cit., pp. 245 ss.

<sup>733</sup> *Ex multis*, Cass. Pen. 08.10.2007, n. 37077.



menziona l'abuso (artt. 326, 486, 487, 571, 615, 619, 643 c.p.) detto termine non sia mai usato per descrivere condotte che si esauriscono nell'inosservanza di doveri<sup>734</sup>.

Entrambe le posizioni nascondono un fondo di verità, e ci sembrano conciliabili laddove sia chiaro a cosa ci si riferisca con il richiamo di doveri e di poteri, di violazione e di abusi. A nostro avviso è possibile rintracciare una differenza tra *abuso di poteri* e *violazione di doveri*, e una sua valorizzazione è suggerita, se non imposta, dalla *coerenza* nell'interpretazione del dato normativo.

Non ci sembra, infatti, corretto ritenere che quando il legislatore parla di fatti commessi con "abuso di poteri" e "abuso di qualità" (art. 317 c.p., art. 319 *quater* c.p.) stia elencando modalità di condotte tra loro *complementari*, ma *differenziabili*, e quando lo stesso legislatore utilizzi la stessa tecnica legislativa, ma parli di fatti commessi con "abuso di poteri" e "violazione di doveri", stia in fondo dicendo la stessa cosa, in modo pleonastico. È innegabile, tuttavia, come l'esercizio di un potere d'ufficio in modo improprio, che dia luogo - ad esempio - a un abuso induttivo o costruttivo nel delitto di concussione (art. 317 c.p.), costituisca anche una violazione di un dovere d'ufficio. Il punto è individuare di *quale* dovere.

Anche in questo caso, aiuta la natura del dovere di cui si lamenta la violazione mediante abuso. Per essere più chiari: ci pare che la distinzione concettuale tra *abuso di un potere* e *violazione di un dovere*, di per sé possibile, sfumi tanto più diventi generico il dovere violato, fino ad avere una sovrapposizione delle categorie quando la norma che pone il *dovere* è la stessa norma che funge da *parametro* per il sindacato dell'abuso (es. art. 97 Cost.). L'abuso è certamente, allora, violazione del *dovere di fedeltà* che lega il soggetto con l'istituzione di riferimento, ma non necessariamente è violazione di specifici doveri positivizzati (ad esempio, doveri di astensione).

Proprio questa constatazione ci suggerisce, allora, di porre a confronto cosa accada all'abuso quando ci siano regole specifiche che disciplinano l'attività abusata sul piano extra-penale, e quando queste, invece, non ci siano, prendendo in considerazione posizioni soggettive caratterizzate dalla contemporanea insistenza di diritti e doveri, libertà, poteri funzionalizzati.

#### **4.3. Abuso di potere e minaccia di usare il potere.**

---

<sup>734</sup> C. BENUSSI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, op. cit., pp. 222 e 223.

Per concludere, ci si domanda se ricorra un abuso di potere nel minacciare di usare il potere stesso. Nei reati contro la Pubblica Amministrazione il problema si pone con riferimento al reato di concussione (art. 317 c.p.), che prevede come elementi costitutivi sia la presenza di un “abuso di poteri” (alternativo all’abuso di qualità), sia la presenza di una condotta di minaccia (alternativa a quella di violenza).

In giurisprudenza, con riferimento all’art. 317 c.p., si è ritenuto che vi sia *abuso di poteri* quando si minacci di esercitare gli stessi, comportando una situazione sfavorevole per la vittima (ad esempio, un provvedimento di diniego, un controllo di polizia, ecc.), al fine di conseguire un’utilità indebita, in quanto si sarebbe in presenza di un’*attività lecita* che viene strumentalizzata per *finalità illecite*<sup>735</sup>. L’elemento dell’abuso di poteri sarebbe presente proprio per la strumentalizzazione del potere stesso.

Al pari, si è osservato, non vi sono ostacoli a riconoscere la presenza di una condotta di *minaccia*, intesa come *prospettazione di un male ingiusto*, poiché dove c’è abuso di potere a monte della minaccia l’abuso imprime lo «stigma dell’ingiustizia» al male prospettato<sup>736</sup>. Non approfondiamo tuttavia, ulteriormente, in questa sede, la questione preferendo rinviarla al momento dello studio delle ipotesi di estorsione (art. 629 c.p.) mediante minaccia di esercitare un diritto.

## **5. Quando ci sono i principi ma non ci sono le regole: l’ esempio dell’ abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.).**

Il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina, previsto dall’art. 571 c.p., punisce l’abuso del c.d. *jus corrigendi*.

La fattispecie in esame si caratterizza per la presenza centrale di una condotta di abuso, a cui non si accompagna la previsione di alcun fine, portatore di disvalore, esplicitato, e la cui punibilità è subordinata alla creazione di un pericolo per il soggetto destinatario del potere correttivo, nel cui interesse tale potere deve essere usato, e che diventa vittima dell’abuso dello stesso.

---

<sup>735</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 12.07.2001, n. 33218; Cass. Pen., Sez. VI, 10.04.1989; Cass. Pen., Sez. VI, 29.10.1985; Cass. Pen. 17 aprile 1985.

<sup>736</sup> G. L. GATTA, *Sulla minaccia dell’esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e ‘induzione indebita’*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 dicembre 2013, pp. 3 ss. fa riferimento a episodi di minaccia di mali di per sé “giusti” che diventano ingiusti per la strumentalizzazione del potere del pubblico ufficiale: ad esempio, la minaccia da parte della polizia giudiziaria alla prostituta di procedere a identificazione se si rifiutano prestazioni sessuali; o la minaccia dell’appuntato dei carabinieri di sottoporre un locale notturno a controlli se si fosse preteso il saldo delle consumazioni. L’argomento è trattato anche in G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., pp. 214 ss.

Caratteristica di questa fattispecie è che essa trova applicazione anche in contesti (come quello familiare) nei quali non vi è una previa regolamentazione legale, amministrativa o contrattuale dell'uso del potere correttivo o disciplinare e dove, dunque, il giudizio sul suo uso muove da considerazioni di principio, proporzione, quando non – addirittura- di buon senso.

Innanzitutto, possiamo evidenziare come l'*abuso* di uno *jus* richiami alla mente la categoria dell'abuso del diritto<sup>737</sup>, al quale possiamo ora tornare dopo l'incursione nell'abuso di potere pubblicistico.

In tal senso, l'uso dello *jus corrigendi* viene generalmente ricondotto alla causa di giustificazione dell' art. 51 c.p.<sup>738</sup>.

A tal riguardo, deve però notarsi come, pur facendo comunque riferimento alla scriminante citata, taluni riconducano la posizione in questione all' "esercizio del diritto", ed altri all' "adempimento di un dovere"<sup>739</sup>, con riferimento al profilo dell'educazione dei soggetti destinatari degli atti correttivi<sup>740</sup>.

Il dovere di correggere o educare minori e allievi potrebbe indurre, come già in passato, ad aderire all'idea di un interesse pubblico all'educazione dei fanciulli, e persino a ricondurre il potere abusato nell'art. 571 c.p. all'alveo del potere pubblico. In tal senso si è sostenuto che, in presenza di autorità o affidamento per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia su soggetti o minori o incapaci «alla base della posizione del soggetto agente deve esserci un potere di incidere sulle altrui posizioni soggettive senza consenso del soggetto passivo, potere che, per ciò stesso, non può legittimamente che essere pubblico»<sup>741</sup>.

Conscia di tale possibile duplice accezione della posizione in parola (come *diritto* e come *dovere*), altra dottrina utilizza per lo *jus corrigendi* la qualifica di "diritto-dovere"<sup>742</sup>, coerentemente con la locuzione utilizzata dall'art. 30 Cost.

Al di là delle questioni terminologiche, ciò che ci interessa chiarire è la natura della posizione di cui indagare l'abuso.

---

<sup>737</sup> Il rilievo è presente anche nella dottrina civilistica, per cui v. ad esempio il recente M. V. DE GIORGI, *L'abuso nelle relazioni familiari*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 103, che rinvia agli artt. 571 e 572 c.p. in tema di abusi della responsabilità familiare.

<sup>738</sup> v. *retro*.

<sup>739</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1963, p. 209; G. BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1966, p. 99.

<sup>740</sup> Giurisprudenza e dottrina sono ormai concordi nel ritenere che, soprattutto con riguardo ai minori, il termine «correzione», presente nella dizione normativa, vada inteso come sinonimo di educazione, per cui v. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 02.04.2014.

<sup>741</sup> L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 45.

<sup>742</sup> Si esprime in termini di diritto-dovere P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 833.

A tal fine, ci sembra preferibile richiamare la definizione utilizzata in giurisprudenza, che fa riferimento al «*potere di cui alcuni soggetti sono titolari nell'ambito di determinati rapporti (di educazione, di istruzione, di cura, custodia, ecc.), che deve essere esercitato nell'interesse altrui, coi mezzi consentiti, in presenza dei presupposti, per le finalità sue proprie, nei limiti dell'ordinamento*»<sup>743</sup>.

Possiamo dunque aderire a questa impostazione, che considera il contenuto della posizione di *jus corrigendi* come un *potere privato, caratterizzante particolari relazioni intersoggettive*, e che come tutti i poteri non è illimitato, ma incontra confini esterni e interni, ricostruibili all'interno del sistema di norme nel quale il potere è collocato, e dunque anche alla luce dei doveri che incombono sul soggetto, titolare del potere.

Così chiarita l'essenza della posizione, può anche sciogliersi, in senso positivo, il dubbio sulla sua attuale persistenza, sebbene in uno spazio giuridico molto più angusto che in passato.

Alla luce di un certo *anacronismo* dello *jus corrigendi*<sup>744</sup>, la dottrina penalistica si è interrogata sulla sopravvivenza o sulla tacita abrogazione dell'art. 571 c.p. nel passaggio dai rapporti verticistici e gerarchici che informavano i rapporti di famiglia, istruzione, lavoro, all'idea degli stessi come “formazioni sociali” in cui l'individuo sviluppa la sua personalità<sup>745</sup> (art. 2 Cost.). Si è arrivati tuttavia a concludere per la sua sopravvivenza nell'ordinamento, ma, al contempo, anche per la necessità di una sua interpretazione *al passo con i tempi*<sup>746</sup>.

Come si diceva, l'art. 571 c.p. punisce l'abuso del diritto di correzione, che oggi va inteso come diritto-dovere di educazione, nell'interesse del soggetto destinatario del suo esercizio.

---

<sup>743</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 10. 09. 2012 (c.n.), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 dicembre 2012, con nota di A. MICHEAL, *Bullismo tra ragazzini e limiti degli interventi correttivi dell'insegnante: la Cassazione interviene in materia di art. 571 c.p.*

<sup>744</sup> L'espressione è di G. D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 719.

<sup>745</sup> A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, in *Criminalia*, 2011, p. 474. L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in F. S. FORTUNA, *Reati contro la famiglia e i minori*, Milano, 2006, p. 143 ss. ricostruisce i passaggi storici del progressivo passaggio da una potestà genitoriale da uno *jus vitae ac necis* a uno strumento a tutela del minore, da esercitare dentro confini definiti. Per una ricostruzione storica del “potere di punire” v. anche A. CALDARONI, *Abuso dei mezzi di correzione: causa di giustificazione o mero arbitrio*, Roma, 2009, p. 15 ss..

<sup>746</sup> Scrive ad esempio G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1987, p. 30: «tale disposizione (...) anche se rappresenta l'espressione legislativa di una mentalità superata, dovrà ovviamente essere applicata ogniqualvolta ve ne siano i presupposti. Sarà compito del giudice, di interpretarla tenendo conto della realtà socio-culturale e del particolare momento storico in cui il fatto che deve giudicare è avvenuto». A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, in *Criminalia*, 2011, p. 473 parla di «obsolescenza culturale» del reato.

Dobbiamo dunque analizzare più da vicino la struttura di tale reato, per cercare di comprendere quali siano le classi di comportamento che esso abbraccia e intorno a quali elementi sia costruito.

Può notarsi, allora, come un primo elemento valorizzato, sebbene implicitamente, dalla fattispecie, sia proprio la titolarità del potere di correzione, caratteristico dei rapporti di educazione, istruzione, cura, *et alia*, indicati nella norma.

Nonostante il testo faccia riferimento a *chiunque* per individuare l'agente, è ormai pacifico che l'art. 571 c.p. sia un *reato proprio*<sup>747</sup>.

L'estensione del campo di applicazione della norma è dunque direttamente proporzionale all'ampiezza della platea di coloro che vantano, a vario titolo, poteri correttivi verso altri. Negli anni si è assistito a una riduzione delle ipotesi di titolarità di questo in capo a taluni soggetti, rispetto alla generalità dei consociati. In particolare è stato notato che, a seguito della scomparsa della potestà maritale ad opera della Riforma del diritto di famiglia del 1975, dell'eliminazione delle punizioni corporali nell'ambiente scolastico, dell'esclusione dell'impiego della forza fisica nei rapporti tra agenti di custodia e detenuti, dell'inammissibilità di coercizioni fisiche nel rapporto di lavoro, l'unico ambito in cui ancora si possa ravvisare uno *jus corrigendi* sia dato dal rapporto tra genitori e figli minorenni<sup>748</sup>. In passato, inoltre, era possibile invocare l'esistenza di uno *jus corrigendi* anche in capo al soggetto non legato da precedenti rapporti giuridici con il destinatario dell'atto correttivo (ad esempio, il fanciullo estraneo che dia manifestazioni di indisciplina o ineducazione<sup>749</sup>). Ritenendosi l'interesse all'educazione dell'individuo non solo un interesse di carattere pubblico, ma persino un interesse preminente su quello alla sua integrità psico-fisica<sup>750</sup>, si ammetteva che il terzo estraneo si ingerisse nella correzione del giovane screanzato o indisciplinato, mentre oggi è negata la possibilità che un terzo estraneo possa intervenire nell'educazione del minore, addirittura con poteri correttivi<sup>751</sup>.

Chiarito che l'art. 571 c.p. costituisce un reato proprio, dobbiamo chiarire se, nell'economia della norma penale, la titolarità del diritto abusato costituisca effettivamente un *disvalore di personalità*, o piuttosto un "valore", una sorta di "privilegio"<sup>752</sup>.

---

<sup>747</sup> V. *ex multis* L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 146; P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 831.

<sup>748</sup> G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 31 e p. 32. Sul rapporto tra insegnante e alunno, datore di lavoro e lavoratore, tra genitore e figli maggiorenni, nonché su quello di coniugio v. anche L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 147 ss.; P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, op. cit., p. 832.

<sup>749</sup> G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 31; F. RAMACCI, *Atipicità del fatto e esercizio del diritto negli interventi correttivi o disciplinari*, in *La Giustizia Penale*, 1969, pp. 404 ss.

<sup>750</sup> G. BETTIOL, *Diritto Penale*, op. cit., p. 99.

<sup>751</sup> A. CALDARONI, *Abuso dei mezzi di correzione: causa di giustificazione o mero arbitrio*, op. cit., p. 24.

<sup>752</sup> Si esprime in questi termini F. RAMACCI, *Atipicità del fatto e esercizio del diritto negli interventi correttivi o disciplinari*, op. cit., p. 407.

In altri termini, occorre capire se, dietro la previsione della norma, vi sia una *scelta di favore* dell'ordinamento per il titolare dello *jus corrigendi*, in quanto tale, rispetto al generico potenziale autore di altre fattispecie (comuni) volte a punire la produzione di un pericolo all'integrità psico-fisica della vittima (ad esempio, ingiuria, o percosse), o piuttosto se la norma intenda tipizzare il comportamento di chi, proprio per la sua prossimità ai beni messi in pericolo, li offenda violando il suo compito istituzionale.

Concludendo nel primo modo, infatti, saremmo in presenza di un'ipotesi in cui l'uso abusivo del diritto non è ciò che *fonda* la scelta di punire, ma piuttosto ciò che *mitiga* la risposta penale di un comportamento comunque punito.

Tale questione può essere risolta solo sciogliendo il nodo sulla funzione che riveste l'art. 571 c.p. nell'ordinamento.

Possiamo allora dar conto di come, secondo un primo orientamento, la fattispecie penale segna un limite all'esercizio del diritto di correzione, al comportamento lecito. Essa avrebbe la funzione di punire condotte che, altrimenti, potrebbero essere considerate lecite in quanto sorrette da finalità correttive, e nel far ciò porrebbe precisi limiti all'esercizio del diritto di correzione, in presenza della creazione del pericolo per il destinatario dell'atto correttivo<sup>753</sup>.

In questo senso, l'art. 571 c.p. descriverebbe «un tipo a sé stante di delitto doloso»<sup>754</sup>, che amplierebbe l'area del penalmente rilevante, essendo chiamato a tutelare la convivenza familiare e i rapporti a essa assimilabili, nei quali l'equilibrio è turbato dall'eccesso di uso di mezzi afflittivi<sup>755</sup>.

Secondo altra opinione, la norma offre un *favor*, di minore pena, a chi compie fatti che altrimenti integrerebbero altri reati (ingiuria, percosse, lesioni, ecc.) in occasione dell'esercizio, tradottosi in abuso, dello *jus corrigendi*<sup>756</sup>.

In questa prospettiva, dunque, l'art. 571 c.p. punirebbe fatti che altrimenti sarebbero sussunti, ad esempio, *sub specie* di percosse (art. 581 c.p.), ingiurie (art. 595 c.p.), lesioni (art. 582 c.p.), in modo meno grave da quanto deriverebbe dall'applicazione di tali reati (in questo senso, quindi, la norma andrebbe coordinata con l'avvenuta depenalizzazione dell'art. 595 c.p. ad opera del legislatore del 2016).

---

<sup>753</sup> Così F. RAMACCI, *Atipicità del fatto e esercizio del diritto negli interventi correttivi e disciplinari*, in *La Giustizia Penale*, 1969, p. 407.

<sup>754</sup> C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 34. L'Autore ritiene che senza l'art. 571 c.p. i fatti da questo incriminati potrebbero essere ritenuti non punibili, o punibili solo a titolo di colpa come forma di eccesso nella scriminante (p. 30 ss.).

<sup>755</sup> C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, op. cit., p. 39.

<sup>756</sup> V. P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., pp. 831 ss.

Anche in questo caso notiamo un certo accavallarsi, nella riflessione, di piani e argomenti diversi, che ci suggerisce di fare ordine.

A nostro avviso, la collocazione sistematica della norma e l'oggettività giuridica presidiata rilevano come essa assolvere il compito di *descrivere*, e *punire*, una specifica classe di comportamenti: quelli di soggetti, per così dire "forti", ai quali sono affidati poteri e imposti doveri nei confronti di altri soggetti, per così dire "deboli", e dunque è corretto ritenere che la norma esprima un tipo a sé stante di delitto doloso, che punisce un abuso di diritto.

Ciò non toglie che la scelta sanzionatoria, più blanda e favorevole rispetto ad altre norme penali in potenziale concorso con l'art. 571 c.p. rispetto al fatto concreto, derivi da un'opzione politico-criminale «di stampo medievale» per cui la norma offrirebbe «la consacrazione legislativa di quella concezione medievale, secondo cui perfino la morte inflitta dal genitore o dall'educatore è considerata fatto molto meno grave dell'omicidio volontario semplice e perfino dell'omicidio preterintenzionale»<sup>757</sup>.

Il trattamento di favore per l'agente offerto dall'art. 571 c.p. rispetto alle altre norme citate deve spiegarsi alla luce di un bilanciamento di interessi tra la tutela del soggetto "debole" e la sua esigenza di educazione e formazione, che può richiedere un intervento correttivo.

Insomma, mentre chi cagiona una lesione ai sensi dell'art. 582 c.p. lo fa in assenza di qualsiasi rapporto con la sua vittima, e non vi è quindi alcun elemento che in qualche modo mitighi la disapprovazione del comportamento, chi cagiona una lesione ai sensi dell'art. 571 c.p. lo fa agendo in una situazione di partenza approvata dall'ordinamento, in cui viene in gioco anche un interesse ulteriore del soggetto corretto.

Se tale bilanciamento non dovesse apparire più convincente, ragionevole o sostenibile, ritenendosi ad esempio che non sia costituzionalmente legittimo punire meno severamente la lesione cagionata dal genitore rispetto a quella cagionata da un estraneo, non rimarrebbe che concludere per l'illegittimità della risposta sanzionatoria dell'art. 571 c.p., dovendosi valutare poi se sia possibile considerare la stessa una *norma di favore* nei sensi intesi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 394/2006 o se la questione sia di esclusivo dominio legislativo.

La norma, tuttavia, non pone un *limite* al diritto di correzione, nel senso che esso può essere esercitato finché non cagioni il pericolo di una lesione all'integrità psicofisica del corretto.

L'esercizio dello *jus corrigendi* può, in ipotesi, diventare abuso già prima di mettere in gioco l'incolumità della persona, e dunque non è la fattispecie penale a segnare il limite estremo del comportamento lecito, fino al quale è tendenzialmente possibile spingersi<sup>758</sup>.

---

<sup>757</sup> V. G. PIOSELLI, *Abuso dei mezzi di correzione*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 171.

<sup>758</sup> A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, op. cit., p. 473.

La fattispecie penale, piuttosto, indica quale abuso è punibile, e stabilisce che sia punibile in modo più lieve di comportamenti simili cagionati *in situazioni diverse*.

Dal che deriva che, a nostro avviso, deve concordarsi con chi afferma che non può porsi un problema di riconoscimento della scriminante di *jus corrigendi* (e dunque di operatività secca dell'art. 51 c.p.) quando il fatto è di *esercizio del potere* e non di *abuso*, dovendosi concludere piuttosto per la sua insussistenza<sup>759</sup>.

Di un rilievo scriminante dello *jus corrigendi* potrà discutersi, semmai, valorizzando l'errata supposizione di agire nell'esercizio di un diritto-dovere per errore sul fatto (art. 59 c. 4 c.p. e art. 51 c.p.), o un eccesso colposo nella stessa posizione (art. 55 c.p. e art. 51 c.p.), in presenza dei presupposti che suggeriscono di ritenere presenti tali particolari situazioni (ad esempio, nel caso del genitore che, ritenendo che il figlio abbia commesso un fatto riprovevole, lo insulta, o del genitore che, volendo dare uno schiaffo leggero al figlio, scivoli e accidentalmente gli procuri una lesione personale<sup>760</sup>).

Chiarito dunque che l'abuso, nell'art. 571 c.p., sia l'oggetto dell'incriminazione dei comportamenti tenuti da soggetti qualificati, occorre valutare quando esso ricorra, e in particolare se si abbia maggiore riguardo, nel suo accertamento, a quella che è la *finalità educativa soggettiva* nella mente dell'agente o alla *dimensione educativa oggettiva* della condotta.

Nel corso degli anni si è messo sempre più in evidenza, sia in dottrina che in giurisprudenza, come il nesso tra il *mezzo* e il *fine* di correzione abbia significato sul piano oggettivo e non già rispetto all'intenzione dell'agente<sup>761</sup>.

La condotta di esercizio del potere correttivo, dunque, può dirsi lecita finché *oggettivamente educativa*<sup>762</sup>.

È interessante, a questo punto, porre alla luce quale sia il parametro per valutare la liceità, o meno, della condotta.

Il testo della norma, come si diceva, abbraccia rapporti molto diversi, taluni dei quali sono caratterizzati da una certa normativizzazione del potere disciplinare quanto a fatti

---

<sup>759</sup> In questo senso, L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 143: «Il delitto in discorso potrà venire a giuridica esistenza, ove l'esercizio astrattamente lecito dello *jus corrigendi* trasmodi nell'abuso». V. anche A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 191 rileva come non si può dire che eserciti il diritto in questione chi abusi dei mezzi di correzione e di disciplina, e specularmente che, finché si rimanga nei limiti di un esercizio dello *jus corrigendi* non si abusa di quei mezzi.

<sup>760</sup> Gli esempi citati sono di P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 137 e p. 155.

<sup>761</sup> L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 143. V. anche A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 120, per cui: «costituiscono esercizio dello *jus corrigendi* quelle sole condotte che possano dirsi oggettivamente funzionali, adeguate, al perseguimento di finalità educative e correttive».

<sup>762</sup> A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, op. cit., p. 475. Nello stesso senso anche L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., pp. 27 ss., che denuncia la tendenza a un'interpretazione eccessivamente psicologizzata della fattispecie, laddove la finalità di correzione e disciplina è un *elemento di tipicizzazione dell'azione*.



sanzionabili e a sanzioni infliggibili (ad esempio, l'ambito carcerario, l'ambito lavorativo), altri da una totale assenza di precise regole positive (ad esempio, l'ambito familiare), altri ancora da una situazione normativa intermedia che vede la presenza di norme di principio e di indirizzo, che rimandano a concetti da integrare con valutazioni di tipo extra-giuridico, sociale (ad esempio, l'ambito scolastico). Tutti questi rapporti sono caratterizzati principalmente da norme che vietano l'utilizzo di taluni mezzi (che diventano quindi *mezzi illeciti*)<sup>763</sup>.

Allora, per stabilire se si sia in presenza di un *uso di un mezzo correttivo lecito*, di un *abuso di un mezzo correttivo lecito*, o, ancora, dell'*uso di un mezzo correttivo illecito*<sup>764</sup>, laddove non vi è una puntuale codificazione del potere disciplinare, è necessario vagliare "caso per caso" gli elementi di fatto (tipo di mezzo, luogo e durata dell'utilizzo, condizioni psico-fisiche del destinatario, presupposti motivanti la condotta)<sup>765</sup>.

La valutazione dell'abuso con riferimento al fatto concreto porta con sé due conseguenze: lo sviluppo di tipologie giurisprudenziali di abusi e di una certa "cultura del precedente" e la presenza di un certo tasso di equità della decisione in assenza di parametri normativi stabili.

La prima conseguenza, come si diceva, risiede nel fatto che, per evitare che la norma si traduca in un giudizio *ad hoc* sulla vicenda concreta, si dia attenzione allo sviluppo di tipologie giurisprudenziali di abuso che vengano in soccorso per assicurare un margine di certezza applicativa.

Così, con riferimento all'ambito familiare, se l'inesistenza di disposizioni legislative di segno opposto, e il costume sociale consentono di ritenere possibile l'uso di una *vis modica o modicissima*<sup>766</sup> per educare il figlio minore (ad esempio, lo sculaccione), è ormai maturata l'idea che la correzione non ammette l'uso della

---

<sup>763</sup> Tra gli strumenti internazionali si ricordano l'art. 19 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e l'art. 17 della Carta Sociale Europea. Il divieto di punizioni corporali è affermato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (v. C. EDU, A. c. Regno Unito, 23 settembre 1998), tanto che un'interpretazione di segno opposto porterebbe a ritenere violati gli obblighi internazionali del Paese (D. PULITANÒ, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Torino, 2011, p. 430).

<sup>764</sup> Secondo la Corte di Cassazione sono mezzi di correzione solo quelli che per loro natura sono a ciò destinati: rimproveri, punizioni o privazioni e che non implicano il ricorso alla violenza fisica (Cass. Pen. Sez. V, 23.11.2012, n. 45859). L'alternatività tra violenza e condotta di correzione era stata posta in rilievo già dalla dottrina, per cui V. G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, op. cit., p. 30.

<sup>765</sup> G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 33. In giurisprudenza si dà risalto ad elementi quali l'intemperatività dei mezzi utilizzati (Cass. Pen., Sez. VI, 07.11.1997, n. 3789).

<sup>766</sup> Parla di *vis modica* ad esempio G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 32. e di *vis modicissima* L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 143 ss. Al di là della differenza nell'uso o meno del superlativo è evidente che entrambi gli Autori intendano far riferimento all'uso di una violenza più che contenuto.

violenza o di un linguaggio affatto educativo<sup>767</sup>, che caratterizzano punizioni quali l'uso della cinghia, il pugno, il lancio di un oggetto, le minacce di morte, o altre imposizioni degradanti (mangiare in ginocchio, pulire con la lingua dove si è sporcato, ecc.)<sup>768</sup>.

La seconda conseguenza ci segnala invece che i fatti, nella loro opinabilità, sono suscettibili di letture della realtà concreta anche tra loro opposte, come risulta dalla recente giurisprudenza. L'art. 571 c.p. si rivela così un caso esemplare per mostrare l'ampia discrezionalità del concetto di abuso, la sua *essenza valoriale*, tanto che la dottrina ha parlato, con riferimento ad esso, di una «funzione del giudice sostitutiva o integrativa rispetto al legislatore<sup>769</sup>» e ha sottolineato il rapporto di questo abuso con l'equità, la c.d. giustizia del caso concreto<sup>770</sup>.

Si pensi ad esempio al caso, noto alle cronache, dell'insegnante che, reagendo a un comportamento vessatorio di un alunno nei confronti di un altro (diremo oggi, *bullizzato* dal primo) imponga al primo di scrivere cento volte la frase "sono un deficiente" sul suo quaderno, e di restituire il compito firmato dai genitori, i quali, in disaccordo con la punizione inflitta, adiscono l'autorità giudiziaria lamentando le ripercussioni sulla psiche del figlio di tale punizione<sup>771</sup>.

A parità di narrazione del fatto, il G.u.p. di Palermo<sup>772</sup> assolve l'insegnante con formula piena, privilegiando la valorizzazione di elementi come il significato etimologico, di per sé non insultante, della parola "deficiente" (carente, scarso), la realtà sociale degenerata della scuola di periferia dove il fatto era accaduto e nella quale l'insegnante rappresentava l'ultimo presidio di autorità da rispettare, l'attitudine della punizione inflitta a stroncare sul nascere fenomeni di prepotenza di gruppo ai danni dei più deboli.

---

<sup>767</sup> G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 32. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, 26.10.2004, secondo cui «L'uso della violenza non può mai ritenersi finalizzato a scopi educativi, specie oggi che l'ordinamento e la coscienza sociale attribuiscono anche al minore dignità di persona e titolarità di diritti, senza più considerarlo destinatario di azioni protettive». V. anche, in diritto civile, M. V. DE GIORGI, *L'abuso del diritto nelle relazioni familiari*, op. cit., pp. 105 ss. che osserva circa gli *abusi educativi*: «Gli sculaccioni ai bambini come esercizio di *ius corrigendi* erano ai miei tempi usati e accettati, adesso opportunamente respinti in qualsiasi forma, il che dimostra ancora una volta come il costume e le convinzioni sociali influiscano sul contenuto e l'estensione dei diritti e come il diritto si mescoli e sia l'involucro più o meno bene confezionato che riveste il guazzabuglio serpigno dei rapporti umani».

<sup>768</sup> P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, op. cit., p. 841. Con riferimento al rapporto tra insegnanti e alunni in dottrina si operava la distinzione tra mezzo non consentito (es. uso della verga) e mezzo consentito usato impropriamente (es. allontanamento dello studente dall'aula e sua collocazione in un locale aperto in una rigida giornata invernale), così G. PIOSELLI, *Abuso dei mezzi di correzione*, op. cit., p. 172.

<sup>769</sup> L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 151.

<sup>770</sup> Intendendo per tale «quel processo argomentativo, non sempre espresso, che muove da una valutazione pre-giuridica del fatto e da una selezione istintiva della soluzione auspicabile, spingendosi poi in qualche misura a "strumentalizzare" il dato legale affinché esso fornisca il crisma della "giuridicità" all'esito applicativo ritenuto, appunto, equo»: così A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, op. cit., p. 480.

<sup>771</sup> La vicenda è affrontata da A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, op. cit., p. 482 ss.

<sup>772</sup> Trib. Palermo, G.I.P., 27.06.2007, in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 829 ss. con nota di M. BOUCHARD, *Bullismo, mezzi di correzione, intervento penale*.

In secondo grado, invece, la Corte d'Appello<sup>773</sup>, valorizza altri elementi, come le frasi pronunciate dall'insegnante nell'attribuire la singolare punizione o la pubblicità della sua inflizione, punendo l'agente ex art. 571 c. 2 c.p.

In ultima istanza, la Corte di Cassazione<sup>774</sup> conferma la condanna, ma per il reato base, ritenendo non provato agli atti che lo *stress* accusato dal minore fosse stato causato dalla punizione inflitta dall'insegnante.

Anche lo sviluppo di criteri giurisprudenziali stabili e tratteggiati, come quello per cui l'abuso consista in «uso non consentito o in modalità non ammesse»<sup>775</sup>, lascia aperto il problema, e l'incertezza, su come debba riempirsi di contenuto tale parametro, che postula il ricorso a concetti non giuridici. Da un lato, infatti, mancano indicazioni normative sui limiti del potere di correzione, e dall'altro resistono retaggi culturali discutibili<sup>776</sup>, al punto da doversi domandare alla luce di cosa si debba valutare la correttezza dell'uso del mezzo usato, e in particolare se della migliore pedagogia<sup>777</sup> o dell'adeguatezza sociale<sup>778</sup>.

Tali incertezze dipendono dalla circostanza che la norma dell'art. 571 c.p. descrive la condotta incriminata con unico riferimento all'*abuso*, che, richiedendo di essere integrato con contenuti extra-penali, e nel caso di specie, anche extra-giuridici, rimanda a uno statuto alquanto incerto, rischiarato dagli interventi giurisprudenziali. Proprio per questa ragione, dunque, la norma pone attenzione, nel circoscrivere il campo del punibile, agli *effetti dell'abuso*, con la scelta di subordinare la punibilità alla presenza di un pericolo di una malattia nel corpo o nella mente che deriva dal comportamento (e che se si traduce in lesione o morte integra l'ipotesi di reato aggravato dall'evento dell'art. 571 c. 2 c.p.).

Si discute se tale elemento sia una condizione obiettiva di punibilità esterna all'oggetto del dolo<sup>779</sup> o piuttosto un vero e proprio elemento costitutivo del fatto<sup>780</sup>.

In dottrina si è sottolineato come la collocazione del pericolo fuori o dentro la fattispecie risponda a una scelta di valore<sup>781</sup>, o meglio di disvalore, dovendo decidersi se il disvalore del fatto stia nell'abuso dei mezzi correttivi o piuttosto *in quel particolare abuso* che abbia comportato il pericolo di una malattia nel corpo o

---

<sup>773</sup> Corte Appello Palermo, III Sezione Penale, 16.02.2011.

<sup>774</sup> Cass. Pen. 10.09.2012.

<sup>775</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. VI, 08.05.1990, n. 15903.

<sup>776</sup> L. IMPERATO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, op. cit., p. 148.

<sup>777</sup> A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, op. cit., p. 476.

<sup>778</sup> C. FIORE, *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Il Foro Penale*, 1963, p. 35 ss.

<sup>779</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, op. cit., p. 479.

<sup>780</sup> F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in A.A.V.V., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, p. 597.

<sup>781</sup> P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 835.

nella mente<sup>782</sup>. Nel primo caso, infatti, non occorrerà una copertura psicologica del pericolo provocato, mentre nel secondo caso essa sarà richiesta<sup>783</sup>.

Quanto al *dato funzionale*, come già detto, la direzione correttiva del mezzo impiegato deve emergere dai fatti, e non è quindi esclusivamente un problema di *animus* dell'agente. Occorre domandarsi, dunque, quale sia il ruolo, nell'economia della fattispecie, della finalità dell'agente.

La giurisprudenza, in passato, era orientata a richiedere, oltre alla coscienza e volontà del fatto, l'*animus corrigendi*, cioè l'aver agito a fini correttivi o disciplinari, e dunque la presenza di un dolo specifico<sup>784</sup>, che aveva ad oggetto un *fine lecito* (quello di esercitare il diritto).

Oggi, al contrario, l'indirizzo nettamente prevalente opina per la richiesta del solo dolo generico<sup>785</sup>, e ritiene dunque che siano sufficienti la consapevolezza e volontà di abusare del mezzo correttivo, posto che la norma non richiede che si agisca per la finalità correttiva, essendo questo un requisito implicito nella vocazione correttiva del mezzo<sup>786</sup>.

Tanto è utile al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 571 c.p. rispetto al reato di *maltrattamenti in famiglia* (art. 572 c.p.), che, per espressa previsione legislativa di una clausola di sussidiarietà, si applica fuori dai casi di abuso dei mezzi di correzione.

Un orientamento ormai risalente riteneva che lo spartiacque tra le due fattispecie fosse dato dallo scopo correttivo o disciplinare dell'atto, avendosi il reato meno grave dell'art. 571 c.p. quando il maltrattamento fosse sorretto da *animus corrigendi*<sup>787</sup>.

La lettura più oggettivista dell'art. 571 c.p. ha prodotto effetti anche nella delimitazione della portata tra le due fattispecie, inducendo a valorizzare le *modalità di condotta* e a sostenere che se il mezzo correttivo impiegato non è *lecito* o non è *compatibile con la finalità educativa* si è in presenza di un fatto di *maltrattamento*, dovendosi solo in caso contrario (mezzo lecito e compatibile con la finalità educativa) vagliare l'elemento psicologico e dunque l'eventuale presenza di *animus corrigendi* in luogo del dolo di maltrattamento<sup>788</sup>.

---

<sup>782</sup> *ibidem*.

<sup>783</sup> *ibidem*. L'Autore sostiene che «sembra del tutto plausibile che l'illiceità del fatto consista già nel distorto o non corretto uso di tale diritto-dovere: in definitiva, nel suo abuso. Che, poi, l'ordinamento dopo averne affermato la rilevanza penale, ne subordini la punibilità al conseguente possibile pericolo di una malattia fisica o mentale, appare una chiara scelta di politica criminale e di economia processuale».

<sup>784</sup> V. ad esempio Cass. Pen., 29.06.1977, n. 13404.

<sup>785</sup> Cass. Pen. 18289/2010; Cass. Pen. 4546/2010; Cass. Pen. 4904/2010.

<sup>786</sup> G. D. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, op. cit., p.102.

<sup>787</sup> Cass. Pen., Sez. I, 29 giugno 1977 n. 13404.

<sup>788</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 23.11.2010 n. 45467.

Da ciò può desumersi che, da un lato, *la funzione correttivo/educativa è il limite interno all'uso legittimo del mezzo correttivo*, in quanto lo *jus corrigendi* è attribuito in funzione ed a favore del soggetto da correggere, nell'interesse di questi<sup>789</sup>, tanto che, quando tale soggetto sia in pericolo proprio a causa dell'esercizio del diritto stesso, non può che concludersi che l'uso di tale diritto ha tradito il suo scopo istituzionale.

D'altro lato, dall'interpretazione dell'art. 571 c.p. oggi invalsa si ricava che *il fine non trasforma mai il mezzo*: si evita così di ritenere che siano mezzi di correzione tutti i mezzi che vengono usati a tale scopo<sup>790</sup>, e che dunque non possa essere il fine dell'agente nell'uso del mezzo a influenzarne la destinazione, da *mezzo atto a offendere* a *mezzo atto a correggere*.

## **6. Quando ci sono i principi e ci sono anche le regole: i reati che prevedono condotte realizzate abusivamente. Esempi.**

Muoviamo ora lo sguardo verso fattispecie penali da applicarsi in settori caratterizzati dalla *normativizzazione* dell'esercizio del potere (sia essa di fonte *legale* o *amministrativa*, come nel caso dei reati ambientali, o anche *contrattuale*, come nel caso dell'art. 615 *ter* c.p.).

In tali reati, presenti sia nel Codice Penale che nella legislazione complementare, come già visto nella ricognizione del capitolo precedente, si incontra soventemente il riferimento a una condotta tenuta "abusivamente".

Essi dunque offrono l'occasione per confrontare gli schemi di ragionamento legati all'abuso del diritto con tale elemento, tradizionalmente ricondotto al novero delle c.d. *clausole di illiceità speciali*.

Tuttavia, prima di addentrarci nella ricostruzione della pluralità di significati l'*abusivamente* è solito esprimere nelle fattispecie penali, occorre, a nostro avviso, fornire alcuni chiarimenti su tale elemento di fattispecie.

### **6.1. Excursus: le clausole di illiceità speciale o espressa.**

Si è osservato, in dottrina, che i fatti commessi *non abusivamente*, *non indebitamente*, ecc., in quanto fatti rispondenti all'esercizio di un diritto o di una facoltà riconosciuta, siano *fatti non tipici*, tanto che tra norma penale e l'esercizio del diritto si instaura un rapporto di *mutua esclusività*<sup>791</sup>.

---

<sup>789</sup> P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, op. cit., p. 833.

<sup>790</sup> G. PIOSELLI, *Abuso dei mezzi di correzione*, op. cit., p. 171.

<sup>791</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 127.

In verità si è a lungo discusso in dottrina sulla collocazione sistematica dell'elemento in questione.

Il dibattito, in particolare, si è concentrato sulla natura delle c.d. clausole di illiceità espressa o speciale<sup>792</sup>, alle quali si riconducono i richiami a condotte realizzate *indebitamente, abusivamente, illegittimamente*, e via dicendo.

Al netto di una certa promiscuità nell'uso delle locuzioni di "antigiuridicità" o "illiceità" "speciale" ed "espressa", attenta dottrina, ormai da tempo, ha distinto le due categorie, sul presupposto che la c.d. *illiceità speciale* riguarda un *elemento di fattispecie*, che esprime una relazione di contrarietà con una norma (giuridica) diversa dalla norma madre<sup>793</sup> e che concorre alla definizione del fatto tipico<sup>794</sup>, mentre la c.d. *illiceità espressa*, diversamente, riguarda la *formulazione linguistica della norma* attraverso espressioni che, secondo il loro significato, esprimono la contrarietà a un parametro normativo, ma senza che ciò abbia alcuna funzione descrittiva del fatto tipico, risolvendosi piuttosto nel richiamo superfluo al possibile operare di scriminanti<sup>795</sup>. Corollario di tale distinzione è, quindi, la possibilità che la clausola di illiceità espressa non sia anche una illiceità speciale (ad esempio, secondo la tesi in esame, nei reati di ragion fattasi *ex artt. 392 e 393 c.p.*) e che un elemento di illiceità speciale sia presente anche in assenza di una clausola di illiceità espressa (ad esempio, secondo la stessa impostazione, i reati di usurpazione *ex artt. 287 e 347 c.p.*)<sup>796</sup>.

La distinzione tra ipotesi nelle quali la norma si limiti a richiamare l'assenza di cause di giustificazione, e ipotesi in cui il contrasto con il parametro di liceità extra-penale è elemento costitutivo del fatto, ripropone l'annoso problema della riconducibilità delle clausole in esame sul piano del *Tatbestand* o su quello della *Rechtswidrigkeit*<sup>797</sup>, studiato in dottrina anche con particolare riferimento ai comportamenti tenuti in presenza di un'autorizzazione amministrativa<sup>798</sup>.

---

<sup>792</sup> Sul tema si rinvia a D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, pp. 65 ss.; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002; G. MORGANTE, *Note critiche in tema di illiceità espressa ed illiceità speciale*, in G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002, pp. 551 ss.

<sup>793</sup> D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., p. 65.

<sup>794</sup> D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., p. 91.

<sup>795</sup> D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., pp. 66 e 85.

<sup>796</sup> Gli esempi sono tratti da D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., pp. 123 ss.; ma, in realtà, entrambi passati a vaglio critico da G. MORGANTE, *Note critiche in tema di illiceità espressa ed illiceità speciale*, op. cit., pp. 557 ss. e G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*

<sup>797</sup> Per una ricca ricostruzione delle posizioni dottrinali tedesche e italiane v. G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit. e D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., pp. 65 ss..

<sup>798</sup> V. M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, p.35 ss.. L'Autore indica come, dalla diversa posizione sistematica, discenderebbero conseguenze in termini di disciplina dell'errore, dovendosi applicare nel primo caso l'art. 47 c. 3 c.p., nel secondo caso l'art. 59 c. 4 c.p.

A tal proposito, sia sufficiente ricordare come, storicamente, un primo orientamento, che riconduceva le clausole di illiceità speciali agli elementi normativi del fatto tipico si confrontava con una diversa posizione, per la quale l'espressa menzione dell'antigiuridicità si risolveva in una mera scelta linguistica legislativa, priva di effetti positivi<sup>799</sup>.

Oggi si ritiene, in modo sufficientemente stabile, che le clausole in questione svolgano una funzione di delimitazione della rilevanza penale, o, più precisamente, che siano *elementi di delimitazione del fatto tipico*<sup>800</sup>, «in considerazione della volontà del legislatore di limitare il novero delle condotte suscettibili di rientrare nell'ambito d'applicazione della fattispecie a quelle che si pongano in contrasto con uno speciale parametro di liceità»<sup>801</sup>.

Tanto, tuttavia, viene affermato precisando che tali elementi si differenziano dagli elementi costitutivi normativi *stricto sensu* intesi, poiché essi svolgono una funzione *valutativa*, e non *descrittiva*, del fatto<sup>802</sup>, che presuppone la possibilità di elementi valutativi già dentro il momento della tipicità<sup>803</sup>. Da qui, il richiamo all'idea delle *fattispecie aperte*, per cui gli elementi in questione potrebbero avere una *dignità dogmatica autonoma* nella struttura del reato, poiché «non si tratterebbe né di elementi costitutivi del fatto tipico *stricto sensu* intesi né di elementi dell'antigiuridicità»<sup>804</sup>.

Si è osservato in dottrina che la *valutazione* dell'illiceità, richiesta da tali clausole, demanda al giudice l'«effettuazione di un bilanciamento di interessi *in concreto* allo scopo di stabilire entro quali limiti sia dato accordare tutela penale a un determinato bene giuridico»<sup>805</sup>.

Ai nostri fini, quindi (e per giustificare la trattazione del problema in questa sede, piuttosto che nel capitolo dedicato all'antigiuridicità), va chiarito come questo bilanciamento di interessi avvenga *al confine* della fattispecie e non al suo *interno*, come avviene per l'applicazione della scriminante dell'art. 51 c.p. su cui ci siamo già soffermati. La

---

in combinato con l'art. 5 c.p., sebbene *nella prassi* tali conseguenze siano attenuate dall'interpretazione prevalente dell'art. 47 c. 3 c.p. che accede a una lettura amplissima delle norme extra-penali integratrici del precetto penale (p. 45).

<sup>799</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 151. Per la tesi che nega un ruolo positivo ai requisiti di illiceità speciale v. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 38 ss., il quale ritiene che le clausole in questione fungano da avvertimento al giudice per la verifica dell'illiceità nel caso concreto, laddove altri rami dell'ordinamento intervengono con efficacia scriminante.

<sup>800</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 134.

<sup>801</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 151.

<sup>802</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 134. L'Autrice ricostruisce, alla luce della dottrina tedesca, la progressiva messa in discussione del principio della rigida avalutatività del fatto tipico affermata da Beling, a favore della presa d'atto di una compenetrazione tra tipicità e antigiuridicità (v. in particolare pp. 21 ss., pp. 49 ss.).

<sup>803</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., in particolare pp. 21 ss.; pp. 49 ss.; pp. 70 ss.

<sup>804</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 87.

<sup>805</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 144.

valutazione di illiceità speciale consente di stabilire quando certi comportamenti acquistino rilevanza penale<sup>806</sup>, mentre la valutazione della presenza di una causa di giustificazione, invece, consente di stabilire quando un comportamento che ha rilevanza penale è comunque lecito. L'irrelevanza penale, come è noto, può coincidere o meno con la liceità: un fatto può essere penalmente irrilevante e lecito, ma un fatto può non avere rilevanza penale, e tuttavia restare illecito in altri rami dell'ordinamento ovvero, essere lecito perché scriminato, pur avendo superato la soglia della rilevanza penale<sup>807</sup>.

Nei casi in cui la norma richiami un comportamento tenuto illegittimamente, abusivamente, indebitamente e via dicendo, si è detto, l'esercizio del diritto funziona come «causa di incompletezza del fatto tipico»<sup>808</sup>, ed ha dunque un'efficacia “de-tipizzante” piuttosto che “scriminante”.

Si pensi all'ipotesi dell'art. 348 c.p., che punisce l'esercizio abusivo di una professione. Nel caso di un soggetto regolarmente abilitato iscritto all'Albo, la presenza delle condizioni legittimanti esclude la tipicità del fatto rispetto all'art. 348 c.p.<sup>809</sup>.

La mancanza dell'abilitazione segna la linea di demarcazione tra comportamenti leciti e comportamenti penalmente rilevanti, e che al possesso dell'abilitazione non potrebbe riconoscersi la capacità di operare ex art. 51 c.p. se non ammettendo che l'esercizio della professione da parte di chi vi sia legittimamente abilitato sia un fatto tipico ma non anti-giuridico<sup>810</sup>.

Tanto precisato, occorre sottolineare, se ancora non fosse chiaro, un aspetto ulteriore della questione, e cioè che la clausola di illiceità (*nomen omen*) valuta la condotta come *illecita*, all'interno di un fatto *illecito*, anche se parla di *abuso*<sup>811</sup>, senza “mezze misure”, senza che si pongano sul punto le diatribe, affrontate nel primo capitolo, sullo stato deontico dell'abuso. È tuttavia innegabile che tale illiceità possa atteggiarsi in maniera diversa quando a essa si fa riferimento attraverso il concetto, ad esempio, di indebito, o di abusivo. Venendo dunque all'oggetto di nostra osservazione, vale a dire i possibili significati dell'avverbio *abusivamente*, gioverà ricordare che il legislatore, si è già detto, usa il

---

<sup>806</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 134.

<sup>807</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 140.

<sup>808</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 188.

<sup>809</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., p. 128.

<sup>810</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 41. V. *contra* D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, op. cit., pp. 77 ss. il quale ritiene che l'abusivamente stia ad indicare un presupposto di fatto della condotta, e dunque non esprime una valutazione di liceità o illiceità, ma semplicemente i criteri per individuare i fatti costituenti abilitazione.

<sup>811</sup> Come ben spiegato da L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, op. cit., p. 8 l'interesse per l'abuso è interesse per un *elemento di illiceità penale*.



termine abuso, nel diritto penale, non in senso tecnicistico, ma per intendere una non conformità, una scorrettezza.

Egli, quando fa ricorso all'avverbio *abusivamente*, descrive l'illiceità della condotta usando un'espressione diversa da altre (quali, indebitamente, o illegittimamente).

Il problema diventa capire fin dove possa estendersi l'elasticità dell'abuso, quali significati, ulteriori alla diretta e semplice violazione di prescrizioni (illiceità *tout court*), possano trovare accoglimento nella fattispecie.

Potenzialmente, alla norma penale che dà rilievo a condotte tenute *abusivamente*, sono riconducibili comportamenti ben diversi tra loro, come la condotta non autorizzata, la condotta tenuta in violazione di regole, la condotta tenuta in base a un'autorizzazione illegittima, la condotta autorizzata ma esorbitante o sviata rispetto all'autorizzazione, la condotta che viola principi: in tutti questi casi si può parlare di un'attività abusiva.

Tali comportamenti, a ben vedere, esprimono situazioni tra loro diverse: così, ad esempio, la condotta clandestina o non autorizzata è una condotta tenuta *in assenza del potere*, la condotta che viola le prescrizioni del titolo autorizzativo esprime un uso del potere *illecito* contrario a regole, la condotta contraria alla *ratio* dell'autorizzazione esprime un uso del potere deviato.

## **6.2. La rilevanza delle condotte realizzate abusivamente nei nuovi delitti ambientali (artt. 452 bis ss. c.p.).**

Questa pluralità di modi di essere *contra jus* della condotta tenuta abusivamente è stata di recente approfondita in occasione dell'introduzione nel Codice Penale, ad opera della Legge n. 68 del 22.05.2015, del Titolo VI *bis*, contenente i *delitti contro l'ambiente*.

La portata della clausola di illiceità *abusivamente* costituisce infatti uno dei profili di maggiore problematicità posti dai nuovi *eco-delitti*.

Come si è già detto nel capitolo precedente, che le condotte punibili di tali nuovi reati debbano essere realizzate "abusivamente" è richiesto per l'inquinamento ambientale (art. 452 *bis* c.p.), per il disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.), per il traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452 *sexies* c.p.). L'abusività delle condotte rileva poi anche ai fini della configurazione della fattispecie di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452 *ter* c.p.) e nei delitti colposi contro l'ambiente (art. 452 *quinques* c.p.), i quali puniscono i fatti di inquinamento e disastro ambientali realizzati con colpa.

La scelta di punire le condotte abusive, sfociate in uno degli eventi tipizzati dagli artt. 452 *bis* ss., rispetta le indicazioni della direttiva 2008/99/CE che, oltre alla capacità offensiva della condotta, richiedeva per l'appunto che essa fosse *unlawful* (*illecita*, nella traduzione italiana)<sup>812</sup>.

Ci si è pertanto domandati, sia nella Relazione dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, sia nei primi commenti dottrinali alla nuova normativa<sup>813</sup>, se i nuovi eco-reati, utilizzando l'avverbio *abusivamente*, abbiano inteso accogliere anche quel significato di *unlawful* che si attribuisce ad atti che, per quanto «*not illegal*», siano comunque disapprovati dalla legge<sup>814</sup>.

Nel rispondere a tale quesito occorre tener conto anche dell'*iter* che ha portato all'utilizzo di tale locuzione. Il termine "abusivamente", infatti, sostituisce nel testo definitivo della normativa la formulazione utilizzata nel corso dei lavori preparatori che consentiva di punire le condotte realizzate «*in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale*»<sup>815</sup>.

Alla formulazione in questione erano stati mossi due ordini di critiche. In primo luogo, si riteneva che essa avrebbe importato, in modo ineluttabile stante il richiamo di un illecito amministrativo o penale, questioni di *concorso di reati*, di *concorso apparente di norme* o di *applicazione del principio di specialità* ai sensi dell'art. 9 della l. 689/1981. Sotto questo punto di vista, la modifica legislativa non assicura affatto riparo da

---

<sup>812</sup> V. art. 2 par. 1 lett. A e art. 3 direttiva 2008/99/CE. Sottolinea il dato letterale della direttiva C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzione e spunti di riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 novembre 2016, p. 3. V. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pp. 346 ss.

<sup>813</sup> Si fa riferimento in particolare a *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015 in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 giugno 2015; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, Torino, 2015; C. PARODI, M. GEBBIA, M. BORTOLOTTI, V. CORINO, *I nuovi delitti ambientali (l. 22 maggio 2015, n. 68)*, Milano, 2015; G. P. ACCINNI, *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, p. 755 ss.; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17.12.2015, A. H. BELL, A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 luglio 2015; M. TELESCA, *Osservazioni sulla L. N. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 luglio 2015; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 luglio 2015; G. AMENDOLA, *Ambiente in genere. Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale abusivo*, in *Lexambiente*, 17 marzo 2015; M. SANTOLOCI, *In Italia ci si ammala e si muore di "parametri". Disastri ambientali a norma di legge (da evitare con la nuova legge sui delitti ambientali)*, in *Diritto all'Ambiente*, 11.01.2015; M. SANTOLOCI, V. VATTANI, *Il termine "abusivamente" nel nuovo delitto di "disastro ambientale": violazione di un principio generale o di un'autorizzazione amministrativa specifica?* in *Diritto all'Ambiente*, 01.06.2015.

<sup>814</sup> V. *unlawful agreements, unlawful promises*. Definizione di *unlawful* tratta da F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, p. 1506.

<sup>815</sup> V. Testo Unificato delle proposte di legge n. 342, Realacci, n. 957, Micillo, n. 1814, Pellegrino e Disegno di Legge n. 1345 (approvato dalla Camera dei Deputati il 26.02.2014), rinvenibili in [www.camera.it](http://www.camera.it) e [www.senato.it](http://www.senato.it).

tali problemi, posto che se, come vedremo, nel concetto di condotta abusiva ricadono comunque le condotte costituenti già di per sé illeciti sanzionati in via amministrativa o penale, i suddetti problemi di concorso sono comunque destinati a manifestarsi, e ad essere risolti secondo i tradizionali criteri<sup>816</sup>. In secondo luogo, la precedente formulazione appariva insufficiente rispetto agli scopi di tutela, in quanto lasciava fuori dall'area della rilevanza penale la violazione di norme non specificamente poste a tutela dell'ambiente, ma volte a proteggere altri beni comunque collegati all'ambiente, come, ad esempio, la difesa del territorio, del paesaggio, della salute pubblica, della sicurezza sul lavoro e così via, dalla lesione dei quali poteva comunque prodursi un danno ambientale (si pensi alle conseguenze, in punto di alterazioni di ecosistemi, prodotte da emissioni di sostanze tossiche all'interno di sistemi produttivi, o da una cementificazione selvaggia condotta in spregio di vincoli paesaggistici e urbanistici). L'espressione "abusivamente" risultava allora in grado di includere nella fattispecie le violazioni di discipline ad ampio raggio, e al contempo di evitare il rischio di *lacune* derivante da un tentativo dall'elencazione di tutte le normative dal cui mancato rispetto può derivare un danno o un pericolo ai beni ambientali<sup>817</sup>.

Prima ancora di dividersi sul significato da attribuire alla portata della formula *sintetica ed elastica* "abusivamente", le prime riflessioni su questi reati si sono confrontate sull'*etichetta* da dare alla stessa: elemento della condotta per taluno, clausola di illiceità speciale per altri, clausola di illiceità espressa per altri ancora<sup>818</sup>.

Se si intende attribuire un rilievo dogmatico alla differente terminologia utilizzata si dovrebbe ritenere che, se l'*abusivamente* è una clausola di illiceità speciale, la modalità d'offesa tipica del bene ambientale è solo quella abusiva. Vi sarebbe allora, ad esempio, un disastro *penalmente rilevante* quando l'evento tipizzato dalla norma è il frutto di una condotta tenuta abusivamente, e un disastro *penalmente irrilevante* quando l'evento punibile è conseguenza di una condotta non abusiva. Quest'ultimo (disastro penalmente irrilevante) potrebbe sia essere un *disastro lecito* sia un *disastro illecito sotto altri profili*, ad esempio quello civilistico che comunque consentirebbe di dar luogo a comportamenti di risarcimento o di ripristino.

Ritenendo, invece, che l'*abusivamente* richiami l'attenzione sull'assenza di una situazione scriminante (come può essere l'esercizio del diritto ex art. 51 c.p., per l'esistenza di un'autorizzazione o di una norma permissiva), invece, la norma andrebbe semplicemente a punire chi causa l'evento di disastro, in assenza di scriminanti. Si avrebbe dunque un'area del penalmente tipico (la causazione di disastri ambientali) che può –

---

<sup>816</sup> Sottolinea il possibile ricorso al criterio di assorbimento dei reati di pericolo astratto in quelli di evento C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, op. cit., p. 14.

<sup>817</sup> Le tecniche di richiamo della normativa ambientale nei reati di nuova introduzione sono prese in considerazione già in sede di audizione del Prof. Mauro Catenacci in sede di indagine conoscitiva in merito all'esame delle proposte di legge c. 957 Micillo e c. 342 Realacci, per cui v. Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico, Indagine conoscitiva, seduta di mercoledì 06 novembre 2013* in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>818</sup> Il termine "abusivamente" costituirebbe una clausola di illiceità espressa per A. H. BELL, A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, op. cit., p. 8 e C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p. 3; una clausola di illiceità speciale per M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, p. 1077, un elemento della condotta per L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, op. cit.

in ipotesi – essere scriminata in presenza di una causa di giustificazione, e quindi lecita *tout court* nell’ordinamento. Si è detto tuttavia che la dottrina più recente ha messo in evidenza, temperando la portata di detta distinzione, come le clausole di illiceità operino una funzione di delimitazione della fattispecie, che fa sì che esse svolgano sempre un ruolo, a volte più percepibile (ad esempio, nell’art. 348 c.p.), altre volte limitato all’imposizione di una diversa formula di assoluzione in mancanza del dato di illiceità (il fatto non sussiste *vs* il fatto non costituisce reato).

Possiamo quindi riconoscere che l’introduzione dell’abusività nei reati ambientali esprima un elemento del fatto e non un semplice richiamo all’esclusione dell’esercizio di un diritto scriminante. Ciò comporta, a nostro avviso, l’applicazione di diversi canoni di interpretazione, in punto di applicazione di principi costituzionali.

Così, ad esempio, mentre può ammettersi che i principi costituzionali possono essere invocati per fondare diritti con funzione scriminante, anche laddove l’applicazione del principio sfoci in un’analogia *in bonam partem*, ben più problematica è la loro applicazione diretta per affermare la rilevanza penale di un fatto.

Quanto al significato da attribuire al termine, in dottrina si è osservato che la clausola “abusivamente” equivale a “illecitamente”, *contra jus*<sup>819</sup> e che la sua funzione sarebbe quella di parametrare l’estensione della norma penale fino ai confini dell’area del c.d. *rischio consentito*<sup>820</sup>, il quale – come è noto – esprime un’area di rischio lecito e socialmente utile<sup>821</sup>.

Tuttavia, poiché, come si è visto, il concetto di abuso esprime una *contrarietà al diritto diversa* da quella che caratterizza l’illecito *tout court*, occorre domandarsi se vi sia la possibilità di ricondurre all’avverbio *abusivamente* anche situazioni diverse dalla violazione di regole poste dalla legge amministrativa, penale, o dall’Autorità, cioè le fonti chiamate a regolare lo svolgimento di attività potenzialmente offensive per l’ambiente.

Sulla portata della clausola è, recentemente, intervenuta la prima sentenza di legittimità della Corte di Cassazione<sup>822</sup>, chiamata a fare applicazione dell’art. 452 *bis* c.p., e che può essere presa a riferimento per ricostruire i possibili significati del termine in questione.

---

<sup>819</sup> C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Torino, 2016, p. 246. Sul problema del rischio consentito si veda, *ex multis*, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 362.

<sup>820</sup> C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, op. cit., p. 244. Sul problema del rischio consentito si veda, *ex multis*, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 362.

<sup>821</sup> C. PERINI, F. CONSULICH (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, op. cit., p. 85.

<sup>822</sup> Cassazione Penale, Sez. III, n. 46170 del 21 settembre 2016, dep. 3 novembre 2016, pubblicata in *Questione Giustizia* con nota di G. BATTARINO, “Detto in modo chiaro”: *l’inquinamento esiste*, 8 novembre 2016, e nota di G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, 14 novembre 2016, nonché su *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22.11.2016. Un elenco di possibili interpretazioni del termine, non coincidente con quello avallato dalla Cassazione, viene prospettato anche da M. SANTOLOCI, V. VATTANI, *Il termine “abusivamente” nel nuovo delitto di “disastro ambientale”: violazione di un principio generale o di un’autorizzazione amministrativa specifica*, op. cit., pp. 2 ss.

La sentenza citata, in accordo con quanto predetto da dottrina e Ufficio del Massimario, ha ritenuto che l'*abusivamente* dei nuovi eco-delitti possa essere interpretato secondo i paradigmi degli abusi rilevanti in materia di rifiuti e di reati edilizi, sui quali vi è ormai copiosa riflessione e ingente formante di prassi.

### **6.2.1. Abusivamente come violazione di regole.**

Al pari di quanto accade in tema di reati edilizi e di rifiuti, anche per i nuovi eco-reati rilevano sia le ipotesi di condotte *clandestine o non autorizzate*, sia quelle tenute *violando limiti di legge, regolamenti o autorizzazioni*. L'abuso, in questo caso, assume il significato dell'illecito extra-penale, e quindi di un abuso "nel" diritto.

Quanto ai comportamenti tenuti *sine titulo*, in assenza di ogni autorizzazione amministrativa, "clandestinamente", un'interpretazione in tal senso della clausola in altre fattispecie codicistiche, quali l'art. 348 c.p., l'art. 445 c.p., l'art. 615 *bis* c.p., l'art. 621 c.p.<sup>823</sup> e, in modo ancora più pertinente, in materia di reati relativi alla gestione di rifiuti laddove si parla di scariche abusive o di condotte tenute abusivamente (nella specie, artt. 256 e 260 del d.lgs. 152/2006). Con riferimento a quest'ultimo ambito, la giurisprudenza di legittimità ha sovente ripetuto che il requisito dell'abusività deve ritenersi integrato qualora non vi sia autorizzazione<sup>824</sup>. In questo caso il disvalore della natura clandestina della condotta non autorizzata discende dalla violazione della norma positiva che impone di munirsi di un titolo abilitativo per il compimento di una data attività. Esso quindi entra a pieno titolo nel significato penalistico di "attività abusiva" come attività svolta in violazione delle norme che la disciplinano. Passando dunque ad occuparci del possibile significato di *abusivamente* che coincide con la "violazione di normative", la qualifica di abusiva abbraccia anche la condotta autorizzata che si svolga in violazione dei limiti e delle prescrizioni che la disciplinano. Esempi in tal senso si hanno, oltre che nel delitto di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico previsto dall'art. 615 *ter* c.p.<sup>825</sup>, sul quale torneremo, anche rispetto a talune contravvenzioni del Libro III del Codice Penale quali l'art. 686 c.p. (Fabbricazione o commercio abusivi di liquori o droghe, o di sostanze destinate alla loro composizione), e alla lottizzazione abusiva punita *ex art.* 30 d.P.R. 06.06.2001, n. 380. La tradizionale interpretazione dello stesso elemento in materia di rifiuti (art. 260 TUA) insegna d'altra parte che sono ritenute "abusive" le condotte tenute in presenza di un'autorizzazione, ma in violazione dei limiti imposti da essa<sup>826</sup>. Ancora, in materia di rifiuti, al pari della violazione delle prescrizioni contenute nelle

---

<sup>823</sup> La *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015*, op. cit., p. 11.

<sup>824</sup> V. Cass. Pen., Sez. III, 13 luglio 2004, n. 30373.

<sup>825</sup> In questo senso l'interpretazione della clausola nel reato di accesso abusivo a sistema informatico p. e p. dall'art. 615 *ter* c.p., accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che ritiene "abusiva" la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto che, pur essendo abilitato, violi le condizioni e i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (Cass. Pen., S.U., 7.02.2012, n. 4694), su cui v. *infra*.

<sup>826</sup> Si ricordi *ex multis* Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2010, n. 40945, per cui «sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione di rifiuti (...) qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni».

autorizzazioni amministrative, rileva come abusiva più in generale «tutte le attività non conformi ai precisi dettati normativi svolte nel settore della raccolta e smaltimento di rifiuti»<sup>827</sup>.

Così anche nel concetto di “abusivamente” dei nuovi reati ambientali si ritiene di poter comprendere tanto la violazione di *norme di legge statale o regionale* quanto la violazione del *titolo abilitante*<sup>828</sup>.

Tale interpretazione non pone particolari problemi, se non quello, a nostro avviso, di vagliare l'esistenza di un collegamento e di una pertinenza minima tra la normativa violata, non necessariamente posta a tutela diretta dell'ambiente, così da poter considerare abusive quelle attività violanti disposizioni che mantengono un *collegamento* con l'ambiente, che finiscono per incidere, in qualche modo, su di esso, sebbene indirettamente, in quanto poste a tutela di beni e interessi che *interferiscono* con le matrici ambientali (quali il territorio, o la salubrità dei luoghi di lavoro)<sup>829</sup>. Nei casi in cui la connessione tra ambiente e normativa violata non risalti *ictu oculi*, la risposta al quesito dovrebbe essere data a partire dalla normativa violata. Così, ad esempio, con riferimento al reato dell'art. 452 *bis* c.p., possano ritenersi abusive anche condotte di violazione di norme della navigazione generanti eventi di inquinamento ambientale in occasione di fatti di naufragio di natanti. Nel caso delle norme della navigazione, infatti, un rapporto tra tutela dell'ambiente e sicurezza della navigazione è ricostruibile a partire dalla normativa violata: come precisato anche dalla sentenza del Tribunale di Grosseto sulla vicenda della Costa Concordia<sup>830</sup>, il Codice internazionale di gestione della sicurezza (c.d. ISM) adottato dall'Organizzazione Marittima Internazionale, persegue, tra gli altri scopi, anche quello di salvaguardare l'ambiente, e a tal fine indica i principi e gli obiettivi generali che le singole compagnie devono poi attuare.

### **6.2.2. Abusivamente come autorizzazione palesemente illegittima o criminosa.**

In secondo luogo, il richiamo alle interpretazioni del termine abusivamente sviluppatasi in ambito di rifiuti e in ambito edilizio consente alla sentenza citata di valorizzare, in accordo con parte della dottrina<sup>831</sup>, tra le possibili interpretazioni della clausola *abusivamente*,

---

<sup>827</sup> Cass. Pen., Sez. 3, 14 luglio 2011, n. 46189.

<sup>828</sup> Si condivide la scelta, comune alla maggior parte dei primi commenti alla legge n. 68 del 2015, di trarre argomenti per l'interpretazione della clausola dell'abusivamente dalle definizioni di abusività date dalla giurisprudenza in applicazione dei reati degli artt. 256 e 260 d.lgs. 152/2006. Si dà atto tuttavia del rilievo operato da M. SANTOLOCI, V. VATTANI, *Il termine “abusivamente” nel nuovo delitto di “disastro ambientale”: violazione di un principio generale o di un'autorizzazione amministrativa specifica?*, op. cit., p. 5, ai quali non appaiono pertinenti i paragoni con altri settore ambientali. Gli Autori ritengono infatti che per considerare abusivo un comportamento occorre ipotizzare che lo stesso possa esistere tanto in forma legale, che in forma illegale, mentre «il disastro ambientale non ha una sua ipotesi legale...il disastro è disastro e basta». Sul punto, si osserva tuttavia che qui non è il disastro a essere abusivo, bensì la condotta che origina il disastro la quale, essendo sovente collocata in un contesto di c.d. rischio lecito (es. impresa, edilizia, trasporto, ecc.) certamente esiste nella forma legale.

<sup>829</sup> C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, op. cit., p. 7 ricorda come sia emblematico il caso Eternit, ove il disastro innominato doloso viene causato dalla violazione di norme poste a tutela della salute dei lavoratori.

<sup>830</sup> Tribunale di Grosseto, sentenza n. 115 del 11.02.2015, dep. 10 luglio 2015 (p. 57, p. 94, p. 103), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 novembre 2015, con nota di S. ROSSI, *Il naufragio della Costa Concordia: norme incriminatrici e categorie dogmatiche alla prova dei fatti (una prima lettura)*.

<sup>831</sup> L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il “Libro dell'anno del diritto Treccani 2016”*; C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p.3 *contra* v. le critiche prospettate al legislatore in sede di audizione del Prof. Mauro Catenacci nell'indagine conoscitiva in merito all'esame delle proposte di legge c.957 Micillo e c. 342 Realacci, per cui v. Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico, Indagine conoscitiva, seduta di*

anche il caso della conformità ad un'autorizzazione "palesamente illegittima" e "criminosa".

Così, infatti, in tema di attività edificatoria la giurisprudenza considera abusiva l'attività svolta in presenza di un titolo abilitativo formalmente valido, ma contrastante con la disciplina legislativa<sup>832</sup> e lo stesso rilievo vale anche in materia di rifiuti, dove sussiste il carattere abusivo dell'attività autorizzata anche quando le autorizzazioni siano palesamente illegittime<sup>833</sup>.

La questione, come è evidente, è collegata a doppio filo con la problematica della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale ex All. E della L.A.C. del 20 marzo 1865, n. 2248, e, secondo l'impostazione più recente, del sindacato del giudice penale sugli stessi<sup>834</sup>.

Il problema del sindacato del giudice penale sull'autorizzazione quando questa sia semplicemente illegittima, o palesamente illegittima, o dolosamente ottenuta interessa da molti anni dottrina e giurisprudenza.

La dottrina suggerisce di distinguere, approvando quanto affermato dalla ormai lontana sentenza Giordano<sup>835</sup>, il caso dell'autorizzazione ottenuta con mezzi illeciti, e l'autorizzazione ottenuta con mezzi leciti, ma illegittima. Nel caso della semplice illegittimità, infatti, opererebbe un principio di affidamento a favore del cittadino verso la Pubblica Amministrazione, in forza dello squilibrio informativo per cui il cittadino si rapporta proprio all'autorità istituzionalmente preposta per assicurare la conformità dell'attività (in specie, edilizia) al parametro normativo di riferimento<sup>836</sup>. È risaputo tuttavia che la giurisprudenza abbia intrapreso un'altra strada, consentendo al giudice penale di valutare la legittimità dell'atto non tanto in forza di un potere di disapplicazione, quanto di verifica dell'integrazione della fattispecie.

---

mercoledì 06 novembre 2013, op. cit., in cui si auspicava che il legislatore si facesse carico del problema dell'analogia *in malam partem* con cui si equipara autorizzazione mancante e autorizzazione illegittima, attraverso il riferimento a un'autorizzazione *illicita*, che avrebbe portato alla disapplicazione soltanto in presenza di un comportamento doloso da parte di chi l'ha ottenuta, come auspicato dalla sentenza S.U. Giordano del 1987.

<sup>832</sup> Si ricordino le decisioni Cass. Pen., S.U., 31.01.1987, n. 3, Giordano e Cass. Pen., S.U. 28.11.2001, n. 5115, Salvini.

<sup>833</sup> Si veda la già citata Cass. Pen., Sez. III, 21.10.2010, n. 40945.

<sup>834</sup> V. M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2004, p. 1 ss., e, in materia ambientale, M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, pp. 364 ss.

<sup>835</sup> Cass. Pen. S.U. 31.01.1987, n. 3. Le S.U. ritennero un'operazione analogica *in malam partem* l'applicazione del reato edilizio al caso in cui il titolo esiste, ma è illegittimo. Si osservava tuttavia che, quando l'atto è affetto da patologie così macroscopiche da essere considerato *tamquam non esset*, come nel caso di assoluta carenza di potere dell'autorità emanante ovvero di concerto criminoso con il privato, il giudice non incontrava il suddetto limite alla disapplicazione. V. F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 settembre 2013.

<sup>836</sup> M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, op. cit., p. 189. L'Autore fa riferimento al rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione come a una relazione verticale in ragione dell'ovvia superiorità di cognizioni tecniche delle quali dispone l'autorità amministrativa.

Come è noto, il principale problema del sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'Amministrazione è quello della violazione del divieto di analogia.

A ben vedere, tuttavia, con riferimento alla clausola “abusivamente”, il problema dell'analogia è ridotto rispetto ai casi nei quali le norme fanno riferimento, nel testo, all'“assenza di autorizzazione”. Si è già detto, infatti, che per attività abusiva, comunemente, non si intende solo quella *clandestina*.

La domanda da porsi è piuttosto se, tra i possibili significati di condotta abusiva, possa esservi anche quella di “condotta rispettosa di un'autorizzazione illegittima”, o se tale significato sia esterno a quello di “abusivo”, dovendosi a tal punto concludere che applicare la norma nel caso di assenza di autorizzazione costituirebbe un'indebita operazione analogica che equipara non la presenza di un'autorizzazione illegittima alla sua assenza, ma una condotta abusiva a una condotta rispettosa di un'autorizzazione viziata.

Ci sembra, allora, che nell'abusivamente possa ricomprendersi lo sfruttamento del procedimento autorizzatorio che conduce all'autorizzazione illegittima e illegale, o addirittura criminosa.

Più difficile collocarvi la semplice illegittimità e la macroscopica illegittimità, sebbene rispetto a questa potrebbe ravvisarsi quell'aspetto di strumentalizzazione caratteristico dell'abuso, qualora ad esempio il privato, che si trovi in un rapporto paritetico rispetto alla Pubblica Amministrazione, abbia dato corso all'illegittimità stessa o non abbia collaborato per rimuoverla.

### **6.2.3. Abusivamente come sviamento dei fini (rilievi critici).**

In terzo luogo, stando a quanto prospettato dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, «nel concetto di *abusivamente* dovrebbero potersi ricomprendere anche le situazioni nelle quali l'attività, pur apparentemente ed esteriormente corrispondente al contenuto formale del titolo, presenti una *sostanziale incongruità* con il titolo medesimo», il che, si specifica, può avvenire «quando si rinvenga uno sviamento della funzione tipica del diritto/facoltà conferiti dal titolo autorizzatorio»<sup>837</sup>. Tale soluzione è stata prospettata anche in dottrina, dando rilievo al «contrasto con i fini sostanziali della normativa o con i principi generali»<sup>838</sup>.

L'idea di fondo sarebbe dunque quella di ritenere abusiva la condotta di sfruttamento dell'autorizzazione ad altri scopi, recuperando così il tema dello *sviamento dai fini* del

---

<sup>837</sup> Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015, op. cit., p. 12.

<sup>838</sup> A. MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, 2016, p. 54.



potere concesso, che si è visto essere argomento ricorrente dell'abuso extra-penale, e nell'abuso del diritto in particolare.

A nostro avviso, affinché non si perda la capacità selezionante della fattispecie penale, occorre circoscrivere il campo del fine rilevante per punire l'abuso. In altre parole, se può definirsi abusiva una situazione di deviazione funzionale di esercizio del potere, non ogni deviazione finalistica dell'azione può avere rilevanza penale, ma occorre che la finalità concreta perseguita dall'agente sia portatrice di un certo disvalore, e che non resti un imperscrutabile atteggiamento mentale dell'agente, ma rivesta la condotta sul piano dell'esteriorità o della direzione. La norma penale, infatti, svolge anche una funzione di garanzia, che richiede che la finalità disapprovata sia espressa dal legislatore, cosicché l'agente possa esser certo che il perseguimento di quel fine nel corso della sua attività autorizzata gli sarà nocivo.

Possiamo allora richiamare le riflessioni svolte in apertura del capitolo sull'inconfigurabilità di un divieto generale di abuso e sui successivi stadi di tipizzazione dell'abuso d'ufficio, esorditi proprio dando rilievo dato al fine del perseguimento del danno o vantaggio attraverso un elemento di dolo specifico. Tanto ci aveva convinto che l'abuso ad ogni scopo diverso da quello di attribuzione del potere fosse un concetto troppo vago ed eterogeneo per trovare accoglimento nel diritto penale, e che poteva aver rilievo solo un certo abuso a un certo scopo, sufficiente determinato.

Traslando queste considerazioni all'attuale campo di indagine, notiamo come, ad esempio, nel traffico illecito di rifiuti *ex art. 260 d.lgs. 152/2006*, viene espressamente in rilievo l'ipotesi dell'attività autorizzata piegata al fine dell'ingiusto profitto<sup>839</sup>. In questo caso potrebbe dunque sostenersi che il compimento di un'attività autorizzata di rifiuti, abnorme rispetto all'autorizzazione per fini di ingiusto profitto, rilevi anche ai sensi dell'art. 452 *bis* c.p. e dell'art. 452 *quater* c.p. È chiaro tuttavia che, laddove venga in rilievo la commissione del reato dell'art. 260 TUA, come fatto da cui scaturisce un evento di inquinamento o di disastro ambientale, per ritenere la sua condotta abusiva non vi è bisogno di scomodare i fini perseguiti, ma solo verificare l'avvenuta violazione di una norma, in questo caso una norma penale.

Fuori dalla previsione di uno specifico disvalore del fine perseguito, fatto proprio da una norma od oggetto di apposito divieto, gli altri fini sono irrilevanti.

---

<sup>839</sup> La giurisprudenza ritiene appunto che nelle attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs. 152/06) «il requisito dell'abusività deve essere interpretato in stretta connessione con gli altri elementi tipici della fattispecie, quali la reiterazione della condotta illecita e il dolo specifico d'ingiusto profitto» (Cass. Pen., Sez. III, 15.10.2013, n. 44449).

L'ordinamento può scegliere di accordare tutela e premiare solo i comportamenti di esercizio di diritti e poteri conformi al loro scopo istituzionale, mentre può tollerare quelli difformi, o può scegliere di reprimerli: ma se intende reprimerli, tale deve essere risultare espressamente.

Del resto, in assenza della violazione di una norma che dia rilevanza al fine perseguito, la ricerca di fini proibiti attraverso il confronto con le altre norme del sistema si tradurrebbe in una dubbia interpretazione analogica.

#### **6.2.4. Abusivamente come violazione di norme di principio (rilievi critici).**

Rimane infine da considerare, sempre con riferimento agli ecoreati, la prospettiva dell'abuso come *violazione dei principi* del settore ambientale, per verità respinta dalla prima giurisprudenza di legittimità, ma prospettata come astrattamente possibili, dalla Relazione del Massimario<sup>840</sup> e in dottrina<sup>841</sup>.

Tradotti nella prassi, tale strumento interpretativo potrebbe ricorrere nei reati *de quo*, laddove si ha a che fare con autorizzazioni che prevedono tecniche superate<sup>842</sup>, o discipline caratterizzate da valori soglia non affidabili<sup>843</sup>, insomma nei casi ove si ha a che fare con un comportamento dell'agente conforme a prescrizioni amministrative o legali che vengono ritenute non più idonee a garantire la protezione dei beni ambientali.

Già prima dell'ingresso dei nuovi delitti, tali argomentazioni avevano fondato, in chiave accusatoria, la contestazione di *disastro ambientale* ai sensi dell'art. 434 e dell'art. 449 c.p., laddove, in taluni procedimenti giudiziari attualmente in corso, si è ravvisato quello che può essere definito un *abuso dell'autorizzazione*, o, se si preferisce, una *strumentalizzazione del procedimento autorizzatorio*, al fine di ottenere l'avallo di tecniche produttive inquinanti facendosi *schermo* dell'autorizzazione<sup>844</sup>.

La strada privilegiata per consentire al giudice di sindacare la bontà dell'autorizzazione è stata individuata<sup>845</sup> nella possibilità di riscontrare la violazione di principi del settore

---

<sup>840</sup> Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015, op. cit., pp. 9 ss.

<sup>841</sup> G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, op. cit., p. 4; A. MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale*, op. cit., p. 54.

<sup>842</sup> Si veda L. MASERA *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, op. cit., p. 14.

<sup>843</sup> Si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, op. cit., p. 31

<sup>844</sup> Si pensi alla vicenda *Tirreno Power*, in cui al gestore della centrale termoelettrica si contestava il non essersi adeguato a valori di emissioni previsti secondo le migliori tecniche disponibili (c.d. BAT) individuate su scala europea, facendo affidamento sul rispetto dell'A.I.A. ottenuta in vista della futura costruzione di impianti più moderni, i quali, secondo l'impostazione iniziale dell'accusa, non si aveva in realtà intenzione di costruire. V. P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, op. cit., p. 68.

<sup>845</sup> G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, op. cit., p. 4.

ambientale, quale il principio di precauzione l'art. 3 *ter* D. Lgs. 152/2006<sup>846</sup>, o di norme costituzionali riferibili alla materia, quale il diritto alla salute dell'art. 32 Cost.

È evidente come l'idea di affidare al giudice la *concretizzazione di principi* pur in presenza di una normativa espressa o di un provvedimento esecutivo sia dettata da un sentimento di sfiducia, tutt'altro che celato<sup>847</sup>, verso il dato legislativo e verso la capacità delle amministrazioni di assicurare un buon temperamento degli interessi in gioco. Il giudice che sindacava l'autorizzazione o la normativa, infatti, sovrappone un proprio *bilanciamento*, ritenuto capace di un migliore temperamento degli interessi, a quello operato dal legislatore, o per suo conto dall'autorità amministrativa<sup>848</sup>.

Come si è visto, l'abuso è concetto che, di per sé, si presta a inglobare la violazione di principi, e non sarebbe quello degli artt. 452 *bis* o 452 *quater* c.p. il primo caso in cui, in diritto penale, un abuso viene messo in relazione con principi costituzionali richiamati ad integrare elementi del precetto (si ricordi quanto detto a proposito dell'art. 323 c.p.).

Nel caso specifico, tuttavia, l'ordinamento rimette la concretizzazione dei principi costituzionali che vengono in gioco nella realizzazione di attività socialmente utili ma potenzialmente inquinanti (quali la libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost., il diritto al lavoro previsto dall'art. 4 Cost., il diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost.) alla valutazione prima del legislatore, e poi della Pubblica Amministrazione<sup>849</sup>. Lo stesso può dirsi, come ben chiarito dalla dottrina<sup>850</sup>, per i principi del diritto ambientale, *in primis* per il principio di precauzione (art. 191 TFUE, art. 3 *ter* TUA), che si rivolgono al decisore pubblico, più che al cittadino e che necessitano di attuazione con riferimento alle singole fattispecie<sup>851</sup>.

---

<sup>846</sup> Tale possibilità è annoverata tra le «preoccupazioni circa la tipicità della fattispecie» dalla *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015*, op. cit., p. 9.

<sup>847</sup> G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, op. cit., p. 5, dopo aver sostenuto l'ampia interpretazione di abusivamente, capace di inglobare anche la violazione di principi, afferma: «solo in tal modo, considerata la pessima qualità delle nostre leggi (in particolare del TUA) e le frequenti carenze delle autorizzazioni ambientali, si eviterebbero notevoli vuoti di tutela rispetto a diritti fondamentali del cittadino e della collettività».

<sup>848</sup> C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, op. cit., p. 30 afferma che la clausola "abusivamente" ha il compito di richiamare l'attenzione dell'interprete sul bilanciamento degli interessi in conflitto che vengono composti dall'autorizzazione amministrativa e dai valori soglia. Sul problema del bilanciamento degli interessi in gioco in materia ambientale, affrontato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 85/2013 con riferimento alla vicenda ILVA, si veda D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte Costituzionale davanti alla prima Legge ILVA*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, pP. 1498 ss.

<sup>849</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 85 del 09.05.2013, relativa all'art. 1 della legge 231/2012 (c.d. prima legge Salva Ilva).

<sup>850</sup> C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 gennaio 2015, Pp. 2 ss.

<sup>851</sup> *Ibidem*.

In assenza di elementi di illegittimità e fuori dai casi di collusione, l'Amministrazione sceglie discrezionalmente, per il caso concreto, *uno* tra i possibili bilanciamenti che si collocano in uno spettro di ipotesi, nelle quali i vari interessi coinvolti si pongono in equilibri non irragionevoli. Non può dunque ammettersi che, *ex post*, il giudice penale disattenda quella valutazione ponendo sul privato la responsabilità della scelta che non ha realizzato il bilanciamento nel modo che, tra l'altro al momento del giudizio, si appalesa preferibile. Come è stato osservato, sebbene in altro contesto, «i fatti penalmente rilevanti non possono emergere in sede di concretizzazione del principio giudiziale in una regola»<sup>852</sup>, per giunta creata *ad hoc* dall'organo decidente in sostituzione della regola positivizzata.

Come è stato recentemente sottolineato<sup>853</sup> e come si è ricordato sopra, al giudice è consentito rimuovere l'autorizzazione laddove si ponga un effettivo problema di legittimità, anche senza invocare la diretta applicazione di principi, attraverso il sindacato di questa nei modi già individuati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In questo modo, per quanto anche la strada della “disapplicazione” sia ricca di insidie, si circoscrive il campo di operatività del sindacato sui bilanciamenti effettuati in sede esecutiva ai casi nei quali esso risulti, effettivamente, affetto da un vizio. Si hanno altresì risultati meno imprevedibili della diretta applicazione dei principi, poiché si sostituisce alla *regola del caso concreto* individuata dal provvedimento illegittimo, una *regola* desumibile da altro parametro normativo soprapposto<sup>854</sup>, e non una regola creata *ad hoc* dall'organo giudicante. La presenza della regola, posta dal legislatore o dall'Amministrazione, dovrebbe limitare la discrezionalità del giudice anche quando la norma penale parla di “abuso”.

### **6.3. La rilevanza delle condotte abusive nel reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 *ter* c.p.).**

Prendiamo in considerazione ora l'ipotesi del reato di *accesso abusivo a sistema informatico* previsto dall'art. 615 *ter* c.p., introdotto dalla L. 23 dicembre 1993, n. 547, che punisce «chiunque *abusivamente* si introduce in un sistema informatico o telematico

---

<sup>852</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, op. cit., p. 295.

<sup>853</sup> C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., pp. 3 ss.

<sup>854</sup> È quanto avviene, ad esempio, per l'A.I.A. (art. 29 *bis* ss. T.U.A.) che sia illegittima sin dal momento del suo rilascio in quanto consenta tecniche o livelli di emissioni incompatibili con le migliori tecniche disponibili, il cui rispetto è imposto dalla disciplina del TUA (v. art. 29 *sexies* T.U.A.).

protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo».

La fattispecie è di nostro interesse perché, sebbene, come sottolineato in dottrina, essa sia destinata a trovare applicazione principalmente in presenza di accessi abusivi compiuti da soggetti dotati di qualifiche pubblicistiche<sup>855</sup>, la stessa può venire in rilievo anche rispetto a facoltà di accesso a sistemi informatici inerenti *rapporti privatistici*, nei quali l'autorizzazione all'uso dello strumento informatico e le sue condizioni di utilizzo hanno fonte contrattuale.

In questo senso depone la scelta legislativa di prevedere la circostanza aggravante dell'art. 615 *ter* c. 2 n. 1 c.p., che punisce più severamente l'accesso al sistema informatico «commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso di poteri o con violazione di doveri inerenti alla funzione o al servizio». Se vi è una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui il reato sia commesso dal soggetto qualificato, vuol dire che la presenza della qualifica è un elemento solo eventuale, e che dunque il reato può essere commesso anche da soggetti sprovvisti di detta posizione e dei relativi poteri.

Anzi, è proprio con riguardo all'accesso abusivo compiuto da un soggetto non qualificato in termini pubblicistici che, prima dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2012<sup>856</sup>, appariva maggiormente problematica la questione della portata della norma, essendo controverso se essa offrisse copertura legale solo ai casi di assenza di autorizzazione o anche a quelli di violazione dei limiti dell'autorizzazione<sup>857</sup>.

Con riferimento all'ipotesi dell'accesso compiuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, il richiamo al concetto di "abuso di poteri" del pubblico ufficiale operato dalla circostanza aggravante, infatti, consentiva senz'altro di dar rilievo al cattivo esercizio di un potere presente, il quale, secondo la giurisprudenza, poteva consistere anche in un «*accesso per scopi non istituzionali*»<sup>858</sup>. Non vi era quindi, a ben vedere, motivo di dubitare che nell'ipotesi del pubblico ufficiale la norma coprisse anche il cattivo esercizio del potere.

La norma offre l'occasione da un lato, per confrontare una lettura soggettiva e oggettiva dell'abuso e, dall'altro, per riflettere sulla capacità dell'abuso di essere sia un elemento di

---

<sup>855</sup> R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, op. cit., p. 126.

<sup>856</sup> Cass. Pen., S.U., 7.02.2012, ud. 27.10.2011, n. 4694.

<sup>857</sup> R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, op. cit., p. 124.

<sup>858</sup> *Ibidem*. In giurisprudenza v. Cass. Pen, Sez. V, 16.02.2010, Javanovic; Cass. Pen., sez. V, 30.04.2009, Russo.

apertura della fattispecie sul piano extra-penale sia un elemento teleologico, capace di andare oltre la violazione delle regole extra-penali.

Prima dell'intervento delle S.U. del 2012, infatti, il principale nodo problematico dell'interpretazione dell'art. 615 *ter* c.p. riguardava la sua idoneità ad abbracciare solo le condotte non autorizzate o anche quelle che, pur autorizzate, fossero compiute in violazione dei limiti del titolo abilitante, discutendosi, in particolare, sulla possibilità di comprendere, in questo secondo gruppo, anche i casi di accesso a fini eterogenei da quelli sottesi all'autorizzazione.

L'art. 615 *ter* c.p., infatti, punisce non solo le condotte commesse dai c.d. *hackers* o *crackers*, ma anche quelle poste in essere dai c.d. *insiders*, cioè coloro che accedono legittimamente ai sistemi in quanto titolari di codici di accesso rilasciati dal titolare, ma vi permangono per svolgere attività diverse da quelle per le quali era stata data l'autorizzazione all'accesso<sup>859</sup>.

Le differenze interpretative scaturivano dal fatto che, dalla lettura della norma, sembrerebbe possibile isolare due condotte (l'introdursi abusivamente in un sistema informatico o telematico e il mantenersi nel sistema contro la volontà di chi ha il diritto di esclusione)<sup>860</sup>. Tuttavia non appariva chiaro se l'elemento dell'*abusività*, certamente riferito all'ingresso, potesse interessare, per osmosi, anche il "cosa si faccia" una volta entrati nel sistema, dipendendo, in fin dei conti, proprio da tale aspetto la volontà, favorevole o contraria, del *dominus loci* sulla permanenza. Parte della dottrina, allora, considerava l'avverbio abusivamente come riferito al solo accesso e la locuzione "contro la volontà" riferita al mantenimento nel sistema, mentre, per altra parte, le due espressioni costituivano un pleonaso e stavano ad indicare la stessa cosa<sup>861</sup>.

Le divergenze tra i diversi orientamenti<sup>862</sup> dipendevano inoltre dalla diversità di premesse di ciascuno dei sostenitori, in termini di oggettività giuridica tutelata.

Non vi era affatto unanimità nell'individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p. Così, un primo orientamento riteneva che il bene tutelato dalla norma fosse l'integrità del sistema o dei dati in esso

---

<sup>859</sup> E. FARCI, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico* in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, pp. 1099 ss..

<sup>860</sup> G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2012.

<sup>861</sup> E. FARCI, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*, op. cit., p. 1105; C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, p. 339.

<sup>862</sup> Una ricostruzione della dottrina precedente l'arresto giurisprudenziale citato è offerta da A. TRUCANO, *Sull'irrelevanza dello scopo perseguito nell'accesso abusivo a un sistema informatico*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1875 ss. V. anche R. FLOR, *Verso una rivalutazione dell'art. 615 *ter* c.p.?* in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 2, pp. 134 ss.

contenuti, cosicché la norma avrebbe comportato un anticipo di tutela rispetto a condotte di danneggiamento o falsificazione dei dati, e punito un comportamento prodromico a tali condotte<sup>863</sup>. Diversamente, secondo altra opinione, la norma tutelava la riservatezza dei dati<sup>864</sup>, o ancora, mirava a evitare la turbativa nell'uso del sistema da parte del soggetto legittimato<sup>865</sup>. La teoria a più riprese abbracciata anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>866</sup>, riteneva invece che l'art. 615 *ter* c.p. fosse posto a protezione del c.d. domicilio informatico e dello *jus excludendi* del suo titolare<sup>867</sup>, sia per la collocazione sistematica della norma, sia per l'aderenza della descrizione alla fattispecie dell'art. 614 c.p., sia per i rilievi in tal senso desumibili dai lavori parlamentari.

Quanto all'avverbio *abusivamente*, mentre autorevole dottrina lo interpretava nel senso di un requisito pleonastico, volto a ribadire essenzialmente l'assenza di scriminanti<sup>868</sup>, la prassi dava valore a tale elemento, tuttavia non in maniera univoca.

Così, vi era un primo orientamento giurisprudenziale riteneva che commettesse il reato chi, autorizzato all'accesso al sistema per certi scopi, utilizzasse il titolo abilitativo per una finalità diversa da quella in base alla quale era stata concessa l'autorizzazione, non rispettando così le condizioni alle quali era subordinato l'accesso<sup>869</sup>.

A tale posizione si contrapponeva un diverso orientamento<sup>870</sup> che aderiva a un'interpretazione restrittiva dell'avverbio *abusivamente*, e ricordava come esso si riferisse solo alla condotta di accesso nel sistema, così da restringere l'area del penalmente rilevante all'ingresso non autorizzato e, conseguentemente, non far rispondere del reato il soggetto che, legittimato ad entrare nel sistema, vi restasse per fini diversi da quelli sottesi alla sua autorizzazione.

In quest'ottica, il significato restrittivo di "accesso non autorizzato" sarebbe da privilegiare anche per la conformità a quanto contemplato nella cd. "lista minima" della Raccomandazione R (89)9 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla criminalità informatica, approvata il 13 settembre 1989 ed attuata in

---

<sup>863</sup> M.O. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica al diritto*, 1994, p. 18.

<sup>864</sup> C. PECORELLA, *Art. 615 ter c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Milano, 2006, p. 4324.

<sup>865</sup> F. BLAIOTTA, R. BERGHELLA, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cassazione Penale*, 1995, p. 2333.

<sup>866</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. VI, n. 3067 del 1999 secondo cui con la previsione della norma il legislatore ha assicurato la protezione del domicilio informatico quale spazio ideale (ma anche fisico in cui sono contenuti i dati informatici) di pertinenza della persona, ad esso estendendo la tutela della riservatezza della sfera individuale, quale bene anche costituzionalmente protetto, che non è solo tutela del contenuto personalissimo dei dati, ma anche tutela dello *jus excludendi alios*.

<sup>867</sup> G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999.

<sup>868</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale, I*, Torino, 2011, p. 399.

<sup>869</sup> Cass. Pen., Sez. V, 6 dicembre 2000, n. 12732; Cass. Pen. Sez. V, 8.07.2008, n. 37322 Sala..

<sup>870</sup> Cass. Pen., Sez. V, 29.05.2008, n. 26797, Scimia; Cass. Pen., Sez. V, 25.06.2009, n. 40078, Genchi; Cass. Pen., Sez. V, 20.12.2007, n. 2534, Migliazzo.

Italia con la Legge n. 547 del 1993, e alla locuzione *access (...) without right* impiegata nell'articolo 2 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica siglata a Budapest il 23 novembre 2001 e ratificata con la Legge 18 marzo 2008, n. 48.

Le Sezioni Unite del 2012 ritengono che la questione non debba essere esaminata sotto il *profilo delle finalità perseguite* da colui che accede o si mantiene nel sistema, ma piuttosto che rilevi il «*profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico*», che risulta abusivo sia quando «violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (nozione specificata, da parte della dottrina, con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro)» sia quando «ponga in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito»<sup>871</sup>.

Dunque, secondo l'organo della nomofilachia, l'operazione non conforme a quella astrattamente prevista dal titolo integra il reato dell'art. 615 *ter* c.p., mentre l'operazione corrispondente all'autorizzazione ricevuta non rientra nella fattispecie dell'art. 615 *ter* c.p., a prescindere dallo scopo perseguito.

Infatti, aggiungono le Sezioni Unite, che «qualora l'attività autorizzata consista anche nella acquisizione di dati informatici, e l'operatore la esegua nei limiti e nelle forme consentiti dal titolare dello *jus excludendi*, il delitto in esame non può essere individuato anche se degli stessi dati egli si dovesse poi servire per finalità illecite», che, certo, non possono essere le finalità dell'autorizzazione, pena una sua invalidità civile o amministrativa.

Così, ad esempio, nel caso concreto sottoposto alle S.U., un appartenente alle forze dell'Ordine era entrato nel sistema informatico S.D.I. per finalità diverse da quelle di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione dei reati in ragione delle quali aveva le credenziali. L'autorizzazione espressamente permetteva la consultazione del sistema interforze soltanto per ragioni «di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione dei reati», con espresso divieto di stampare il risultato delle interrogazioni «se non nei casi di effettiva necessità e comunque previa autorizzazione da parte del comandante diretto». In questo caso, quindi, vi era stata una violazione delle prescrizioni disciplinanti l'accesso ed il mantenimento all'interno del sistema, a prescindere dalla finalità perseguita, tanto più che la

---

<sup>871</sup> Le S.U. affermano il principio di diritto per cui «integra la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto, prevista dall'art. 615 *ter* c.p., la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere dal soggetto che, pur essendo abilitato, violi le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso. Non hanno rilievo, invece, per la configurazione del reato, gli scopi e le finalità che soggettivamente hanno motivato l'ingresso nel sistema».



norma «non prevede alcuna finalità speciale né lo scopo di trarre profitto, per sé o per altri, ovvero di cagionare ad altri un danno ingiusto».

La posizione delle Sezioni Unite in merito all'irrelevanza di una finalità soggettiva viziata che si instaura su una condotta oggettiva conforme all'autorizzazione ci sembra condivisibile, e conferma quanto già detto per l'abusivamente dei reati ambientali e in generale per l'abuso: quest'ultimo è elemento percepibile già sul piano oggettivo, il rilievo di uno scopo dell'azione deve emergere da una norma, che lo imponga come scopo esclusivo, o lo vieti.

Veniamo allora al resto, cioè alle due interpretazioni del termine abusivo come «mancanza di autorizzazione» e come «violazione delle regole di autorizzazione».

Si è osservato in dottrina che entrambe le interpretazioni apparivano conformi alla lettera dell'art. 615 ter c.p., ma «disonomiche rispetto alla *ratio*»<sup>872</sup>, essendo l'interpretazione *restrittiva* compatibile con una fattispecie rivolta a tutelare il domicilio informatico (luogo non compromesso dall'ingresso nel sistema del soggetto legittimato), e l'interpretazione *estensiva* compatibile con una fattispecie rivolta a tutelare gli interessi sottesi al domicilio informatico, cioè la riservatezza dei dati in esso contenuti<sup>873</sup>.

Valorizzando il profilo della *ratio*, quindi, la soluzione del quesito prospettato alle Sezioni Unite doveva essere risolta dando risposta dapprima alla domanda su «quale delle due interpretazioni è maggiormente conforme al tipo configurato dal legislatore»<sup>874</sup>.

Per concludere il ragionamento, diamo atto di come la dottrina in questione, dando rilievo all'elemento delle misure di sicurezza che devono presidiare il sistema violato, opina che scopo della norma sia la riservatezza dei dati, più che il domicilio informatico, e dunque conclude per la punibilità delle condotte di violazione dell'autorizzazione capaci di offendere tali beni<sup>875</sup>. Tanto si desume anche dalla scelta legislativa di prevedere l'aggravante quando l'abusivamente in questione sia *abuso di potere o violazione del dovere del pubblico ufficiale*, che per definizione postula l'esercizio improprio di un potere presente. Sarebbe incongruo infatti ritenere che una circostanza aggravante dia valore a un elemento non compatibile con la fattispecie base. Ma chiudiamo qui il discorso, posto che, più che stabilire quale sia il bene tutelato, e dunque il senso e la sorte dell'art. 615 ter c.p., interessa intanto sottolineare la possibilità di individuazione del contenuto dell'abuso attraverso un'*interpretazione teleologica* della norma, incentrata sullo scopo di tutela.

---

<sup>872</sup> R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, op. cit., p. 125.

<sup>873</sup> R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, op. cit., p. 125 e p. 126.

<sup>874</sup> R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, op. cit., p. 126.

<sup>875</sup> *Ibidem*.

Tanto ci consente di affermare come la clausola “abusivamente” offra un’apertura a fonti legali, amministrative, civili che attengono all’*an* e al *quomodo* dell’uso di un potere o di una facoltà, e che, al contempo, l’ampiezza di tale apertura dipenda da una lettura teleologica, che condiziona la scelta tra un’interpretazione letterale stretta, e una più estensiva, dal peso che si dà alla *ratio* della norma, nonché dagli esiti del meccanismo di individuazione di questa *ratio*.

Si deve segnalare, tuttavia, l’insorgere di un nuovo contrasto giurisprudenziale sulla clausola in esame, che, in prossimità della chiusura di questa tesi, ha portato a una nuova remissione della *quaestio iuris* alle Sezioni Unite, con specifico riferimento alla condotta del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) che, pur rispettando formalmente le disposizioni impartite dal titolare dello *ius excludendi*, abbia realizzato l’accesso al sistema o vi sia rimasto all’interno perseguendo uno scopo non istituzionale<sup>876</sup>.

### **7. Abuso del diritto e minaccia. I rapporti tra abuso e reati di estorsione (art. 629 c.p.) ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.).**

Come si è anticipato nella ricognizione del capitolo precedente, rispetto alle fattispecie codicistiche, la rilevanza penale dell’abuso del diritto è stata affermata con riferimento ai reati di ragion fattasi degli artt. 392 e 393 c.p. e all’estorsione dell’art. 629 c.p.

In particolare, si è osservato che l’art. 392 c.p. (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose) reca impressa già nell’intitolazione l’allusione all’abuso del diritto, e che integra il delitto dell’art. 629 c.p. (estorsione) il fatto di chi minaccia l’uso di mezzi giuridici per conseguire scopi diversi da quelli per cui tali mezzi sono riconosciuti dall’ordinamento<sup>877</sup>.

L’affermata riferibilità dell’abuso del diritto ad entrambi i reati ci induce a dar subito conto dei rapporti tra essi, e dell’annoso problema dei criteri discretivi tra la condotta di chi si fa giustizia da sé con violenza o minaccia alle persone e chi realizza un’estorsione<sup>878</sup>.

---

<sup>876</sup> V. Cass. Pen., Sez. V, ord. 14.03.2017 (ud. 25.01.2017), n. 12264, su cui v. F. LOMBARDI, *Alle Sezioni unite il rapporto tra accesso abusivo a sistema informatico e sviamento di potere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017,4.

<sup>877</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., pp. 433 e 434.

<sup>878</sup> Si veda a tal proposito G. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2010, pp. 633 ss.; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale, III*, Torino, 2009, p. 466; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, op. cit., p. 427 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, op. cit., p. 174.

In giurisprudenza, a tal fine, si contendono il campo un criterio che dà rilevanza all'atteggiarsi *dell'elemento psicologico*<sup>879</sup> (sostenendosi che nell'ipotesi dell'art. 393 c.p. il reo agisce nella convinzione di avere un diritto da far valere, mentre nell'art. 629 c.p. egli agisce per ottenere un profitto nella consapevolezza di non averne diritto) e un altro che dà rilevanza alle *modalità della condotta*<sup>880</sup> (le quali, nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni non possono mai consistere in modalità del tutto sproporzionate ed esorbitanti rispetto al diritto vantato).

Tale secondo orientamento viene sovente, ed opportunamente, criticato in dottrina, sostenendo che dal testo delle norme non è evincibile alcun elemento che consenta di dare rilievo al grado di violenza o minaccia profusa (ad esempio, il richiamo di un indice di gravità), ma che anzi lo stesso art. 393 c. 3 c.p. prevede un aggravamento della pena se la violenza o minaccia alle persone è compiuta con armi<sup>881</sup>.

L'opinione maggioritaria in dottrina ritiene allora che il principale criterio discretivo per discernere le fattispecie delittuose in parola, uguali dal punto di vista materiale, sarebbe offerto dall'elemento psicologico, posto che nel reato dell'art. 393 c.p. il reo usa violenza o minaccia per conseguire un risultato che ritiene spettargli, mentre nel reato dell'art. 629 c.p. il soggetto ha conoscenza e volontà di conseguire un profitto senza base giuridica<sup>882</sup>. Sarebbe dunque la differenza in punto di finalità a rendere meno grave l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni rispetto all'estorsione, e non la proporzione nell'uso della violenza o minaccia, che non è mai consentita<sup>883</sup>.

Come osservato in dottrina, è possibile che un comportamento minaccioso collida con un comportamento di esercizio di un diritto in due occasioni: quando si minaccia un *male ingiusto* per un *fine giusto* ovvero quando si minaccia un *male giusto* per un *fine ingiusto*<sup>884</sup>.

Il primo caso, viene in rilievo con riferimento alla fattispecie dell'art. 393 c.p., che punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone.

---

<sup>879</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. II, 6.11.2015, n. 44674; Cass. Pen. Sez. II, 1.10.2010, n. 705; Cass. Pen., Sez. II, 23.09.2003, n. 41453.

<sup>880</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. II, 10.02.2015; Cass. Pen., Sez. VI, 23.11.2010, n. 41365; Cass. Pen., Sez. V., 20.07.2010, n. 28539; Cass. Pen., Sez. II, 05.04.2007, n. 14440; Cass. Pen., Sez. II, 27.06.2007, n. 35610; Cass. Pen., Sez. II, 1.10.2004, n. 47972.

<sup>881</sup> Così A. LAURINO, *Estorsione, ragion fattasi ed intensità della violenza nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Cassazione Penale*, 2012, pp. 3174 ss.

<sup>882</sup> A. SILIBERTI, *Il criterio distintivo tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Cassazione Penale*, 2016, p. 2863.

<sup>883</sup> A. VERRI, *Cass. Pen., sez. VI, 23-11-2010, n. 41365 (dep. 23 novembre 2010), Rel. Matera (esercizio arbitrario delle proprie ragioni – estorsione). Un'interessante pronuncia sui criteri di distinzione tra delitto di estorsione e delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2011.

<sup>884</sup> V. G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., pp. 188 ss., che spiega anche come nel caso di minaccia di un male giusto per un fine giusto non vi sia affatto minaccia, e come nel caso di minaccia di un male ingiusto per un fine ingiusto non vi sia affatto diritto.

Riteniamo, tuttavia, di poter rapidamente sgombrare il campo dai reati di ragion fattasi, nonostante essi siano, tradizionalmente, ritenuti reati di abuso<sup>885</sup>, preferendo aderire alla tesi che non rinviene in essi la tipizzazione di un abuso del diritto.

Volendo prima dar conto dell'opinione contraria, pure autorevolmente sostenuta, può ricordarsi come essa si fondi sull'argomentazione per cui i reati degli artt. 392 e 393 c.p. avrebbero ad oggetto un *cattivo uso del diritto di azione*, che può svolgersi solo attraverso le forme, i limiti, le garanzie disciplinate dalla legge (in particolare, un *uso violento del diritto*)<sup>886</sup>.

Essi, infatti – si dice – mirano a punire proprio il farsi ragione da sé, cioè la condotta di chi, potendo ricorrere a un giudice, usando violenza o minaccia alle persone o violenza su cose, decide di farsi giustizia da solo, sostituendosi al giudice<sup>887</sup>.

La possibilità o meno di autotutela privata (secondo il brocardo *non est singuli concedendum, quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*), riconosciuta dall'ordinamento solo in ipotesi eccezionali, è ciò che, secondo parte della dottrina, distingue l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni dalla scriminante dell'art. 51 c.p., per cui si avrà esercizio arbitrario delle proprie ragioni quando l'ordinamento non autorizza di affermare il diritto mediante una condotta violenta, e al contrario si avrà esercizio del diritto quando ciò è consentito<sup>888</sup>.

Si è visto già nel capitolo dedicato al diritto scriminante, come attenta dottrina osservi che i reati degli artt. 392 e 393 c.p., in verità, non contemplino un vero diritto di agire, ma piuttosto una pretesa da far valere in giudizio<sup>889</sup>, e che dunque gli stessi rispondano alla funzione di mitigare il trattamento penale dei reati di danneggiamento o di violenza privata in occasione dell'esistenza di un preteso diritto e al fine di esercitarlo<sup>890</sup>.

Ci sembra, in via generale, preferibile questa seconda impostazione, non essendo affatto chiaro di quale posizione si abusi nei reati in questione.

---

<sup>885</sup> V. MANZINI (a cura di G. D. PISAPIA, P. NUVOLONE), *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982, p. 333; V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, op. cit., p. 274 ss.; M. LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 51; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, op. cit., p. 36; S. KOSTORIS, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli, 1965, p. 48.

<sup>886</sup> S. KOSTORIS, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, op. cit., p. 48.

<sup>887</sup> *Ibidem* (ma v. anche p. 44).

<sup>888</sup> A. PAGLIARO, *Principi di parte speciale, II, Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Milano, 2000, p. 255.

<sup>889</sup> A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, op. cit., pp. 24 ss.

<sup>890</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, op. cit., p. 261 rileva che gli artt. 392 e 393 c.p. non costituiscono un limite alla scriminante dell'art. 51 c.p., ma apprestano sanzione penale per dei comportamenti comunque fuoriuscenti dall'esercizio di un diritto, i quali altrimenti sarebbero puniti secondo altre più gravi previsioni. Così anche E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice Penale Commentato*, op. cit., p. 751. Anche P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, op. cit., p. 51 esclude che gli artt. 392 e 393 c.p. possano costituire limite alla scriminante in esame. In giurisprudenza v. Cass. Pen., Sez. VI, 15.10.1969.

Benvero, non si abusa del *diritto di azione*, cioè della posizione riconosciuta dall'art. 24 Cost. e dall'art. 111 Cost., poiché tale diritto non viene – per definizione – affatto esercitato.

Non si abusa neanche della *pretesa giuridica sostanziale*, che, anzitutto, è di incerta esistenza<sup>891</sup>: essa resta sullo sfondo della vicenda, ma non conferisce alcun potere che viene esercitato. Come osservato attentamente, infatti, «il diritto che l'agente vuole esercitare non entra qui in discussione: non è che la legge punisca un determinato modo di esercitare il diritto; la legge punisce la procedura seguita per poter giungere all'esercizio del diritto»<sup>892</sup>.

Il comportamento tenuto dal soggetto è un comportamento di *violenza su cose* o di *minaccia o violenza su persone*: il fatto che sia tenuto in occasione della presenza di un “diritto”, e dunque al fine di avere giustizia (fine lecito), legittima il trattamento penale favorevole rispetto agli altri reati che, in assenza delle norme in questione, potrebbero ritenersi presenti, ma non importa la loro liceità.

Ciò detto in linea generale, un abuso del diritto potrebbe apparentemente rinvenirsi solo in particolari situazioni di violenza su cose, in presenza di una pretesa corrispondente a un diritto effettivamente esistente, dove il comportamento tenuto rientra effettivamente tra i possibili contenuti di esercizio del diritto che si vuole tutelare.

È il tipico caso di comportamenti di distacco delle utenze, rottura degli impianti, ecc. tenuti in luogo dell'avvio di procedure di sfratto, al fine di rientrare in possesso di immobili di proprietà. L'apparente conformità di tali comportamenti al contenuto del diritto del *dominus* consentiva alla giurisprudenza, in passato, di pervenire anche a sentenze di assoluzione rispetto all'art. 392 c.p.<sup>893</sup>. Al contrario, oggi, la giurisprudenza, ritiene di poter condannare *ex art. 392 c.p.* il proprietario che cambi la serratura della porta dell'immobile e vi ponga un lucchetto per impedire all'inquilino di rientrarvi<sup>894</sup> o disdica i contratti delle utenze per accelerare la fuoriuscita del conduttore<sup>895</sup>.

---

<sup>891</sup> *Ibidem*. L'argomento ci sembra assorbente anche rispetto a quello ulteriore evidenziato dall'Autore, che aggiunge: «l'abuso del diritto presuppone logicamente che il diritto sia pacificamente accertato», aspetto non presente nei reati di ragion fattasi.

<sup>892</sup> P. NUVOLONE, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, op. cit., p. 292.

<sup>893</sup> Cass. Pen., Sez. I, 6 novembre 1935, Antonaci, in *Rivista Penale*, 1936, pp.1150 ss., con nota di G. BONINI, *L'esercizio del proprio diritto che scrimina dal reato di esercizio arbitrario*. Nella sentenza si verteva della condotta del proprietario dei locali di portineria che tagliava i fili della luce elettrica, per indurre la portinaia ad abbandonare i suddetti spazi, da essa abitati, in seguito a licenziamento, sul presupposto che la corrente elettrica e l'impianto fossero beni nella sua disponibilità. La sentenza argomentava: «bisogna considerare che l'Antonaci, col tagliare il filo elettrico, non fece altro che disporre della luce, che egli pagava, nell'ambito dei locali di sua pertinenza, il che al proprietario è sempre permesso».

<sup>894</sup> Cass. pen. Sez. VI, 18.01.2005, n. 10066.

<sup>895</sup> Cass. pen. Sez. VI, 08.05.2012, n. 41675.

Anche in questo caso, tuttavia, il comportamento astrattamente riconducibile al diritto di proprietà (il proprietario della porta può cambiare la serratura, finanche rompere gli impianti elettrici e idraulici) è concretamente limitato dall'esistenza di un diritto altrui, di tipo reale od obbligatorio, che ne impedisce l'esercizio, sia in forma corretta che in forma abusiva, fino all'estinzione del vincolo o alla sua rimozione ad opera del giudice.

Diversamente, i comportamenti di violenza o minaccia nei confronti delle persone, come si è già detto nel capitolo dedicato alle cause di giustificazione, non costituiscono mai contenuto di diritti.

Tanto ci consente dunque di distinguere l'ipotesi in cui *si minaccia taluno al fine di esercitare un diritto* dal caso in cui *si minaccia taluno di esercitare un diritto*, dove invece è ravvisabile una strumentalizzazione di un diritto esistente come *mezzo* del reato.

Passiamo dunque ai problemi legati all'estorsione (art. 629 c.p.), che meritano interesse, nel nostro discorso, proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi.

Come si è visto, affrontando il discorso sull'abuso dei poteri pubblicistici, uno dei nervi scoperti della categoria è la riconducibilità o meno ad essa della minaccia di uso del potere del pubblico ufficiale, ad esempio nelle forme dell'adozione di un atto svantaggioso per il privato, o dell'esecuzione di un controllo, e via dicendo.

Al pari, con riferimento all'estorsione, si discute sulla rilevanza, come forma di aggressione tipica del reato di estorsione, della *minaccia di usare un diritto*.

Tradizionalmente, nella giurisprudenza, che tende ad ammettere tale evenienza, la questione viene in gioco per il diritto di agire in giudizio<sup>896</sup> e con riferimento alla condotta del datore di lavoro che prospetti licenziamenti per ottenere vantaggi contrattuali o risparmi retributivi<sup>897</sup>, ma recenti casi giudiziari hanno portato in primo piano la minaccia di uso di altri diritti, come il diritto di cronaca, nonché, più in generale, la minaccia di divulgare o usare legittimamente informazioni<sup>898</sup>.

---

<sup>896</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. II, 16.01.2003, n. 16618 per cui: «anche la minaccia di esercitare un diritto - come l'esercizio di un'azione giudiziaria o esecutiva - può costituire l'illegittima intimidazione idonea ad integrare l'elemento materiale del reato quanto tale minaccia sia finalizzata al conseguimento di un profitto ulteriore, non giuridicamente tutelato»; Cass. Pen. 9 maggio 1962, *Funghi*: «Anche il manifesto proposito di ricorrere alla giustizia può assurgere a carattere intimidatorio come quando si pretende un indennizzo superiore a quello spettante».

<sup>897</sup> V. Cass. Pen., Sez. II, 21.09.2007, n. 36642; Cass. Pen., sez. II, 4.11.2009, n. 656; Cass. Pen., Sez. II, 20.04.2010, n. 16656.

<sup>898</sup> Il riferimento è al noto *caso Corona*, deciso, per i fatti radicati nella competenza meneghina dalle sentenze Tribunale di Milano del 10.12.2009; Corte d'Appello di Milano del 02.10.2009, n. 6060; Corte di Cassazione Penale, Sez. II, 20.10.2011, n. 43317, nonché, per i fatti radicati nella competenza torinese, da Corte di Cassazione Penale, Sez. II, 11.11.2008, n. 45046, in riforma della sentenza G.U.P. Torino 11.01.2008, con rinvio poi a Tribunale di Torino, e decisione del 12.03.2010, quindi da Corte d'Appello di Torino del 16.01.2012, divenuta definitiva a seguito di Cass. Pen., Sez. II, 18.01.2013. La centralità di questo fenomeno estorsivo è evidenziata recentemente da R. ALAGNA, *Note sull'abuso del diritto come minaccia estorsiva*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, pp. 363 ss., che dà rilievo anche all'esistenza di apposite fattispecie in altri

La strada individuata per la sussunzione di tali ipotesi nell'art. 629 c.p. è la valorizzazione dell'elemento di ingiustizia, che può riferirsi sia il mezzo di realizzazione della fattispecie (minaccia di un male ingiusto) sia il fine (ingiusto profitto).

Se, apparentemente, quando si minaccia di usare un diritto, si minaccia un *male giusto*, una *più profonda valutazione* della situazione indurrebbe a ritenere, anche nel caso in esame, integrato l'elemento di ingiustizia, poiché il contesto della condotta rivela la presenza di un abuso del diritto, il cui uso è minacciato.

È stato osservato, allora, come non sia sufficiente escludere che il male prospettato sia *contra jus*, ma anche che non residui una sua illiceità come male *non iure*<sup>899</sup>, valutando la difformità tra la posizione esercitata e la funzione per cui essa è stata riconosciuta al soggetto<sup>900</sup>.

Il requisito dell'ingiustizia del male minacciato, la cui funzione è quella di selezionare, ai fini penali, solo le forme gravi e aggressive di condizionamento reciproco delle volontà<sup>901</sup>, in questi casi risiede nella *relazione tra lo scopo e il mezzo della minaccia*<sup>902</sup>.

Tale elemento funzionale è richiamato dalla giurisprudenza che, appunto, ritiene possa esservi estorsione quando l'uso del diritto è asservito a uno scopo esterno al perimetro teleologico del diritto stesso, che si traduce in un profitto ingiusto, in quanto *ulteriore* o *diverso* da quello connesso con il diritto esercitabile<sup>903</sup>.

Questa diversità, tra l'entità che spetta in base al diritto e quella perseguita dal soggetto che minaccia di far uso del diritto, può manifestarsi sia sul *piano quantitativo* (come nel caso della richiesta di un risarcimento sproporzionato), sia sul *piano qualitativo* (come nel caso della *vendita del silenzio* su circostanze compromettenti per il soggetto ricattato)<sup>904</sup>.

---

ordinamenti per reprimere il fenomeno dell'estorsione informativa (*Chantage* in Francia, *Chantaje* nei paesi di lingua spagnola, *Schweigegelderpressung* nei paesi di lingua tedesca, *Blackmail* nei paesi anglosassoni).

<sup>899</sup> G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., p. 187.

<sup>900</sup> G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., p. 188. V. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale, I*, op. cit. pp. 422 ss.; M. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale, II*, op. cit., p. 44; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale, II, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2008, pp. 151 ss. L'argomento è sovente invocato in giurisprudenza, laddove si sostiene che «pur non essendo antiggiuridico il male prospettato, si faccia uso di mezzi antiggiuridici per scopi diversi da quelli per cui sono stati apprestati dalla legge (...) l'ingiustizia del proposito rende, necessariamente, ingiusta la minaccia di danno rivolta alla vittima e il male minacciato, giusto obiettivamente, diventa ingiusto per il fine a cui è diretto». Così Cass. Pen., Sez. I, 6.12.1993, n. 5316.

<sup>901</sup> G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., p. 194.

<sup>902</sup> *Ibidem*. L'Autore trae argomento dalla presenza, nel diritto civile, della norma dell'art. 1438 c.c. che individua, tra i vizi della volontà causa di annullamento del contratto, la minaccia di far valere un diritto.

<sup>903</sup> R. ALAGNA, *Note sull'abuso del diritto come minaccia estorsiva*, op. cit., p. 372.

<sup>904</sup> R. ALAGNA, *Note sull'abuso del diritto come minaccia estorsiva*, op. cit., p. 372; G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., pp. 196 ss.

Proprio di questo ultimo problema si è recentemente interessata la giurisprudenza nella nota vicenda giudiziaria, avente ad oggetto la richiesta, da parte di un fotografo a uno sportivo, immortalato nel mentre di un incontro amoroso extra-coniugale, di una somma di denaro in cambio dell'acquisto e ritiro dal mercato del servizio in questione<sup>905</sup>.

Per meglio inquadrare la vicenda può essere utile ricostruire brevemente i fatti oggetto delle decisioni della Corte di Cassazione. Oggetto del contendere è la rilevanza penale della condotta di un fotografo dei v.i.p. (gergalmente, *paparazzo*) che, essendo entrato in possesso di immagini raffiguranti personaggi noti sorpresi in situazioni moralmente compromettenti, come rapporti extra-coniugali, tentava di "rivendere" tali immagini agli interessati, invece di destinarle alla pubblicazione in riviste patinate. L'attenzione deve soffermarsi, in particolare, sul caso avente a vittima un calciatore sorpreso in tale situazione in luogo pubblico, e dunque oggetto di fotografie pubblicabili nel rispetto delle norme sul trattamento dei dati personali degli artt. 136 e 137 D. lgs. 196/2003, che prevedono la scriminabilità delle violazioni della privacy in presenza di un "diritto di cronaca". Tale evenienza comportava che l'oggetto della minaccia, rivolta dal fotografo al soggetto ritratto, per ottenere l'acquisto delle fotografie, fosse un oggetto lecito, vale a dire la pubblicazione di un materiale lecitamente pubblicabile, e dunque l'esercizio di un diritto.

Nella ricostruzione della Corte, è indifferente che il fotografo fosse titolare di un diritto a diffondere le immagini del calciatore, e persino a trarne un lucro vendendole per la pubblicazione. La Corte di Cassazione precisa così che il diritto alla diffusione giornalistica delle immagini non può essere invocato al di fuori del suo ambito, per alternative forme di sfruttamento commerciale, non consentite dalle norme poste a tutela del trattamento dei dati personali.

Il diritto di pubblicare immagini è riconosciuto in vista della finalità giornalistica della pubblicazione, *ergo* è consentito lo sfruttamento economico delle immagini legato a una pubblicazione con scopo giornalistico, e non una generale commerciabilità e facoltà di "vendita privata"<sup>906</sup>. Come è stato osservato in dottrina, nell'opinione della Corte, «l'alternativa per chi sia venuto in possesso di dati personali altrui in assenza del consenso dell'interessato è rappresentata dall'utilizzazione per il perseguimento esclusivo di finalità giornalistiche ovvero della rinuncia all'utilizzazione: *tertium non datur*»<sup>907</sup>.

La finalità per cui è riconosciuto il diritto costituisce dunque il suo limite interno, e chi viola questo limite versa in una situazione di abuso. Non sorprende quindi che il

---

<sup>905</sup> Cass. Pen., sez. II, 20.10.2011, n. 43317, Corona.

<sup>906</sup> G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., p. 198.

<sup>907</sup> D. TARANTINO, *La strumentalizzazione del diritto di cronaca per finalità contra ius: estorsione?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13.02.2012, p. 9.



riferimento all'abuso del diritto sia presente, in modo espresso, in diversi arresti giurisprudenziali<sup>908</sup> e che la dottrina parli, a nostro avviso propriamente, di un'«estorsione per abuso del diritto»<sup>909</sup>.

---

<sup>908</sup> Cass. Pen., Sez. II, 04.11.2009, n. 119, Ferranti; Cass. Pen., Sez. II, 10.01.2011, n. 24437; Cass. Pen. Sez. II, 13.10.2011, n. 40310.

<sup>909</sup> R. ALAGNA, *Note sull'abuso del diritto come minaccia estorsiva*, op. cit., p. 374; G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, op. cit., p. 197. L'impostazione seguita dalla giurisprudenza è criticata da altra parte della dottrina, che mette in luce l'alto tasso di discrezionalità correlato all'utilizzo dell'abuso del diritto e ritiene che al medesimo risultato (vale a dire, affermare la rilevanza penale della minaccia di esercitare il diritto) possa giungersi valorizzando l'elemento psicologico dell'intenzione del soggetto agente. Secondo questa impostazione l'attenzione non dovrebbe rivolgersi tanto sulla qualifica di illecito del male prospettato o del mezzo utilizzato (l'*abuso*, e non più l'*esercizio* di un diritto), ma piuttosto sulla finalizzazione della minaccia all'ottenimento di un profitto ingiusto, che è il fine caratteristico del delitto di estorsione: v. L. MAZZA, *Rilevanza dell'abuso e del non uso del diritto ai fini della configurabilità della minaccia nel delitto di estorsione*, op. cit., p. 161. D. TARANTINO, *La strumentalizzazione del diritto di cronaca per finalità contra ius: estorsione?*, op. cit., p. 15.

## CAP. 5

### LA RILEVANZA DELL'ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO PENALE COMPLEMENTARE

**Sommario.** PARTE I: ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO PENALE TRIBUTARIO. 1. Introduzione. 2. I concetti di evasione, elusione, abuso del diritto e lecito risparmio di imposta. 3. La rilevanza penale dell'elusione fiscale nel quadro normativo precedente i d.lgs. 128 e 158 del 2015. 3.1. L'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla rilevanza penale delle condotte elusive nominativamente individuate. 3.1.1. La vicenda "Dolce & Gabbana". 3.2. Critica dottrinale dell'indirizzo giurisprudenziale "Dolce & Gabbana". 4. Le modifiche e i chiarimenti dei decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015. 5. La situazione successiva ai decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015. 5.1. Condotta abusiva vs condotta simulata, fraudolenta, artificiosa. 5.2. La riconoscibilità dell'abuso del diritto quale limite delle fattispecie penali dichiarative. 5.3. La violazione di specifiche norme tributarie. - PARTE II: GLI ABUSI DI MERCATO. 1. Introduzione. 2. Abuso e speculazione finanziaria. 3. L'abuso di informazioni privilegiate (art. 184 e art. 187 *bis* T.U.F.) 3.1. La rilevanza della qualifica soggettiva dell'insider: l'art. 184 T.U.F. come reato proprio. 3.2. La tipizzazione della condotta di abuso. Le condotte punibili ex art. 184 T.U.F.: utilizzazione, comunicazione, raccomandazione o induzione di terzi al compimento di operazioni. 3.3. Il divieto di *trading* (art. 184 c.1 lett. a T.U.F.). 3.3.1. Segue. L'ipotesi del *criminal insider*. 3.3.2. Segue. L'ipotesi dell'*insider* di se stesso. 3.3.2.1. La lettura "in chiave di abuso" della condotta di *self insider*. 3.4. Il divieto di *tipping* e di *tuyautage* (art. 184 c.1 lett. b e lett. c T.U.F.). 3.4.1. La comunicazione abusiva «al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione o delle funzioni». 4. La manipolazione del mercato (artt. 185 e 187 *ter* T.U.F.). 4.1. La manipolazione del mercato è davvero un reato comune? 4.2. La manipolazione informativa. 4.3. La manipolazione operativa. 4.3.1. Alcune ipotesi esemplificative di attività complessivamente "artificiose". 4.3.2. Condotta abusiva e condotta artificiosa. 4.3.3. Considerazioni finali.

#### PARTE I: ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO PENALE TRIBUTARIO.

##### 1. Introduzione.

Nel diritto penale tributario il problema della rilevanza (*rectius*, irrilevanza) dell'abuso del diritto è strettamente connesso al tema della rilevanza penale delle condotte di elusione fiscale, ed è stato oggetto di grande attenzione negli ultimi anni, a seguito del progressivo consolidamento di un orientamento giurisprudenziale che, richiamando la categoria in chiave argomentativa, affermava la punibilità delle ipotesi elusive espressamente previste dall'(oggi abrogato) art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973.

Prima che, mediante il d.lgs. 128/2015, il legislatore stabilisse *apertis verbis* l'irrilevanza penale delle operazioni integranti "abuso del diritto" da un punto di vista fiscale, la giurisprudenza aveva negato la punibilità delle condotte tenute in violazione del generale principio antielusivo operante nell'ordinamento, ma aveva ammesso, applicando talune fattispecie del d.lgs. 74/2000, quella delle condotte che, oltre che essere abusive, rientravano nell'elenco delle operazioni elusive nominativamente individuate dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973.

L'affermarsi di tale giurisprudenza penale, fortemente avversata in dottrina, assieme al sempre più ampio ricorso alle contestazioni e violazioni divieto di abuso del diritto nel diritto tributario extra-penale, hanno indotto il legislatore a intervenire in materia. Quest'ultimo ha così introdotto, mediante il d.lgs. 128/2015, nella legge n. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), l'art. 10 *bis*, norma che espressamente disciplina l'abuso del diritto e ne individua *in generale* le conseguenze sul piano tributario, amministrativo, e penale, sancendo, altrettanto espressamente l'irrilevanza, a questi ultimi fini, delle condotte abusive.

Al contempo, il legislatore, riformando, con d.lgs. 158/2015, i reati tributari previsti dal d.lgs. 74/2000, è intervenuto su quegli elementi delle fattispecie alle quali la giurisprudenza aveva riferito le condotte di elusione fiscale (principalmente, i reati dichiarativi degli artt. 3, 4, 5, del d.lgs. 74/2000), che maggiormente avevano dato adito a interpretazioni estensive.

Nonostante il quadro normativo completamente mutato, che consente di consegnare alla storia l'orientamento giurisprudenziale citato e le sue argomentazioni, riteniamo comunque di dover spendere alcuni cenni in suo riguardo, per meglio comprenderne le ragioni del superamento.

Esso, infatti, reca a matrice l'indebita sovrapposizione tra definizioni normative (elusione, evasione), stati deontici (lecito, abusivo, illecito), nonché modalità di condotta fraudolente e abusive.

Per questa ragione, ci sembra opportuno chiarire, anzitutto, la portata dei vari concetti.

## 2. I concetti di evasione, elusione, abuso del diritto e lecito risparmio di imposta.

Come si anticipava, i confini tra i principali concetti che vengono in rilievo, quando si discute della possibile rilevanza penale dell'elusione fiscale, sono tutt'altro che certi<sup>910</sup>. Occorre quindi chiarire i significati dei termini che più frequentemente troveremo nel discorso, e cioè di "elusione", "evasione", "lecito risparmio di imposta" ed "abuso del diritto".

Così, l'*elusione* fiscale può essere definita la condotta con la quale il contribuente, al fine di abbattere il carico impositivo, fa ricorso ad un uso strumentale di istituti giuridici leciti attraverso i quali riesce ad ottenere un risparmio di imposta<sup>911</sup>. Nell'elusione fiscale il contribuente non opera per le finalità del negozio giuridico che realizza, ma solo per ottenere vantaggi fiscali, approfittando delle smagliature del sistema tributario<sup>912</sup>.

Nell'ordinamento tributario, in realtà, non è presente una norma che definisca il concetto di "elusione fiscale". La principale norma antielusiva dell'ordinamento è stata, fino all'abrogazione ad opera dell'art. 1 c. 2 del d.lgs. 128/2015, l'art. 37 *bis* del D.P.R. 29.09.1973, n. 600, inserito dall'art. 7 comma 1 d.lgs. 8.10.1997 n. 358, rubricata proprio "disposizioni antielusive"<sup>913</sup>. Esistono tuttavia anche altre norme volte a contrastare operazioni elusive, come l'art. 37 c. 3 del d.P.R. 600/1973, relativa all'interposizione fittizia di persone, l'art. 110 c. 10 e 11 d.P.R. 917/1986, relative al trattamento tributario di imprese domiciliate in Stati non UE, l'art. 3 c. 3 lett. a) del d.lgs. 466/1997 in materia di *dual income tax*<sup>914</sup>.

---

<sup>910</sup> La bibliografia su evasione, elusione, abuso del diritto, lecito risparmio di imposta è amplissima. Tra gli altri si rimanda ad A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, volume che raccoglie interventi capaci di affrontare gli argomenti in questione nelle loro molteplici sfaccettature; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008, A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2003; E. BLUMSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, 1954; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2006; G. ZIZZO, *Elusione ed evasione tributaria*, in A.A.V.V., *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006; G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, pp. 325 ss..

<sup>911</sup> Così G. L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2013, p. 475.

<sup>912</sup> A. AMATUCCI, *La funzione anti-abuso dell'interpretazione del diritto tributario* in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, pag. 32.

<sup>913</sup> La norma è stata modellata sul suo antecedente storico, vale a dire l'art. 10 l. 29 dicembre 1990, n. 408; sulle differenze tra l'art. 37 *bis* e la disciplina previgente si veda G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?* op. cit., p. 467.

<sup>914</sup> A proposito di tale norma si veda G.L. SOANA, *I reati tributari*, op. cit., p. 477. Sulle norme antielusive A. AMATUCCI, *La funzione anti-abuso dell'interpretazione del diritto tributario*, op. cit., p. 39 mette in evidenza le difficoltà di aggiornamento del sistema e la "capacità di resistenza" del fenomeno elusivo, essendo «ininterrotto il procedimento attraverso il quale, appena è emanata una norma contenente una clausola

Diversamente, l'*evasione* consiste nella violazione diretta (e non nell'aggiramento) delle norme fiscali, attraverso comportamenti omissivi o commissivi, che sono espressamente corredati di sanzioni amministrative o penali<sup>915</sup>. Nello stabilire la distinzione tra elusione ed evasione si è osservato che l'elusione, a differenza dell'evasione, si manifesta prima dell'insorgere del presupposto tributario, essendo essa diretta proprio ad evitare che quest'ultimo si verifichi<sup>916</sup>.

Sia l'evasione sia l'elusione sono condotte tese a realizzare un risparmio fiscale, la differenza tra esse risiede nel fatto che, per raggiungere tale fine, l'evasione utilizza *mezzi illeciti*, realizzandosi attraverso comportamenti in contrasto con le disposizioni tributarie, mentre l'elusione utilizza *mezzi leciti*, attuandosi mediante comportamenti formalmente conformi a legge<sup>917</sup>.

Pur utilizzando mezzi leciti, l'elusione si differenzia tuttavia dal *lecito risparmio di imposta*, coincidente con la riduzione del carico tributario che il contribuente consegue adottando scelte consentite dall'ordinamento<sup>918</sup>. In particolare, il risparmio di imposta consisterebbe in una rimozione del tributo, cioè nella rinuncia del contribuente a tenere un certo comportamento (e quindi a far sorgere il presupposto di imposta) una volta preso atto di quale sia l'obbligazione tributaria a esso conseguente.<sup>919</sup> Si è affermato, allora, che mentre il risparmio fiscale conseguito da chi elude è conforme alla lettera, ma non alla *ratio* delle norme tributarie, quello realizzato nell'ambito del lecito risparmio di imposta è conforme sia alla lettera che alla *ratio* delle stesse.<sup>920</sup> Dopo l'intervento del d.lgs. 128/2015 la possibilità di perseguire lecitamente il risparmio di imposta, scegliendo tra le possibili alternative negoziali quella comportante minore onere fiscale, è ammessa espressamente dal comma 4 dell'art. 10 *bis* della l. 212/2000, per cui: «Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale».

---

antiabuso particolare che reprima una pratica di abuso, immediatamente nasce un altro comportamento abusivo in sostituzione che sfugge all'efficacia debellante di quella norma».

<sup>915</sup> G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, op. cit., p. 325.

<sup>916</sup> G. L. SOANA, *I reati tributari*, op. cit., p. 475.

<sup>917</sup> G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?* in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 466. Si veda anche F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, op. cit., p. 249; C. MELILLO, *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa* in *Diritto e pratica tributaria*, 2010, p. 413 ss.

<sup>918</sup> C. MELILLO, *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa*, op. cit., p. 413, a cui si rimanda anche per la giurisprudenza tributaria che distingue casi di elusione da casi di lecito risparmio di imposta.

<sup>919</sup> *Ibidem*.

<sup>920</sup> F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, op. cit., p. 249.

Per lungo tempo le condotte di evasione e le condotte di elusione sono state logicamente distinte e separate, pacificamente ritenute illecite le prime e lecite, al di là dei giudizi morali, le seconde. Negli anni, tuttavia, la distinzione tra i due concetti è sfumata ed è profondamente mutato il giudizio di valore che l'ordinamento dà della condotta di elusione<sup>921</sup>. In un contesto di perdurante crisi economica e finanziaria e di carenza di risorse pubbliche, l'attenzione dell'ordinamento si è spostata dalla formale conformità a legge della condotta elusiva all'insostenibilità della sua conseguenza immediata, vale a dire la riduzione del gettito fiscale, a danno della collettività. Ciò ha favorito un cambio di percezione dell'elusione fiscale, trasferendo la sua immagine da un'area di liceità ad una zona d'ombra dal carattere incerto.

In questo contesto, al concetto di elusione si è andato progressivamente affiancando quello di *abuso del diritto*.

La nozione generale di abuso del diritto è stata ampiamente affrontata nel corso della trattazione, e dunque su di essa non si tornerà<sup>922</sup>.

Sarà sufficiente ricordare come, nell'ordinamento tributario italiano, l'ingresso del divieto di abuso del diritto è avvenuto dapprima attraverso la giurisprudenza, su spinta comunitaria. Così le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una serie di pronunce conformi del 23.12.2008<sup>923</sup> hanno ricondotto all'abuso del diritto il fenomeno dell'elusione fiscale, seguendo una direzione già indicata dal diritto comunitario con la sentenza *Halifax* (CGCE 21.02.2006 C-255/02)<sup>924</sup>.

La decisione, dettata in materia di I.V.A., cioè di un'imposta di competenza comunitaria, aveva ad oggetto il caso dell'Istituto bancario Halifax, che aveva eseguito dei lavori di costruzione per i quali avrebbe potuto recuperare fisiologicamente soltanto una parte minima di I.V.A. versata. Lo stesso Istituto bancario aveva quindi elaborato un piano di operazioni coinvolgenti diverse società che consentiva di recuperare la somma

---

<sup>921</sup> Parla di "omologazione dell'elusione e dell'evasione" M. BASILAVECCHIA, *Presupposti ed effetti della sanzionabilità dell'elusione* in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso"*. Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012, op. cit., pp. 52 ss.

<sup>922</sup> Sulla possibilità di utilizzare la nozione civilistica di "abuso del diritto" in ambito tributario cfr. F. ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario* e F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, entrambi presenti in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso"*. Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012, pp. 9 ss. e pp. 197 ss..

<sup>923</sup> Si fa riferimento alle sentenze n. 30055, 30056, 30057 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione del 23.12.2008, per le quali v. *infra*.

<sup>924</sup> Si vedano altresì le sentenze C. CEE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweeps*, C.CEE, 10.11.2011, C-126/10, Foggia, C. CEE, 05.07.2007, n. 321/05, *Hans Markus Kofoed*, CGCE 21.02.2008, C-425/06, *Part Service*, C. CEE, 9.3.1999, n. 212/97, *Centros Ltd*. Si ricordi, come si è visto nel capitolo introduttivo, che l'abuso del diritto ha trovato riconoscimento nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed anche all'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo. Per l'esame della giurisprudenza comunitaria in materia di abuso del diritto, anche per ulteriore bibliografia, si rimanda a P. CENTORE, *L'abuso di diritto nella giurisprudenza comunitaria*, in *Corriere tributario*, 2012, pp.1025 ss..

integrale di I.V.A. assolta a monte dei lavori. La Commissione tributaria inglese disconosceva tali operazioni, e si instaurava pertanto un giudizio davanti ai giudici tributari inglesi, che sollevavano questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia.

Nella citata pronuncia, la Corte di Giustizia, con un celebre *dictum*, chiarisce come viga il principio per cui i soggetti non possono avvalersi *fraudolentemente* o *abusivamente* del diritto comunitario, e che questo principio si applica anche al settore dell'I.V.A. La sentenza *Halifax* spiega che, affinché possa configurarsi un comportamento abusivo, occorre che le operazioni controverse, nonostante l'applicazione formale delle disposizioni comunitarie e delle disposizioni nazionali che le traspongono, portino ad ottenere un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo di tali disposizioni. La Corte di Giustizia afferma altresì la legittimità dello scopo di conseguire un vantaggio fiscale, precisando che il contribuente ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale. Un imprenditore che ha la possibilità di scegliere tra operazioni esenti e operazioni soggette a imposta può basare la sua scelta su considerazioni di natura fiscale: le norme comunitarie non impongono infatti al soggetto passivo di scegliere l'operazione che implica il maggior pagamento di I.V.A. Tuttavia, tale situazione è diversa da quella "abusiva", in cui si fa un uso distorto della normativa tributaria, per procurarsi un vantaggio fiscale indebito, la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito dalle disposizioni stesse.

Nell'ordinamento italiano, prima della sentenza *Halifax*, l'orientamento giurisprudenziale era nel senso di ritenere leciti quei comportamenti di elusione fiscale non censurabili in forza di un'espressa previsione normativa<sup>925</sup>, sebbene qualche isolata pronuncia iniziasse a individuare la nullità per difetto di causa dei contratti elusivi di norme fiscali<sup>926</sup>. Alla statuizione della Corte di Giustizia seguì un *revirement* giurisprudenziale<sup>927</sup> culminato nelle già ricordate sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione Civile del 23.12.2008 n. 30055, 30056, 30057 (c.d. sentenze di Natale), con le quali il divieto di abuso del diritto è stato assunto a principio generale, valido anche in materia di tributi non armonizzati<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> Si vedano ad esempio le sentenze Cass. Civ. n. 3345/2002; Cass. Civ. 3979/2000; Cass. Civ. 11351/2001. Le sentenze citate segnano un *overruling* rispetto all'orientamento in precedenza dominante, per cui si rimanda a E. MANZON, *L'«abuso del diritto» in ambito fiscale*, in A.A.V.V., *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, pp. 563 ss.

<sup>926</sup> Cass. Civ. n. 20398/2005.

<sup>927</sup> Si veda Cass. Civ. n. 21221/2006.

<sup>928</sup> Per un commento delle sentenze delle Sezioni Unite civili si veda, tra gli altri, C. MELILLO, *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa*, op. cit., pp. 419 ss.

Attraverso le citate sentenze, la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'operatività nell'ordinamento italiano di un generale principio antielusivo. Fonte di tale principio sono le norme costituzionali che informano l'ordinamento italiano, vale a dire l'art. 53 c.1 Cost., che detta il principio di capacità contributiva, e l'art. 53 c. 2 Cost., che detta il principio di progressività dell'imposizione<sup>929</sup>. In base al generale principio antielusivo può affermarsi che il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale. Secondo la Corte, ciò non contrasta con il sopravvenire di specifiche norme antielusive, quali l'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973, che sarebbero anzi espressione sintomatica dell'esistenza di una regola generale. Né contrasta con il principio antielusivo il principio di riserva di legge dell'art. 23 Cost.<sup>930</sup>: il divieto di abuso del diritto, infatti, non si tradurrebbe nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi dei negozi posti in essere dal contribuente.

Come è facile intuire, la natura giurisprudenziale della categoria dell'abuso del diritto ha da subito creato molte incertezze applicative, a causa della continua ridefinizione dei suoi elementi costitutivi (ad esempio, l'esclusività, l'essenzialità o la prevalenza del vantaggio fiscale perseguito), e dell'instabilità dei suoi rapporti con le norme antielusive.

Per far fronte a entrambi i problemi, il legislatore è intervenuto dettando una specifica disciplina per l'abuso del diritto nel diritto tributario.

Quanto alla definizione degli elementi costitutivi, il legislatore, attraverso l'art. 1 c. 1 del d.lgs. 128/2015, ha introdotto l'art. 10 *bis*, dedicato alla "*disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*", nel corpo della legge 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

Il decreto legislativo n. 128 del 05.08.2015, recante "*disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*", in primo luogo, inserisce nella legge 27/07/2000 n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente) un nuovo art. 10 *bis* dedicato alla "*disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*" (art. 1 comma1 d.lgs. 128/2015).

---

<sup>929</sup> La norma costituzionale recita al primo comma: «Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva», e al secondo comma: «Il sistema tributario è informato a criteri di progressività».

<sup>930</sup> In forza del quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».



La nuova normativa, anzitutto, individua gli elementi in presenza dei quali può oggi parlarsi di “*abuso del diritto o elusione fiscale*”, unificando quindi, come meglio si vedrà, i due concetti tributari.

Così, il nuovo art. 10 *bis*, stabilisce che configurano abuso del diritto «*una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*» (art. 10 *bis*, comma 1, l. 212/2000)<sup>931</sup>.

Il legislatore chiarisce quali siano le “*operazioni prive di sostanza economica*” (art. 10 *bis*, comma 2 lett. a, l. 212/2000) e i “*vantaggi fiscali indebiti*” (art. 10 *bis*, comma 2, lett. b, l. 212/2000): in questo senso le prime consistono «*in fatti, atti, contratti, anche tra loro collegati che potrebbero produrre effetti diversi dai soli vantaggi fiscali*», e i secondi nei «*benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario*».

Si evidenzia poi come «*non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondano a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell’impresa ovvero dell’attività professionale del contribuente*» (art. 10 *bis*, comma 3, l. 212/2000) e si ammette il perseguimento del c.d. lecito risparmio di imposta, poiché resta ferma «*la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*» (art. 10 *bis*, c. 4 l. 212/2000).

L’abuso del diritto tributario viene configurato quindi come un comportamento che utilizza *mezzi leciti*, per ottenere un risultato *indebito*, contrastante con le *rationes* delle norme fiscali o con i principi del diritto tributario. I mezzi leciti sono le operazioni giuridiche che l’ordinamento consente per «*produrre effetti diversi dai soli vantaggi fiscali*», l’abuso consiste nel far ricorso a essi privandoli della loro “*sostanza economica*”, “*senza valide ragioni extrafiscali*”, e quindi strumentalizzandoli al solo fine di ottenere un beneficio fiscale.

Quanto al problema dei rapporti con le disposizioni antielusive, il legislatore ha equiparato i concetti di abuso del diritto ed elusione, abrogando l’art. 37 *bis* del d.P.R. 600/1973 (art. 1 c. 2 d. lgs. 128/2015) e dettando, per l’abuso del diritto, una disciplina procedimentale, corredata di specifiche garanzie di termini, notifiche, contraddittorio e obblighi motivazionali, per la contestazione e l’accertamento degli abusi, sulla scia di quanto era

---

<sup>931</sup> La definizione diverge da quella della disposizione antielusiva dell’art. 37 *bis* D.P.R. 600/1973, accogliendo gli elementi provenienti dalla raccomandazione 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva, come ricorda F. DONELLI, *Irrilevanza penale dell’abuso del diritto tributario: entra in vigore l’art. 10-bis dello Statuto del contribuente* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 01.10.2015.

previsto, dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973, per l'accertamento dell'elusione fiscale<sup>932</sup>(art. 10 *bis*, comma 6 ss.).

Abuso del diritto ed elusione fiscale diventano quindi *sinonimi* nell'intervento riformatore del d. lgs. 128/2015.

La modifica legislativa si muove quindi nel senso della confluenza e sovrapposibilità dei concetti tributari di abuso del diritto ed elusione, dettando una nuova disciplina che, essendo contenuta nella legge 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente) è applicabile a tutte le imposte, fatti salvi i tributi doganali del D.P.R. 43/1973, che per espressa previsione legislativa restano esclusi (art. 1 comma 4 d.lgs. 128/15).

Trasposte le categorie di abuso ed elusione nel diritto penale, invece, si è assistito a una valorizzazione della distinzione terminologica<sup>933</sup> tra esse, soprattutto da parte di quell'orientamento giurisprudenziale che, come si vedrà, distingueva tra ipotesi tipiche di elusione e generica violazione del divieto di abuso, così da affermare la rilevanza penale delle condotte positivizzate di elusione fiscale, e a negare quella dell'abuso del diritto, senza che, tuttavia, alla *diversità di nome* corrispondesse una *diversità di fatto* di importanza tale da giustificare il diverso trattamento penale.

### **3. La rilevanza penale dell'elusione fiscale nel quadro normativo precedente i d.lgs. 128 e 158 del 2015.**

---

<sup>932</sup> A ben vedere, già a seguito delle sentenze delle Sezioni Unite Civili del 2008, in dottrina si era osservato che tra abuso del diritto ed elusione ricorresse il rapporto da genere a specie. Così F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 425. Il carattere "speciale" dell'elusione derivava dal fatto che l'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 operava per le sole imposte sui redditi e in relazione alle sole operazioni elencate nella norma (v. G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul un tema europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 settembre 2014). Sul piano pratico, tuttavia, l'abuso del diritto aveva surclassato l'elusione per le facilità di accertamento che lo contraddistinguono: in particolare, esso sfuggiva alle forme di contestazione e accertamento previste dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 commi 4 ss., che prevedevano un momento motivazionale e di contraddittorio, oggi, come si diceva, generalizzato per l'abuso del diritto. V. anche T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 461; G. MARONGIU, *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corriere tributario*, 2009, p. 3633; C. CORRADO OLIVA, *L'abuso del diritto tra onere di allegazione e onere della prova* in in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*; M. CANTILLO, *Profili del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevanza d'ufficio. Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna tributaria*, 2009, pp. 481 ss.; G. FRANSONI, *La diversa disciplina procedimentale dell'elusione e dell'abuso del diritto: la Cassazione vede il problema ma non trova la soluzione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, pp. 45 ss.

<sup>933</sup> Almeno in principio, anche se poi le due nozioni vengono usate anche in maniera confusa: si veda F. M. GIULIANI, *"Quer pasticciaccio" su elusione, abuso ed evasione simulatoria nella giurisprudenza penale tributaria*, in *Rassegna avvocatura dello stato*, 2013, p. 291. L'Autore mette in rilievo come nella giurisprudenza penale in materia di elusione fiscale si manifesti «una pericolosa ambiguità (non soltanto nominalistica ma altresì) concettuale» tra le due categorie di elusione ed abuso.

Il trattamento penale dell'elusione fiscale è un tema tradizionalmente complicato per l'assenza, nell'ordinamento, di indici certi nel senso della sua generale rilevanza o irrilevanza<sup>934</sup>.

Come si è ricordato, la norma antielusiva per eccellenza, a cui si riconduceva la valenza del c.d. principio antielusivo, fino al 2015, era espressa dall'art. 37 *bis* del d.P.R. 600/1973, ed essa non conteneva riferimenti ad alcuna sanzione penale, dubitandosi persino della sua stessa natura sanzionatoria<sup>935</sup>.

Nondimeno la giurisprudenza ha più volte affermato la rilevanza penale delle condotte elusive, collegandole, attraverso un percorso argomentativo di cui si darà conto a breve, a taluni reati tributari del d.lgs. 74/2000, e facendo leva su alcuni loro elementi testuali che, nelle disposizioni precedenti l'adozione del d.lgs. 158/2015, potevano dar luogo a interpretazioni estensive, in grado di abbracciare anche le operazioni negoziali individuate dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973.

Più facile è sempre apparso, invece, negare una rilevanza penale "diretta" delle violazioni del divieto di abuso del diritto in campo tributario, intendendo per "abuso del diritto" il principio affermato dalle S.U. del 2008<sup>936</sup>. È fin troppo ovvio, infatti, come si è avuto modo di chiarire, che una norma del tipo «chiunque abusa del proprio diritto soggiace alla pena x» mostra *ictu oculi* delle lacune incolmabili rispetto ai più elementari principi del diritto penale.

È nostra convinzione che la giurisprudenza *ante* 2015, escludendo la rilevanza penale dell'atipico divieto dell'abuso del diritto, e valorizzando, al contrario, i fragili riferimenti normativi dell'elusione fiscale, abbia indebitamente attratto il concetto di elusione in quello di evasione, quando l'elusione, come confermato dal legislatore, avrebbe dovuto piuttosto essere assimilata all'abuso del diritto. Negando, come è ovvio che sia, la

---

<sup>934</sup> Che si tratti di un tema delicato lo evidenzia già A. ALESSANDRI, *L'elusione fiscale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 1075 ss.

<sup>935</sup> Dottrina e giurisprudenza tributaria si dividevano circa la natura sanzionatoria, o meno, della norma citata, e quindi sulla sua natura sostanziale o procedimentale. Si sono occupati della questione F. GALLO, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rassegna tributaria*, 2001, p. 327; A. MARCHESELLI, *Elusione, buona fede e principi del diritto tributario*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, pp. 414 ss.; Si veda anche A. CARINCI, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, op. cit., pp. 55 ss.; A. D'AVIRRO, *L'elusione entra "a torto" nell'illecito penale tributario*, in *Il corriere giuridico*, 2012, p. 496; A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, pp. 84 ss..

<sup>936</sup> G. M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, op. cit., p. 472 osserva come le stesse S.U. Civili del 2008 confermino questo dato allorché affrontano i critici rapporti tra l'abuso del diritto e la riserva di legge in materia tributaria (art. 23 Cost.), mettendo in luce delle problematiche che a *fortiori* valgono sul piano penale, dove vengono in gioco non semplici. Nello stesso senso anche la sentenza Halifax della CGCE citata che ritiene necessario un fondamento normativo chiaro e univoco per una sanzione del comportamento antiabusivo, al quale in mancanza consegue solo un obbligo di rimborso.

criminalizzazione degli abusi di diritto tributario, si ostentava il rispetto di quei principi fondamentali del diritto penale che invece, come si vedrà, venivano messi a dura prova anche dalla rilevanza penale delle ipotesi tipizzate di elusione fiscale. In poche parole: la giurisprudenza in questione - che si richiamerà solo brevemente, essendosi sviluppata su un quadro normativo ormai profondamente mutato – trattava in modo diverso cose uguali (abuso del diritto ed elusione), e in modo uguale cose diverse (elusione ed evasione).

Occorre allora domandarsi, se, a seguito dell'intervento legislativo, si sia al riparo dal rischio di nuove sovrapposizioni di concetti diversi.

Con una precisione: nulla impedisce che, anche nel settore del diritto penale tributario, al pari degli altri settori, modalità abusive di esercizio di facoltà private possano, per *voluntas legis*, avere rilevanza per la loro aggressività, o per gli effetti che producono. Occorre, tuttavia, che esse trovino asilo in *norme* o *combinati di norme* capaci di esprimere senza insicurezze un rapporto del tipo “se A, allora B”, senza dover far ricorso a sanzioni previste per altri comportamenti, e dunque a un procedimento analogico. Cosa, questa, che fino al 2015, non avveniva.

### **3.1. L'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla rilevanza penale delle condotte elusive nominativamente individuate.**

L'attenzione alla rilevanza penale dell'abuso del diritto nel diritto penale tributario sorge all'indomani dell'affacciarsi di un orientamento giurisprudenziale<sup>937</sup> che, pur negando la generale rilevanza penale dell'abuso del diritto, ammetteva che una condotta sussumibile in un'ipotesi tipica di elusione fiscale potesse essere ricondotta ai reati di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, infedele e di omessa dichiarazione previsti dagli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 74/2000, nella loro formulazione precedente la riforma operata dal d.lgs. 158/2015.

Di fondamentale importanza per l'affermarsi di tale orientamento è stata la sentenza di legittimità del 2012<sup>938</sup> resa nella vicenda giudiziaria, nota alle cronache, che ha avuto imputati gli stilisti Domenico Dolce e Stefano Gabbana. Per verità, la stessa Corte di Cassazione, nel medesimo procedimento, è tornata sui suoi passi quando nel 2014,

---

<sup>937</sup> Si è parlato di una giurisprudenza *à la page* sia per la mediaticità degli imputati coinvolti, sia per l'attualità delle questioni, in A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., p. 84 che evidenzia come «si era cominciato con lo stilista Roberto Cavalli, poi è stata la volta di Domenico Dolce e Stefano Gabbana; da ultimo è toccato a Raoul Bova».

<sup>938</sup> Cass. Pen., Sez. II, 22.11.2011, dep. 28.02.2012, n. 7739, su cui v. *infra*.

reinvestita del procedimento, ha optato per l'irrelevanza delle condotte contestate<sup>939</sup>. Stante il carattere ormai superato di tale orientamento, nella sua analisi prendiamo in considerazione solo tale procedimento, e in particolare sulla sentenza del 2012, lasciando da parte i precedenti conformi<sup>940</sup> e gli arresti successivi<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> Cass. Pen., Sez. III, 24.10.2014, dep. 30.10.2015, n. 43809, su cui v. *infra*.

<sup>940</sup> Il principale arresto giurisprudenziale precedente l'affermazione della Cassazione del 2012 sulla vicenda Dolce e Gabbana è la pronuncia di Cassazione Penale, Sez. III, 18 marzo 2011 n. 26723, Ledda. La sentenza citata si esprime su una misura cautelare di sequestro preventivo in un procedimento penale per dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/2000), confermando la statuizione del Tribunale del riesame, il quale dava però atto di come nel procedimento in questione venisse in rilievo «una complessa operazione realizzata attraverso un insieme di condotte e atti negoziali (...) tutti di per sé leciti», insomma «una vicenda riconducibile all'abuso del diritto in ambito tributario». La Corte di Cassazione sottolinea la natura cautelare, e quindi con cognizione sommaria, della decisione, ribadendo che in quella sede «non possono essere messi in discussione o presupposti di fatto della misura per come accertati dal giudice di merito ed in particolare, da un lato, la mancanza di valide ragioni economiche che possono aver giustificato il complesso delle diverse operazioni poste in essere e, da un altro lato, la sottrazione di materia imponibile al prelievo», né può essere ivi valutata «l'eventuale mancanza dell'elemento soggettivo del reato (...) sotto il profilo del dolo specifico, ossia del precipuo fine di evadere le imposte». Ciò premesso, la Corte di Cassazione conferma la misura cautelare adottata «perché la fattispecie di reato ipotizzata dall'accusa (...) richiede soltanto che la dichiarazione sia infedele» e nel caso di specie «il giudice del merito ha motivatamente ritenuto che sussiste il *fumus* di una dichiarazione infedele, perché in essa sono stati esposti elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo». Poi, con un passaggio chiave: «questa conclusione non è contraddetta dalla circostanza che potrebbe trattarsi di una condotta elusiva (...) ciò non toglie che (...) la suddetta condotta, essendosi risolta in atti e negozi non opponibili all'Amministrazione, avrebbe comunque comportato una dichiarazione infedele, perché nella stessa gli elementi attivi non sono stati esposti nel loro ammontare effettivo». Per un commento della sentenza si veda P. CORSO, *Abuso del diritto in materia penale: verso il tramonto del principio di legalità?*, in *Corriere tributario*, 2011 pp. 2937 ss. Si veda anche Cassazione Penale, Sez. III, 26 novembre 2008, n. 3203, Rusca; Cassazione Penale, sez. V, 18 maggio 2006, in *Diritto e Pratica Societaria*, 2007, p. 62 ss. con nota di I. CARACCIOLI; Cassazione Penale, sez. III, 26.05.2010, in *Corriere Tributario*, 2011, p. 2937 ss., con nota di P. CORSO.

<sup>941</sup> Affermata la rilevanza penale dell'elusione fiscale con la sentenza “Dolce & Gabbana”, la giurisprudenza di legittimità è poi tornata a pronunciarsi in senso conforme a quest'ultima. Si ricorda la sentenza Cassazione Penale, Sez. III, 6 marzo 2013, n. 19100, Bova. Il fatto che viene ivi in rilievo è il comportamento del noto attore Raoul Bova, che aveva costituito una s.r.l. deputata allo sfruttamento dei propri diritti di immagine, inserendo nella compagine sociale i suoi più stretti familiari. L'attore si era altresì impegnato, dietro un corrispettivo annuo minimo garantito di euro centomila, a versare alla società il 40% dei compensi da attività professionale. Dietro questo tipo di operazione, secondo l'accusa, non si rinveniva alcuna valida ragione economica, essendo le somme corrisposte dal Bova alla società ben superiori del compenso che quest'ultima annualmente riconosceva al primo. L'unico motivo di esistenza della società appariva allora quello di orchestrare un sistema per trasformare dei guadagni personali soggetti a tassazione in costi deducibili, e ottenere quindi una riduzione della propria base imponibile. Pronunziandosi su una richiesta cautelare di sequestro preventivo di alcuni beni dell'attore, il G.i.p. dapprima e il Tribunale di Roma poi escludevano che si trattasse di un'elusione penalmente rilevante, in quanto non si sarebbe potuto applicare l'art. 37 *bis*, c. 3 lett. b) d.P.R. 600/1973, norma che considera elusivi i conferimenti in società privi di valide ragioni economiche diretti ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario ed ottenere riduzioni di imposta altrimenti indebite. A ben vedere nella vicenda in esame la partita si giocava su un aspetto civilistico, vale a dire la possibilità di considerare oggetto di un conferimento in società il diritto di sfruttamento economico della propria immagine. Secondo il primo giudice i diritti di sfruttamento di immagine non potrebbero considerarsi “conferimenti”, sostanziandosi questi ultimi solamente in denaro, beni o crediti, e quindi pur riconoscendosi la natura elusiva dell'operazione, la condotta posta in essere avrebbe potuto trovare solo una repressione di tipo civile e amministrativo, in quanto posta al di fuori della previsione tassativa dell'art. 37 *bis* c. 3 citato. La Corte di Cassazione, invece, valorizzava la modifica apportata dalla Riforma del diritto delle società del 2003 (applicabile al caso di specie in quanto, pur essendosi costituita la società nel 1996, il suo contratto con l'attore si rinnovava di anno in anno) a seguito della quale, ex art. 2464 c.c., possono essere conferiti in società tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica e si può dar luogo a c.d. conferimenti atipici. In ogni caso è evidente come si continui a percorrere il sentiero

### 3.1.1. La vicenda “Dolce & Gabbana”.

Con sentenza della Cassazione Penale, Sez. II, del 28.02.2012, n.7739, la Corte espone quali sono i principali argomenti a favore della riconducibilità dell’elusione alle fattispecie del d.lgs. 74/2000.

Gioverà ricordare che il fatto sottoposto ai giudici riguardava un episodio di c.d. esterovestizione, per cui si contestava quale comportamento elusivo la costituzione in Lussemburgo di una società (la GADO s.a.r.l.) alla quale era stata ceduta la proprietà dei marchi che facevano riferimento agli stilisti Domenico Dolce e Stefano Gabbana, per un valore ritenuto sottostimato nell’ipotesi accusatoria. La società lussemburghese, a sua volta, aveva concesso i diritti di sfruttamento dei marchi a una società italiana riconducibile ai due noti stilisti, a fronte del pagamento di *royalties*, che essendo percepite dalla società estera venivano attratte dalla disciplina fiscale più favorevole vigente in Lussemburgo. Nella prospettazione dell’accusa l’intera operazione sarebbe stata meramente simulata (sarebbe stata fittizia la sede estera della società, gestita integralmente da quella italiana, e simulata la cessione dei marchi) e finalizzata esclusivamente ad ottenere indebiti vantaggi fiscali. Agli stilisti, oltre che ad altri soggetti del loro gruppo societario, venivano pertanto contestati i reati di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 c.2 c.p.)<sup>942</sup> e di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/2000). La vicenda approdava in Cassazione a seguito dell’impugnazione della sentenza resa dal G.u.p. del Tribunale di Milano<sup>943</sup>. La sentenza metteva in evidenza come il fatto storico non fosse motivo di controversia tra le parti processuali, trattandosi di una materia tecnica e prevalentemente documentale. Il G.u.p. pronunciava sentenza di non luogo a procedere ritenendo che il trasferimento di proprietà dei marchi non fosse una simulazione, ma un’operazione reale ed effettiva, e che ciò fosse sufficiente a sconfiggere l’ipotesi accusatoria. Il G.u.p. affermava, con ampia motivazione, l’incompatibilità tra elusione e reati di evasione. In particolare, secondo il G.u.p. «l’ingresso dell’accertamento tributario nel diritto penale non può stravolgere consolidati principi e garanzie anche di rango costituzionale». Il G.U.P. milanese riteneva, da un lato, che non fosse pacifico che non fosse acclarata la natura abusiva della fissazione del prezzo<sup>944</sup>, e, d’altro lato, che anche la certa presenza di un abuso del diritto non basterebbe a integrare le fattispecie criminose contestate. Nel caso di specie era pacifico che l’operazione di cessione fosse reale, e non simulata, che la

---

tracciato dalla sentenza “Dolce & Gabbana”. Si vedano altresì Cass. Pen., Sez. III, 31.07.2013, n. 33184; Cass. Pen., Sez. III, 31.07.2013, n.33187; Cass. Pen., Sez. V, 09.09.2013, n. 36894; Cass. Pen., Sez. IV, 20.11.2014, Bellavista Caltagirone.

<sup>942</sup> Nel trattare delle sentenze susseguite sul caso Dolce & Gabbana non faremo più riferimento all’imputazione per truffa ai danni dello Stato, poiché essa è stata disattesa dapprima dal G.u.p. di Milano con sentenza del 01.04.2011 e poi definitivamente dalla Corte di Cassazione, la quale ha richiamato il principio espresso dalla sentenza delle S.U. del 28.10.2010, Giordano, affermando che “tutti i reati tributari descritti dal d.lgs. 74/2000 sono da ritenersi in rapporto di specialità rispetto al delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, qualora la condotta incriminata abbia come mera finalità l’evasione o l’elusione dell’obbligazione tributaria”.

<sup>943</sup> G.u.p. Tribunale di Milano 1 aprile 2011, Gabbana. Il testo della sentenza milanese è disponibile in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27.09.2011.

<sup>944</sup> Si legge in motivazione che il corrispettivo della cessione dei marchi era stato determinato dal legittimo esercizio della libertà contrattuale delle parti, secondo la stima effettuata da una società di consulenze. D’altra parte diverse società di consulenza avevano effettuato stime molto diverse tra di loro. Né il g.u.p. condivideva l’assunto per cui il prezzo di cessione fosse sospetto, fittizio, abusivo perché i contraenti erano parti correlate. Infine, giurisprudenza tributaria costante escludeva la presenza di elusione nelle operazioni di gruppi, in cui la valida ragione economica non è necessariamente reddituale.

società lussemburghese avesse iniziato a corrispondere il prezzo secondo quanto concordato, e che tale entrata economica fosse stata dichiarata correttamente. Non vi poteva essere quindi delitto di dichiarazione infedele, che implica la percezione di un reddito effettivo superiore a quello dichiarato, e non l'obbligo di dichiarazione di un reddito secondo il valore presuntivo della legge o dell'Amministrazione finanziaria.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul ricorso avverso la s.n.l.p. emessa dal G.u.p. di Milano, decideva in senso opposto alla statuizione di merito, annullando la sentenza impugnata e rinviando gli atti al Tribunale di Milano.

Motivando le ragioni dell'annullamento della sentenza di merito, in primo luogo la Corte di Cassazione si sofferma sulla definizione del concetto di *imposta evasa*, per cui l'art. 1 lett. f. del d.lgs. 74/2000 offriva una nozione ampia della stessa, cioè «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine». Tale definizione sarebbe stata idonea, secondo la Corte di Cassazione, a ricomprendere anche l'imposta *elusa*, in quanto anche essa consisterebbe in una differenza tra quanto si doveva versare e quanto si è versato.

In secondo luogo, si valorizzava l'esistenza della c.d. *procedura di interpello*, di cui all'art. 16 del d.lgs. 74/2000 (oggi abrogato), che configurava una causa di non punibilità per chi ha commesso uno dei reati tributari uniformandosi al parere reso all'esito della procedura prevista all'articolo 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, o all'istanza presentata ai sensi della stessa normativa, sulla quale si fosse formato il silenzio assenso dell'Amministrazione. Poiché la procedura in questione poteva svolgersi anche con finalità antielusive, si deduceva che l'elusione potesse essere penalmente.

In terzo luogo, si sottolineava l'esistenza dell'art. 37 *bis* del d. P.R. 600/1973 (oggi abrogato). In particolare, ammessa l'astratta rilevanza penale delle condotte di elusione fiscale, si affermava il principio per cui «non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che risponde a una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge». Con ciò la Corte di Cassazione chiariva come nel campo penale non poteva operare una *regola generale antielusiva*, diversamente da quanto ritenuto nel campo tributario dalle Sezioni Unite del 2008, mentre poteva affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientravano in una specifica disposizione fiscale antielusiva.

In quarto luogo, si argomentava valorizzando la *rilevanza del bene giuridico della corretta percezione del tributo*, offeso tanto dalle condotte elusive quanto da quelle evasive. Ad avvalorare la tesi della rilevanza penale dell'elusione fiscale era la stessa linea di politica criminale scelta dal legislatore, che con la riforma dei reati tributari del 2000 aveva abbandonato il modello del c.d. reato prodromico, che interveniva nella fase meramente preparatoria dell'evasione di imposta, a favore della centralità del momento dell'offesa degli interessi dell'erario, cioè del momento della dichiarazione. Se il bene tutelato era (ed è) la corretta percezione del tributo, se ne deduceva che l'ambito di applicazione delle norme incriminatrici poteva coinvolgere quelle condotte idonee a determinare una riduzione o esclusione della base imponibile.

In quinto luogo, si adduceva la ragionevole prevedibilità dell'interpretazione sostenuta: l'affermazione della rilevanza penale delle condotte elusive non contrastava con il principio di legalità, in quanto realizzava un «risultato interpretativo conforme ad una ragionevole prevedibilità», tenuto conto della *ratio* delle norme, delle loro finalità e del loro inserimento sistematico.

In sesto luogo, si riteneva accertato, nel caso concreto, l'*elemento psicologico*, cioè il fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, stante la riferita equivalenza tra elusione ed evasione.

Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione, quindi, sancisce il principio di diritto per cui «nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva».

Annullata la sentenza del G.U.P. milanese, la Corte di Cassazione rimetteva la questione al Tribunale di Milano, il quale si è pronunciato<sup>945</sup>, condannando gli imputati per il reato di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74/2000) per non aver presentato in Italia la dichiarazione della società GADO s.r.l.a.<sup>946</sup>, ma assolvendoli dal reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/2000), ritenendo che l'episodio di esteroinvestizione in questione, pur essendo sostanzialmente elusivo delle norme tributarie, non rientrasse tra le condotte

---

<sup>945</sup> sentenza Tribunale Milano, sez. II, 17 settembre 2013 (19 giugno 2013) n. 7777.

<sup>946</sup> Non ci dilunghiamo qui sulle "prove dell'esteroinvestizione" per cui il Tribunale di Milano, in applicazione dei criteri indicati dall'art. 73 c. 1 TUIR e dei criteri interpretativi suggeriti in ambito OCSE, ha ritenuto che il luogo principale di esercizio dell'attività della società lussemburghese fosse l'Italia, rimandando alla lettura della sentenza in questione e alla nota di M. VIZZARDI, *Il Tribunale di Milano sul caso Dolce & Gabbana: "esteroinvestizione" di una società e delitto di "omessa dichiarazione"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 03.04.2014.



previste dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973<sup>947</sup>, e non potesse avere rilevanza penale quale violazione del divieto di abuso del diritto, in accordo con i principi espressi dalla Corte di Cassazione nella sentenza di rinvio.

Della questione è stata investita poi la Corte di Appello milanese<sup>948</sup>, che ha sostanzialmente confermato le condanne per omessa dichiarazione pronunciate dal Tribunale<sup>949</sup>.

Occorre tuttavia dar conto di come, già in seno alla giurisprudenza, tale orientamento favorevole all'affermazione della rilevanza penale delle condotte elusive non fosse affatto pacifico, posto che, negli stessi anni, altri arresti andavano nel senso opposto<sup>950</sup>. Come vedremo, inoltre, la sentenza del 2012 era stata oggetto di attente critiche dottrinali che ne ponevano in luce debolezza e pericolosità delle argomentazioni. Lo stesso legislatore, inoltre, si apprestava ad intervenire in materia optando per l'irrelevanza penale dell'elusione fiscale. L'intervento legislativo era peraltro già compiuto all'epoca del deposito delle motivazioni della seconda sentenza di legittimità sul caso Dolce & Gabbana<sup>951</sup>, che costituisce una vera e propria «sentenza “decalogo”»<sup>952</sup> per l'affermazione dell'irrelevanza dell'elusione fiscale.

La sentenza, che chiarisce anzitutto come la specialità del diritto penale tributario non consenta comunque di disattendere i fondamentali principi della materia<sup>953</sup>, ricorda che la

---

<sup>947</sup> In particolare il Tribunale di Milano valorizzava il fatto che sia l'Agenzia delle Entrate che la Commissione Tributaria avessero qualificato l'operazione come una cessione, non compresa tra le condotte dell'art. 37 *bis*, c. 3 d.P.R. 600/1973. Come nella nota precedente, anche qui si rinvia al testo della sentenza e a M. VIZZARDI, *Il Tribunale di Milano sul caso Dolce & Gabbana: “esterovestizione” di una società e delitto di “omessa dichiarazione”*, op. cit.

<sup>948</sup> Corte di Appello di Milano, 30 aprile 2014 (dep. 20 giugno 2014).

<sup>949</sup> Si veda T. GIACOMETTI, *La sentenza della Corte di Appello di Milano nel procedimento Dolce e Gabbana: confermate le condanne per omessa dichiarazione in Diritto Penale Contemporaneo*, 21.07.2014.

<sup>950</sup> Va ricordata, allora, ad esempio, Cass. Pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859 (si veda la nota di S. CAVALLINI, L. TROYER, *Elusione, progressione criminosa e specialità: due passi avanti e uno 'a lato' su tre topoi in materia penaltributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20.01.2014), la quale ha ritenuto penalmente irrilevanti le condotte elusive, in mancanza di una specifica previsione legislativa di pena. La decisione, relativa a un complesso congegno di operazioni di *dividend washing* messi in campo con fine elusivo, ribalta le statuizioni del caso Dolce & Gabbana. Essa afferma, da un lato, la mancanza di una norma che preveda sanzioni penali esplicite per l'elusione, dall'altro lato, la mancanza anche di una norma che equipari ai fini penali elusione ed evasione. La sentenza inoltre, aderendo implicitamente alla tesi della natura sanzionatoria dell'art. 37 *bis* d. P.R. 600/1973, osserva come, nell'attuale quadro normativo positivo, detta norma andrebbe letta in combinato disposto con l'art. 19 d. lgs. 74/2000, che stabilisce l'operatività del principio di specialità tra sanzione penale e amministrativa nel campo tributario, in conformità a quanto generalmente disposto dall'art. 9 l. 689/1981.

<sup>951</sup> Cass. Pen., Sez. III, 24.10.2014, n. 43809 (dep. 30.10.2015).

<sup>952</sup> Così E. AMATI, *L'irrelevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 463.

<sup>953</sup> In dottrina, sull'applicazione dei principi generali del diritto penale al settore tributario e sugli elementi di specialità si veda A. PERINI, *Reati tributari* in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, VII Agg., Torino, 2013, pp. 482 ss.

norma penale deve essere applicata «in conformità ai principi di stretta legalità, tassatività e determinatezza (...) rifuggendo pertanto dalle sempre possibili suggestioni che il comune oggetto della materia trattata può comportare e che possono determinare il rischio sia di non ammesse interpretazioni analogiche che di scorciatoie probatorie volte ad attrarre nella fattispecie penale la pure e semplice constatazione dell'inadempimento dell'obbligo tributario che la norma stessa non ritiene sufficiente ai fini della punibilità dell'autore». Era proprio questo, infatti, che surrettiziamente avveniva ad opera della giurisprudenza favorevole alla rilevanza penale delle ipotesi tipizzate di elusione, che confermava il dato, segnalato in precedenza, della progressiva perdita del senso della distinzione tra evasione ed elusione<sup>954</sup>.

### **3.2. Critica dottrinale dell'indirizzo giurisprudenziale “Dolce & Gabbana”.**

Le argomentazioni che hanno trovato consacrazione nella pronuncia *Dolce & Gabbana* del 2012 possono ritenersi ormai superate dalla profonda trasformazione del dato normativo a cui facevano riferimento, ad opera del d.lgs. 128/2015 (del quale abbiamo già dato conto) e del d.lgs. 158/2015 (del quale, invece, dobbiamo ancora trattare).

Tuttavia, ci interessa mettere in luce come il difetto principale della ricostruzione offerta dalla giurisprudenza citata fosse la sua architettura su più passaggi logici, per i quali un comportamento elusivo andava ricondotto all'art. 37 *bis* d. P.R. 600/1973, l'art. 37 *bis* andava ricondotto agli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 74/2000<sup>955</sup>.

Passando per questa articolata ricostruzione, in fin dei conti e a ben vedere, quel che la giurisprudenza faceva era operare il sillogismo giudiziale tra il concreto comportamento elusivo e una delle fattispecie previste dal d.lgs. 74/2000, tanto che l'evocazione

---

<sup>954</sup> Di ciò sia prova che non tutti i fatti esaminati in giurisprudenza nascondano realmente un comportamento di ordine elusivo, poiché in alcune vicende (si pensi alla sentenza D&G) si discute di condotte ritenute simulatorie, e perciò sostanzialmente evasive. Lo rileva in dottrina M. DI SIENA, *La criminalizzazione dell'elusione fiscale e la dissolvenza della fattispecie criminosa* in *Rivista di Diritto tributario*, 2013, p. 194 che parla di una «disfida astratta su di una questione di principio (la penalizzazione o meno dell'elusione) innestata, tuttavia, su un sostrato fattuale di natura tipicamente evasiva».

<sup>955</sup> L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2013, p. 2092. Ad ogni modo, vi è chi ritiene preferibile un'inversione di metodo rispetto all'*iter* logico del principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Dolce & Gabbana*, per cui più che domandarsi se l'elusione fiscale sia un fenomeno penalmente rilevante, sarebbe più opportuno verificare se determinate operazioni siano penalmente rilevanti in quanto sussumibili in una delle fattispecie del d.lgs. 74/2000, non essendo dirimente la qualifica che esse ricevono in ambito tributario. Così T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, op. cit.

dell'appartenenza o meno del comportamento all'elenco di operazioni dell'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 si rivelava un'inutile intermezzo<sup>956</sup>.

La stessa giurisprudenza, si ricordi, escludeva che di per sé il divieto di abuso del diritto potesse assumere rilievo penalistico, ritenendo il principio in questione affetto da *deficit* troppo profondi sul piano della legalità e dei suoi corollari. A una lettura attenta, tuttavia, non sfuggirà che tale modo di opinare, di fatto, finiva per fare proprio quello che diceva non si dovesse fare: si negava la rilevanza penale dell'abuso del diritto tributario, perché confliggente con i basilari principi del diritto penale, ma si operava poi una forzatura interpretativa<sup>957</sup> che creava comunque numerose e inascondibili frizioni con essi<sup>958</sup>.

Come a questo punto appare evidente, la rilevanza penale delle condotte di elusione si basava sul combinato disposto dell'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 e del reato tributario più confacente al caso di specie, individuabile nella dichiarazione (fraudolenta mediante altri artifici, infedele od omessa) degli artt. 3, 4, 5 del d.lgs. 74/2000.

La sensazione comune alla dottrina che criticava tale orientamento era di trovarsi di fronte a una rilevanza penale posticcia, per la quale la giurisprudenza era andata alla ricerca di un precetto e di una pena, compiendo, come si anticipava, una forzatura interpretativa, che offriva l'immagine del diritto penale tributario come *nuovo campo di battaglia* tra esigenze di garanzia ed effettività<sup>959</sup>.

Vi erano indubbiamente seri problemi di tipizzazione delle condotte elusive ai fini penali.

Il primo dubbio che si poneva all'interprete era infatti quello di stabilire se l'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 avesse le caratteristiche per essere la norma che descriveva il precetto della fattispecie elusiva e la condotta penalmente rilevante; se, in altre parole, la norma citata potesse essere il *parametro di comportamento* a cui il contribuente doveva

---

<sup>956</sup> Si ricordi a proposito come Cesare Beccaria scrivesse: «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»: così in C. BECCARIA (a cura di F. VENTURI), *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1991, p. 17.

<sup>957</sup> A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., pp. 89 ss. Si veda anche A. PERINI, *Reati tributari*, op. cit., pp. 506 ss., per cui la conclusione circa l'irrilevanza penale dell'abuso del diritto «rischia di vedere in buona parte svuotato il proprio significato allorché venga compiuto un piccolo passo innanzi nella lettura del principio dell'abuso del diritto per constatare come, in buona sostanza, l'art. 37 *bis* d.p.r. n. 600/1973 finisca con il tipizzare tutta una serie di ipotesi la cui natura elusiva affiorerebbe proprio dalla sussistenza dei medesimi presupposti che legittimano l'applicazione dell'abuso del diritto».

<sup>958</sup> Chiarissima l'elencazione dei principi messi in crisi dall'impostazione accolta dalla sentenza D&G offerta da L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit., p. 2086.

<sup>959</sup> F. CONSULICH, *La scriminante sfigurata. Il diritto soggettivo come fonte di incriminazione? Il caso dei reati fiscali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2014,1, p.1. L'Autore si domanda se nell'attuale contesto di crisi economica il diritto penale tributario assurga a una forma di "diritto penale del nemico", al pari di quello in materia di terrorismo e di ordine pubblico.

ispirarsi<sup>960</sup>. La norma non appariva atta allo scopo, sia per la mancanza di un divieto di compiere le operazioni citate<sup>961</sup>, sia per la naturale retroattività del giudizio circa la presenza o meno delle ragioni economiche extra-fiscali<sup>962</sup>, sia, infine, per il *deficit* di precisione con cui le ipotesi tipiche di elusione erano descritte<sup>963</sup>. Vi era motivo di dubitare, inoltre, anche della ragionevolezza della scelta di ritenere meritevoli di pena le condotte elusive individuate dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 rispetto alle altre non individuate dalla norma<sup>964</sup>.

---

<sup>960</sup> Il primo dato evidente è che l'art. 37 *bis* non proibiva i comportamenti (atti, fatti, negozi) che venivano in essa in rilievo, i quali quindi mantenevano la loro iniziale liceità. La norma si limitava, piuttosto, ad avvertire il contribuente che, qualora le operazioni indicate si fossero rilevate, al giudizio *ex post* dell'Amministrazione Finanziaria, prive di valide ragioni economiche, esse non sarebbero state opponibili al Fisco, e quindi non avrebbero potuto garantire il vantaggio fiscale per cui erano state messe in campo. Scopo palese della norma era disincentivare le operazioni economiche mosse da sole ragioni fiscali, minacciando la perdita della loro ragione di essere. La norma tuttavia non imponeva al contribuente di astenersi da tali operazioni (v. F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 442).

<sup>961</sup> Era stato puntualmente osservato che la norma in questione funzionasse da norma-valutazione (norma di giudizio) e non da norma-comando, non operando essa come criterio di determinazione del comportamento del consociato al momento dell'azione (v. F. CONSULICH, *La scriminante figurata*, op.cit., p. 16; sul significato di norma-valutazione si veda C. PERINI, F. CONSULICH, (a cura di), E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, op. cit.,).

<sup>962</sup> Il secondo dato che si metteva in evidenza era che, anche a voler considerare l'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 come la norma da cui dedurre l'obbligo di astensione dalle condotte prive di ragioni economiche alternative al vantaggio fiscale, si poneva un problema non indifferente di irretroattività, dovuto alla natura cronologicamente successiva del giudizio di elusività delle condotte rispetto al momento della loro messa in atto. Il contribuente, fatti salvi casi macroscopici di operazioni *ictu oculi* elusive, nella maggior parte dei casi non poteva prevedere con certezza il giudizio che l'Amministrazione Finanziaria avrebbe dato sull'operazione che si apprestava a compiere. Poteva accadere, ad esempio, che le valide ragioni economiche, ritenute sussistenti per il contribuente, scomparissero per il Fisco. Ci si domandava, dunque, se il contribuente, nel dubbio, dovesse rifuggire da ogni possibile beneficio fiscale, per evitare che la sua condotta venisse considerata "elusiva" (così A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., p. 92; v. anche R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997, p. 1100).

<sup>963</sup> V. A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., pp. 89 ss. Si dubitava, infatti, che l'elenco di operazioni elusive contenuto nell'art. 37 *bis* fosse anche un "elenco preciso". In realtà, la disposizione si presentava come una generica enunciazione di negozi leciti e comuni, senza l'indicazione dettagliata degli elementi caratterizzanti le concatenazioni che conferirebbero ad esse il carattere elusivo (così P. VENEZIANI, *Elusione fiscale, "estero vestizione" e dichiarazione infedele*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, p. 868). Inoltre, a ben vedere, non tutte le operazioni, astrattamente richiamate dall'art. 37 *bis*, erano ipotesi di elusione, ma solo quelle che avvenivano *senza valide ragioni economiche*, solo quelle finalizzate all'ottenimento del risparmio fiscale indebito (così T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, op. cit., p. 457). E così usciva svilito quell'*unicum* di precisione e tipicità dell'art. 37 *bis* dato dalla presenza di un elenco tassativo di condotte, e il *vero* criterio selettivo si rivela essere la presenza o meno di valide ragioni economiche, secondo il giudizio dell'Agenzia delle Entrate e del giudice, oltre che l'esistenza dello scopo di aggirare le norme tributarie.

<sup>964</sup> La dottrina criticava la scelta di dare rilevanza alle condotte elusive tipizzate dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 anche in punto di ragionevolezza, evidenziando come anche le condotte elusive atipiche, ricondotte alla figura dell'abuso del diritto, finissero per produrre l'identico risultato in termini di risparmio di imposta, di quelle (per modo di dire) tipiche. Non si comprendeva per quale motivo solo le condotte violative della clausola antielusiva tipica dovessero essere soggette a rischio penale e non anche quelle scaturenti dal divieto di abuso del diritto, soprattutto considerato la promiscuità e la sostanziale sovrapposizione con cui la giurisprudenza tributaria manipolava le due categorie (così L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit., pag. 2087).

La sensazione che si aveva in dottrina era, quindi, che la scelta giurisprudenziale fosse ricaduta sulle condotte dell'art. 37 bis, poiché solo quelle erano *pronte all'uso* nella principale norma rinvenibile in materia di elusione, lasciando da parte il fatto che detta tipizzazione non fosse avvenuta ai fini penali. L'idea che tali norme fossero nell'ordinamento per fare altro dal selezionare le ipotesi di elusione penalmente rilevanti, faceva quindi sorgere il dubbio che, in fin dei conti, si stesse *abusando* dell'art. 37 bis<sup>965</sup>.

Ad ogni modo, quale che fosse il giudizio sulla possibilità di prendere l'art. 37 bis come parametro di riferimento per le condotte elusive penalmente rilevanti, altrettanto problematico appariva il successivo passaggio logico operato dalla giurisprudenza di legittimità del 2012, cioè quello di ricondurre le condotte in questione al catalogo dei reati offerto dal d.lgs. 74/2000<sup>966</sup>, in particolare ai suoi artt. 3, 4, 5, che prevedono e puniscono la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, la dichiarazione infedele e l'omessa dichiarazione<sup>967</sup>.

Chi optava per tale soluzione, traeva argomento anzitutto dall'interpretazione di talune norme generali del d.lgs. 74/2000, nella formulazione antecedente gli interventi operati dal d.lgs. 158/2015, che avrebbero potuto abbracciare anche il fenomeno elusivo, come la definizione di imposta evasa (art. 1 c.1 lett. f) o la causa di non punibilità data dalla procedura di interpello<sup>968</sup>.

---

<sup>965</sup> In questo senso F. CONSULICH, *La scriminante figurata*, op.cit., p. 16 osserva che «ad abuso del diritto del contribuente si risponderebbe con un abuso del diritto istituzionale impiegando una norma preposta ad operare in fase di controllo del Fisco, per fondare in capo al contribuente obblighi di condotta a contenuto dichiarativo, penalmente sanzionati».

<sup>966</sup> Durante la previgente disciplina (legge n. 516/1982) era esclusa la rilevanza penale della condotta elusiva poiché essa sarebbe potuta rientrare solo nel delitto di frode fiscale (art. 4 lett. f) che sanzionava unicamente le azioni che si estrinsecavano nell'indicazione in dichiarazione di fatti materiali non corrispondenti al vero, elemento assente in caso di elusione, dove non vi è difformità tra il dato reale e il dato indicato in dichiarazione. Così G. L. SOANA, *I reati tributari*, op. cit., p. 480.

<sup>967</sup> Le difficoltà di seguito citate, come evidente, mettevano in crisi l'idea, affermata dalla Corte di Cassazione, per cui la rilevanza penale dell'elusione costituiva «un risultato interpretativo conforme ad una ragionevole prevedibilità» e dunque un dato compatibile con la lettura funzionale del principio di legalità come prevedibilità del risultato interpretativo a cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, accolta, sulla scia della giurisprudenza della Corte edu, a partire dalla Sentenza Giordano delle S.U. del 2010 (così A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., pp. 89 ss.).

<sup>968</sup> In questo senso, come si è visto, si faceva riferimento anzitutto alla nozione di imposta evasa dell'art. 1 c. 1 lett. f e alla causa di non punibilità data dall'esperimento della procedura di interpello dell'art. 16 (lo si è già detto analizzando la sentenza di legittimità n. 7739/2012). L'interpretazione *a contrario* ancorata a quest'ultima disattendeva tuttavia la Relazione Governativa di accompagnamento al d.lgs. 74/2000, secondo la quale «La previsione di non punibilità di chi si sia adeguato al parere dell'organo consultivo – manifestato anche nelle forme del silenzio assenso - si connette ai principi affermati dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza 24 marzo 1988 , n. 364 (...) si tratta, cioè, di un criterio legale di esclusione del dolo di evasione richiesto per la configurabilità delle diverse ipotesi criminose (...) Resta comunque pienamente salva la possibilità che la condotta del contribuente, intesa allo sfruttamento delle opzioni consentite dalla legge civile al fine di realizzare risparmi di imposta, vada ricondotta al paradigma di quella che è tradizionalmente qualificata come semplice “elusione di imposta”, quale categoria concettualmente contrapposta all'evasione, rimanendo dunque priva di ogni riflesso penale. In altre parole, la disposizione di

A favore della riconduzione dell'elusione alle fattispecie di evasione si valorizzava la presenza dell'elemento soggettivo del dolo specifico presente nei reati tributari del d.lgs. 74/2000, ossia il fine di evadere le imposte<sup>969</sup>. Queste valutazioni, chiaramente, si fondavano sull'assunto per cui vi fosse coincidenza tra il fine di evasione e la direzione della propria azione verso l'aggiramento di obblighi e divieti tributari. Tuttavia, come si è detto in apertura del capitolo, evadere significa violare, e non aggirare, le norme tributarie: con ciò non si vuol dire che lo scopo elusivo *vada tutelato* rispetto a quello evasivo, ma solamente che esso è un *fine diverso*, non espressamente previsto nelle fattispecie penali. Ulteriori ostacoli per la sussunzione del fenomeno elusivo nei reati tributari emergevano, inoltre, rispetto al dato letterale degli artt. 3, 4, 5 del d.lgs. 74/2000, nella loro versione antecedente al d.lgs. 158/2015, che, come vedremo a breve, si è fatto carico di tali problematiche. Con riferimento al reato dell'art. 4 d.lgs. 74/2000, il nodo da sciogliere era valutare se una condotta elusiva potesse ritenersi idonea a celare elementi attivi effettivi oppure a generare elementi passivi fittizi<sup>970</sup>. La questione era legata dunque sull'ampiezza del significato del termine "fittizio" (e, specularmente, anche del termine "effettivo").

Quanto al significato da dare al termine in esame, il dibattito è stato a lungo ampio. Era possibile attribuire al termine un significato *restrittivo*, per cui esso riguarda solo gli «elementi reddituali non effettivi e non reali e, quindi, simulati e inesistenti sia in fatto che in diritto»<sup>971</sup>, ovvero un significato *estensivo*, che inglobava anche «l'indicazione di componenti reddituali negativi, che non concorrono alla produzione del reddito (non solo perché inesistenti, ma anche) perché, pur essendo effettivi, sono tuttavia ineducibili ai sensi delle disposizioni di legge»<sup>972</sup>. Nel primo caso ci si limitava a una lettura del termine "fittizio" coerente con il dato semantico, sostenuta anche dal rilievo per cui «in sede penale la nozione di fittizietà ha una sua precisa

---

cui all'articolo 16 è unicamente di favore per il contribuente, e non può in alcun modo essere letta, per così dire, "rovescio", ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie *lato sensu* elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo» (così in *Relazione governativa di accompagnamento al D. Lgs. 10 marzo 2000, n.74, §4.3.*, in *Fisco*, 2002, p. 31). Si veda F. D'ARCANGELO, *Le condizioni per la rilevanza penale dell'elusione fiscale*, op. cit., pp. 1336 ss.; *contra* A. D'AVIRRO, *L'elusione entra "a torto" nell'illecito tributario*, In *Il Corriere Giuridico*, 2012, p. 495.

<sup>969</sup> Quanto al fine perseguito dall'agente nell'elusione fiscale, in dottrina vi era chi sosteneva che per gli atti posti in essere, diretti ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario, l'elemento del dolo fosse insito nella realizzazione di un determinato fatto imponibile in funzione della disciplina tributaria ad esso applicabile, e quindi nella scelta di azione in forza della convenienza fiscale, nella preordinazione di una serie di vicende materiali per far scattare un regime fiscale favorevole. Si era altresì osservato che il dolo sarebbe stato proprio l'elemento che consentiva di distinguere il contribuente che conta sulla fondatezza della propria tesi da quello che conta sulla speranza di non essere controllato. V. F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., pp. 437 ss.

<sup>970</sup> A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit., pp. 94 ss. Sulla nozione penalistica di elementi passivi fittizi v. ampiamente V. E. FALSITTA, *Diritto penale tributario, Aspetti problematici*, Milano, 2001, p. 66 ss..

<sup>971</sup> La definizione è di F. GALLO, *La rilevanza penale dell'elusione fiscale*, op. cit., p. 322.

<sup>972</sup> *ibidem*.

valenza, che indica (...) uno scarto tra il reale e la rappresentazione dello stesso»<sup>973</sup>. Nel secondo caso si dava una lettura normativa del termine fittizio, non solo come mancata corrispondenza alla realtà, ma anche come contrarietà alle norme tributarie. A favore di questa seconda lettura, accolta dalla giurisprudenza, operava il rilievo per cui le nozioni di “elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo” e di “elementi passivi fittizi” fossero elementi normativi di fattispecie, che ricevevano il loro significato dall’intero sistema tributario<sup>974</sup>, venendo a significare “esistente” o “inesistente” sul piano tributario.

Questa scelta, tuttavia, finiva per spostare il delitto di dichiarazione infedele «*da un piano ontologico a un piano deontologico*»<sup>975</sup>, per cui si puniva non la discrasia tra quello che è e quello che viene dichiarato dal contribuente, ma la difformità tra ciò che dovrebbe essere e ciò che viene dichiarato, richiedendosi all’agente lo sforzo, in sede di autoliquidazione dei tributi, di valutare quali operazioni avrebbero potuto non reggere al vaglio della presenza di valide ragioni economiche, e di assoggettarsi a un’imposta maggiore di quella che gli spetterebbe in virtù della situazione reale<sup>976</sup>. A riprova di ciò parte della dottrina osservava che l’elemento oggettivo del reato di dichiarazione infedele non poteva esaurirsi nella semplice differenza tra l’elemento attivo o negativo dichiarato e quello effettivo (differenza presente già nell’illecito tributario previsto dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471), prescindendo da qualsiasi condotta tesa ad indurre in errore, attraverso falsità documentali o altri mezzi, l’Amministrazione Finanziaria<sup>977</sup>. Per la citata dottrina, la struttura della dichiarazione infedele si avvicinerrebbe alla struttura della frode fiscale di cui all’art. 3 del d.lgs. 74/2000, poiché comunque si richiederebbe un comportamento capace di indurre in errore l’amministrazione finanziaria, i due reati si differenzierebbero però per il coefficiente di maggiore insidiosità del reato dell’art. 3, caratterizzato dall’uso di mezzi fraudolenti<sup>978</sup>. A riguardo si è notato<sup>979</sup> che lo stesso legislatore, nella Relazione a D. lgs. 74/2000<sup>980</sup>, ha affermato la necessità di “«un *minimum* di attitudine all’inganno nei confronti del Fisco» anche con riferimento al delitto di dichiarazione infedele. Questa volontà di ingannare sarebbe carente nell’elusione fiscale, in cui il contribuente «agisce alla luce del sole»<sup>981</sup>.

Con riferimento al reato dell’art. 5 d.lgs. 74/2000<sup>982</sup>, il problema era valutare se una condotta elusiva potesse dar luogo a un’omessa dichiarazione.

---

<sup>973</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici* op. cit., p. 449.

<sup>974</sup> Così in F. D’ARCANGELO, *Le condizioni per la rilevanza penale dell’elusione fiscale*, op. cit., p. 1343.

<sup>975</sup> L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell’elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit., p. 2087

<sup>976</sup> *Ibidem*. Il discorso è già stato affrontato *supra*. Si tratta di un’argomentazione *per absurdum* essendo riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione (C. Cass. Sez. trib. 17.10.2008, n. 25374), che «lo strumento dell’abuso del diritto deve essere utilizzato dall’amministrazione finanziaria con particolare cautela, dovendosi sempre tener presente che l’impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentono un minor carico fiscale costituisce l’esercizio della libertà d’impresa e di iniziativa economica, nel quadro delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione e dall’ordinamento comunitario».

<sup>977</sup> A. D’AVIRRO, *L’elusione entra “a torto” nell’illecito penale tributario*, op. cit., p. 496, F. GALLO, *La rilevanza penale dell’elusione fiscale*, op. cit., p. 324. Esclude invece questo dato, che comportava una vicinanza tra le fattispecie penaltributarie degli artt. 3 e 4 del d.lgs. 74/2000, M. PISANI, *Le conseguenze penali tributarie dell’abuso del diritto ai fini IVA*, in *Corriere Tributario*, 2008, p. 2994.

<sup>978</sup> V. nota precedente.

<sup>979</sup> Si veda F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 445.

<sup>980</sup> *Relazione al d.lgs. 74/2000*, op. cit., p. 37.

<sup>981</sup> T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, op.cit., p. 454.

<sup>982</sup> Sul delitto di omessa dichiarazione si veda A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, p. 414.

Si è già visto come il reato venisse evocato per l'ipotesi di esterovestizione, per cui chi pone oltre i confini nazionali la sede di un'attività, che solo *fittiziamente* si svolge all'estero, presentando la dichiarazione dei redditi altrove, di fatto omette di presentarla in Italia<sup>983</sup>. Nondimeno, la giurisprudenza che si è spesa sul tema<sup>984</sup> tiene a precisare come la rilevanza penale della condotta dipenda dall'«evasione dell'imposta dovuta» e non dal «mero abuso di uno strumento contrattuale lecito per pervenire ad una più favorevole pressione fiscale», ritenendo cioè che l'esterovestizione sarebbe un vero e proprio comportamento evasivo, e non un'esplicazione scorretta (cioè *abusiva*) del diritto di stabilimento concesso dal Trattato dell'Unione Europea. Insomma, l'esterovestizione postula che il trasferimento all'estero della propria attività non sia reale, e non che sia reale ma eseguito al solo fine di un vantaggio fiscale. La condotta incriminata dall'art. 5 d.lgs. 74/2000, cioè non presentare una dichiarazione obbligatoria, non abbraccia il comportamento di chi presenta una dichiarazione dando atto degli effetti di operazioni elusive. In altre parole, varrebbe quanto osservato già per i «costi fittizi» e i «costi indeducibili» sub art. 4 d.lgs. 74/2000.

Quanto alla riconducibilità dell'elusione all'art. 3 del d.lgs. 74/2000<sup>985</sup>, si era osservato che detta figura delittuosa ricorreva quando la condotta elusiva si accompagnava ad una falsa attestazione contabile e all'uso di mezzi fraudolenti dati dall'adozione di modalità complesse di svolgimento della condotta tali da aver determinato un ostacolo all'accertamento di questa falsità<sup>986</sup>. Le fattispecie per cui nella prassi si era posto il problema erano l'acquisizione delle c.d. bare fiscali (o fusione per incorporazione di società in perdita), il *dividend washing*, il *dividend stripping*, l'intestazione di conti correnti e depositi bancari a prestanomi, il trasferimento di residenze all'estero, l'interposizione fittizia di persona, la creazione di società di comodo, il *transfer price*<sup>987</sup>. Rispetto a tale fattispecie, il problema era il rapporto tra comportamenti elusivi e la condotta punibile, di natura artificiosa.

Possiamo richiamare i rilievi già svolti, dando atto di come la dottrina ritenesse che i comportamenti concreti potevano essere puniti come «evasione» solo quando consistevano effettivamente in *simulazioni*, ma non avevano rilevanza penale quali «elusioni» quando non fossero idonei a ostacolare gli accertamenti del Fisco e dessero comunque luogo ad operazioni reali<sup>988</sup>. Più Autori mettevano in evidenza, inoltre, come alle condotte

---

<sup>983</sup> V. F. CONSULICH, *La scriminante sfigurata. Il diritto soggettivo come fonte di incriminazione? Il caso dei reati fiscali*, op.cit., p. 8.

<sup>984</sup> Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Appello di Milano sul caso D&G, 30 aprile 2014, *supra*.

<sup>985</sup> Sul delitto di dichiarazione fraudolenta mediante raggiri si veda A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, op. cit., pp. 338 ss.

<sup>986</sup> G.L. SOANA, *I reati tributari*, op. cit., p. 482.

<sup>987</sup> V. T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, pp. 1047 ss., in cui si mette in evidenza come «non vi è artificiosità del comportamento materiale, ma solo della veste giuridica prescelta».

<sup>988</sup> *Ibidem*.



elusive fossero estranee le componenti di inganno e occultamento, tali da assicurare l'illegittimo beneficio fiscale anche in caso di controlli, tipiche delle fattispecie di frode<sup>989</sup>.

Appariva criticabile, infine, l'argomentazione, dal sapore in parte teleologico in parte sistematico, che valorizzava la c.d. identità di offesa dei comportamenti di elusione ed evasione.

Si è già detto di come la giurisprudenza di legittimità, per affermare la rilevanza penale dell'elusione fiscale, insisteva sull'idoneità lesiva della condotta rispetto al bene giuridico protetto dai reati fiscali, cioè l'interesse dell'Erario alla corretta percezione dei tributi<sup>990</sup>, e sottolineava come, con la Riforma del 2000, il legislatore avesse scelto di incentrare la fattispecie penaltributaria sul momento dell'offesa degli interessi dell'Erario, tutelando la corretta percezione del tributo<sup>991</sup>. In particolare la Corte di Cassazione sosteneva che «se il bene tutelato dal nuovo regime fiscale è la corretta percezione del tributo, l'ambito di applicazione delle norme incriminatrici può ben coinvolgere quelle condotte che siano idonee a determinare una riduzione o un'esclusione della base imponibile»<sup>992</sup>.

L'argomento dell'omogeneità di offesa tra elusione ed evasione appariva debole tenuto conto del principio di frammentarietà del diritto penale, che impone venga attribuita importanza alle *modalità di lesione* previste dal legislatore nel tipizzare l'offesa penalmente rilevante a un bene giuridico. In particolare, attraverso il d.lgs. 74/2000 il legislatore ha previsto che siano punibili le offese cagionate all'Erario mediante “dichiarazione fraudolenta” o “dichiarazione infedele” o “dichiarazione omessa”, e non esiste invece una fattispecie penale tributaria a condotta libera, tipizzata solo attraverso l'indicazione dell'evento<sup>993</sup>.

#### **4. Le modifiche e i chiarimenti dei decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015.**

---

<sup>989</sup> M. PISANI, *Le conseguenze penali tributarie dell'abuso del diritto ai fini IVA*, op. cit., p. 2994.

<sup>990</sup> Il bene giuridico protetto dalle fattispecie penal-tributarie viene individuato nell'interesse dello Stato a disporre di entrate sufficienti a coprire le spese pubbliche. Si veda, per un'ampia ricostruzione dell'offesa nei reati tributari, A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, op. cit., pp. 95 ss., il quale pone in evidenza come il bene tutelato dai reati fiscali «si pone in conflitto con gli egoismi individuali e necessita per questo di una massima convalida *ex post*».

<sup>991</sup> Si vedano le sentenze Corte Cost. 49/2002, Cass. Pen. S.U., 25/10/2000, n. 27, Di Mauro, Cass. Pen. S.U. 28.10.2010, n. 1235, Giordano, e in dottrina G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul un tema europeo*, op. cit., p. 2.

<sup>992</sup> Cass. Pen., Sez. II, 22.11.2011 (dep. 22.02.2012), n. 7739, p. 61.

<sup>993</sup> V. F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., pp. 439 ss., per cui «l'elusione consiste strutturalmente in un illecito atipico (e forse addirittura non tipizzabile in termini penalmente accettabili), mentre il carattere fondante dell'illecito penale si riassume nell'essere tipico e descritto in forma tassativa dal legislatore, chiamato a selezionare non soltanto il bene giuridico meritevole di tutela, ma anche le modalità di aggressione al bene stesso, scegliendo così fra le molte possibili, quella da assoggettare a sanzione penale».

Le incertezze applicative fin riferite sono state tenute in debito conto dal legislatore all'interno del più ampio intervento riformatore in tema di reati tributari operato con il d.lgs. 158/2015, che vanno lette insieme ad altre importanti norme "anticipate" dal d.lgs. 128/2015 con l'introduzione dell'art. 10 *bis* nella l. 212/2000.

La norma da ultimo citata si occupa infatti ad ampio raggio delle conseguenze delle condotte abusive (o elusive che dir si voglia, stante l'equiparazione *ex lege*), a partire da quelle tributarie. Così, in una logica di *ripetizione dei vantaggi indebiti*, le operazioni abusive «non sono opponibili all'Amministrazione Finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusivi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni» (art. 10 *bis* comma 1 l. 212/2000).

Maggiore interesse per il nostro discorso riveste, tuttavia, la presa di posizione del legislatore sulle *conseguenze sanzionatorie* alle quali va incontro la condotta abusiva.

In questo senso, il nuovo art. 10 *bis* afferma che i comportamenti abusivi non possono essere oggetto di sanzioni penali tributarie, ed eventualmente possono esserlo di sanzioni amministrative. Si prevede infatti che «le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie» (art. 10 *bis* comma 13 l. 212/2000).

Nella stessa direzione pare andare anche il precedente comma 12 dell'art. 10 *bis*, per cui «in sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie» (comma 12). Le specifiche violazioni tributarie indicate, oltre a essere quelle delle «*norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzione, detrazioni, crediti di imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario*» (art. 3 d.lgs. 128/2015), sono evidentemente anche le norme penali che puniscono comportamenti di evasione.

Dal dato legislativo citato emerge quindi l'intenzione del legislatore delegato di sottrarre le condotte abusive dall'area del penalmente rilevante, e di chiarire che le condotte abusive, pur non essendo lecite nel modo in cui è lecito il risparmio di imposta, non sono tuttavia penalmente illecite come le condotte di c.d. evasione<sup>994</sup>.

---

<sup>994</sup> Si è detto a tal riguardo che «L'abuso del diritto è una figura interstiziale, che si colloca tra il legittimo risparmio di imposta e l'evasione. Queste due figure rappresentano invero i due limiti entro cui si colloca l'abuso: ciò che è lecito ed anche legittimo (il risparmio di imposta) e come tale consentito, da un lato, e ciò che invece è illecito (l'evasione), quindi espressamente vietato, dall'altro». Così A. CARINCI, D. DEOTTO,

Tale scelta appare confermata dal successivo decreto legislativo n. 158 del 24.09.2015, contenente la *revisione del sistema sanzionatorio*. Attraverso esso, il legislatore, ha modificato quelle disposizioni che, come si è visto, potevano alimentare l'interpretazione giurisprudenziale favorevole alla rilevanza penale delle condotte previste dall'abrogato art. 37 bis del D.P.R. 600/1973.

Il legislatore ha dunque rivisto la definizione di "imposta evasa" dell'art. 1 lett. f d.lgs. 74/2000, specificando che non si considera tale «*quella teorica e non effettivamente collegata a una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili*».

Sono poi state inserite nuove norme definitorie all'art. 1 lett. g bis), per cui le «*operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente*» sono «*operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000, n.212*» (vale a dire dalle operazioni che integrano abuso del diritto) e all'art. 1 lettera g ter) per cui «*mezzi fraudolenti*» sono le «*condotte artificiali attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà*».

Tali definizioni vanno lette insieme alle modifiche apportate al reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3 del d.lgs. 74/2000, che vede così descritte più dettagliatamente le modalità esecutive del delitto, ossia il compimento di operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente, l'utilizzazione di documento falsi o l'avvalersi di altri mezzi fraudolenti.

Inoltre è stato modificato l'art. 4, sostituendo alla locuzione "*elementi passivi fittizi*" quella di "*elementi passivi inesistenti*", col chiaro intento di evitare, per il futuro, quell'interpretazione che riconduceva al concetto di fittizio tutti gli elementi passivi indeducibili sul piano fiscale, e non solo quelli inesistenti *in rerum natura*, fondando così la possibilità di punire le condotte elusive come dichiarazioni infedeli ai sensi dell'art. 4 stesso. A riprova di tale *voluntas legis*, l'art. 4 ha visto poi l'inserimento di un nuovo comma 1 bis, per il quale «non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivo o passivi oggettivamente esistente, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione

---

*D.lgs. 5 agosto 2015, n.128, Abuso del diritto ed effettiva utilità della novella: much ado about nothing?, in Fisco, 2015, p. 3107.*

dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali»<sup>995</sup>.

##### **5. La situazione successiva ai decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015.**

Non ci sono dubbi, a nostro avviso, sul fatto che la volontà del legislatore del 2015 fosse quella di negare la rilevanza penale delle condotte abusive. Tuttavia, come si è visto con l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e i problemi dell'eccesso di potere, non è detto che la volontà del legislatore si traduca *sempre* in un quadro normativo corrispondente a quella volontà, e dunque occorre “fare la prova del nove” per affermare che i comportamenti abusivi sul piano tributario siano effettivamente esenti da pena.

Possiamo quindi osservare che la scelta del legislatore di sancire espressamente, per fare chiarezza, che le condotte di abuso del diritto non hanno rilevanza penale appare condivisibile, ma a nostro avviso non risolutiva. In fondo, nemmeno la giurisprudenza di legittimità aveva mai sostenuto che condotte solo abusive, non riconducibili a specifiche violazioni, potessero di per sé avere rilievo penale.

Tenendo a mente che, ai sensi del nuovo art. 10 *bis* comma 12 l. 212/2000, le operazioni abusive possono configurarsi solo quando non possano contestarsi violazioni di specifiche disposizioni tributarie, l'affermazione del legislatore non fa che ripetere quello che era già pacifico, ossia che un'operazione contrastante con il divieto di abuso del diritto non poteva avere rilevanza penale di per sé.

Il problema penale dell'abuso del diritto tributario, come si è visto, non si poneva per queste condotte, ma per quelle riconducibili a fattispecie elusive, e, anche a prescindere da questo fin troppo esaltato rispetto formale della legalità, stava tutto nell'interpretazione degli elementi delle fattispecie dei reati fiscali, allargata al punto di farvi rientrare i comportamenti elusivi (in tal senso, l'equiparazione tra “*elementi passivi fittizi*” ed “*elementi passivi indeducibili*” del reato di dichiarazione infedele era forse l'esempio più eclatante)<sup>996</sup>. Il comportamento abusivo/elusivo veniva sussunto in una delle fattispecie dei reati fiscali, e il suo autore veniva condannato per una violazione di una norma del d.lgs. 74/2000.

---

<sup>995</sup> V. S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 09.10.2015.

<sup>996</sup> V. F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 09.09.2015, per cui «al cospetto dei temi dell'abuso del diritto e dell'elusione, il problema consiste (e consisteva sub specie elusione/evasione) nel decidere se una condotta integratrice una figura di abuso/elusione sia altresì riportabile a una delle figure di incriminazione contemplate dalla normativa penaltributaria».

Così, ciò che sembra mettere davvero al riparo dalla rilevanza penale delle condotte abusive sono le modifiche apportate ai reati tributari da parte del d.lgs. 158/2015, volte a chiarire come l'abuso di un diritto sia un fatto diverso tanto dalla frode<sup>997</sup> quanto dall'infedeltà<sup>998</sup> e dall'omissione dichiarativa.

### **5.1. Condotta abusiva vs condotta simulata, fraudolenta, artificiosa.**

Le modifiche apportate alle fattispecie degli artt. 3 e 4 del d.lgs. 74/2000 nel 2015 sembrano *fare di tutto* per sconfessare l'indirizzo interpretativo volto a ricondurre ad esse le pratiche elusive.

Del resto, la scelta legislativa nel senso di limitare l'uso della sanzione penale trova conferma già dall'art. 8 della Legge Delega n. 23/2014, che indicava come criterio per la revisione del sistema sanzionatorio di rendere punibili solo «i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione di documentazione falsa».

Così, quindi, pur in presenza di effetti di risparmio di imposta *prima facie* paragonabili a quelli frutto di simulazione, frode, dichiarazione infedele od omessa, i fatti *solo abusivi* non sarebbero meritevoli di pena, e sarebbero esterni alle fattispecie del d.lgs. 74/2000.

A differenza di quanto accade in altri rami dell'ordinamento, dove la *fine* dell'*esercizio di un diritto* coincide con l'*inizio* del *reato*, che appunto dà rilievo a una condotta "abusiva" (si pensi, ad esempio, alla fattispecie dell'art. 570 c.p.), in questo caso, è l'abuso stesso che sta fuori dalla fattispecie penale, semplicemente perché i reati tributari puniscono forme di aggressione diverse dall'abuso.

Le condotte connotate da fittizietà e fraudolenza e le condotte semplicemente abusive si pongono dunque in un rapporto di *mutua esclusività*<sup>999</sup>.

A parità di risultato deprecabile, l'evasione postula l'utilizzo di mezzi di per sé *illeciti* e connotati di disvalore, l'abuso del diritto, invece, di mezzi di per sé *leciti*, la cui concatenazione o architettura, complessivamente considerata alla luce della funzione che svolge e dei principi di settore (art. 53 Cost.), riceva la disapprovazione dell'ordinamento, ma non ai fini penali. Diverso è rileggere la condotta composta di atti apparentemente leciti

---

<sup>997</sup> Si richiami, *mutatis mutandis*, gli insegnamenti della sentenza Cass. Pen., sez. V, n. 4677/14, Impregilo, che chiarisce come la frode esprima una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, mentre l'abuso consti di un uso distorto del potere.

<sup>998</sup> Sulla irriducibilità delle condotte elusive all'art. 4 d.lgs. 74/2000 si veda L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit., p. 2087.

<sup>999</sup> F. DONELLI, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10 bis dello Statuto del contribuente*, op. cit.

alla luce dei principi sanciti dall'art. 53 Cost. e stabilire che essa è abusiva, perché il contribuente viene meno ai suoi doveri di contribuzione, diverso è ritenerla artificiosa. Non tenere conto di questo aspetto implicherebbe salire dal piano della *descrizione* delle condotte a quello del *fondamento*, innescando un procedimento analogico.

Possiamo osservare quindi che proprio la differenza *in re ipsa* tra le condotte realizzate con mezzi fraudolenti e quelle abusive rende un dato neutro il fatto che non si sia richiamata l'esclusione delle operazioni dell'art. 10 *bis* l. 212/2000 nella definizione di suddetti mezzi data dal nuovo art. 1 lett. g *ter* del d.lgs. 74/2000, diversamente da quanto effettuato per la definizione delle operazioni simulate alla lettera g *bis*. Le operazioni simulate, infatti, sono operazioni effettive ed esistenti che, nel diritto civile, mantengono una limitata validità ed efficacia nei rapporti con i terzi, e per questa ragione il chiarimento del legislatore sull'esclusione delle condotte abusive è parso più opportuno.

Nella direzione tracciata va, del resto, la prima applicazione della giurisprudenza di legittimità<sup>1000</sup>, all'indomani del d.lgs. 128/2015, che chiarisce espressamente come l'abuso sia una categoria diversa dalla simulazione, dalla falsità, dalla fraudolenza, cioè dalle condotte punite dai reati fiscali del d.lgs. 74/2000, e residuale rispetto a esse<sup>1001</sup>. La Corte afferma infatti che: «l'abuso postula l'assenza, nel comportamento elusivo del contribuente, di tratti riconducibili ai paradigmi penalmente rilevanti della simulazione, della falsità o più in generale della fraudolenza».

Un'assonanza del principio stabilito dalla Corte può rinvenirsi, *mutatis mutandis*, nella statuizione della c.d. sentenza Impregilo (Corte di Cassazione Penale, 18.12.2013, n. 4677), dettata nella diversa materia dell'adeguatezza dei modelli organizzativi rilevanti per la legge 231/2001, la quale afferma l'alternatività tra la presenza di un semplice abuso, cioè di un uso distorto di un potere, e la componente di inganno che caratterizza l'elusione fraudolenta del modello organizzativo dell'ente<sup>1002</sup>. La fattispecie di esonero della responsabilità dell'ente prevista dall'art. 6 d. lgs. 231/2001 richiede, affinché il reato non sia imputato all'ente, che la condotta elusiva del modello sia connotata da una nota di fraudolenza, tanto che «il modello deve essere di un tale livello qualitativo, nel suo contenuto e nella sua attuazione, da poter essere eluso solo con la fraudolenza»<sup>1003</sup>.

---

<sup>1000</sup> Cass. Pen., Sez. III, 1.10.2015, n. 40272.

<sup>1001</sup> V. anche, sui rapporti tra “operazioni simulate” e “operazioni elusive” S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al decreto legislativo 158/2015 appena pubblicato*, op. cit.

<sup>1002</sup> Il testo della sentenza è disponibile in *Diritto Penale Contemporaneo*, 03.03.2014, con nota di L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggravi ed “elusione fraudolenta” del modello organizzativo ai sensi del D. Lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*.

<sup>1003</sup> A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, pp. 51 ss., a cui si rinvia per il confronto tra le diverse possibili letture del requisito della fraudolenza, in senso oggettivo come modalità di condotta, in senso soggettivo come intenzionalità dell'elusione del modello, o, infine, nel senso di un'elusione non concordata tra ente e vertice.

Non coglie quindi propriamente nel segno la diversa opinione, secondo cui «la distinzione tra evasione ed abuso fotografa non già due fenomeni tra di loro diversi e separati, come si sostiene per negare la sanzionabilità dell'abuso (o impropriamente dell'elusione), ma due profili del medesimo fenomeno: l'abuso descrive la condotta, l'evasione il risultato»<sup>1004</sup>. Per il diritto penale, infatti, non è indifferente –in presenza di un'espressa tipizzazione delle condotte rilevanti - come si arrivi al risultato.

Ci sembra interessante notare come l'argomentazione usata esprimesse infatti una *funzione inclusiva, estensiva* anziché *selettiva* della lesione al bene giuridico, quale criterio di interpretazione della fattispecie penale<sup>1005</sup>.

Il dato evidente è dunque come non vi sia oggi (né vi sia fin qui stato), in materia penal-tributaria, un reato proprio del contribuente, titolare di diritti e al contempo di doveri, che punisca forme di semplice abuso.

Sia allora consentita una breve digressione in termini di intertemporalità, per osservare come, sia in dottrina che in giurisprudenza, all'indomani dei richiamati interventi legislativi, si sia affermata la tesi dell'*abolitio criminis* per l'elusione fiscale, tralasciando, in effetti, come tale fenomeno *già* non ricadesse nel perimetro delle fattispecie tributarie.

Si è infatti sostenuto, ad esempio, che «l'art. 10 *bis* L. 212/ 2000 ridisegna per sottrazione le fattispecie di reato, escludendo dal loro perimetro i comportamenti rientranti nella nozione di abuso del diritto»<sup>1006</sup>. Anche la sentenza n. 40272/2015, al pari, richiama l'applicazione dell'art. 2 comma 2 c.p., possibile sia con riferimento all'introduzione del comma 13 dell'art. 10 *bis* l. 212/2000<sup>1007</sup>, sia con riferimento alle modifiche dell'art. 4 del d.lgs. 74/2000<sup>1008</sup>. Come si è innanzi detto, questa soluzione, felice dal punto di vista degli effetti pratici di rimozione del giudicato e di pronta definizione dei procedimenti in corso con formula assolutoria, non è propriamente corretta, poiché, a ben vedere, neanche in passato i comportamenti abusivi/elusivi erano previsti come reato, a meno di non voler ammettere che il consolidarsi

---

<sup>1004</sup> A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, p. 242. Cfr. con G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul un tema europeo*, op. cit., p. 5, che, come già ricordato, mette in evidenza come, sul piano terminologico, l'abuso del diritto sarebbe il "mezzo" con cui si ottiene il "risultato" dell'elusione.

<sup>1005</sup> Sul ruolo del bene giuridico nella legge e nell'interpretazione penale si veda D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, op. cit., pp. 131 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 525 ss.

<sup>1006</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, op. cit.

<sup>1007</sup> F. DONELLI, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10 bis dello Statuto del contribuente*, op. cit., afferma che «il fatto non è più previsto dalla legge come reato» con attitudine travolgente il giudicato; F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, op. cit., indica come l'art. 10 *bis* operi un'*abolitio criminis* parziale, capace di travolgere il giudicato.

<sup>1008</sup> S. CAVALLINI, *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015, p. 9.

dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole possa fondersi con il dato legislativo per individuare la fattispecie penale.

## **5.2. La riconoscibilità dell'abuso del diritto quale limite delle fattispecie penali dichiarative.**

A questo punto appare evidente come il qualificare una condotta “solo abusiva” *salvi* dall'applicazione della pena per i reati dichiarativi del d.lgs. 74/2000.

Diventa importante, quindi, riflettere intorno agli elementi individuati dai primi commi dell'art. 10 *bis* l. 212/2000 in presenza dei quali si è al cospetto di un abuso. Come rilevato in dottrina, l'art. 10 *bis* individua tre presupposti per l'esistenza dell'abuso, che sono «a) l'assenza di sostanza economica nelle operazioni effettuate; b) la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; c) la circostanza che il vantaggio è l'effetto essenziale dell'operazione»<sup>1009</sup>, e detta espressamente le definizioni dei suoi elementi al comma secondo.

Nel contesto normativo precedente era stato osservato che la valutazione circa la presenza o assenza di valide ragioni economiche della condotta aprisse «spazi inammissibili di discrezionalità giudiziaria», al punto di far vacillare precisione, determinatezza e materialità della fattispecie<sup>1010</sup>. D'altro canto essendo già una valutazione ampiamente discrezionale quella che compie l'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa, risulta essere ancora più aleatorio il sindacato del giudice su di essa. A tale rilievo veniva obiettato tuttavia che l'accertamento in questione potrebbe compiersi attraverso il ricorso a criteri oggettivi, avendo a parametro il comportamento di un operatore economico medio e verificando se costui avrebbe avuto buoni motivi per porre in essere l'operazione in questione anche senza ottenere i vantaggi fiscali conseguiti<sup>1011</sup>. Si aggiungeva poi che il sindacato sull'esclusività della finalità fiscale è ben noto a dottrina e giurisprudenza penali in quanto essa costituisce il discrimine tra l'ipotesi di sola frode fiscale o di frode fiscale in concorso con la truffa ai danni dello Stato, e che l'analisi della causa delle operazioni economiche poste in essere è un terreno frequentemente percorso dalla giurisprudenza penale anche nella ricerca di un discrimine tra le ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione o per dissipazione, di appropriazione indebita o di infedeltà patrimoniale<sup>1012</sup>. Va comunque valutato positivamente lo sforzo del legislatore di definire, all'art. 10 *bis* c. 2 lett. a le “operazioni prive di sostanza economica”, indicando indizi della loro presenza, quali la non coerenza della qualificazione delle singole

---

<sup>1009</sup> E. AMATI, *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op. cit., p. 466.

<sup>1010</sup> L. TROYER, A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit.; G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, op. cit., pp. 465 ss.

<sup>1011</sup> P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2002.

<sup>1012</sup> Così F. D'ARCANGELO, *Le condizioni per la rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Le Società*, 2013, 12, p. 1343. L'Autore ricorda come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano ed altri, abbiano stabilito che il concorso tra il delitto di frode fiscale e quello di truffa ai danni dello Stato è ammissibile solamente nell'ipotesi in cui dalla frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni.



operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme, e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

È evidente peraltro che l'istituto, destinato ad operare principalmente sul piano extra-penale dell'accertamento tributario, continua a presentare irrinunciabili elementi di elasticità, meglio determinabili alla luce della giurisprudenza e delle acquisizioni dottrinali, anche precedenti la Riforma.

Le definizioni dell'art. 10 *bis* c. 2, corredate di indici di partenza, inducono a ritenere che, come avviene per gli altri abusi fin qui incontrati, la giurisprudenza giocherà un ruolo fondamentale nel costruire una prevedibilità degli esiti applicativi della norma puntellata dalla casistica<sup>1013</sup>. Del resto, anche nel contesto normativo precedente la giurisprudenza si mostrava più che mai attenta a *far parlare i fatti*, ricercando *indizi* dai quali desumere la presenza degli elementi della fattispecie<sup>1014</sup>.

Degna di nota è la locuzione «indipendentemente dalle intenzioni del contribuente», che – come si è notato - *oggettivizza* l'abuso, conformemente alla raccomandazione della Commissione Europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE<sup>1015</sup>, e più in generale, alla nozione comunitaria dell'abuso del diritto, in cui l'elemento soggettivo rileva solo a completamento dell'elemento oggettivo dato dal contrasto con la finalità normative<sup>1016</sup>.

### 5.3. La violazione di specifiche norme tributarie.

Altrettanto importante diventa, infine, definire con maggiore chiarezza la portata del comma 12 dell'art. 10 *bis*<sup>1017</sup>, laddove parla di «violazioni di specifiche norme tributarie» che escludono la configurabilità di operazioni abusive.

---

<sup>1013</sup> Una casistica intesa non come massa di casi concreti nella loro individuabilità storica, ma come casi generici o tipologici, ipotesi ricostruite sulla base di elementi specifici comuni, ma suscettibili di generalizzazione: G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 257.

<sup>1014</sup> Così, ad esempio, la sentenza Cass. Pen., Sez. V, n. 36859 del 16 gennaio 2013, dep. 6 settembre 2013, pur escludendo la rilevanza penale dell'elusione fiscale, dava atto di come nel procedimento fossero stati ritenuti «indici sintomatici dell'assenza di una reale consistenza economica» delle operazioni una serie di aspetti quali «la denominazione seriale di molte delle società in questione (esemplificativamente, "Ebea", "Ecea", "Edea", "Egea" ed a seguire, oppure con nomi di piante od animali), la forma utilizzata per la costituzione delle stesse (in gran parte, società di persone aventi per oggetto la gestione di imprese agricole, del tutto eterogeneo rispetto alle operazioni poi poste in essere all'interno del gruppo avvalendosi di quei soggetti giuridici), e la circostanza che una stessa persona fisica ne risultava legale rappresentante, al contempo, di alcune centinaia (il Br., fra gli altri, appariva amministratore di 390 società)».

<sup>1015</sup> E. AMATI, *L'irrelevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op. cit., p. 466.

<sup>1016</sup> Si rinvia al capitolo 1.

<sup>1017</sup> F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, op. cit..

Tra esse possono infatti rientrare violazioni di specifiche norme poste con finalità elusive, per le quali ancora oggi, a ben vedere, non vale il salvacondotto di irrilevanza penale garantito dall'art. 10 *bis* comma 13 alle operazioni abusive.

Benvero, anche alla luce della recentissima giurisprudenza di legittimità, sembra rimanere «impregiudicata la possibilità di ravvisare illeciti penali - sempre, naturalmente, che ne sussistano i presupposti- nelle operazioni contrastanti con le disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive (ad esempio, negando deduzioni o benefici fiscali, la cui indebita auto-attribuzione da parte del contribuente potrebbe ben integrare taluno dei delitti in dichiarazione). Parimenti rimane salva la possibilità di ritenere, nei congrui casi, che - alla luce delle previsioni della normativa delegata e della possibile formulazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (il cui testo è stato riformulato nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri del 22 settembre u.s.) - operazioni qualificate in precedenza dalla giurisprudenza come semplicemente elusive integrino ipotesi di vera e propria evasione» (Cass. Pen., sez. III, 01.10.2015, n. 40272, che lascia intendere la resistenza di uno spazio per il rilievo penale dell'elusione fiscale).

Diamo a questo punto conto, in via incidentale, di come le specifiche violazioni, inoltre, potrebbero rilevare per la loro sanzionabilità amministrativa. In dottrina, a ben vedere, si è già segnalato come l'art. 10 comma 13 l. 212/2001, per cui «*resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*», rimandi alla sanzionabilità amministrativa dell'elusione fiscale, che non è questione affatto pacifica, dibattendosi soprattutto sull'applicabilità all'elusione delle sanzioni amministrative previste per l'evasione dal d.lgs. 471/1997<sup>1018</sup>.

In ogni caso, apertamente, la già citata pronuncia Cass. Pen., Sez. III, 7.10.2015, n. 40272 afferma che «oggi (art. 10 *bis*, comma 12, della legge 212 del 2000) le contestazioni fondate sull'elusione fiscale e l'abuso del diritto non danno mai luogo a violazioni penali tributarie. Invece possono essere irrogate le sanzioni amministrative, quindi, in linea generale, la sanzione per dichiarazione infedele»<sup>1019</sup>.

---

<sup>1018</sup> G. CONSOLO, *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 2015, p. 3968 ss..

<sup>1019</sup> La sentenza citata insiste notevolmente sul punto. Oltre alla citazione riportata, si noti come l'arresto citato ripercorra l'*iter* legislativo ricordando che «il legislatore delegato si è trovato di fronte a un bivio: o eliminare tout court la rilevanza penale dell'elusione senza conseguenze nemmeno sul piano amministrativo, oppure prevedere unicamente la loro sanzionabilità amministrativa nel caso in cui violino norme tributarie (...) La scelta si è orientata verso la sanzionabilità amministrativa, anche perché il legislatore delegante non ha inteso adottare la soluzione radicale di escludere ogni possibile conseguenza sanzionatoria delle fattispecie elusive. (...) Una simile soluzione sarebbe risultata, d'altro canto, non adeguata in rapporto all'esigenza - che pure emerge- di prevedere, nei congrui casi, un deterrente rispetto a operazioni che, come quelle elusive, realizzano risultati comunque "indesiderati" dal punto di vista dell'ordinamento fiscale» (pp. 19 e 20). Infine, la Corte, annullando la sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, dispone, pur riconoscendo l'insussistenza di alcun obbligo in tal senso, l'invio degli atti all'Amministrazione finanziaria per le determinazioni di sua competenza, ritenendo che, nel caso in esame, si riesponda la sanzione amministrativa prevista per la dichiarazione infedele a seguito della depenalizzazione (p. 26).

Non può tacersi tuttavia come la questione meriti ulteriore approfondimento, anche alla luce del modo di accertamento e di prova della condotta abusiva.

Ai sensi dell'art. 10 *bis* comma 9 L. 212/2000, l'Amministrazione finanziaria deve provare la sussistenza degli elementi della condotta abusiva (vale a dire l'aggiramento delle norme tributarie e la presenza di un vantaggio fiscale indebito), mentre il contribuente deve provare la presenza delle ragioni extrafiscali che giustificano l'operazione abusiva, che a quel punto abusiva non è più.

Tale ripartizione dell'onere probatorio tutela il contribuente rispetto alle derive giurisprudenziali per cui poteva essere sufficiente un'allegazione della condotta abusiva da parte del Fisco con un onere di discolora gravante *in toto* sul privato, e risponde anche al principio civilistico di riferibilità o vicinanza della prova, poiché in fin dei conti è più agevole per chi ha realizzato l'operazione apparentemente abusiva che per l'Amministrazione Finanziaria individuare e provare le ragioni economiche che la sottendono.

Tuttavia, in un momento in cui le etichette non sono più vincolanti<sup>1020</sup>, anche un onere probatorio di questo tipo, rispettabilissimo in un giudizio di tipo civile, merita maggiori riflessioni ai fini dell'irrogazione delle sanzioni.

La questione problematica diventa allora definire le speciali disposizioni tributarie che possono continuare a integrare il precetto penale<sup>1021</sup>, distinguendo tra norme che prevedono ipotesi di evasione e norme che prevedono ipotesi di elusione, ed evitando di ricadere nelle antiche sovrapposizioni che prendevano per buona la semplice esistenza di una norma descrivente la condotta.

Si prenda ad esempio il caso della c.d. esterovestizione societaria: come si è già detto trattando dell'art. 5 d.lgs. 74/2000, nel caso in cui la costruzione sia artificiosa e il trasferimento all'estero sia fittizio, il fatto, che è un fatto di *evasione*, ricade nell'orbita dell'art. 73 T.U.I.R., e può correttamente parlarsi della presenza di una dichiarazione obbligatoria omessa ai sensi dell'art. 5 citato, sebbene la giurisprudenza (e la vicenda Dolce & Gabbana ne è la prova) considera il fenomeno come una forma di elusione fiscale o di abuso del diritto<sup>1022</sup>. Quest'ultimo tuttavia si avrà a ragione nei casi in cui la scelta di spostare la sede all'estero per ottenere il risparmio fiscale sia effettiva, e non simulata. Così opinando risulta quindi sufficientemente delimitata l'area dell'abuso del diritto (trasferimento effettivo) e l'area dell'evasione (trasferimento simulato), e conseguentemente quelle della irrilevanza e della rilevanza penale.

Può farsi anche l'esempio del *transfer pricing*<sup>1023</sup>, che consente alle imprese di un gruppo di rimodulare il risultato imponibile soggetto a imposizione tributaria, attraverso transazioni commerciali di cessione di beni e prestazione di servizi a un prezzo diverso da quello di mercato e che trova disciplina extra penale all'art. 110

---

<sup>1020</sup> F. DONELLI, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10 bis dello Statuto del contribuente*, op. cit..

<sup>1021</sup> così E. AMATI, *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op. cit., p. 468.

<sup>1022</sup> Così E. AMATI, *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op. cit., p. 469.

<sup>1023</sup> Così E. AMATI, *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op. cit., pp. 470.

c. 7 t.u.i.r.. Anche in questo caso può osservarsi che la condotta avrà rilevanza penale solo se artificiosa, ad esempio per il ricorso a documentazione falsa o a negozi simulati<sup>1024</sup>.

Si è osservato allora, correttamente, che, in presenza di condotte non riconducibili alla nozione di “altri mezzi fraudolenti” dell’art. 3 d.lgs. 74/2000, la violazione dei confini della normativa tributaria darà luogo a fatti di evasione fiscale, riferibili all’art. 4 del d.lgs. 74/2000, solo quando si caratterizza per il ricorso a documentazione mendace o a negozi simulati<sup>1025</sup>.

---

<sup>1024</sup> *Ibidem*.

<sup>1025</sup> A. PERINI, *Reati tributari (I agg.)*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penali*, IX agg., Torino, 2016, pp. 585 ss.



## PARTE II: GLI ABUSI DI MERCATO

### 1. Introduzione.

L'*abuso di mercato* è definito, su scala europea, come «il concetto che comprende le condotte *illicite* nei mercati finanziari», le quali «impediscono una piena ed effettiva trasparenza del mercato, che è un requisito fondamentale affinché tutti gli attori economici siano in grado di operare su mercati finanziari integrati»<sup>1026</sup>, nonché «ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari, negli strumenti derivati e negli indici di riferimento»<sup>1027</sup>.

Gli abusi di mercato si presentano quindi come comportamenti illeciti *tout court*, sebbene, anche in questo caso (al pari di quanto si è visto accadere in tema di reati ambientali) nella traduzione italiana della norma europea, il concetto di illecito sia stato usato in luogo di quell'*unlawful* anglosassone, che meglio abbraccia il significato di “abusivo”<sup>1028</sup>, ricomprendendo anche i comportamenti *contra jus*, di per sé «*not illegal*».

Come vedremo, tale dato non è di poco conto, posto che le maggiori criticità nell'applicazione di tali tipi di illeciti riguardino proprio le ipotesi nelle quali si vada a sindacare un comportamento *prima facie* lecito, nel quale, tuttavia, si percepisce comunque la presenza del disvalore della fattispecie sanzionatoria. Preferiamo però non anticipare tali problemi, per concentrarci dapprima sulla ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Nell'ordinamento interno, con l'espressione “abusivi di mercato”, si indicano, attualmente, le fattispecie di *abuso di informazioni privilegiate* e di *manipolazione di mercato*, che trovano disciplina, a seguito della Legge 18 aprile 2005, n. 62, nella parte V del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24.02.1998)<sup>1029</sup>, e in particolare ai suoi artt. 184 e 185 per le condotte sottoposte a sanzioni penali, e agli artt. 187 *bis* e 187 *ter* per quanto attiene gli illeciti amministrativi.

---

<sup>1026</sup> Così il Considerando n. 7 del Regolamento UE n. 596/2014 del 16 aprile 2014.

<sup>1027</sup> Così il Considerando n. 2 del Regolamento UE n. 596/2014.

<sup>1028</sup> Nella versione inglese, infatti, il Considerando n. 7 recita: «*Market abuse is a concept that encompasses unlawful behaviour in the financial markets and, for the purposes of this Regulation, it should be understood to consist of insider dealing, unlawful disclosure of inside information and market manipulation. Such behaviour prevents full and proper market transparency, which is a prerequisite for trading for all economic actors in integrated financial markets*».

<sup>1029</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Milano, 2008, pp. 1 ss. Sull'evoluzione legislativa dei reati di *insider trading* e manipolazione del mercato v. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, Padova, 2013, pp. 31 ss. e pp. 71 ss.

L'introduzione degli illeciti amministrativi segna una delle principali novità operate dalla c.d. Legge comunitaria del 2005, assieme allo "sdoppiamento" delle fattispecie di agiotaggio (art. 2637 c.c.) rispetto alla manipolazione di mercato in presenza della quotazione degli strumenti finanziari oggetto della condotta, alla incrementata severità del trattamento sanzionatorio, alla previsione della responsabilità degli enti (art. 187 *quinquies* T.U.F.) e, infine, alle modifiche rafforzative in tema di poteri e competenze della CONSOB (artt. 187 *septies* e ss. T.U.F.)<sup>1030</sup>. Il sistema sanzionatorio degli abusi di mercato si sviluppa quindi sul c.d. "doppio binario", rispetto al quale, tuttavia, è intervenuta nel 2014 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>1031</sup>, affermando la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative in tema di manipolazione del mercato (art. 187 *ter* T.U.F.) e ritenendo, dunque, che l'avvio di un processo penale a seguito dell'irrogazione della sanzione amministrativa costituisca violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4, prot. 7 della C.E.D.U.<sup>1032</sup>. Non approfondiremo tuttavia questo aspetto, tra l'altro destinato a essere inciso dalla futura attuazione della direttiva 2014/57/UE, la quale, pur senza escludere la possibilità di un sistema fondato sul doppio binario sanzionatorio, prescrive l'*alternatività* tra sanzioni penali, irrogabili in presenza di illeciti dolosi gravi, e sanzioni amministrative, riservate agli illeciti non gravi o non dolosi<sup>1033</sup>.

Il quadro normativo di riferimento, in verità, è destinato a mutare in forza del prossimo recepimento della direttiva 2014/57/UE, che considera abusi di mercato le fattispecie di *abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate* (art. 3 direttiva 2014/57/UE), *comunicazione illecita di informazioni privilegiate* (art. 4 direttiva 2014/57/UE), *manipolazione del mercato* (art. 5 direttiva 2014/57/UE). Va precisato, tuttavia, che la figura di comunicazione illecita di

---

<sup>1030</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 2.

<sup>1031</sup> Corte edu. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia.

<sup>1032</sup> Sul problema del *ne bis in idem* convenzionale, sui suoi rapporti con il *ne bis in idem* affermato dall'art. 50 CFDUE, e i rispettivi risvolti sul piano interno, che hanno portato al sollevamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. (su cui, tuttavia, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 102/2016, si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*), da ultimo interessati dalla sentenza della Grande Camera Corte edu. 15.11.2016, A e B c. Norvegia, v. L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, in A.A.V.V., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2017, pp. 500 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 09.03.2014; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte edu)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30.06.2014; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17.11.2014; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 08.02.2016; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16.05.2016; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28.11.2016; P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 08.02.2017.

<sup>1033</sup> L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., p. 472. V. anche F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurolunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17.09.2015.

informazione privilegiate accoglie, sebbene con significative modificazioni, la condotta di c.d. *tipping* che, all'epoca della direttiva 2003/6/CE, rientrava nella fattispecie dell'abuso di informazioni privilegiate. Per facilità di esposizione ci riferiremo, quindi, agli abusi di mercato che trovano attualmente collocazione nel T.U.F., indicando, di volta in volta, quando necessario, come la nuova disciplina europea incida in materia.

## 2. Abuso e speculazione finanziaria.

Le fattispecie in questione raccolgono il nostro interesse non solo in quanto manifestamente reati di abuso, ma anche in forza del particolare *humus* in cui gli illeciti prendono vita: il mercato (in specie, il mercato finanziario), luogo di trionfo delle libertà economiche, e quindi dei *diritti* di agire, collegati all'autonomia negoziale, volti al perseguimento di *interessi privati*, ai quali si contrappongono *contro-interessi* di natura individuale, diffusa e generale.

La presenza centrale di diritti economici nel discorso in questione, a questo punto del lavoro, non può che farci domandare se e quando le fattispecie sanzionatorie degli abusi di mercato stiano a punire vere e proprie ipotesi di abuso dei diritti e facoltà degli operatori finanziari (e dunque dietro le fattispecie in questione si nascondano usi incongrui, sul piano *funzionale e modale*, di poteri negoziali, tali da portare intollerabili sacrifici a beni meritevoli di tutela), o se piuttosto esse siano “abusi” nel senso, più volte ricordato, di comportamenti semplicemente violativi di norme giuridiche.

Nel rispondere a tali interrogativi, occorre anzitutto svelare il meccanismo di bilanciamento che sottende la previsione degli illeciti degli artt. 184 ss T.U.F., che, per l'appunto, trovano il loro fondamento costituzionale nell'art. 47 Cost., essendo rivolte – come vedremo meglio - a tutelare il corretto funzionamento del mercato<sup>1034</sup>, non già sotto il profilo della *libera iniziativa economica*, ma piuttosto del riparo da possibile turbative della sua *regolarità*<sup>1035</sup>.

Nel meccanismo di scambio di prodotti finanziari si incontrano, quindi, due opposte esigenze: quella, propria di un'economia di *libero mercato*, in cui le contrattazioni

---

<sup>1034</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 90. Sulla tutela penale del risparmio, in relazione alla fattispecie dell'art. 501 c.p. v. Corte Cost. 20.05.1976, n. 123. V. anche C. PIERGALLINI, “Civile” e “penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, op. cit., p. 1308, il quale nota come «La tutela del patrimonio assume una dimensione ‘dinamica’, dovuta alla trasformazione del capitale di risparmio dei cittadini in capitale di investimento. Alle tradizionali, sicure forme di investimento, si sono progressivamente affiancate, fino a prendere il sopravvento, forme più remunerative, ma associate ad elevati livelli di rischio».

<sup>1035</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 90. V. anche A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, pp. 134 ss., che ricostruisce l'oggetto di tutela dell'*insider trading* con riferimento alla categoria degli interessi diffusi.



rappresentano l'incontro di scelte giuridicamente non vincolate degli operatori<sup>1036</sup>, di garantire tale spazio di libertà, e quella, *contrapposta*, di tutelare gli interessi individuali degli stessi risparmiatori e investitori partecipanti al mercato, che confluiscono nell'interesse generale al benessere e allo sviluppo economico della collettività<sup>1037</sup>.

La ricerca del punto di equilibrio tra i vari interessi concorrenti pone, dunque, il problema del «labile confine tra speculazione e abuso»<sup>1038</sup>, sul presupposto che la speculazione, finché si mantiene entro i propri limiti, è attività di per sé lecita e *socialmente desiderabile*<sup>1039</sup>.

A tal fine, tradizionalmente si ritiene che l' *equilibrio*, tra le diverse esigenze ricordate, si mantiene fintanto che l'operazione di acquisto e rivendita, in tempi successivi, di strumenti finanziari allo scopo di trarne profitto (*id est*, la speculazione), non conduca alla *destabilizzazione del mercato*<sup>1040</sup>.

Per garantire il permanere di tale situazione, il mercato finanziario, dunque, non può che essere un luogo *regolato*<sup>1041</sup>, in cui il *diritto* del singolo agente di agire perseguendo il *fine speculativo*, incontra limiti posti ad assicurare efficienza, correttezza, trasparenza e informazione, a tutela di tutti gli investitori<sup>1042</sup>.

In dottrina, a tal riguardo, è stato messo in evidenza come la regolazione di un fenomeno socio-economico che tende a un'unità globale, qual è il mercato, sia insofferente alla difformità dei sistemi giuridici nazionali<sup>1043</sup>. Si assiste, dunque, a un'armonizzazione delle discipline privatistiche e pubblicistiche dei vari ordinamenti, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, a danno o a vantaggio degli operatori di diversa

---

<sup>1036</sup> C. PEDRAZZI,  *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in A.A.V.V.,  *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, p. 653.

<sup>1037</sup> Così C. PEDRAZZI,  *Mercati finanziari (disciplina penale)*, op. cit., p. 654.

<sup>1038</sup> E. AMATI,  *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 36.

<sup>1039</sup> F. CONSULICH,  *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, p. 39 motiva: «perché consiste in una previsione sui futuri andamenti di una variabile economica, nell'anticipazione, con una propria operazione, del movimento della domanda e dell'offerta di un dato strumento finanziario». Si è rilevato a tal riguardo in dottrina che «in un ordinamento economico basato sulla libera concorrenza, la fondamentale liceità della speculazione è fuori discussione. (...) Socialmente benefico in quanto, anticipando l'evoluzione dei prezzi, opera come fattore di equilibrio, il fenomeno speculativo degenera a elemento perturbatore quando produce esso stesso effetti di rialzo o di ribasso o ne amplifica la naturale portata»: così C. PEDRAZZI,  *Turbativa di mercati*, in A.A.V.V.,  *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, p. 422.

<sup>1040</sup>  *Ibidem*. V. anche il considerando n. 12, direttiva 2003/6/CE, oggi abrogata dal Regolamento MAR n. 596/2014 e sostituita dalla Direttiva MAD 2014/57/UE, i divieti di  *abuso di informazioni privilegiate* e di  *manipolazione del mercato* perseguono il fine di «assicurare l'integrità dei mercati finanziari comunitari e accrescere la fiducia degli investitori nei mercati stessi».

<sup>1041</sup>  *Ibidem*. L'Autore osserva come: «libertà non equivale a vuoto di disciplina, anzi postula una difesa contro turbative capaci di sconvolgere le regole del gioco».

<sup>1042</sup> Per un quadro di insieme su scopi e forme della regolamentazione dei mercati finanziari, e in particolare per la distinzione tra sistemi fondati sull'autoregolamentazione, sistemi ad alto tasso di regolamentazione, sistemi a disciplina mista v. D. REGOLI,  *Mercati finanziari in diritto comparato*, in A.A.V.V.,  *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Commerciale*, Torino, 1993, p. 427 ss.

<sup>1043</sup> F. CONSULICH,  *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 10.

bandiera<sup>1044</sup>. Lo sviluppo delle regole sovra-statali in materia di mercati, tuttavia, si distingue dalle esperienze giuridiche maturate in altri ambiti (ad esempio, in tema di diritti umani)<sup>1045</sup> e presenta caratteri peculiari. In particolare, esso «avviene mediante meccanismi condizionali, ovvero incentivi ad aderire a *standards* fissati a livello internazionale: le raccomandazioni, le comunicazioni e le linee guida elaborate dalle organizzazioni economiche internazionali hanno la forma della *soft law*, ma si ripercuotono sui sistemi nazionali con la forza dell'*hard law*»<sup>1046</sup>.

Gli abusi di mercato, quindi, abbracciano condotte che si inseriscono in un contesto di libertà speculativa, e superano i limiti dei contegni consentiti dalle regole e dai principi del settore.

Nel discorso sugli abusi in questione, ritroviamo pertanto, come è facile intuire, le già note posizioni di *titolarità di diritti e doveri* in capo al medesimo agente: in questo caso l'operatore finanziario, il quale, è titolare di un diritto all'autonomia negoziale, che si articola in molteplici poteri (contrattare, alienare, acquistare, ecc.), e trova fondamento negli artt. 2 e 41 Cost.<sup>1047</sup>, ma al contempo è soggetto a obblighi di condotta specifici (quali gli obblighi di informazione degli artt. 102 e 114 T.U.F.) o doveri generici (quali quelli di *diligenza, correttezza, trasparenza* dell'art. 21 T.U.F.).

Possiamo quindi guardare, in prima approssimazione, agli abusi di mercato come a comportamenti contrari a *regole e principi* del mercato, capaci di influire sul processo decisionale degli altri operatori del mercato finanziario<sup>1048</sup>, che limitano il potere di azione di ognuno, per garantire una situazione di mercato stabile e vantaggiosa per tutti i partecipanti, e in ultima istanza per la collettività.

Se questo è l'elemento comune agli illeciti in questione, a uno sguardo più attento, tuttavia, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato esprimono condotte tra loro ben differenziabili, attenendo il primo allo sfruttamento di informazioni sensibili non ancora di dominio pubblico, e il secondo alla diffusione di notizie false, ovvero al compimento di operazioni simulate o di altri artifici idonei ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari<sup>1049</sup>.

---

<sup>1044</sup> *Ibidem*.

<sup>1045</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 15 ss.

<sup>1046</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 11. L'Autore aggiunge: «La stabilità finanziaria internazionale è stata perciò ottenuta a prezzo di una progressiva perdita di autonomia degli ordinamenti nazionali a favore di organizzazioni mondiali e soggetti privati transnazionali» (p. 12).

<sup>1047</sup> V. sulla rilevanza costituzionale dell'autonomia privata P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., pp. 198 ss.

<sup>1048</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, IX, Padova, 2007, p. 85.

<sup>1049</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 1. L'Autore spiega come nel primo caso si realizzi una «disfunzione di carattere informativo» e nel secondo a una «disfunzione di natura valutativo-allocaativa»,

Per tale ragione tratteremo di essi separatamente, soffermandoci sulle peculiarità, in punto di relazione con il concetto di abuso, di ciascuna condotta.

### 3. L'abuso di informazioni privilegiate (artt. 184 e 187 bis T.U.F.).

Per l'abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*<sup>1050</sup>), attualmente<sup>1051</sup>, l'ordinamento nazionale prevede un illecito penale all'art. 184 T.U.F., e un corrispondente illecito amministrativo all'art. 187 bis T.U.F.

In dottrina si ritiene che lo *scopo* del reato sia quello di evitare che la fiducia del risparmiatori nel mercato, e dunque la scelta di farvi confluire il risparmio, venga meno a causa di condotte di approfittamento ingiustificato di posizioni di privilegio informativo prive di merito<sup>1052</sup>.

L'*oggettività giuridica* del reato di abuso di informazioni privilegiate è conseguentemente rinvenuta nel c.d. corretto funzionamento del mercato<sup>1053</sup>, espressione di sintesi che sottende il riferimento all'«interesse diffuso o collettivo (...) all'efficienza economica delle proprie scelte di risparmio, garantita – chiaramente non nel relativo esito, comunque incerto, bensì quanto al legittimo svolgersi della dinamica ad essa sottesa – dal rispetto delle regole del gioco»<sup>1054</sup>.

Il richiamo all'intervento penale chiamato a presidiare il “rispetto delle regole”, ha portato, in dottrina, a riscontrare l'avvento, in tema di *sicurezza economica*, di «un modello antitetico rispetto al paradigma tipico

---

ricorrendo tra le due fattispecie «la differenza che intercorre tra lo scommettere conoscendo in anticipo quale sarà il cavallo vincente e il truccare la relativa corsa».V. anche R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Torino, 2008, p. 400 che sottolinea come nell'*insider trading*, a differenza che nell'aggiotaggio e nella manipolazione del mercato, le informazioni possedute sono *vere*, laddove nelle altre fattispecie citate vengono in gioco notizie *false* o condotte *simulate* o *artificiose*.

<sup>1050</sup> L'espressione significa letteralmente “commercio dell'iniziato”, dove per “iniziato” si intende colui che si trova in una situazione di vantaggio informativo. Così R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 399.

<sup>1051</sup> Il delitto in questione è stato introdotto dalla l. 17/05/1991, n. 157, in attuazione della direttiva 89/592/CEE; esso è stato quindi modificato dal d.lgs. 24.02.1998 n. 58 (T.U.F.) e collocato al suo art. 180; successivamente ulteriore modifica si è avuta ad opera dell'art. 9 l. 18.04.2005, n. 62, in attuazione della Direttiva 2003/6/CE.

<sup>1052</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 2; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 33.

<sup>1053</sup> E non, invece, la *par condicio* degli investitori, la riservatezza della società, o la trasparenza societaria, o le funzioni della CONSOB, secondo F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., pp. 2 e 3 e F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 34 ss.. Sulle teorie economiche che, al contrario, non ritengono il fenomeno dell'*insider trading* dannoso per il mercato v. R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 402; A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., pp. 101 ss.

<sup>1054</sup> A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi complementari*, Milano, 2007, pp. 2519 ss. Sul problema dell'offesa dell'*insider trading* e la natura di interesse diffuso del bene tutelato v. ampiamente A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 71 ss.

della “difesa dei beni giuridici”», in cui l’*insider trading* si caratterizzerebbe per essere una fattispecie posta a tutela di principi di etica del mercato<sup>1055</sup>. Secondo questa impostazione, al profitto dell’*insider* non conseguirebbe un danno tangibile in capo ad altri, se non nei termini di una mancata possibilità di guadagno ipotetica, considerando in particolare la rischiosità e l’aleatorietà dell’attività finanziaria. Anche in tale contesto di attività di rischio, tuttavia, sembrerebbe possibile operare una distinzione tra il rischio fisiologicamente consentito, proprio della situazione in cui gli operatori di mercato rispettano le regole, spesso conformi a dettati etici, loro poste, e il rischio anomalo, superiore<sup>1056</sup>, che gli operatori devono sopportare quando qualcuno agisce scorrettamente.

L’art. 184 T.U.F. è pacificamente un reato di *abuso*: il riferimento all’abuso emerge dalla rubrica della disposizione, e dalla qualifica di “*market abuse*” che i comportamenti incriminati ricevono nella disciplina europea stratificatasi in materia<sup>1057</sup>. Tuttavia, come si è visto accadere anche per altri reati (in particolare, per l’art. 323 c.p.), la norma individua i comportamenti che costituiscono abuso senza far più riferimento alla categoria, ma descrivendo e puntualizzando le condotte punite.

La descrizione di queste ultime, peraltro, non mette la fattispecie in questione al riparo da profili di indeterminatezza<sup>1058</sup>, i quali dipenderebbero, secondo parte della dottrina, «dalla circostanza che si tratta di un illecito sorto in regime di *common law* e, quindi, di difficile trasposizione in un sistema che pretende la tassatività della fattispecie sanzionatoria»<sup>1059</sup>.

Ci sembra comunque che, sebbene la norma individui con uno sforzo di tassatività i comportamenti presidiati da pena, la circostanza che si tratti di un reato di abuso porti l’interprete, più o meno consapevolmente, a valorizzare principalmente la violazione dei

---

<sup>1055</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale* In M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, pp. 316 ss. Sul richiamo all’etica della *business community* v. anche R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, op. cit., p. 403.

<sup>1056</sup> A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, op. cit., p. 2519; A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 37; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 3.

<sup>1057</sup> Ci si riferisce alla direttiva 2003/6/CE, abrogata dal Regolamento UE n. 596/2014, e alla successiva direttiva 2014/57/UE.

<sup>1058</sup> V. in particolare A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 221 ss. Da segnalarsi come la precedente formulazione del reato prevista dall’art. 180 T.U.F. fosse stata oggetto di questione di legittimità, sotto il profilo della carente determinatezza, innanzi la Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 382/2004, aveva deciso per l’inammissibilità del ricorso. In particolare, la Corte Costituzionale, rispetto al difetto di determinatezza connesso alla genericità del requisito dell’idoneità dell’informazione privilegiata ad influenzare «sensibilmente» il prezzo di strumenti finanziari, osservava che i giudici *a quibus* invocavano l’addizione, alla formula definitoria, di «parametri» atti a rendere più puntuale e sicura l’identificazione dell’elemento di fattispecie in discorso, domandando «una operazione di “riempimento” dei contenuti della norma che - al di là di ogni rilievo circa la validità delle censure su cui il quesito si fonda - si palesa comunque estranea, per il suo carattere apertamente “creativo”, ai poteri di questa Corte, rimanendo eventualmente affidata alla discrezionalità del legislatore»

<sup>1059</sup> L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., p. 463.

doveri realizzati attraverso le condotte, che non rilevano tanto per il loro sostrato naturalistico, quanto per l'occasione di scorrettezza che rappresentano.

Tanto consente di far emergere, come rilevato in dottrina, che il reato in questione presenta le caratteristiche familiari alla categoria dei reati d'obbligo<sup>1060</sup>.

### **3.1. La rilevanza della qualifica soggettiva dell'*insider*: l'art. 184 T.U.F. come reato proprio.**

Iniziando dal profilo del soggetto agente, si nota subito come, anche in questo caso<sup>1061</sup>, pur in presenza del dato letterale che fa riferimento a "chiunque" sia in possesso di informazioni privilegiate, l'art. 184 T.U.F. delinea un *reato proprio*<sup>1062</sup>.

*Destinatari* del precetto sono infatti, ai sensi del primo comma della norma, i soci dell'emittente, i soggetti che vi rivestono cariche sociali, coloro che risultano collegati alla società da un rapporto professionale, funzionale, di ufficio, o dall'esercizio di un'altra attività lavorativa<sup>1063</sup>.

Possiamo dar già conto, per completezza, di come il secondo comma della norma preveda l'inclusione, tra il novero dei potenziali autori del reato, del c.d. *criminal insider*, cioè colui che entra in possesso delle informazioni privilegiate «a motivo della preparazione o esecuzione dell'attività criminosa». Lasciamo, tuttavia, momentaneamente da parte questa figura, su cui torneremo, per concentrarci sull'ipotesi del primo comma della norma, vale a dire l'abuso delle informazioni privilegiate operato da parte dei soggetti che le carpiscono in un *contesto lecito*.

L'attuale disciplina consente allora di distinguere tra i c.d. *insiders* primari, destinatari delle sanzioni penali, che rivestono una qualità o svolgono un'attività strumentale all'acquisizione della notizia, e il c.d. *insiders* secondari, che colgono occasionalmente la notizia<sup>1064</sup>. Questi ultimi, nella normativa vigente<sup>1065</sup>, sono destinatari esclusivamente delle

---

<sup>1060</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 322.

<sup>1061</sup> v. *retro*, cap. 4, la fattispecie di art. 571 c.p.

<sup>1062</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 4; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 37.

<sup>1063</sup> Per un approfondimento sui ruoli dei vari soggetti, e per la distinzione tra i c.d. *corporate insiders* (o *insiders* istituzionali), interni alla struttura organizzativa dell'emittente, e i c.d. *temporary insiders*, estranei alla stessa, v. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 37 ss.; L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., p. 464 ricorda come agevoli l'individuazione dei soggetti del c. 1 l'istituzione, ex art. 115 *bis* T.U.F., del registro delle persone che, in ragione dell'attività lavorativa o professionale ovvero per le funzioni svolte abbiano accesso alle informazioni privilegiate.

<sup>1064</sup> Cioè i c.d. *tippers*, che vengono a conoscenza dell'informazione privilegiata in via mediata, e anche in modo del tutto occasionale (ad esempio, il tassista che ascolta una conversazione tra i passeggeri del veicolo

sanzioni amministrative previste dall'art. 187 *bis* T.U.F. L'opzione politico criminale di riconduzione all'illecito amministrativo dei fatti del c.d. *insider* secondario (peraltro superata, nel senso di un ritorno al passato, dalla normativa europea del 2014<sup>1066</sup>) è apparsa giustificata da valutazioni di meritevolezza e sussidiarietà della pena, così da rivelare come la posizione di privilegio informativo priva di merito dell'*insider* primario costituisca una precisa componente aggiuntiva di disvalore del fatto<sup>1067</sup>.

La posizione rivestita o il ruolo svolto dall'*insider* primario, infatti, si caratterizzano, da un lato, per lo *status* di fisiologica superiorità conoscitiva, e dall'altro per la prossimità con il bene tutelato<sup>1068</sup>, che ne consente la protezione, ma al contempo ne favorisce la lesione. Ciò fonda, in capo all'agente, un dovere di correttezza superiore a quello preteso dal resto dei consociati<sup>1069</sup>, e la cui violazione va incontro a una reazione sanzionatoria più severa<sup>1070</sup>.

In tale abuso si rinviene, quindi, quel tratto caratteristico del disvalore di personalità già incontrato in capo al pubblico ufficiale nell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), al genitore o all'insegnante nell'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina (art. 570 c.p.): laddove, insomma, vi sia un soggetto dalla cui scelta di condotta dipende la protezione o la lesione del bene tutelato, e il reato punisca proprio la violazione del codice deontologico extra-penale gravante sull'agente. Da qui il rilievo dottrinale per cui il reato in questione si caratterizzi per la *deontologizzazione* del *Tatbestand*<sup>1071</sup>.

---

dirigenti di una società, la donna delle pulizie che trovi nel cestino della spazzatura una carta riportante una notizia sensibile non ancora pubblicata, per cui v. F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., pp. 4 ss.

<sup>1065</sup> Ma non in vigenza delle precedenti formulazioni, per cui v. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 39.

<sup>1066</sup> Si segnala che la situazione attuale potrebbe essere modificata dall'attuazione della direttiva 2014/57/UE, il cui art. 3 estende l'ambito di applicazione soggettiva dell'illecito anche a «chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni». Tanto, secondo la dottrina, potrebbe comportare una reintroduzione della figura dell'*insider* secondario nell'ambito della rilevanza penale, come era in vigenza dell'art. 2 c. 4 l. 157/1991. Così L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., p. 472.

<sup>1067</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 126.

<sup>1068</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 126 fa riferimento a «una particolare relazione di contatto – per così dire, di affidamento- tra il bene tutelato e i soggetti depositari “funzionali” di informazioni privilegiate».

<sup>1069</sup> *Ibidem*.

<sup>1070</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 7: «Il mercato è tutelato da qualsivoglia condotta di sfruttamento di vantaggio informativo privo di merito, ma la reazione sanzionatoria si diversifica a seconda della “significatività” del fenomeno lesivo».

<sup>1071</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 322.

La portata soggettiva della norma, a ben vedere, è tanto carica di disvalore da influenzare anche l'oggetto dell'abuso, cioè l'informazione privilegiata<sup>1072</sup>. L'art. 181 T.U.F., definendo quest'ultima, rivela, infatti, come il reato dell'art. 184 T.U.F. abbia a sfondo un quadro di *asimmetria informativa*, dove le maggiori conoscenze degli agenti sono prive di merito<sup>1073</sup>, cioè non sono conseguenze di studi o attenzione costante ai fenomeni economici, ma derivano semplicemente dalla posizione ricoperta dal soggetto favorito<sup>1074</sup>.

### **3.2. La tipizzazione della condotta di abuso. Le condotte punibili ex art. 184 T.U.F.: utilizzazione, comunicazione, raccomandazione o induzione di terzi al compimento di operazioni.**

Unico elemento di differenziazione del reato dell'art. 184 T.U.F. dagli altri reati d'obbligo è dunque l'assenza di un evento naturalistico<sup>1075</sup>, posto che il conseguimento del profitto in capo all'*insider* non è richiesto per il perfezionarsi del reato, ma rileva come aggravante ai sensi del comma 3 dell'art. 184 T.U.F. Ciò comporta, dunque, il riconoscimento di un peso superiore del disvalore di condotta, rispetto a quanto avviene solitamente per i reati d'obbligo (nei quali, come si è più volte ricordato, quest'ultimo è tendenzialmente indifferente<sup>1076</sup>), attraverso la già ricordata individuazione dei comportamenti che costituiscono l'abuso di informazioni privilegiate<sup>1077</sup>.

---

<sup>1072</sup> L'informazione privilegiata, ex art. 181 T.U.F., consiste in un'informazione di carattere preciso, che non sia stata resa pubblica, riguardante direttamente o indirettamente uno o più emittenti di strumenti finanziari, e capace, se divulgata, di influire sensibilmente sui prezzi di questi ultimi. Sulle problematiche attinenti l'interpretazione degli attributi di precisione, non pubblicità, *price sensitivity* dell'informazione privilegiata, nonché sulla figura del c.d. ragionevole investitore, richiamata per valutare la ricorrenza di tale ultimo elemento v. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 8 ss.; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., pp. 14 ss.; S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2008, pp. 331 ss.; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 85 ss.; L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., pp. 468 ss.

<sup>1072</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 8 ss.

<sup>1073</sup> Sul merito delle posizioni di vantaggio informativo v. A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 46 ss.

<sup>1074</sup> V. anche F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 5; A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, op. cit., pp. 2532 ss.

<sup>1075</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 322.

<sup>1076</sup> V. *retro* cap. 4.

<sup>1077</sup> Si pensi, ad esempio, all'espunzione delle condotte omissive dalla fattispecie, in apparente contrasto con la ricostruzione dell'illecito come "reato d'obbligo", dove tendenzialmente è indifferente la natura omissiva o commissiva della condotta che viola il codice deontologico dell'agente. A tal proposito può ricordarsi come si ritenga pacificamente in dottrina che il riferimento al compimento di operazioni finanziarie escluda la rilevanza penale del c.d. *insider non trading*, cioè lo sfruttamento della notizia mediante omissione (F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 46) e quindi che l'abuso possa essere integrato sfruttando l'informazione privilegiata nel senso di non compiere

Le azioni tipizzate nella fattispecie di abuso di informazioni privilegiate sono condotte lecite, e persino innocue, nel loro valore assoluto, che vengono tuttavia caratterizzate da illiceità alla luce dello sfruttamento della posizione di privilegio conoscitivo che le alimenta.

Più precisamente, la norma individua le forme punibili di «impiego *contra ius*»<sup>1078</sup> dell'informazione privilegiata nelle operazioni su strumenti finanziari che ne sottendano l'utilizzo, nella comunicazioni ad altri della stessa al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio, e nella raccomandazione o induzione di altri, sulla base dell'informazione, al compimento di operazioni finanziarie<sup>1079</sup>.

### 3.3. Il divieto di *trading* (art. 184 c. 1 lett. a T.U.F.).

Concentriamo la nostra attenzione principalmente intorno all'ipotesi di *insider trading stricto sensu* (art. 184 c. 1 lett. a T.U.F.), che si ha quando l'agente «acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari *utilizzando* le informazioni medesime»<sup>1080</sup>.

---

operazioni. Le ragioni di fondo dell'esclusione dell'omissione derivano, oltre che dalle evidenti difficoltà probatorie, dalla constatazione che la soluzione opposta imporrebbe in capo all'agente un obbligo di contrattare in senso contrario all'informazione privilegiata ricevuta, nonché dal possibile conflitto con il principio di materialità del reato, poiché ciò che si ha a disposizione è solo il foro interno del soggetto (A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 327). Ciò non appare modificato in prospettiva di attuazione della direttiva 2014/57/UE, a seguito della quale acquisiranno rilevanza anche le condotte di «annullamento o modifica di un ordine concernente uno strumento finanziario al quale le informazioni si riferiscono» (art. 3 par. 4 direttiva 2014/57/UE), che sono comunque *condotte attive*, dotate di materialità, riferibili alla scelta di *non agire più*.

<sup>1078</sup> L'espressione è di A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 44.

<sup>1079</sup> A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 44 ss.

<sup>1080</sup> In passato, la formulazione dell'art. 2 l. 157/1991 non conteneva alcun riferimento all'utilizzazione delle informazioni, sicché si riteneva che il reato si esaurisse nella violazione del dovere di astensione conseguente al privilegio informativo (F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 8). Sul punto, tuttavia, parte della dottrina riteneva che anche nella vigenza della formulazione antica il disvalore del fatto risiedesse comunque nello sfruttamento del vantaggio conoscitivo più che nella violazione del dovere di astensione, ma ritenendo che il primo fosse presunto al ricorrere del secondo, poiché chi operava conoscendo informazioni privilegiate non poteva che essersene avvalso (v. A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, op. cit., p. 2524. L'Autore spiega come la presunzione doveva comunque ritenersi suscettibile di essere superata nel caso concreto, ad esempio nel caso in cui le operazioni compiute dall'*insider* avessero ad oggetto titoli diversi da quelli riguardati dalle informazioni, o fossero di segno contrario alle informazioni possedute, o ancora fossero esecuzione di decisioni prese in precedenza all'assunzione di informazioni). Già nella versione della norma prevista dall'art. 180 T.U.F. precedente la Riforma del 2005 la condotta veniva invece specificata mediante il gerundio "avvalendosi", ritenuto sinonimo del verbo "utilizzando" presente nella formulazione attuale (F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 43; A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 155 ss.)



La prima condotta di abuso di informazioni privilegiate consiste quindi nell'*utilizzazione* delle stesse<sup>1081</sup> attraverso il compimento di «ogni tipo di atto negoziale»<sup>1082</sup> che si traduce in un'operazione borsistica.

Sebbene l'abuso dell'informazione cada insieme e consista nel compimento di un atto negoziale, sono comunque idealmente separabili due momenti: a monte, la determinazione all'uso dell'informazione assunta senza merito; a valle, l'atto negoziale, di per sé lecito, che cambia stato deontico quando ha a *presupposto* della sua realizzazione la conoscenza di un'informazione privilegiata appresa senza merito. Ciò che è vietato, dunque, è l'*uso* dell'informazione privilegiata nella *decisione* e nel successivo *compimento* di operazioni negoziali nel mercato<sup>1083</sup>.

Più precisamente, si osserva che l'*utilizzo* dell'informazione privilegiata, nell'economia della fattispecie, sta a segnalare «l'incidenza causale, sotto il profilo motivazionale, della conoscenza privilegiata sul compimento dell'operazione»<sup>1084</sup>. Secondo la ricostruzione preferibile, tale incidenza causale (una sorta di *causalità psichica*, a ben vedere<sup>1085</sup>), che pone i già noti problemi di accertamento delle motivazioni delle scelte economiche affrontati, *mutatis mutandis*, in materia tributaria<sup>1086</sup>, è presente quando la conoscenza privilegiata sia la ragione alla base della scelta di compiere l'operazione borsistica, o sia intervenuta in un processo decisionale già avviato per sciogliere uno stato di incertezza, senza, tuttavia, che occorra che la notizia in questione sia l'esclusiva motivazione della scelta presa, ben potendo essa concorrere con altre<sup>1087</sup>. Si è evidenziato in dottrina come tale elemento adegui la fattispecie al rispetto del principio di offensività<sup>1088</sup>, e si rifletta anche sulla colpevolezza, dovendo rientrare nello spettro del dolo generico, che sarà accertato in base a elementi quali il tempo e i modi dell'operazione di borsa rispetto al momento di acquisizione della notizia e le operazioni precedenti del soggetto<sup>1089</sup>.

Già dalla lettera della norma emerge che l'abuso dell'informazione e l'uso della stessa cadono insieme: in altre parole, non vi sono operazioni negoziali consentite per chi è in

---

<sup>1081</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 410.

<sup>1082</sup> E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 131.

<sup>1083</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 329 chiarisce come la dinamica psicologica dell'utilizzazione dell'informazione privilegiata non sarebbe punibile *ex se* per contrasto con il principio di materialità, dovendosi attendere che essa si manifesti esternamente attraverso un atto negoziale.

<sup>1084</sup> *Ex multis*, F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 9.

<sup>1085</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 329.

<sup>1086</sup> A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, op. cit., p. 2525 osserva come vada verificato che non esistano motivazioni a sostegno dell'operazione differenti rispetto a quella conseguente al vantaggio informativo, o che la decisione sia stata presa indipendentemente dalla conoscenza addizionale.

<sup>1087</sup> *Ibidem*.

<sup>1088</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 44.

<sup>1089</sup> *Ibidem*.

possesso dell'informazione privilegiata, se non per quanto riguarda le specifiche esenzioni legislative.

La dottrina precisa questo *uso* parlando di «sfruttamento della posizione di privilegio conoscitivo»<sup>1090</sup>, o di «fatto di “servirsi” e di “trarre profitto dall'informazione”»<sup>1091</sup>, così chiarendo, in via interpretativa, come l'uso dell'informazione privilegiata sia un uso scorretto<sup>1092</sup>.

Ad ogni modo, poiché la norma parla di “abuso” dell'informazione privilegiata, viene da domandarsi se ci sia (e nel caso, quale sia) l'*uso corretto*, non abusivo, della stessa, che possa emergere da una lettura complessiva della disciplina delle informazioni nel mercato finanziario, e, più in generale, quale sia il *comportamento lecito* che possa tenere l'agente che entra in possesso di una notizia privilegiata.

Si osserva in dottrina che il flusso delle informazioni sul mercato non può essere lasciato alla discrezionalità degli emittenti, i quali non hanno interesse al rilascio di notizie negative e possono ritardare anche la

---

<sup>1090</sup> *Ex multis* F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 8.

<sup>1091</sup> E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 133.

<sup>1092</sup> Sul punto, per vero, andrebbe richiamato un arresto della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 23.12.2009, *Spector Photo Group*, ampiamente affrontato da E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 136 ss. e da A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 163 ss.) che, al contrario, valorizza la differenza tra la locuzione “sfruttare consapevolmente” e “utilizzare”<sup>1092</sup>, per affermare che la scelta di quest'ultimo, nel testo della direttiva 2003/6/CE sia stato indicativo della propensione per una *nozione oggettiva* di abuso delle informazioni privilegiate, e l'abbandono di un modello soggettivo incentrato su elementi di finalità o intenzionalità (A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 165). Come rilevato in dottrina, parlando di modello “soggettivo”, la Corte di Giustizia valorizza la presenza del dato psicologico di incidenza, della conoscenza dell'informazione privilegiata, sulla scelta operativa dell'agente, mentre parlando di modello “oggettivo” la Corte sembra disinteressarsi totalmente della presenza di tale elemento, mentre l'utilizzo dell'informazione, tuttavia, appare più «un requisito di tipo oggettivo, ma di natura psicologica» (A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 166). A prescindere dalla bontà dei modelli ricostruiti dalla Corte di Giustizia, ci pare importante segnalare, seppur brevemente, che tanto i giudici europei affermano prima di optare per la possibilità di presumere, salvo prova contraria, l'utilizzazione dell'informazione senza la necessità di un giudizio *ad hoc*, e ritenere comunque ciò conforme all'art. 6 n. 2 C.E.D.U., che, secondo la giurisprudenza della Corte edu tollera il ricorso a presunzioni entro una soglia ragionevole e fatto salvo il diritto di difesa. Con riferimento a tale presunzione, è stato osservato che, anche negli ordinamenti nei quali, come nel caso italiano, la norma penale riconosca all' “utilizzo” la dignità di un elemento della fattispecie, ciò potrebbe comportare un appesantimento della posizione processuale dell'imputato, per l'inversione dell'onere della prova, nonché uno sconfinamento dalla “presunzione dell'uso” alla “presunzione del possesso” dell'informazione, per cui l'unico elemento da accertare rimarrebbe il compimento dell'operazione borsistica. Ciò ha consentito alla dottrina di dubitare che una tale presunzione, ammesso dovesse resistere, come affermato dalla Corte di Giustizia, al limite della presunzione di innocenza imposto dall'art. 6 c. 2 CEDU, possa superare il corrispondente “controlimite” costituzionale interno (A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 170 ss.; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 141).

comunicazione di quelle positive per trarre profitto dal loro anticipato sfruttamento<sup>1093</sup>. Per questa ragione, in conseguenza del recepimento della direttiva 2003/6/CE, il legislatore ha provveduto a dettare una disciplina delle informazioni periodiche e occasionali, volontarie, imposte dalla legge o dalla Consob<sup>1094</sup>, in cui ruolo centrale è svolto dalla definizione di informazione privilegiata enunciata dall'art. 181 T.U.F., richiamata espressamente dall'art. 114 T.U.F., che impone gli obblighi di comunicazione e, implicitamente, dagli artt. 184 e 187 *bis* T.U.F.<sup>1095</sup>.

A ben vedere, l'art. 184 T.U.F. c. 1 lett. a) impone un *dovere di astensione* dall'utilizzo dell'informazione<sup>1096</sup>, e dunque lascia pochi margini di manovra alla possibilità di un uso corretto della stessa, se non per quelle ipotesi di *uso lecito* in quanto consentito o imposto da altre norme giuridiche.

Dovranno allora considerarsi fatti di uso leciti quelli imposti da un obbligo di legge (come i casi degli artt. 2357 c. 2, 2357 *bis* c. 2, 2359 *ter* c. 1 c.c., 121 TUF) o di un'obbligazione pregressa<sup>1097</sup>, nonché i casi in cui l'uso sia coincidente con l'ambito di una delle esenzioni dell'art. 183 T.U.F. che sancisce dei *limiti applicativi* alla disciplina dell'*insider trading*<sup>1098</sup> e, più in generale, agli abusi di mercato<sup>1099</sup>. Da segnalarsi, infine, che il Regolamento UE 2014/596 prevede, al suo art. 9, un'elencazione di "condotte legittime" di persone fisiche e giuridiche, per le quali non è consentito desumere, dal semplice possesso di informazioni privilegiate, l'utilizzo abusivo delle stesse. Sebbene, nel dato comunitario, la prospettiva di accertamento dell'abuso appaia rovesciata nel senso della presunzione<sup>1100</sup>, da tali condotte si ricavano isole di liceità (sic!), nelle quali è del tutto assente il dato dello *sfruttamento* della notizia privilegiata (è il caso, ad esempio, della condotta del par. 2 lett. b, che riguarda chi sia autorizzato a eseguire ordini per conto terzi e abbia operato legittimamente nel normale esercizio dell'occupazione, professione, o funzione). Salendo poi dal piano dell'uso della notizia (come visto, vietato salvo eccezioni), più in generale, al piano del comportamento dell'operatore che entra in possesso dell'informazione, può notarsi come il comportamento *corretto* che egli è chiamato a tenere in presenza dell'informazione privilegiata, in alternativa al dovere di *abstention*, può consistere nella *rivelazione della notizia* (disclosure), in modo conforme agli obblighi di comunicazione, quando essi ricorrono. Non è, infatti, corretto ritenere che ogni informazione privilegiata vada doverosamente

---

<sup>1093</sup> S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2008, pp. 331 ss..

<sup>1094</sup> *ibidem*.

<sup>1095</sup> *Ibidem*.

<sup>1096</sup> Con riferimento non solo alla condotta della lett. a dell'art. 184 c.1 T.U.F., ma anche a quelle delle lett. b e c, in dottrina si è evidenziato come la norma fondi *obblighi di non fare*, imponendo ai detentori dell'informazione privilegiata di astenersi dall'operare, comunicare o consigliare altri in merito a operazioni da compiere. Così E. AMATI, *Gli abusi di mercato nel sistema penale*, op. cit., p. 131.

<sup>1097</sup> V. ad esempio E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 135.

<sup>1098</sup> A. F. TRIPODI, *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F.*, op. cit., p. 2556.

<sup>1099</sup> Così E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 135.

<sup>1100</sup> V. anche il Considerando n. 29 del Regolamento UE n. 596/2014, per cui: «per evitare di vietare inavvertitamente forme legittime di attività finanziaria, vale a dire che non configurano abuso di mercato, è necessario riconoscere alcuni tipi di condotte legittime».

comunicata. Dal dato normativo risulta, infatti, che, pur riferendosi la definizione di “informazione privilegiata” dell’art. 181 T.U.F. sia agli obblighi di comunicazione dell’art. 114 T.U.F., sia ai divieti di abuso degli artt. 184 e 187 *bis* T.U.F., le informazioni da comunicare al pubblico presentano un ambito più ridotto rispetto a quelle di cui è vietato l’abuso<sup>1101</sup>, cosicché «una medesima conoscenza può, allo stesso tempo, non costituire ancora oggetto di una doverosa informazione al pubblico e integrare invece, ove utilizzata, una violazione degli artt. 184 e 187 *bis* T.U.F.»<sup>1102</sup>. Sussiste quindi una categoria di informazioni in presenza delle quali, pur non operando ancora l’obbligo di informazione posto dall’art. 114 T.U.F., esiste semplicemente un *dovere di astensione* dall’utilizzo.

Per concludere sul punto, dunque, l’esistenza di un generale dovere di astensione dall’uso dell’informazione privilegiata fa sì che la condotta di abuso in questione, più che echeggiare il superamento dei limiti di un diritto esistente o il suo sviamento (come richiede l’abuso del diritto), si riveli una condotta contraria a divieti (di utilizzo) e doveri (di astensione). Tale contrarietà aggalla, a ben vedere, proprio dalla possibilità di ricostruire il reato in termini di “abuso”.

### **3.3.1. Segue. L’ipotesi del *criminal insider*.**

Ci siamo finora occupati del divieto di *trading* in contesto lecito, da parte di quei soggetti, elencati al comma 1 della norma, che apprendono l’informazione priva di merito in ragione della loro funzione.

Il secondo comma della norma si rivolge, invece, al c.d. *criminal insider*, cioè colui che è in possesso di informazioni privilegiate «a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose». La disposizione è stata introdotta con l’intento di contrastare i fenomeni speculativi connessi all’attività terroristica (considerando n. 14 direttiva

---

<sup>1101</sup> In dottrina si sottolinea come l’oggetto della comunicazione riguardi direttamente gli emittenti (e dunque ne siano fuori le informazioni indirette), e l’obbligo sorga solo al verificarsi di certi eventi, e dunque non in presenza di mere ipotesi o fasi iniziali di operazioni, le quali – pur potendo essere utilizzate nel compimento delle operazioni – potrebbero, se soggette all’obbligo di informazione, generare eccessiva confusione nel mercato o compromettere il buon esito dell’operazione stessa. La normativa sugli obblighi di comunicazione si presenta al quanto complessa, pertanto per una sua più completa analisi si rimanda a A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 337 ss. (v. in particolare pp. 348 ss.); V. S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, op. cit., pp. 331 ss.; si segnala peraltro che il tema in questione è inciso ex art. 17 Regolamento UE n. 596/2014, che prevede la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate “quanto prima possibile” (par. 1).

<sup>1101</sup> V. S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, op. cit., pp. 331 ss.

<sup>1102</sup> V. S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, op. cit., pp. 331 ss.

2003/6/CE)<sup>1103</sup>, ma, già nella volontà del legislatore comunitario (considerando n. 17 direttiva 2003/6/CE) essa si riferisce a qualsiasi tipologia delittuosa, la cui preparazione o esecuzione dia vita essa stessa a un'informazione privilegiata, consistente nella prevedibilità di sensibili effetti di mercato conseguenti alla realizzazione della condotta<sup>1104</sup>. In dottrina vi è inoltre chi ritiene che la locuzione che l'art. 184 c. 2 TUF sia in grado di abbracciare anche il caso di chi sia entrato in possesso della notizia privilegiata "a seguito" di un'attività criminosa, come nel caso di chi abbia carpito dei dati riservati accedendo abusivamente ai sistemi informatici di un emittente (art. 615 *ter* c.p.)<sup>1105</sup>.

Ad ogni modo, la norma del comma secondo consente di annoverare tra gli *insiders* primari anche soggetti per i quali il vantaggio conoscitivo non deriva da uno dei rapporti qualificati con l'emittente del comma 1<sup>1106</sup>, ma dal compimento di un'attività criminosa dotata essa stessa di *price-sensitivity* o, aderendo alla tesi estensiva, coincidente con l'acquisizione della notizia.

Al disvalore legato allo sfruttamento della posizione di privilegio rivestita nel mercato finanziario (comma 1) si sostituisce, dunque, il disvalore della precedente attività criminosa o dell'attività criminosa *in fieri* (comma 2).

Con riguardo a tale ipotesi di *insider trading*, ci sembrano del tutto condivisibili le osservazioni per cui la previsione in questione, opportuna per colmare un (altrimenti presente) vuoto di tutela, ha poco a che fare con l'abuso.

Essa, si è osservato in dottrina, altera il profilo oggettivo della fattispecie<sup>1107</sup>, in quanto è difficile qualificare come *abuso* l'uso di informazioni acquisite in forza di un'attività delittuosa<sup>1108</sup>. Non si vede, d'altra parte, quale potrebbe essere l'*uso lecito* delle suddette informazioni, essendo impresa ardua, in un contesto di base illecito, ricostruire le regole di condotta violate rispetto all'uso delle informazioni (comunicazione, astensione, ecc.), tenendo conto del principio del *nemo tenetur se detegere* e, prima ancora, di logica e ragionevolezza.

---

<sup>1103</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 51.

<sup>1104</sup> S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, op. cit.

<sup>1105</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 51. Da notarsi come, se si aderisce a questa impostazione, pur non essendo generalmente richiesta l'abusività del recepimento della notizia, che può essere procurata anche in modo lecito (*ex multis* F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 7), il recepimento abusivo (*rectius*, illegale) al punto da integrare un autonomo reato produce un'estensione della portata della norma.

<sup>1106</sup> S. SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, op. cit.

<sup>1107</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 408.

<sup>1108</sup> *Ibidem*.

### 3.3.2. *Segue. L'ipotesi dell'insider di se stesso.*

Questione assai problematica, in dottrina e in giurisprudenza, è quella relativa alla punibilità del c.d. *self insider* (o *insider di se stesso*), cioè colui che tiene talune delle condotte indicate dall'art. 184 T.U.F. utilizzando un'informazione di cui è produttore. Tale problematica è quella che maggiormente attira il nostro interesse poiché, a differenza delle altre ipotesi sinora trattate, in essa ci pare ravvisabile, sullo sfondo, il problema dell'abuso del diritto. Nella condotta in esame, infatti, in massima approssimazione, viene in rilievo la possibilità che un soggetto, usando la conoscenza dei propri futuri propositi, tenga comportamenti che avrebbe astrattamente il diritto di tenere, ottenendo vantaggi eccessivi.

Casi emblematici di tale situazione sono quelli della società che, avendo deciso di lanciare un'Opa su un'emittente quotata, inizi a rastrellarne i titoli prima di rendere pubblica la notizia, per migliorare il proprio portfolio in vista del lancio e per acquistarli a un prezzo inferiore a quello dell'offerta, lucrando la differenza; o dell'amministratore di una società molto apprezzato dal mercato che, avendo preso la decisione di dimettersi dal suo ufficio e consapevole che i titoli della società subiranno un deprezzamento quando questa sarà resa pubblica, vende in anticipo le proprie azioni<sup>1109</sup>.

La questione è stata ricondotta principalmente alla possibilità o meno di considerare la decisione (o il proposito di azione) per colui che l'ha prodotta<sup>1110</sup> al pari di un'"informazione privilegiata", ai sensi dell'art. 181 T.U.F., e, in prima battuta, di un'"informazione" vera e propria, ricercandosi poi, nel dato sistematico, appigli per l'una o l'altra scelta interpretativa.

La dottrina prevalente<sup>1111</sup>, valorizzando il dato semantico, ha spiegato che l'"informazione" indica il trasferimento di un materiale conoscitivo da un "informatore" a un altro soggetto che diviene, per tale via, "informato", e che dunque occorre un'*alterità* tra soggetto che produce e soggetto che coglie la notizia. L'esclusione dell'*insider di se stesso* dall'ambito applicativo dell'art. 184 T.U.F. deriverebbe inoltre dalla lettura complessiva della disciplina degli abusi di mercato, nonché dalla meritevolezza del privilegio informativo di cui l'agente dispone.

---

<sup>1109</sup> Gli esempi sono presi da F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 52. Il caso dell'i.t. in prossimità del lancio dell'OPA è stato oggetto in tempi recenti della decisione del Tribunale di Milano n. 12149 del 12.11.2015, dep. 05.02.2016. V. anche E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 119.

<sup>1110</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 53.

<sup>1111</sup> Le argomentazioni che seguono sono tratte da A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, pp. 289 ss.; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., pp. 21 ss.; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 53 ss..

Tanto non sarebbe smentito dalla modifica legislativa che, a partire dal 1998, ha eliminato il riferimento nella fattispecie in questione alle informazioni “ottenute”: se tale dato rafforzava la tesi in esame (posto che si ottiene ciò che in precedenza non si ha), la sua scomparsa non appare significativa di una chiara scelta per l’interpretazione opposta<sup>1112</sup>.

In questa prospettiva, oltre al dato semantico, alla criminalizzazione dell’*insider* di se stesso si opporrebbe il dato sistematico, che tiene conto anzitutto del considerando n. 30 della direttiva 6/2003 (oggi abrogata) per cui, espressamente, «poiché l’acquisizione o la cessione di strumenti finanziari implica necessariamente una decisione preliminare di acquisire o cedere da parte della persona che procede ad una di queste operazioni, non si dovrebbe considerare il fatto di effettuare questo acquisto o cessione costituisca di per sé un’utilizzazione di un’informazione privilegiata». Nel dato sistematico si valorizzano, inoltre, i casi di c.d. *safe harbour*, e in particolare quello dell’art. 183 c. 1 lett. b) T.U.F., che esclude dall’ambito di applicabilità delle fattispecie incriminatrici di *market abuses* le negoziazioni di azioni proprie, nonché le operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari, cioè situazioni in cui l’emittente, fisiologicamente, dispone di un vantaggio informativo derivante da conoscenze interne. Inoltre, l’espressa previsione della pena per il c.d. *criminal insider* (art. 184 c. 2 T.U.F.) consisterebbe in una deroga alla regola generale per cui non commette *insider trading* chi utilizza la conoscenza dei propri propositi ai fini del compimento di operazioni finanziarie<sup>1113</sup>.

Conferma dell’irrelevanza della condotta in esame si avrebbe, ancora, valorizzando la differenza tra il profitto parassitario dell’*insider* e quello conseguente alla valorizzazione di una propria iniziativa economica meritevole (c.d. merito economico), in modo coerente con la letteratura d’oltreoceano, che ritiene che chi crea l’informazione è proprietario della medesima, e quindi può utilizzarla a fini economici.

Si sostiene, infine, che l’accusa di essere a conoscenza di una propria decisione o di un proprio intendimento sia difficilmente giustificabile sul piano logico, a meno di non ipotizzare una dissociazione psichica in capo al soggetto<sup>1114</sup>.

Tali argomentazioni, che conducono la dottrina maggioritaria ad opinare per una generale irrilevanza dell’*insider* di se stesso, lasciano comunque spazio per talune precisazioni. Si osserva così che il rapporto di immedesimazione tra produttore e fruitore della notizia non ricorre quando un amministratore agisca nel mercato a titolo personale, sfruttando la conoscenza di una decisione societaria a lui riconducibile come organo di rappresentanza<sup>1115</sup>. Inoltre, mentre il divieto di uso di informazioni non è applicabile per quelle che si riferiscono a *propositi* e *decisioni* maturati, tanto non appare sostenibile per gli *eventi* che coinvolgono l’agente, dei quali questi è a conoscenza in anticipo rispetto agli

---

<sup>1112</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 289 ss..

<sup>1113</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 297 ss.; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 58.

<sup>1114</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 292 ss..

<sup>1115</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 57; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 24.

altri (ad esempio l'esistenza di gravi perdite economiche ancora ignote al pubblico): tali *eventi*, infatti, non attengono alla sfera soggettiva dell'agente, ma alla realtà in cui egli è immerso, che è "un altro da sé" rispetto all'agente<sup>1116</sup>.

La giurisprudenza<sup>1117</sup>, dal canto suo, ammette invece la possibilità di ricondurre all'art. 184 T.U.F. le condotte di *self insider*. Così, ad esempio, con una recente sentenza del Tribunale di Milano<sup>1118</sup> vengono condannati gli amministratori e il socio di controllo di due società coinvolte in un'operazione finanziaria che prevedeva il lancio di un'OPA, preceduto dal rastrellamento sul mercato, da parte di una società veicolo, delle azioni della futura società-bersaglio, a un prezzo inferiore a quello poi indicato nel documento di offerta.

I giudici milanesi disattendono gli argomenti contrari alla punibilità dello sfruttamento dell'informazione propria sopra ricordati. In tal senso, si ritiene che l'incriminazione del *criminal insider*<sup>1119</sup>, determinata dalla volontà di estendere il novero dei soggetti che possono commettere il reato, non deve essere letta come una deroga all'irrelevanza dell'*insider* di se stesso, in quanto in mancanza di tale previsione «il *criminal insider* non sarebbe stato sanzionabile non già per difetto della necessaria alterità dell'informazione privilegiata rispetto all'agente, bensì per difetto della qualifica prevista dal legislatore». Inoltre, si argomenta che l'esenzione della punibilità delle ipotesi dell'art. 183 T.U.F. si applica sole se ed in quanto le operazioni di negoziazione di azioni proprie e di stabilizzazione degli strumenti finanziari siano condotte nel rispetto delle norme regolamentari CONSOB e delle norme degli artt. 2357 c.c., e dunque in situazione di esercizio del diritto. Quanto al considerando n. 30 della direttiva 2003/6/CE, esso postulerebbe una precisa corrispondenza tra oggetto della decisione presa e operazione compiuta, che sarebbe una situazione diversa dallo sfruttamento di della conoscenza di tale decisione. Inoltre, nel dato letterale, il superamento del riferimento all' "ottenimento" delle informazioni nel testo della norma sarebbe una scelta consapevole del legislatore che fuga ogni residuo dubbio sul fatto che la consumazione del reato non richieda l'alterità tra informazione e suo detentore e una traslazione della stessa.

Da segnalarsi come in dottrina si sia approdati, inoltre, a un esito intermedio, tra l'opzione liceista e quella che generalizza il divieto di *insider trading*, valorizzando l'elemento

---

<sup>1116</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 285; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 59 ss.

<sup>1117</sup> Oltre alla recente sentenza del Tribunale di Milano di seguito richiamata, v. in giurisprudenza il noto caso UNIPOL, avente ad oggetto le vicende legate a una vicenda di prestito obbligazionario, in cui il rimborso anticipato dei titoli era stato preceduto da un riacquisto delle stesse da parte dell'emittente, a un prezzo inferiore al valore nominale degli stessi corrisposto in sede di rimborso, deciso, nel senso della rilevanza del c.d. *insider* di se stesso, da Tribunale di Milano, n. 10580 del 25.10.2006, conf. Corte d'Appello di Milano, n. 3716 del 12.11.2007, su cui F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 58 ss.; A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 315 ss.

<sup>1118</sup> Tribunale di Milano n. 12149 del 12.11.2015, dep. 05.02.2016.

<sup>1119</sup> su cui v. *infra*.



dell'esternazione del dato della coscienza dell'agente<sup>1120</sup>. Secondo tale ricostruzione, per la relazione di *alterità* tra soggetto e informazione utilizzata «non sarebbe necessario il rapporto intersoggettivo “informatore-informato” ovvero, più precisamente, il profilo di arricchimento di conoscenze prima segnalato dal verbo “ottenere”: se per “alterità” deve intendersi la relazione che lega ciò che è altro rispetto a un'entità di riferimento, tale requisito sussisterà anche quando il soggetto creatore della notizia, ossia colui che ha assunto la “decisione”, la comunichi, in specie nelle forme tipiche. A seguito dell'atto comunicativo, dunque, la notizia diventa informazione<sup>1121</sup>».

Così chiarito il dibattito sull'*insider* di se stesso, non ci interessa tanto offrire una risposta affermativa o negativa al quesito sulla sua rilevanza penale, quanto mettere in evidenza l'essenza del fenomeno. È chiaro, infatti, come rilevato in dottrina, che la partita sulla rilevanza penale, come “abuso di informazione privilegiata”, del comportamento di *self insider* si gioca in prima battuta sulla possibilità o meno di sussumere nel termine “informazione” anche i propositi e le decisioni del soggetto agente. Se a tale quesito si dà risposta negativa, ritenendo che tali situazioni non rientrino neanche in una lettura estensiva o teleologicamente orientata del termine “informazione”, non si vede come il discorso intorno alla rilevanza penale di chi utilizzi (sfrutti) un *dato atipico*, di cui è a conoscenza per averlo creato - diverso dalla preparazione o esecuzione di un'attività delittuosa (comma 2) - possa andare avanti.

Se, tuttavia, si ammette la possibilità che la conoscenza dei propri propositi, almeno da un certo punto in poi, e in presenza dell'esternazione offerta dalla comunicazione, sia un'informazione privilegiata, ci sembra utile guardare all'uso di tale *gnosis* nella logica dell'abuso.

Del resto, la possibilità che l'abuso possa costituire una chiave di lettura del problema ci sembra suggerita dal ricorso, da parte della giurisprudenza, per superare l'incertezza del dato letterale, degli argomenti ricorrenti in tema di abuso.

Come già si è visto avvenire, *mutatis mutandis*, per il reato dell'art. 323 c.p., il fatto di trovarsi in presenza di un “abuso” induce (o permette a) l'interprete di far ricorso a una serie di strumenti tipici della categoria.

Ritroviamo così l'argomentazione teleologica, laddove, ad esempio, i giudici di merito riflettono sulla finalità perseguita dall'art. 184 T.U.F., affermando che essa sia «primariamente quella di inibire lo sfruttamento di informazioni privilegiate (e, pertanto, qualsiasi forma di sfruttamento, senza alcuna esclusione degli emittenti)

---

<sup>1120</sup> V. A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., pp. 331 ss.

<sup>1121</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 332. L'Autore applica il criterio in questione anche al caso del c.d. *criminal insider*, su cui v. pp. 334 e 335.

e non già di inibire la traslazione dell'informazione privilegiata»<sup>1122</sup> e quella per principi, laddove si sostiene che la condotta tipizzata è quella che «prescindendo dal fine che la sorregge fosse idonea a violare il principio generale per cui tutti gli investitori devono operare in condizioni di parità<sup>1123</sup>» o si fa riferimento alla portata del «principio, proprio della logica dell'economia di mercato, che ci concepisce un'iniziativa economica, sopportandone gli oneri, possa porla in esecuzione, acquistando e cedendo titoli»<sup>1124</sup>.

### **3.3.2.1. La lettura “in chiave di abuso” delle condotte di *self insider*.**

Assumiamo dunque che le decisioni e conoscenze prodotte da un soggetto, quando esteriorizzate e trasformate in “informazioni”, possano considerarsi a tutti gli effetti informazioni privilegiate.

A nostro avviso permane, comunque, un'ineliminabile differenza tra l'ipotesi generale di *insider trading* e quella ora oggetto della nostra attenzione, che risiede nell'impossibilità, prima di tutto logica, di vietarne l'utilizzo in via generale. Il dato intellettuale della conoscenza dei propri propositi postula, per definizione, un suo uso lecito e meritevole di tutela, che è la sua attuazione, la sua traduzione in prassi.

In altre parole: a differenza del caso in cui l'informazione (non pubblica, priva di merito) provenga dall'esterno, e dunque sia concepibile, come scelta di un sistema regolato, un dovere di astensione dal suo uso in capo all'operatore finanziario che ne è entrato in possesso, nel caso in cui l'informazione coincida con la scelta stessa del soggetto di autodeterminarsi al compimento di un certo atto giuridico (lancio dell'OPA, dimissioni, rimborso delle obbligazioni emesse) l'ordinamento non può che prescrivere di agire, *semmai* rispettando dei limiti modali e funzionali, che possono essere espressi nel dato positivo, o ricostruibili in via interpretativa.

Occorre dunque guardare ai fenomeni in questione sotto il duplice profilo, al quale ormai si è sufficientemente allenati, della conformità tra l'interesse perseguito e quello meritevole di tutela, e delle modalità ed effetti del perseguimento.

Dall'analisi della conformità tra l'interesse perseguito attraverso la decisione e l'interesse perseguito nell'utilizzo che si fa della stessa, appare senz'altro confermato che possa parlarsi di abuso nel caso dell'amministratore che usi l'informazione di cui è a conoscenza come “carica sociale” nell'agire per conto proprio.

---

<sup>1122</sup> Tribunale di Milano n. 12149 del 12.11.2015, dep. 05.02.2016.

<sup>1123</sup> Tribunale di Milano, n. 10580 del 25.10.2006.

<sup>1124</sup> Tribunale di Milano n. 12149 del 12.11.2015, dep. 05.02.2016.

In questo caso, a ben vedere, basta già la sicura alterità tra amministratore e società<sup>1125</sup> per escludere il dubbio sul fatto che l'oggetto di conoscenza sia un' "informazione privilegiata" per l'amministratore, tanto da non essere propriamente in presenza di un *insider* di se stesso. Tuttavia, sia consentito *a fortiori* osservare, che, nel caso in esame, il dato dello sfruttamento (o strumentalizzazione) tipico dell'abuso è palese. All'alterità di soggetti, infatti, corrisponde un'alterità di interessi (interesse sociale *vs* interesse privato dell'amministratore)<sup>1126</sup>, e vi è dunque, senz'altro, un *abuso funzionale* quando un organo sociale, a conoscenza di una decisione che ha diritto di attuare nell'interesse sociale, ne devia l'utilizzo per tornaconto personale.

Più problematico appare il caso in cui, come nell'ipotesi del rimborso delle obbligazioni, o del rastrellamento di azioni in vista dell'OPA, lo sfruttamento non sia tanto l'*asservimento* o la *strumentalizzazione* di un potere di agire a uno *scopo diverso*, ma piuttosto l'*eccessiva massimizzazione del proprio profitto*<sup>1127</sup>. In detta ipotesi l'abuso riguarda principalmente il piano *modale*, nel senso che l'interesse, in vista del quale è consentito agire con operazioni societarie, è perseguito *in modo eccessivo*. Se un dovere di astensione è configurabile, in questi casi, esso non può che riguardare quella parte di comportamento che persegue l'interesse dell'operatore in modo non più meritevole, configurandosi piuttosto – e in fin dei conti – come un dovere di non superare i limiti nel perseguimento del proprio interesse, e dunque un divieto di abuso.

Da segnalarsi, in chiusura del discorso, come la normativa europea del 2014 si faccia carico del problema. Si prevede, infatti, tra le già richiamate "condotte lecite" dell'art. 9 del Regolamento UE n. 596/2014, al paragrafo 5, che «il semplice fatto che una persona utilizzi la propria cognizione di aver deciso di acquisire o cedere strumenti finanziari per l'acquisizione o la cessione di strumenti finanziari non costituisce di per sé utilizzo di informazioni privilegiate». Già il paragrafo successivo (par. 6), tuttavia, afferma la possibilità di

---

<sup>1125</sup> A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 285.

<sup>1126</sup> V. Cass. Pen. 10 luglio 2006, *Gnutti*, che valorizza l'elemento dell'autonomia soggettiva delle società di capitali per affermare che l'amministratore ha interessi distinti da quelli della società, anche quando ne è socio di maggioranza e che «commette il reato di abuso chi, essendo in possesso di informazioni privilegiate in quanto amministratore, le utilizza a scopo di profitto personale». La vicenda è commentata da A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., p. 320. Per una ricostruzione "in chiave geometrica" degli interessi che vengono in gioco nell'assetto sociale (in particolare, per quanto qui rilevante, e cioè interesse dei contraenti, interesse sociale, interesse dei soci) v. L. M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, 20, pp. 81 ss.

<sup>1127</sup> Mutiamo l'espressione dal riferimento operato, sebbene in contesto parzialmente diverso (diritto societario) da ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2006, p. 28, laddove gli Autori, spiegando il significato di "scopo lucrativo", danno atto del passaggio dalla nozione di "massimizzazione dell'utile dei soci" alla "creazione di valore", espressione maggiormente in grado di lasciare spazio alla ponderazione degli interessi degli altri *stakeholders* coinvolti nella vita dell'impresa (es. lavoratori) e della responsabilità sociale della stessa.

derogare a tale regola «se l'autorità competente accerta che vi è stato un motivo illegittimo alla base delle operazioni di compravendita, delle operazioni o delle condotte in questione».

### **3.4. Il divieto di *tipping* e di *tuyautage* (art. 184 c.1 lett. b e lett. c T.U.F.).**

Le altre condotte di abuso di informazioni privilegiate incriminate dal primo comma (lett. b e c) consistono nel c.d. *tipping*, cioè nella comunicazione delle informazioni ad altri al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio, e nel c.d. *tuyautage*, cioè nella raccomandazione o induzione di altri, sulla base delle informazioni privilegiate, al compimento di una delle operazioni indicate al primo comma<sup>1128</sup>.

Non pone particolari problemi, la condotta della lett. c.), che peraltro, sembra destinata ad uscire dall'area dell'abuso di informazione privilegiate per acquisire autonomia in forza della nuova disciplina comunitaria. L'art. 3 della direttiva 2014/57/UE, infatti, affianca l'“abuso di informazioni privilegiate” e la “raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate”. L'abuso di informazioni privilegiate consisterebbe, quindi, secondo la nuova impostazione europea, nella sola condotta di sfruttamento della stessa nelle operazioni borsistiche, ma la condotta di *tuyautage* resterebbe, comunque, un “abuso di mercato”<sup>1129</sup>.

Più interessante, invece, appare ai nostri fini la condotta di *tipping*, anche per i suoi futuri prevedibili sviluppi in attuazione della direttiva 2014/57/UE.

---

<sup>1128</sup> Per tali ipotesi, ad oggi, non assumono rilievo le conseguenze del comportamento dell'agente, e dunque l'uso che il terzo possa fare della notizia comunicata, o il suo comportamento a seguito della raccomandazione o induzione, poiché la *ratio* dei divieti è, *a monte*, evitare la formazione di posizioni di privilegio sul mercato, per prevenirne l'approfittamento (F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 10). Si verifica, quindi, un'anticipazione della tutela rispetto a quanto avviene quando la scelta di punire segue il compimento delle operazioni borsistiche (F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 46). A tal riguardo, abbiamo già detto che il c.d. *tipee*, che viene a conoscenza dell'informazione privilegiata a seguito della condotta dell'*insider primario* e la sfrutta compiendo un'operazione, è attualmente passibile delle sanzioni amministrative dell'art. 187 *bis* T.U.F., ritenendosi che la sua condotta sia comunque un abuso dell'informazione privilegiata, ma non che meriti la sanzione penale perché priva dello sfruttamento della propria posizione. Diversamente, il c.d. *tuyautee*, che raccoglie la raccomandazione o l'induzione di cui alla lett. c, potrà compiere lecitamente l'operazione indicata, non essendo lui in prima persona ad aver sfruttato l'informazione privilegiata (F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 49). Le cose sono tuttavia destinate a cambiare con l'attuazione della direttiva 2014/57/UE, in seguito alla quale anche la condotta del *tipee* dovrebbe tornare ad avere rilevanza penale (art. 3 c. 3 direttiva 2014/57/UE) e costituirà abuso di informazioni privilegiate l'utilizzo della raccomandazione o dell'induzione quando chi agisce è a conoscenza del fatto che queste si basano su informazioni privilegiate.

<sup>1129</sup> Da segnalarsi, comunque, come, anche rispetto alla condotta di *tuyautage*, il dato letterale consenta di dare rilevanza solo alle raccomandazioni o induzioni a tenere comportamenti attivi, e non anche ad astenersi o a tenere comportamenti passivi. È stato osservato, tuttavia, come tale scelta non sembri sorretta dalle medesime motivazioni in punto di non punibilità dell'*insider non trading* della lett. a) (F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 50). Evidentemente, se si fa cattivo uso dell'informazione raccomandando di agire, lo stesso avviene raccomandando di non agire: il contenuto dell'informazione dovrebbe essere irrilevante rispetto all'abuso della stessa.

Occorre dar atto di come, ai sensi della direttiva 2014/57/UE la condotta di *tipping* sia destinata a assurgere ad illecito autonomo, fuoriuscendo dalla fattispecie di “abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate” (art. 3 della direttiva) per fondare l’ulteriore figura di abuso di mercato della “comunicazione illecita di informazioni privilegiate” (art. 4 della direttiva). A tal proposito, la norma europea definisce la *comunicazione illecita di informazioni privilegiate* come «la condotta con la quale una persona in possesso di informazioni privilegiate comunica tali informazioni a qualsiasi altra persona, al di fuori del normale esercizio di un lavoro, della professione, della funzione o dell’ufficio, ovvero al di fuori dei casi in cui la comunicazione può qualificarsi come sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell’articolo 11, paragrafi da 1 a 8, del regolamento (UE) n. 596/2014».

Rispetto alla normativa vigente si segnala quindi l’introduzione di un’ulteriore area di liceità in corrispondenza delle comunicazioni qualificabili come “sondaggio di mercato”, che si affianca a quella del “normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell’ufficio”<sup>1130</sup>.

Peraltro, poiché la descrizione del nuovo illecito di comunicazione offerta dall’art. 4 della Direttiva n. 2014/57/UE e dall’art. 10 del Regolamento UE n. 596/2014, fanno riferimento genericamente a chi sia in possesso di informazioni privilegiate, con un’estensione quindi più ampia di quella limitata dell’attuale art. 184 T.U.F., si pone il problema di coordinare il nuovo abuso con lo svolgimento di un’attività di comunicazione lecita.

In tal senso, l’art. 4 par. 5 della direttiva stabilisce che l’applicazione del nuovo illecito dovrà essere compatibile «con l’esigenza di tutelare la libertà di stampa e la libertà di espressione», già presa in considerazione dall’art. 21 del Regolamento UE n. 596/2014, che stabilisce che, in generale per gli abusi di mercato «la comunicazione o la diffusione delle informazioni è valutata tenendo conto delle norme che disciplinano la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi d’informazione, nonché delle norme o dei codici che disciplinano la professione di giornalista, a meno che: a) le persone interessate o le persone a loro strettamente associate ricavano, direttamente o indirettamente, un vantaggio o un guadagno dalla diffusione delle informazioni in questione; oppure b) la comunicazione o la diffusione sia effettuate con l’intenzione di fuorviare il mercato per quanto concerne l’offerta, la domanda o il prezzo di strumenti finanziari».

Anche in questo caso la natura abusiva della condotta di comunicazione è riconducibile alla violazione di un obbligo, e, più specificamente, alla «violazione di un obbligo di segretezza, discendente dalla particolare posizione di preminenza informativa degli *insiders primari*»<sup>1131</sup>.

---

<sup>1130</sup> L. GIORDANO, A. NOCERA, *I reati finanziari*, op. cit., p. 472.

<sup>1131</sup> V. R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, op. cit., pp. 411 ss., il quale rileva che la penalizzazione della semplice violazione dell’obbligo di segretezza si inquadra nelle finalità di *enforcement* dell’etica di mercato e di moralizzazione dei comportamenti nel settore economico. V. anche E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 144, il quale fa riferimento a un «obbligo di “riservatezza” sulla notizia, fin tanto che questa non sia diventata di dominio pubblico».

Tuttavia il *tipping* raccoglie il nostro interesse soprattutto per il tentativo di circoscrivere l'abuso attraverso la clausola «al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione o delle funzioni».

### **3.4.1. La comunicazione abusiva «al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione o delle funzioni».**

La locuzione «al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione o delle funzioni» sostituisce, nella condotta di *tipping*, l'espressione «senza giustificato motivo» presente nella versione del reato dell'art. 180 T.U.F. *ante riforma*.

Tale modifica legislativa ha suggerito all'interprete un mutamento di prospettiva: se i "giustificati motivi" venivano ricondotti all'assenza di antigiuridicità, la "anormalità" della comunicazione appare un elemento del fatto, da accertare in capo all'accusa<sup>1132</sup>. Che la clausola in questione attenga al fatto e non all'antigiuridicità, d'altra parte, è confermato dalla sfasatura tra il suo ambito di operatività e quello delle condotte consentite o obbligate, e dunque scriminate ai sensi dell'art. 51 c.p.: il primo appare ragionevolmente più ampio, e capace di abbracciare anche quei casi nei quali la trasmissione a terzi dell'informazione sia *strumentale* allo svolgimento del lavoro, della professione o delle funzioni dell'*insider* primario<sup>1133</sup>.

Secondo la dottrina, infatti, la clausola in questione sembra richiamare, appunto, un *rapporto di strumentalità* tra comunicazione della notizia e svolgimento dell'attività, che, ad esempio, ricorre nel caso del professionista che, dettando dei testi alla sua segretaria, le comunichi delle informazioni privilegiate<sup>1134</sup>. In questa prospettiva, si esclude il reato quando la trasmissione della notizia non è estranea alle esigenze tipiche dell'attività esercitata<sup>1135</sup>.

Occorre dar atto, tuttavia, di come la Corte di Giustizia acceda a un'interpretazione ben più restrittiva dell'elemento in questione: chiamata, in occasione di un rinvio pregiudiziale, a interpretare la clausola, analoga a quella in esame, contenuta nella normativa danese, la Corte ha richiesto per la sua integrazione, che la comunicazione sia *funzionale* all'attività e *strettamente necessaria* alla stessa<sup>1136</sup>.

---

<sup>1132</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 48.

<sup>1133</sup> E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 147; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 11.

<sup>1134</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 48.

<sup>1135</sup> *Ibidem*.

<sup>1136</sup> Corte di Giustizia CE, 22.11.2005, causa C-384/02, su cui v. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 48.

Possiamo evidenziare, allora, come, valorizzando l'attitudine della comunicazione *strumentale* o *funzionale* allo scopo di lavoro (o di esercizio della professione, ecc.), si metta l'accento sull'assenza dello sviamento di scopo tipico dell'abuso. Su questa base, aggiungere al dato funzionale la specificazione della "stretta necessità" significa valorizzare il dato modale, il grado della condotta consentita, attraverso un concetto che, come si è visto trattando del diritto scriminante<sup>1137</sup>, è frequentemente richiamato per circoscrivere, in senso minimalista, il campo del lecito.

Ad ogni modo, posto che la "necessità" è parametro di selezione ben più stringente di quello della "strumentalità", può evidenziarsi come la citata clausola di esclusione della tipicità sia un elemento elastico a rischio di indeterminatezza<sup>1138</sup>, che riconosce al giudice un ampio margine di discrezionalità, con la conseguente propensione allo sviluppo di un'eseplificazione casistica su cosa sia "normale" e dunque "lecito"<sup>1139</sup> e cosa non lo sia. È evidente, infatti, che la clausola allarga o restringe l'area della punibilità a seconda dell'interpretazione prescelta<sup>1140</sup>.

#### **4. La manipolazione del mercato (artt. 185 e 187 ter T.U.F.).**

La manipolazione del mercato è la seconda forma di "abuso del mercato" prevista dalla direttiva 2003/6/CE. La sua introduzione, ad opera della legge n. 62/2005, è stata accompagnata dalla previsione del corrispondente illecito amministrativo all'art. 187 *ter* T.U.F., il quale, a differenza di quanto accade per l'*insider trading*, ha un ambito di operatività più ampio rispetto al reato<sup>1141</sup>.

L'introduzione dell'art. 185 T.U.F ha comportato una modifica della disciplina interna dell'*aggiotaggio*, per cui, pur restando in vigore l'art. 2637 c.c., quest'ultima norma può oggi riferirsi unicamente agli «strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato», mentre le condotte aventi ad oggetto gli «strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato» ricadono negli illeciti previsti dal T.U.F.<sup>1142</sup>.

---

<sup>1137</sup> V. *retro* cap. 2.

<sup>1138</sup> E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 148 ss. rispetto alle condotte di comunicazioni lecite all'interno e all'esterno dell'ente di appartenenza del soggetto, nelle comunicazioni coi soci, nella circolazione delle informazioni nel gruppo societario, nel corso delle trattative negoziali

<sup>1139</sup> V. ad esempio E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 144

<sup>1140</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 11.

<sup>1141</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 431.

<sup>1142</sup> Per un approfondimento sulle modifiche apportate alle fattispecie di aggiotaggio dapprima ad opera della l. 61/2002, quindi dalla l. 62/2005, e sui rapporti di concorso tra le norme citate, si veda F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 71 ss., ove si chiarisce come la circostanza per cui l'unica differenza tra le fattispecie dell'art. 2637 c.c. e dell'art. 185

Rimane inoltre in vigore l'art. 501 c.p. (Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio)<sup>1143</sup>, rispetto al quale l'art. 185 T.U.F., costituirebbe un'ipotesi speciale, estrapolata dall'art. 2637 c.c., caratterizzata dalla condotta di alterazione del prezzo degli strumenti finanziari<sup>1144</sup>.

Come già visto per l'*insider trading*, anche in questo caso il bene giuridico tutelato dall'art. 185 T.U.F. viene identificato nel *corretto funzionamento del mercato*, ma «sotto il profilo della *corretta formazione del prezzo* degli strumenti finanziari»<sup>1145</sup>. La finalità della norma è, quindi, quella di preservare la fiducia dei risparmiatori nel mercato rispetto a comportamenti incidenti sul regolare meccanismo di formazione del prezzo degli strumenti finanziari<sup>1146</sup>.

#### 4.1. La manipolazione del mercato è davvero un reato comune?

Secondo l'opinione maggioritaria, a differenza di quanto osservato per l'art. 184 T.U.F., l'abuso di manipolazione si caratterizza per essere un *reato comune*, realizzabile da *chiunque*, non essendo richiesto dalla norma che il soggetto attivo abbia una certa qualifica o svolga una certa attività<sup>1147</sup>. Queste ultime, infatti, rilevarebbero al più per l'applicazione dell'aggravante del comma secondo dell'art. 185 T.U.F., e per la possibile configurazione dell'aggravante dell'art. 61 n.11 c.p.<sup>1148</sup>. Si sostiene, quindi, che la natura di reato comune consente di inglobare, nella portata della norma, le eterogenee figure soggettive che, a vario titolo, interferiscono con il mercato, come, ad esempio, *brokers*, consulenti, analisti finanziari, giornalisti<sup>1149</sup>.

Secondo questa impostazione, il disvalore dell'abuso in questione, quindi, a differenza di quanto osservato per l'*insider trading*, non sarebbe espresso dalla violazione di un dovere

---

T.U.F. sia data dall'oggetto materiale della condotta consente di riferire le riflessioni maturate in passato intorno al primo reato anche al secondo. V. anche A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., pp. 137 ss.; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 27; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 171 ss.; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 390 ss..

<sup>1143</sup> v. *ex multis* G. AZZALI, *Aggiotaggio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 898 ss.; L. D. CERQUA, *Reati di aggio*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penali*, Agg., II, Torino, 2008;

<sup>1144</sup> Così L. GIORDANO, A. NOCERA, *Reati finanziari*, op. cit., p. 473; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 390 ss. riscontra un rapporto di *specialità reciproca per aggiunta unilaterale* tra art. 501 c.p. e art. 185 T.U.F. e di *specialità unilaterale* tra art. 185 T.U.F. e art. 2637 c.c.

<sup>1145</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 71 ss.

<sup>1146</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 28. Per l'*aggiotaggio* come modello per il controllo, attraverso lo strumento penale, di un sistema di regole v. C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 317.

<sup>1147</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 74.

<sup>1148</sup> Così L. GIORDANO, A. NOCERA, *Reati finanziari*, op. cit., p. 477.

<sup>1149</sup> L. GIORDANO, A. NOCERA, *Reati finanziari*, op. cit., p. 477. Gli Autori rilevano come la natura di reato comune sia propria anche della fattispecie di aggio dell'art. 501 c.p..



di correttezza da parte del suo titolare, che approfitta della sua posizione privilegiata, ma piuttosto dal *comportamento* tenuto dall'agente, idoneo a influire sulla formazione dei prezzi del mercato<sup>1150</sup>.

Tale scelta incriminatrice, tuttavia, è stata criticata da parte della dottrina, che ha osservato come, in fin dei conti, le comunicazioni provenienti dall'interno delle società quotate godano di maggior credito nel mercato, e dunque risultino dotate di maggiore pericolosità rispetto a quelle provenienti da altri soggetti, e come chi ricopre cariche sociali abbia una responsabilità sulla veridicità delle notizie diffuse<sup>1151</sup>. Questi ultimi rilievi ci sembrano condivisibili. Possiamo inoltre osservare che, sebbene l'art. 185 T.U.F., a differenza dell'art. 184 T.U.F., non faccia seguire all'individuazione del soggetto ("chiunque") un'espressa specificazione di particolari qualifiche o condizioni che richiamino uno statuto di diritti e doveri dell'agente, tutti i soggetti che si ritiene possano far parte dell'ampia platea di autori del reato (*brokers*, consulenti, analisti finanziari, giornalisti) sono comunque titolari di qualifiche professionali – correlate alla loro capacità di intervenire sul mercato - e destinatari di propri codici deontologici, che li differenziano dalla generalità dei consociati.

Anche in questo caso, inoltre, abbiamo in considerazione un *reato di abuso*, dove, tuttavia, all'abuso non si fa alcun riferimento in sede di individuazione delle condotte tipiche. Nel caso in esame, a ben vedere, il concetto di abuso non è richiamato neanche nella rubrica della disposizione. Eppure non si dubita che le condotte manipolative diano luogo ad un "abuso di mercato", poiché così è chiaramente qualificato l'illecito nella fonte comunitaria di derivazione<sup>1152</sup>. A nostro parere, proprio l'essenza abusiva delle condotte manipolative consente di mettere in luce come l'intervento penalistico operi, anche in questo caso, «a presidio di regole, di procedure, di principi»<sup>1153</sup>, e dunque richiami l'esistenza di uno statuto deontologico dell'agente, che lo distingue dal *quisque de populo*.

## 4.2. La manipolazione informativa.

---

<sup>1150</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 139. V. tuttavia C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 322 che parla di struttura di "reati d'obbligo" in generale per le fattispecie penali del settore finanziario, senza distinguere tra gli artt. 184 e 185 TUF, e, conformemente, C. PIERGALLINI, "Civile" e "penale" a confronto: *l'appuntamento di inizio millennio*, op. cit., p. 1310.

<sup>1151</sup> F. SGUIBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 28.

<sup>1152</sup> V. in particolare Direttiva 2014/57/UE; Regolamento UE n. 596/2014; precedentemente, Direttiva 2003/6/CE.

<sup>1153</sup> C. PIERGALLINI, "Civile" e "penale" a confronto: *l'appuntamento di inizio millennio*, op. cit., p. 1310.

La prima delle condotte incriminate dall'art. 185 T.U.F. consiste nella “diffusione di notizie false”.

Dottrina e giurisprudenza hanno precisato la portata dei termini della norma, ad esempio chiarendo come nel concetto di *diffusione* rientri qualsiasi tipo comunicazione (scritta o orale), trasmessa con qualsiasi mezzo (stampa, tv, radio, web, ecc.), diretta a un numero indeterminato di persone o anche a un solo soggetto, o anche ad una cerchia determinata di soggetti, quando la rivelazione confidenziale sia il mezzo per favorire la penetrazione della notizia nel mercato<sup>1154</sup>.

La *notizia*, invece, si ritiene possa essere un'informazione su avvenimenti o fatti storici avvenuti o destinati ad avvenire (purché l'informazione avente ad oggetto un evento futuro tragga comunque origine da un riferimento presente), non necessariamente di carattere economico, finanziario o commerciale, ma anche sociale o politico<sup>1155</sup>. Secondo parte della dottrina, inoltre, la notizia può essere sia un'informazione che una valutazione, qualora quest'ultima contenga, in maniera implicita, indicazione su dati di fatto<sup>1156</sup>.

Particolarmente problematica è apparsa la riconducibilità, al requisito della *falsità* della notizia, delle informazioni “esagerate” o “tendenziose”, che potrebbero piuttosto rilevare quali “altri artifici” nella manipolazione operativa<sup>1157</sup> o, secondo altra impostazione, solo ai sensi dell'art. 187 ter T.U.F., che fa riferimento alle notizie “fuorvianti”<sup>1158</sup>.

Si ritiene inoltre che la condotta in questione possa essere integrata solo da comportamenti attivi, e si dubita che il contegno omissivo possa rilevare tra gli “altri artifici”<sup>1159</sup>, tranne nei casi in cui esso consista nel mancato disvelamento di un'operazione o di un dato *in violazione di un obbligo*<sup>1160</sup>.

In questa prospettiva, diffondere notizie false costituirebbe un cattivo uso delle prerogative di comunicazione di coloro che agiscono sul mercato.

La questione induce a domandarsi, quindi, cosa accada quando a tenere la condotta sia un soggetto istituzionalmente deputato alla diffusione di notizie, quale può essere un giornalista economico. A tal riguardo l'art. 187 ter c. 2 T.U.F. si occupa espressamente

---

<sup>1154</sup> Cfr. sul punto F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 75; A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 141.

<sup>1155</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., pp. 142 ss..

<sup>1156</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 29.

<sup>1157</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 79 ss.; A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., pp. 143 ss.

<sup>1158</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 436 e pp. 441 ss.

<sup>1159</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 76.; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., pp. 438 ss.; contra v. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 205 ss.

<sup>1160</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 204 e pp. 207 ss.

della responsabilità dei giornalisti con riferimento all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, stabilendo che: «Per i giornalisti che operano nello svolgimento della loro attività professionale la diffusione delle informazioni va valutata tenendo conto delle norme di autoregolamentazione proprie di detta professione, salvo che tali soggetti traggano, direttamente o indirettamente, un vantaggio o un profitto dalla diffusione delle informazioni»<sup>1161</sup>. La precisazione è pertinente, considerando che l'illecito amministrativo può essere commesso anche con semplice *colpa*, e può consistere non solo nella diffusione di notizie false, ma anche tendenziose e fuorvianti<sup>1162</sup>. La stessa attenzione al rispetto delle norme deontologiche del giornalista, ammessa nell'illecito amministrativo, si dovrebbe in ipotesi avere anche trattando del reato dell'art. 185 T.U.F. Il problema è, tuttavia, solo apparente. La diffusione dolosa di notizie false, infatti, si pone in un rapporto di *aut-aut* rispetto all'esercizio dei diritti legati all'informazione giornalistica. I diritti di cronaca e di critica, si ricorderà - richiamando quanto appreso in tema di abuso del diritto potenzialmente scriminate - postulano la diffusione di un'informazione (o di una valutazione) vera o verosimile, ma non certamente falsa.

#### **4.3. La manipolazione operativa.**

La manipolazione del mercato è altresì realizzata da «chiunque (...) pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari». È senz'altro questa la condotta manipolativa che maggiormente ci preme osservare da vicino, per i suoi rapporti con l'abuso.

Occupandoci del diritto tributario abbiamo osservato, infatti, come, in quel settore, sia oggi consacrata, anche a livello legislativo, un'alternatività tra condotte di semplice abuso, penalmente irrilevanti, e condotte fraudolente o di simulazione. In questo campo, abbiamo invece un *abuso punibile*, caratterizzato da una condotta “arricchita” dagli elementi dell'artificiosità e della simulazione.

Particolarmente importante appare dunque stabilire il “peso” dell'elemento descrittivo della condotta (condotta simulata, condotta artificiosa) rispetto a quello della sua idoneità a un certo risultato (*ibi*, ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari), che può caratterizzare già il semplice abuso.

---

<sup>1161</sup> V. F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 140, anche per le fonti deontologiche della professione giornalistica, tra cui la “Carta dei doveri dell'informazione economica”.

<sup>1162</sup> *Ibidem*.

Stando alla lettera della norma, la manipolazione operativa è un *tipo di abuso* che deve assumere le forme di una simulazione o di un altro artificio.

Quanto al concetto di simulazione, il fatto che si tratti di un elemento normativo extra-penale porta la dottrina ad un'interpretazione *tecnico-giuridica*, in base alla quale esso comprende sia le operazioni che le parti non intendevano affatto realizzare (c.d. simulazione assoluta) sia quelle che presentano un'apparenza difforme da quanto effettivamente voluto (c.d. simulazione relativa)<sup>1163</sup>: i casi, insomma, nei quali le parti fanno apparire una realtà diversa da quella effettiva. Vi è tuttavia chi nota che, in tal modo, resterebbero fuori dalla fattispecie i casi di interposizione reale, così da preferire il conio di una *nozione penalistica di atti simulati*<sup>1164</sup>, come condotta fraudolenta e ingannatoria, sebbene, così opinando, si perdano gli effetti dello sforzo di tipizzazione profuso dal legislatore, dato che la simulazione finisce per confondersi con gli altri artifici<sup>1165</sup>.

Esempi di simulazione ai sensi dell'art. 185 T.U.F. sono le c.d. *action based manipulation*, cioè la compravendita di strumenti finanziari con mutamento soltanto apparente della proprietà degli stessi, o gli ordini contestuali di acquisto e vendita, volti a creare l'apparenza di un mercato attivo<sup>1166</sup>.

L'attenzione va riposta, in particolare, sull'individuazione degli "altri artifici" dotati di *price sensitivity*, che costituiscono «elemento di chiusura nella determinazione della condotta punibile»<sup>1167</sup>, di dubbia tassatività<sup>1168</sup>.

Isolando la forma di manipolazione (dunque di abuso) in questione, si nota come essa sia descritta attraverso due concetti: la presenza di un artificio e l'idoneità concreta ad alterare sensibilmente il prezzo dello strumento finanziario.

L'interpretazione del concetto di "altri artifici" è suscettibile, in letteratura, di letture alternative.

È controversa, in particolare, la necessità che le condotte artificiose siano, singolarmente considerate, ingannatorie e illecite<sup>1169</sup>, e l'opportunità di aderire a una nozione soggettivistica od oggettivista della locuzione.

---

<sup>1163</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 80.; A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 144.

<sup>1164</sup> L. GIORDANO, A. NOCERA, *Reati finanziari*, op. cit., p. 480.

<sup>1165</sup> *Ibidem*.

<sup>1166</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 145.

<sup>1167</sup> *Ibidem*.

<sup>1168</sup> Il rilievo è di D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, in *Rivista Trimestrale del Diritto Penale dell'Economia*, 2003, pp. 751 ss., ove si mette in evidenza come la carenza di determinatezza e tassatività dipenda anche dalla mancata previsione di un elemento di dolo specifico che avrebbe potuto circoscrivere la portata della locuzione.

<sup>1169</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 81.

La manipolazione del mercato sia un fenomeno che può essere presa in considerazione dal punto di vista soggettivistico od oggettivistico. Così, «rispondono a un paradigma *soggettivamente orientato* le definizioni per cui la manipolazione costituisce un'interferenza *intenzionale* rispetto alle libere forze della domanda e dell'offerta, *al fine di influenzare il prezzo* di un titolo»<sup>1170</sup>, mentre tipica dell'approccio oggettivistico è «l'identificazione della manipolazione del mercato come *la pratica di innalzare o deprimere artificialmente il prezzo di un titolo per approfittare della prevedibile reazione degli altri operatori*»<sup>1171</sup>. Entrambi i paradigmi, se assolutizzati, portano a risultati non condivisibili, posto che «i tentativi soggettivistici sono potenzialmente illiberali: per il diritto penale, l'individuazione del carattere manipolativo di un'operazione di mercato deve basarsi su una nota di decettività – e quindi di disvalore – propria della condotta, consapevolmente sfruttata dal manipolatore»<sup>1172</sup>, e che «le teorie oggettivistiche (...) sono, invece, troppo incerte e di difficile prova, perché una norma incriminatrice possa basarsi sull'evento di destabilizzazione del mercato»<sup>1173</sup>.

In dottrina si ritiene che l'aggettivazione “altri” stia ad indicare l'esistenza di un *rapporto di genere e specie* tra le due forme di manipolazione operativa del mercato, e che, pertanto, tutte le condotte debbano essere caratterizzate dal requisito della decettività<sup>1174</sup>. Non è pacifico, tuttavia, se della clausola debba essere data una *lettura restrittiva e oggettivistica*, per cui gli artifici sono mezzi di per sé illeciti (e dunque l'*artificiosità* è riferita al *mezzo*), ovvero *estensiva e soggettivistica*, per cui gli artifici possono essere anche mezzi leciti che, per la loro concatenazione e per il loro contesto spazio temporale, acquistano efficacia ingannatoria (e dunque l'*artificiosità* è riferita allo *scopo*, al *risultato illecito perseguito dall'agente*)<sup>1175</sup>.

Aderendo a questa seconda impostazione, si argomenta che tanto sarebbe imposto dall'esigenza di garantire l'effettività della norma rispetto alle sue costanti criminologiche, posto che chi specula in borsa, in genere, per realizzare manipolazioni del mercato, non si

---

<sup>1170</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, p. 41.

<sup>1171</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 43.

<sup>1172</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 48.

<sup>1173</sup> *Ibidem*.

<sup>1174</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 145; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 80; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 30. Da segnalare tuttavia la posizione di F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 196 che mitiga l'assunto affermando: «Le tre tipologie di azione manipolativa (...) hanno una comune nota di disvalore riconducibile alla *distorsione della percezione del mercato*, ma certamente l'artificio, non altrimenti specificato, *non deve possedere tutti i caratteri* tipici della *simulazione* e della *diffusione di notizie false*, e, per converso, ne deve avere altri».

<sup>1175</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 146; L. GIORDANO, A. NOCERA, *Reati finanziari*, op. cit., p. 480.; V. anche F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 82, ove si ricorda l'origine della questione, data dal confronto tra le espressioni “mezzi fraudolenti” dell'abrogato art. 2628 c.c. e “altri artifici” dell'art. 501 c.c., per cui inizialmente si riteneva che la prima imponesse l'intrinseca illiceità del mezzo mentre la seconda avesse portata più ampia, ma che finivano poi per venire equiparate e riferite a «tutti i mezzi determinanti una falsa rappresentazione dei fatti e quindi capaci di trarre in inganno gli operatori del mercato, a prescindere dalla loro intrinseca e obiettiva anti giuridicità».

avvale di mezzi in prima battuta illeciti e riconoscibili, ma compie atti *borderline*, che appaiono conformi alle prescrizioni normative<sup>1176</sup>. Si osserva dunque che l'artificio non deve essere un «'doppione' privo di autonoma capacità selettiva»<sup>1177</sup> rispetto alla condotta di simulazione, e che «artificiosa può quindi essere ogni condotta, anche in sé lecita, se la situazione concreta entro cui viene compiuta la rende ingannevole»<sup>1178</sup>.

Chi opina in senso contrario, invece, oltre a far leva sull'interpretazione letterale del termine "artifici", e sul rapporto di genere e specie rispetto alle condotte di simulazione, rileva l'insufficienza, ad integrare l'artificio, dell'attitudine a influenzare l'andamento dei prezzi, pena un'estensione illimitata dell'ambito operativo della fattispecie<sup>1179</sup>. L'interpretazione contraria finirebbe, inoltre, con l'individuare il disvalore di una condotta, di per sé lecita e veritiera, dal suo risultato, a seguito di una rivalutazione globale eseguita *ex post*<sup>1180</sup>. In particolare il disvalore del fatto del reato sarebbe sostituito da un "disvalore di contesto", cioè il disvalore che risulta dall'iperreattività dei mercati finanziari<sup>1181</sup>.

#### **4.3.1. Alcune ipotesi esemplificative di attività complessivamente "artificiose".**

Per meglio comprendere il problema, può essere utile passare in rassegna alcune pratiche, esemplificative di condotte manipolative, che si compongono di più atti apparentemente leciti e reali, che generano una situazione disapprovata a seguito di una rilettura (o più profonda comprensione)<sup>1182</sup>.

Prendiamo in considerazione, ad esempio, la condotta di c.d. *marking the close*<sup>1183</sup>, con cui si procede all'acquisto di titoli di un'emittente immediatamente prima della chiusura del mercato. Tale condotta può servire a fissare, a vantaggio dello speculatore, il prezzo del titolo oggetto dell'acquisto, provocando l'incremento dell'indice di riferimento e del valore dei relativi derivati, e a rivendere l'indomani, all'apertura del mercato, gli stessi titoli

---

<sup>1176</sup> L'osservazione è di C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, p. 329.

<sup>1177</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 197.

<sup>1178</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 198.

<sup>1179</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 146.

<sup>1180</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 437.

<sup>1181</sup> D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, op. cit., pp. 759 ss.

<sup>1182</sup> Per un'elencazione delle condotte di manipolazione operativa conosciute al mercato italiano, ed oggetto di giurisprudenza, v. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 49 ss.

<sup>1183</sup> La condotta è attualmente individuata come operazione riconducibile alle condotte manipolative previste dall'art. 187 *ter* T.U.F. dalla comunicazione Consob del 29.11.2005, n. DME/5078692, reperibile in [www.consob.it](http://www.consob.it).

acquistati, assieme a quelli omogenei acquistati in precedenza, ottenendo plusvalenze<sup>1184</sup>. Il *marking the close*, inoltre, può trarre in inganno gli altri operatori i quali sono indotti a condotte imitative, ritenendo che il prezzo fissato dall'operazione in chiusura di mercato rifletta nuove informazioni non ancora note al pubblico<sup>1185</sup>. Diamo atto di come il *marking the close* sia stato preso in considerazione dalla Comunicazione Consob n. DME/5078692 del 29.11.2005, che lo ha qualificato come pratica manipolativa, rilevante ai sensi dell'art. 187 ter c. 3 lett. b T.U.F., e dunque non può più ritenersi, oggi, una pratica consentita. In passato, tuttavia, tale aspetto appariva problematico poiché in questo caso, l'artificio, che, creando l'apparenza di un mercato rialzista, inganna gli altri investitori, si compone di *più condotte apparentemente lecite*<sup>1186</sup> che, combinate tra loro, incidono sul meccanismo di formazione dei prezzi.

Lo stesso si è ritenuto in una vicenda di emissione di obbligazioni *reverse convertible*<sup>1187</sup>, nella quale si poneva, come condizione della facoltà dell'emittente di procedere, anziché al rimborso del capitale, alla consegna di titoli di investimento, la discesa del prezzo di un titolo bancario al di sotto di un dato livello, e si andava poi deliberatamente ad agire nel mercato per provocare l'avverarsi della condizione stessa.

Infine, la giurisprudenza si è occupata dell'artificiosità della condotta elusiva dell'OPA obbligatoria, discendente dalla violazione degli artt. 106,109,122 TUF, la quale è stata ritenuta assimilabile alle altre condotte artificiose ipotizzate dalla disposizione incriminatrice, sia per il suo carattere fraudolento intenzionale, sia perché si pone nettamente in contrasto con le stesse finalità perseguite dalle disposizioni che disciplinano il reato di manipolazione del mercato in generale<sup>1188</sup>.

#### **4.3.2. Condotta abusiva e condotta artificiosa.**

Cerchiamo allora di definire il ruolo della condotta degli *altri artifici* nell'economia del reato di abuso del mercato dell'art. 185 T.U.F.

---

<sup>1184</sup> In giurisprudenza v. Tribunale di Milano, 11.11.2002, Corte Appello Milano, 17.03.2004, Cass. Pen., 07.12.2004. La vicenda in questione (c.d. caso Mensi) è riassunta da E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 216 ss.

<sup>1185</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 56.

<sup>1186</sup> La pratica di negoziare alla scadenza delle contrattazioni è di per sé lecita, perché gli operatori agiscono dopo aver monitorato l'andamento delle quotazioni per tutta la giornata. Così F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 57.

<sup>1187</sup> Definita da Cass. Pen. 02.10.2008, n. 2063, su cui v. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 219 ss.

<sup>1188</sup> Tribunale di Milano 28.05.2011; Corte d'Appello Milano, sez. V, 13.03.2012, n. 3830. Sulla vicenda (c.d. scalata Antonveneta) v. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., pp. 225 ss.

Anzitutto, in dottrina si è messo in evidenza come tale locuzione segni, per la norma in questione, una «sostanziale scomparsa del tipo (...) a favore di modelli di fattispecie dinamica, a formazione progressiva»<sup>1189</sup>, integrati principalmente da *fonti amministrative* emanate da soggetti pubblici regolatori, quali il C.E.S.R. (*Committee of European Securities Regulators*) o la Consob, che, osservando il mercato, *scoprono* continuamente nuove prassi manipolative<sup>1190</sup>.

La clausola “altri artifici” opererebbe dunque come «un mero recettore»<sup>1191</sup> delle nuove pratiche, che le autorità regolative del mercato stabiliscono essere manipolative, e decidono di bandire<sup>1192</sup>. In questo senso, rileva ad esempio la Comunicazione della Consob n. DME/5078692 del 29.11.2005<sup>1193</sup> che individua “esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette”, in base a quanto indicato *Committee of European Securities Regulators* (CESR).

Tuttavia, i significati di “lecito” e di “illecito”, come si è più volte riferito, non coincidono con quelli di “abusivo” e di “non abusivo”, e men che meno con quelli di “artificioso” o di “non artificioso”.

L’interprete può trovarsi, infatti, di fronte a più situazioni, così riassumibili.

In primo luogo, può esserci una condotta manipolativa, che si compone di atti leciti, ricondotta dalla normativa amministrativa all’art. 187 *ter* T.U.F., e dunque caratterizzata da illiceità extra-penale, punto di partenza per la verifica di un *abuso penalmente rilevante*, e dunque di un *illecito penale*.

In secondo luogo, può esserci una condotta manipolativa, che si compone di atti leciti, non (o non ancora) ricondotta dalla normativa amministrativa all’art. 187 *ter* T.U.F., e dunque caratterizzata solo apparentemente da liceità extra-penale, ma in realtà assoggettabile a un giudizio di *abusività extra-penale*, che potrebbe dar luogo a un *abuso penalmente rilevante*

---

<sup>1189</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 319, che svolge un parallelismo tra l’espressione in questione e quella di “mestieri analoghi” presente nell’art. 121 r.d. 18.06.1931 n. 773 affrontata, con attenzione al divieto di analogia rivolto al legislatore, da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 182. Osserva F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 191: «Il concetto di condotta manipolativa subisce, in seno alla norma penale, solo una tipizzazione iniziale, per poi ricevere dal confronto con quella amministrativa e dall’elaborazione delle autorità tecniche di settore una tipizzazione definitiva, basata su un modello tipico, casistico».

<sup>1190</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 320, F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 187 ss.

<sup>1191</sup> C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 321.

<sup>1192</sup> V. anche E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 224 osserva che tale fenomeno di integrazione, che sembra ammissibile sul piano dell’illecito amministrativo, non può valere in automatico anche nel diritto penale, essendo precluso a fonti sub-legislative di individuare gli elementi del tipo punibile.

<sup>1193</sup> Documento disponibile in [www.consob.it](http://www.consob.it).



laddove si accetti che esso possa derivare da una contrarietà a norme di principio evocanti correttezza, diligenza, e dunque a un *illicito penale*.

Nessuna delle due situazioni è tuttavia significativa di per sé della fraudolenza che si accompagna alla condotta, che resta un carattere ulteriore all'abusività. Come in precedenza ricordato, l'uso distorto di un potere non postula necessariamente la presenza di un inganno.

Il problema risiede quindi nel riconoscimento o meno del carattere "artificioso" a una vicenda che, di per sé, senz'altro sul piano descrittivo può dirsi "abusiva", perché dell'abuso presenta tutti i caratteri e i modi di accertamento (in particolare la rivalutazione *ex post*, alla luce di una più approfondita rivalutazione, *re melius perpensa*).

L'art. 185 T.U.F., infatti, pone l'interprete non davanti a un'ipotesi di abuso innominato, ma piuttosto di "artificio innominato"<sup>1194</sup>.

La soluzione della questione dipende quindi dall'ampiezza dell'interpretazione del termine "artificio" che si vuole accogliere.

In dottrina, aderendo all'idea che l'artificio penalistico richieda necessariamente un camuffamento della realtà<sup>1195</sup>, si è osservato che le operazioni illecite, in quanto "manipolative", individuate da fonti sub-legislative, non sono di per sé espressione di un contenuto artificioso<sup>1196</sup>. Anche la violazione di norme extra-penali (ad esempio mantenere il silenzio su assetti parasociali che devono essere svelati), di per sé, non postula che l'agente tenga una condotta artificiosa. Si rileva così che, ove ci si basi sulla semplice idoneità della condotta ad influire sui prezzi, anche il silenzio può risultare una manipolazione, ma il concetto stesso di artificio sembra svuotarsi di contenuto<sup>1197</sup>. Ciò varrebbe, più in generale, anche per riconducibilità al concetto di "artifici" delle operazioni che siano state effettivamente compiute (c.d. *trade based manipulation*), cioè l'effettuazione di scambi reali nel mercato connotati in senso speculativo<sup>1198</sup>, ma reali, e dunque non artificiose<sup>1199</sup>.

Di contro, si osserva che l'artificio, in ambito finanziario, potrebbe assumere un significato più ampio di quello che lo stesso termine assume nell'ambito del reato di truffa (art. 640 c.p.) e delle relazioni patrimoniali tra privati, essendo diversi gli interessi in gioco

---

<sup>1194</sup> L'espressione "artificio innominato" è di F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 193.

<sup>1195</sup> In questo senso D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, op. cit., pp. 758 ss.

<sup>1196</sup> E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op. cit., p. 224.

<sup>1197</sup> R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 439.

<sup>1198</sup> F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, op. cit., p. 32.

<sup>1199</sup> *Ibidem*.

(interessi sovra-individuali) e vigendo, in capo agli operatori finanziari, precise regole di condotta, riassunte dal generale obbligo previsto dall'art. 21 T.U.F. che impone di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza<sup>1200</sup>. Aderendo a questa lettura ampia e teleologica<sup>1201</sup> del termine "artificio", si è osservato che le condotte manipolative basate sul compimento di operazioni economiche *effettive* non dovrebbero comunque essere considerate lecite perché «composte da operazioni prive di frode», in quanto comunque *disfunzionali al mercato*, e sul presupposto che «considerate nel quadro della complessiva manovra, determinano una rappresentazione alterata del valore di un singolo titolo o della situazione dell'intero mercato»<sup>1202</sup>.

A nostro avviso, è possibile riferire la condotta di "altri artifici" non al compimento di *singoli atti* artificiosi, ma ad un'*attività* complessivamente artificiosa, che può essere data anche da una macchinazione che comprende atti isolatamente leciti. Tuttavia, il punto di discriminare, posto che la norma non richiede di accertare un *abuso* delle operazioni sul mercato, ma un *artificio*, è che l'attività sia in grado di realizzare una situazione di falsità, di inganno, e non si risolva solo nella violazione di un dovere o in un comportamento scorretto. In altre parole: la fraudolenza non dovrebbe essere ritenuta *in re ipsa* nella scorrettezza, ma dovrebbe essere oggetto di effettivo e autonomo accertamento nella valutazione della condotta.

#### 4.3.3. Considerazioni finali.

Tanto chiarito, siano consentite due riflessioni finali.

La prima. Come si è anticipato, la ricostruzione riferita, che ritiene che gli altri artifici possano aversi anche in presenza di *atti leciti*, è da taluni definita "soggettivistica", poiché l'illiceità, che colpisce gli atti di per sé leciti, deriverebbe dal perseguimento dello *scopo* di alterazione dei prezzi<sup>1203</sup>.

In questa prospettiva, la contrarietà alle regole di comportamento sta a segnalare la "marcata anti-precettività" del comportamento dell'agente, che non solo si contrappone scientemente alle regole che presidiano il mercato, ma strumentalizza consapevolmente

---

<sup>1200</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 199 ss.

<sup>1201</sup> L'interpretazione estensiva suggerita tiene conto del fatto che le condotte lecite, ma tutto considerato artificiose, comporterebbero costi che «non sono sostenuti solo dalla controparte contrattuale del manipolatore ma hanno una dimensione sociale». Così F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 70.

<sup>1202</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 69.

<sup>1203</sup> V. *supra*.

quest'ultimo ai fini privati<sup>1204</sup>, tanto che la consistenza oggettiva della condotta è «il piano d'appoggio» dell' «intenzionalità antagonistica» dell'autore<sup>1205</sup>. Un recupero di oggettività del reato in questione è tuttavia possibile valorizzando maggiormente il dato per cui, le condotte descritte dovranno comunque essere caratterizzate dalla c.d. *price sensitivity*, cioè l'idoneità a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari. Tale elemento induce a ritenere il reato una fattispecie di pericolo concreto<sup>1206</sup>, o di pericolo tendenzialmente concreto<sup>1207</sup>, nel quale viene in gioco la concreta idoneità della condotta a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari<sup>1208</sup>. Ci sembra che tale dato possa essere sottolineato richiamando l'attenzione, oltre che sullo *scopo dell'agente* (stante anche l'assenza dell'elemento del dolo specifico<sup>1209</sup>), sulla *funzione dell'insieme di atti* messi in campo dallo stesso, che devono tendere alla creazione di una situazione ingannevole o apparente. In ciò troviamo conferma della nostra convinzione che l'abuso non sia solo questione di disvalore soggettivo dell'*animus* dell'autore: come più volte ripetuto, se tale aspetto, nel diritto penale, va senz'altro accertato al di fuori da ogni presunzione, esso non può, comunque, essere autosufficiente<sup>1210</sup>.

Infine, nell'illecito dell'art. 185 T.U.F. è evidente la funzione della norma penale a presidio della normativa extra-penale, la quale, nel settore finanziario, si caratterizza particolarmente per l'apertura alle c.d. *prassi dei mercati*. Tanto, per logica transitiva, porta a correlare l'*abuso* alle *prassi*, che rimandano a un modello di costruzione di regole di natura consuetudinaria<sup>1211</sup>.

Abbiamo già ricordato come le *pratiche* manipolative siano state catalogate, ai fini amministrativi, con un'esemplificazione presa da punto di partenza anche per l'accertamento dell'illecito penale, dalla Comunicazione Consob del 2005, recependo atti di guida del CESR. In questo caso, a ben vedere, l'Autorità amministrativa individua *in*

<sup>1204</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 286 ss.

<sup>1205</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 292.

<sup>1206</sup> Così F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., p. 94, per cui «il giudice dovrà compiere un giudizio di prognosi postuma, prendendo in considerazione tutti i fattori esistenti al momento del fatto capaci di comunicare l'attitudine della condotta a porre in pericolo il bene tutelato»; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 433. V. anche A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 148, che solleva dubbi sulla determinatezza del riferimento alla «sensibile alterazione» dei prezzi.

<sup>1207</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., pp. 269 ss.

<sup>1208</sup> F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, op. cit., pp. 94 ss.; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 315.

<sup>1209</sup> D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, op. cit., pp. 751 ss.

<sup>1210</sup> Onde evitare l'«annientamento del disvalore del fatto» e il «ritorno a un diritto penale del *Tätertyp* in versione moderna». Così D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, op. cit., pp. 762 e 764.

<sup>1211</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 17.

*positivo* i comportamenti abusivi, in modo induttivo, partendo dall'osservazione del mercato.

A essa, tuttavia, è riservato anche un compito di integrazione della *giustificazione*<sup>1212</sup> degli abusi, sempre partendo dalle prassi. Così, nel senso di esclusione dell'illiceità, rilevano le c.d. pratiche di mercato ammesse, prese in considerazione, in passato, dall'art. 1 par. 5 della direttiva 2003/6/CE, recepite nell'art. 180 lett. c TUF, ed ora trattate dall'art. 13 del Regolamento UE n. 596/2014.

L'art. 180 T.U.F. definisce tale concetto come «prassi di cui è ragionevole attendersi l'esistenza in uno o più mercati finanziari e ammesse o individuate dalla Consob».

Esse rilevano, ai sensi dell'art. 187 c. 4 T.U.F., in modo tale da non consentire di assoggettare a sanzione amministrativa (e dunque, *a fortiori*, alla sanzione penale) chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.

In realtà, non è pacifica la natura scriminante delle prassi in questione, tanto che in dottrina si è evidenziato che il problema della loro rilevanza giustificante andrebbe risolto sciogliendo a monte il nodo sulla rilevanza scriminante, ai fini dell'art. 51 c.p., della consuetudine, e ritenendo le prassi capaci di escludere l'antigiuridicità del fatto ove si ritenga fonte di "un diritto" anche quest'ultima<sup>1213</sup>. Ci sembra tuttavia che, in presenza di una norma europea che sancisca la non sanzionabilità delle situazioni citate, recepita peraltro dalla norma nazionale dell'art. 187 c. 4 T.U.F., siano tali *fonti legali* a fondare la liceità dei comportamenti tenuti in conformità delle prassi, e che non si ponga, quindi, un problema di diretta scriminabilità da parte delle fonti consuetudinarie.

Ad ogni modo, il quadro risultante è quello di un comportamento di abuso penalmente rilevante desumibile (in positivo e in negativo) dalla lettura coordinata di *principi, decisioni amministrative e precedenti giurisprudenziali*, che, in modo coerente con lo spirito dei tempi dei sistemi giuridici *a rete*<sup>1214</sup>, somministrano tipicità all'illecito manipolativo<sup>1215</sup>, ma al contempo lasciano sullo sfondo la *norma penale*.

---

<sup>1212</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 19.

<sup>1213</sup> A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, op. cit., p. 98.

<sup>1214</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, op. cit., p. 17.

<sup>1215</sup> C. PIERGALLINI, "Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, op. cit., p.1310 parla a proposito di una «tipicità somministrata», che «sovrverte il tradizionale metodo di incriminazione seguito dal "buon legiferatore" penale». V. anche C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, op. cit., p. 331.



## RINGRAZIAMENTI

A conclusione del lavoro, desidero ringraziare tutti coloro senza i quali non sarei riuscita nel mio compito.

Il principale ringraziamento va al Prof. Carlo Sotis, a cui sono grata del contributo scientifico, dei lunghi confronti, delle indicazioni di lettura, delle correzioni, dell'invito a guardare ai problemi con spirito critico e senza paura di prendere posizione. Lo ringrazio, inoltre, per avermi sempre seguito con la massima attenzione nel mio percorso di dottorato, nonostante la distanza geografica.

Ringrazio quindi il Prof. Carlo Piergallini, Coordinatore del *curriculum* di Diritto Penale, a cui sarò per sempre debitrice dell'individuazione del tema di ricerca, dell'invito allo studio dei "classici" del diritto (non solo penale), oltre che dell'esempio di inavvicinabile chiarezza espositiva.

Posso davvero dirmi onorata di aver avuto, in questi anni, la possibilità di collaborare con entrambi.

Un ringraziamento particolare va al Prof. Carlo Enrico Paliero, per l'ospitalità nel periodo milanese all'esordio dei miei studi dottorali, per i suggerimenti su oggetto e struttura della Tesi e l'attenzione mostrata nei confronti del mio lavoro in occasione dei nostri incontri.

Ringrazio, inoltre, il Prof. Massimo Meccarelli, per l'aiuto nella contestualizzazione del problema dell'abuso nei suoi rapporti con la discrezionalità giudiziaria, oltre che per la gentilezza sempre mostrata nei miei confronti.

Devo poi ringraziare tutti coloro che, in differenti momenti e occasioni, mi hanno aiutato ad affrontare i problemi che lo studio dell'abuso del diritto nel diritto penale mi ha posto dinnanzi. Tra questi, in particolare, il Pres. Francesco Caringella, per i confronti e i consigli ricevuti in tema di abuso del diritto extra-penale e di potere amministrativo, e il Dott. Giuseppe Battarino, per l'aiuto impagabile nell'inquadramento delle condotte abusive dei nuovi eco-reati.

Infine, un ringraziamento va ai miei genitori Marcello e Luisa, a mio marito Alfredo e al piccolo Emanuele, per aver reso anche i giorni «di studio matto e disperatissimo» giorni felici.



## BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- A.A.V.V., *La famiglia* in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000.
- A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011
- A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000
- ADDIS F., *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario* in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- ADINOLFI A., *La nozione di «abuso del diritto» nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2012
- ALAGNA R., *Note sull'abuso del diritto come minaccia estorsiva*, in MANTOVANI M., CURI F., TODINI CAGLI S., TORRE V., CAIANELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016
- ALESIANI L., *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006
- ALESSANDRI A., *L'elusione fiscale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 1990
- AMADIO G., MACARIO F., *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014
- AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012
- ID., *L'irrelevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, in MANTOVANI M., CURI F., TODINI CAGLI S., TORRE V., CAIANELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016
- AMATUCCI A., *La funzione anti-abuso dell'interpretazione del diritto tributario* in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- AMENDOLA G., *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in *Questione Giustizia*, 14 novembre 2016
- AMODIO E., *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cassazione Penale*, 5, 2012
- ANGELINI M., *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Indice Penale*, 1, 2001
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1963
- ID., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008
- ARCANGELI L., *La prima pronuncia della Corte di Cassazione in tema di abuso di diritto e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 4, 2013
- ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2006
- ATIENZA M., MANERO J.R. (trad. a cura di TARUFFO M.), *illeciti atipici*, Bologna, 2004
- AZZALI G., *L'eccesso colposo*, Milano, 1965
- ID., *Aggiotaggio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958



- BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004
- BARCELLONA M. *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2012
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001
- BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY G., *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012
- BARTOLI R., *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2012
- ID., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2015
- ID., *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 4, 2010+
- BASILAVECCHIA M., *Presupposti ed effetti della sanzionabilità dell'elusione* in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- BATTARINO G., *"Detto in modo chiaro": l'inquinamento esiste*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2016.
- BECCARIA C. (a cura di F. VENTURI), *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1991.
- BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.
- ID., *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Diritto Penale e Processo*, 4, 2001
- BENUSSI C., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2001
- BERRUTI G.M., *La legittimità della c.d. «via spagnola» nel conseguimento dell'abilitazione all'esercizio della professione forense all'interno degli stati membri*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2, 2011
- BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in A.A.V.V., *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957
- BETTIOL G., *Diritto Penale*, Padova, 1966
- BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1989
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001
- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006
- BIN R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992
- BACCAREDDA BOY G., LALOMIA S., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2010

- BERGHELLA R., FBLAIOTTA F., *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cassazione Penale*, 9, 1995
- BLUMSTEIN E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, 1954
- BOBBIO N., *L'analogia e il diritto penale*, in *Rivista penale*, 5, 1938
- BONSIGNORI R., RAINELLI P., *Abuso del diritto nel concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3, 2014
- BOSCARELLI M., *Legittima difesa (diritto penale)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990
- BRICOLA F., *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966
- ID., *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960
- ID., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in A.A.V.V., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967
- ID., *Teoria generale del reato*, in A.A.V.V., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973
- BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016
- BURATTI A., *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico*, in *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2005
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, II*, Torino, 2008
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte speciale, III*, Torino, 2009
- CAFARO S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2-3, 2003
- CALDARONI A., *Abuso dei mezzi di correzione: causa di giustificazione o mero arbitrio*, Roma, 2009
- CANTILLO M., *Profili del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevabilità d'ufficio. Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna tributaria*, 2, 2009
- CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 07 gennaio 2014
- CARACCIOLI I., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965
- CARCATERRA G., *Analogia I) Teoria generale*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988
- CARINCI A., DEOTTO D., *D.lgs. 5 agosto 2015, n.128, Abuso del diritto ed effettiva utilità della novella: much ado about nothing?*, in *Fisco*, 32-33, 2015
- CARINGELLA F., *Lezioni e sentenze di diritto civile 2011*, Roma, 2010

- ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016
- CARINGELLA F., BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013
- CARINGELLA F., DE MARZO F., *Manuale di diritto civile*, Milano, 2008
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010
- CASSANO G., SGROI M., *La diffamazione civile e penale*, Milano, 2011
- CASSESE S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004
- CATALANO E.M., *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, All. 1.
- CATENACCI M., *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1971
- CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e di libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016
- CAVALLINI S., *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015
- CAVALLINI S., TROYER L., *Elusione, progressione criminosa e specialità: due passi avanti e uno 'a lato' su tre topoi in materia penaltributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 gennaio 2014
- CAVALLO V., *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939
- CAZZETTA G., *Codice e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011
- ID., *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012
- CELANO B., *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, Illeciti atipici*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2006
- CENTORE P., *L'abuso di diritto nella giurisprudenza comunitaria*, in *Corriere tributario*, 14, 2012
- CERQUA L.D., *Reati di aggioaggio*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2008
- CIANI L., *Analogia II) Teoria generale*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- COLAIANNI N., *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica*, 05 maggio 2008
- COLAVITTI G., *Accesso alla professione forense e libertà di concorrenza: gli abogados italiani tra abuso del diritto europeo e libertà di stabilimento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 12, 2013
- COMANDUCCI P., *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012
- CONCA B., *L'abuso del diritto nel diritto civile*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 20, 201
- CONSOLO G., *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 39, 2015
- CONSULICH F., *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010

- ID., *La scriminante sfigurata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1, 2014
- CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2002
- CONTIERI E., *Abuso innominato di ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- CORASANITI G., *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Obbligazioni e contratti*, 5, 2012
- CORRADO OLIVA C., *L'abuso del diritto tra onere di allegazione e onere della prova in A.A.V.V., L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- CORSO P., *Abuso del diritto in materia penale: verso il tramonto del principio di legalità?*, in *Corriere tributario*, 36, 2011
- CORSO P.M., *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in *Indice Penale*, 1982
- ID., *Quale difesa dall'abuso nella difesa?* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2013
- COSTA P., *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C.(a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 1, 2010
- D'ARCANGELO F., *Le condizioni per la rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Le Società*, 12, 2013
- D'AVIRRO A., *L'elusione entra "a torto" nell'illecito penale tributario*, in *Il corriere giuridico*, 4, 2012
- DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011
- ID. (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002
- F. DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico*, Milano, 1984
- DE GIORGI M.V., *L'abuso del diritto nelle relazioni familiari*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016
- DE LEO G.E., *La revoca dell'amministratore tra abuso del diritto e "efficacia reale"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2014
- DELITALA G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, in ID., *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976.
- DELL'OSSO A., *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 1, 2014
- DI AMATO A., *Gli abusi di mercato*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, IX, Padova, 2007
- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale* in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014
- DI SIENA M., *La criminalizzazione dell'elusione fiscale e la dissolvenza della*

- fattispecie criminosa* in *Rivista di Diritto tributario*, 2, 2013
- DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Milano, 2011
- DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- DONELLI F., *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 01 gennaio 2015
- DONATO F., *L'abuso del diritto. Relazione di sintesi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 20, 2014
- DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2009
- ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016
- ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI M., PAVARINI M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011
- DURANTE V., *Il "caso Allievi": la diffamazione tra libertà di ricerca scientifica e libertà di critica politica*", in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 12, 2007
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Londra, 1977
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008
- FALSITTA V.E., *Diritto penale tributario, Aspetti problematici*, Milano, 2001
- FANTOZZI A., *Diritto tributario*, Torino, 2003
- FARCI E., *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico* in FINOCCHIARO G., DELFINI F., *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014
- FERNANDES CAMPILONGO C. (trad. a cura di FEBBRAIO A.), *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico*, in *Sociologia*, 1, 2014
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001
- ID., *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2010
- FERRANTE U., *Professione di giornalista e condanna per delitto commesso con abuso della professione o con violazione dei doveri ad essa inerenti*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1974
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- ID., *Il negozio giuridico*, Padova, 2004
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di) *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009
- ID., *Diritto penale. Parte Speciale, II, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2008

- ID., *Diritto penale. Parte speciale, Appendice: La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1991
- FIMIANI P., *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 08 febbraio 2017
- FINOCCHIARO V.S., *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 09 ottobre 2015
- FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966
- ID., *i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008
- ID., *I reati di opinione*, Padova, 1973
- ID., *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Il Foro Penale*, 1, 1963
- FLECHTER G.P., *Eccesso di difesa*, Milano, 1995
- FLICK G.M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?* in *Giurisprudenza commerciale*, 4, 2011
- ID., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul un tema europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 settembre 2014
- FLOR R., *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.?* in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2012
- FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante «altri artifici»: «disvalore del fatto» e «disvalore del contesto»*, in *Rivista Trimestrale del Diritto Penale dell'Economia*, 3, 2003
- FORNASARI G., *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Diritto Penale e Processo*, 7, 2008
- FRANSONI G., *La diversa disciplina procedimentale dell'elusione e dell'abuso del diritto: la Cassazione vede il problema ma non trova la soluzione*, in *Rivista di diritto tributario*, 1, 2014
- FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012
- FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016
- FRONZA E., A. GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2013
- FURLAN G., VASINI Y., *L'abuso del diritto da parte del lavoratore in Il lavoro nella giurisprudenza*, 6, 2012
- GALGANO F., *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1978
- ID., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2011
- GALLO M., *Colpa penale (dir. vig.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960
- F. GALLO F., *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rassegna tributaria*, 2, 2001
- GAMBARDELLA M., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2004
- GAMBARO A., *Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988
- GAROFOLI R.R., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Roma, 2012
- GATTA G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta*

- penalmente rilevante*, Roma, 2013
- ID., *Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico. A proposito dei problematici rapporti tra concussione e 'induzione indebita'*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 dicembre 2013
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013
- GENTILI A., *Abuso del diritto e argomentazione giuridica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2010
- ID., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3, 2012
- GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003
- GHIRGA M.F., *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 2, 2016
- GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2013
- ID., *La sentenza della Corte di Appello di Milano nel procedimento Dolce e Gabbana: confermate le condanne per omessa dichiarazione* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 luglio 2014
- GIANARIA F., MITTONE A., *L'avvocato necessario*, Torino, 2007
- GIANFORMAGGIO V.L., *Analogia*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline privatistiche*, 1988
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988
- ID., *L'analoga giuridica in Jus*, 1, 1942
- GIORDANO L., NOCERA A., *I reati finanziari*, in A.A.V.V., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2017
- GIORGIANNI M., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963
- GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 3, 2014
- GIULIANI F. M., *"Quer pasticciaccio" su elusione, abuso ed evasione simulatoria nella giurisprudenza penale tributaria*, in *Rassegna avvocatura dello stato*, 3, 2013
- GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000
- GRANATA L., *I lineamenti giuridici dell'abuso di ufficio e la inefficacia dell'attuale formula legislativa*, in *Giustizia Penale*, 1955
- GREVI V., *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel penale italiano*, Milano, 1971
- GRIECO A., *Abuso innominato d'ufficio*, in *Giustizia Penale*, 1950
- GRILLO S., *Efficacia scriminante del diritto di difesa nella condotta calunniosa*, in *Diritto Penale e Processo*, 10, 1998
- GRISPIGNI F., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma, 1953
- GROSSI P., *Ancora sull'assolutismo giuridico* in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988
- ID., *Società, diritto, stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006
- GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961

- ID., *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000
- ID., *Pubblico ufficiale che partecipa a una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti d'ufficio, abuso innominato o fatto penalmente rilevante?* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966
- GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010
- GROSSO G., *Abuso del diritto, a) diritto romano*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- GUALAZZINI U., *Abuso del diritto, b) diritto intermedio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- GUASTINI R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001
- ID., *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Nexus*, 2010
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo*, Napoli, 2007
- HOHFELD W.N., *Concetti giuridici fondamentali (1913)* in LOSANO M.G. (a cura di), *W. N. Hohfeld, Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969
- INFANTE E., *L'abuso d'ufficio*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, II, I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008
- IMPERATO L., *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in FORTUNA F.S., *Reati contro la famiglia e i minori*, Milano, 2006
- INFANTINI F., *Abuso innominato d'ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, Torino, 1988
- INSOLERA G., *L'avvocato penalista tra deontologia e rischio penale*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi, II*, Torino, 2011
- INSOLERA G., L. ZILLETTI L. (a cura di), *Il rischio penale del difensore*, Milano, 2009
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2014
- JHERING R., *Der geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, II*, Leipzig, 1869
- KOSTORIS S., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli, 1965
- LA ROCCA S., *Abuso del diritto dalle origini storiche (nel diritto civile) alla evoluzione più attuale, come strumento di lotta ai fenomeni distorsivi (nel diritto tributario)*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 18, 2011
- LANZI A., *L'esercizio del diritto di difesa tecnica come scriminante del reato di favoreggiamento*, in *Difesa penale*, 1983
- ID., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983
- LAURINO A., *Estorsione, ragion fattasi ed intensità della violenza nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Cassazione Penale*, 9, 2012
- LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970
- LEVI N., *I diritti contro la pubblica Amministrazione*, Milano, 1935



- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912
- LIBERTINI M., *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impresa*, 2013
- LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2014
- LOMBARDI F., *Alle Sezioni unite il rapporto tra accesso abusivo a sistema informatico e sviamento di potere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4, 2017.
- LOMBARDO M., *Il «nuovo» abuso d'ufficio e l'eccesso di potere*, in *Rivista Amministrativa*, 2004
- LUPI R., *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997
- MAIO C., *Dell'abuso innominato di ufficio e dell'interesse privato in atti di ufficio*, Napoli, 1966
- MALIZIA S., *Eccesso colposo*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965
- MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale: l'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.
- ID., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Il Foro Italiano*, 6, 1998
- ID., *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, 2016,
- MANNA A., *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte Costituzionale?* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1996
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2015
- ID., *Diritto Penale. Parte Speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009
- ID., *Esercizio del diritto (dir.pen.)* in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1966
- MANTOVANI M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003
- ID., *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica al diritto*, 4, 1994
- MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANELLO M., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016
- MANZINI V. (a cura di G. D. PISAPIA, P. NUOVOLONE) *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982
- MANZONI E., *L'«abuso del diritto» in ambito fiscale*, in A.A.V.V., *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012
- MARCHESELLI A., *Elusione, buona fede e principi del diritto tributario*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2009
- MARINUCCI G., *Cause di giustificazione*, Torino, 1988
- ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983
- ID., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2011
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001

- ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*,
- ID., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2010
- MARONGIU G., *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corriere tributario*, 44, 2009
- MARTINI A., *Reati in materia di finanze e tributi*, in GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010
- MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Napoli, 2005
- MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 dicembre 2015
- G. MATTARELLA G., *Potere amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- MECCARELLI M., *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2011
- MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014
- MEDIOLI DEVOTO S., *L'esercizio di un diritto. Critica e rivalutazione dell'art. 51 c.p.*, in *L'Indice Penale*, 2, 2010
- MELILLO C., *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa* in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2010
- MENARDO N., *Sui limiti del diritto di critica politica a mezzo stampa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4, 2013
- MEREU A., *Comunicazioni dell'amministratore e profili penali*, in *Immobili e proprietà*, 5, 2006
- MERLI A., *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso di ufficio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 novembre 2012
- MERUZZI G., *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, in VISINTINI G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016
- MEZZETTI L., *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Milano, 2012
- MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto Privato*, 3, 1997
- ID., *Diritto soggettivo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1990
- MONTANARI M., *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 07 gennaio 2014
- MONTELEONE P., *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3, 2010
- MORGANTE G., *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002
- ID., *Note critiche in tema di illiceità espressa ed illiceità speciale*, in DE FRANCESCO G. A. (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002
- MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia cost.)* in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, 2008
- MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in

- MAISTO G. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009
- ID., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 09 settembre 2015
- ID., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 settembre 2015
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958
- NIVARRA L. (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008
- NOTARO D., *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015
- NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento* in A.A.V.V., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, 2010
- PADOVANI T., *Diritto Penale*, Milano, 2006
- ID., *Diritto Penale*, Milano, 2012
- ID., *Leggi penali complementari*, Milano, 2007
- ID., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I del libro II c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982
- ID., *Circostanze del reato*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988
- ID., *Difesa legittima*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1989
- PAGLIARO A., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e processo*, 1, 1999
- ID., *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968
- ID., *Principi di parte speciale, II, Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Milano, 2000
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2006
- ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999
- ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione, e conoscibilità della regula iuris* in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- PALIERO C.E. (a cura di PERINI C., CONSULICH F.), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, Milano, 2006
- ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale* in DONINI M., PAVARINI M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011
- PANDIMIGLIO M., *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e di Lisbona*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2011
- PARISI S., *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni*

- Costituzionali*, 4, 2013
- PARODI GIUSINO M., *Abuso innominato d'ufficio*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987
- ID., *Abuso innominato d'ufficio. Appendice*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1994 (in *Leggi d'Italia* 2015)
- ID., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 4, 2009
- PECORELLA C., *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006
- ID., *Art. 615 ter c.p.*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Milano, 2006
- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955
- ID., *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999
- ID., *Turbativa di mercati*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999
- PELLISSERO M., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4
- PERINI A., *Reati tributari* in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, VII agg., Torino, 2013
- ID., *Reati tributari* in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, IX agg., Torino, 2016
- PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2003
- PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999
- PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993
- PIERGALLINI C., "Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2012
- PINO G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 1, 2005
- ID., *Diritti soggettivi*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013
- PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013
- PIOSELLI G., *Abuso dei mezzi di correzione*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958.
- PISA P., *Abuso di ufficio*, in A.A.V.V., *Enciclopedia Giuridica*, agg. 1995
- PISANI M., *Le conseguenze penali tributarie dell'abuso del diritto ai fini IVA*, in *Corriere Tributario*, 2008
- PISAPIA G.D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953
- ID., *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in A.A.V.V., *Novissimo Digesto Italiano*, 1957
- PISAPIA G., *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987
- PITTARO P., *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in A.A.V.V., *Studi in*

- ricordo di Giandomenico Pisapia*, Torino, 2000.
- PIZZUTI S., *Abuso innominato d'ufficio*, Firenze, 1982
- PLANIOL M.F., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1899
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2013
- PRETE F., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 settembre 2013
- PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net
- PUCHTA F.G., *Pandekten*, Leipzig, 1838
- PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2009
- ID., *Diritto penale. Parte speciale, I*, Torino, 2011
- ID., *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984
- ID., *Calunnia e autocalunnia*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988
- ID., *Esercizio del diritto*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990
- ID., *Giudici tarantini e Corte Costituzionale davanti alla prima Legge ILVA*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2013
- ID., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967
- ID., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- ID., *Riforma dei reati d'opinione*, in *Corriere Giuridico*, 2006
- ID., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 marzo 2015
- ID., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- QUATTROCCHIO L.M., *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società*, 20, 2014
- RAMACCI F., *Atipicità del fatto e esercizio del diritto negli interventi correttivi o disciplinari*, in *La Giustizia Penale*, 1969
- REGOLI D., *Mercati finanziari in diritto comparato*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Commerciale*, Torino, 1993
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965 (A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al Convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012* in uckmar.net)
- ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- RIVA N., *La libertà di mentire e il diritto alla verità*, in *Sociologia*, 1, 2014
- RIZ R., *L'abuso d'ufficio nella pianificazione urbanistica*, in A.A.V.V., *Studi in ricordo di*

- Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 2004
- ID., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2006
- ID., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 1990
- ROMANO S., *Abuso del diritto (diritto attuale)* in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958
- RONCO M., *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2004
- ROMEO G., *Le Sezioni Unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2012
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923
- ID., *L'abuso del diritto. Aemulatio (1923)*, Padova, 1979
- ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione* (a cura di S. Moccia), Napoli, 1996
- ID. (a cura di MOCCIA S.), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2009
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016
- ID., *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 gennaio 2015
- ID., *I nuovi ecoreati*, Torino, 2015
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2002
- SACCO R., *Affidamento*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, 1958
- ID., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in A.A.V.V., *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001,
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004
- SALVI C., *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014
- SANTOLOCI M., VATTANI V., *Il termine "abusivamente" nel nuovo delitto di "disastro ambientale": violazione di un principio generale o di un'autorizzazione amministrativa specifica?* in *Diritto all'Ambiente*, 01 giugno 2015
- SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003
- ID., *Abuso del diritto (profili penali)*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2016
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002
- SCHIAFFO F., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994
- SAVIGNY F.C., *System des heutigen Romischen Rechts*, (Riproduzione dell'edizione Berlin Deit, 1840-1856), Aalen, 1981
- V. SCIALOJA V., *Aemulatio*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, 1892
- ID., *Studi giuridici, Diritto Privato*, Roma, 1932
- SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 novembre 2014
- SEMINARA S., *Il delitto di abuso di ufficio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura*

*Penale*, 1992

- ID., *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 3, 2008
- SEMERARO P., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009
- SGUBBI F., *Abusi di mercato*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Milano, 2008
- ID., «*Tutela penale di «interessi diffusi»*», in *Questione Criminale*, 1975
- SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, Padova, 2013
- C. SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014
- SILIBERTI A., *Il criterio distintivo tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Cassazione Penale*, 7-8, 2016
- SIRACUSANO P., *Eccesso colposo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990
- SOANA G.L., *I reati tributari*, Milano, 2013
- SOMMA E., *Negazionismo e genocidio armeno*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2015
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Milano, 2007
- ID., *Il limite come controlimite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.10.2016
- ID., *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 aprile 2017.
- SPADARO A., *I diritti e la ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002
- SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980
- SPANGARO A., *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014
- SPENA A., *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008
- ID., *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011
- ID., *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016
- ID., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 2007
- STILE A.M., CUPELLI C., *Abuso d'ufficio* in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- STOLZI I., *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in *Judicium*, 14 ottobre 2012
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976
- ID., *La nuova disciplina dei delitti dei p.u. contro la p.a.: profili generali e spunti problematici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1990
- TAMAGNONE M., *L'abuso del diritto nel diritto di famiglia: uso ed abuso degli*

- strumenti di tutela patrimoniale dei minori e degli incapaci, in Il nuovo diritto delle società, 20, 2014*
- TARANTINO D., *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1, 2012*
- ID., *La strumentalizzazione del diritto di cronaca per finalità contra ius: estorsione?, in Diritto Penale Contemporaneo, 13 febbraio 2012*
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards, in BESSONE M., GUASTINI R. (a cura di), La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico, Padova, 1995*
- ID., *La motivazione delle decisioni fondate su standards, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), L'analisi del ragionamento giuridico, vol. II, Torino, 1989,*
- TEDESCHI M., *L'abuso del diritto. Studio, Torino, 1908*
- TESAURO A., *La diffamazione come reato debole e incerto, Torino, 2005*
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario, Torino, 2006*
- TONINI P., *Diritto Processuale Penale. Manuale Breve, Milano, 2012*
- TRAVERSO M.C., *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti, Padova, 2001*
- TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti, Padova, 2013*
- ID., *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario, Padova, 2012*
- ID. *Artt. 180-187 quaterdecies T.U.F., in PADOVANI T. (a cura di), Leggi complementari, Milano, 2007*
- ID., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato, in Diritto Penale Contemporaneo, 09 marzo 2014*
- TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, Napoli, 2015*
- TROYER L., INGRASSIA A., *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 4, 2013.*
- TRUCANO A., *Sull'irrelevanza dello scopo perseguito nell'accesso abusivo a un sistema informatico, in Giurisprudenza Italiana, 8-9, 2012*
- TURCHETTI S., *Diffamazione e diritto di critica: rientra nel dissenso motivato riferire di procedimenti penali, ancorché risalenti e conclusi senza condanne, in Diritto Penale Contemporaneo, 10 luglio 2015*
- VACCA L. (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito, Torino, 2005*
- VALLINI A., *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere, in Criminalia, 2011*
- VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale, in A.A.V.V., Digesto delle discipline penalistiche, Torino, 1987*
- VELLUZZI V. (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia, ambiti disciplinari, Pisa, 2012*
- ID., *Interpretazione e tributi, Modena, 2015*



- ID., *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia giuridica*, in VISINTINI G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016
- ID., *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto*, 4, 2014
- VENEZIANI P., *Elusione fiscale, "estero vestizione" e dichiarazione infedele*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012
- VERDE G., *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)* in *Rivista Di Diritto Processuale*, 4-5, 2015
- VERGINE L., GATTA G.L., *Art. 61 c.p.*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Milano, 2011.
- VERRI A., *Cass. Pen., sez. VI, 23-11-2010, n. 41365 (dep. 23 novembre 2010), Rel. Matera (esercizio arbitrario delle proprie ragioni – estorsione). Un'interessante pronuncia sui criteri di distinzione tra delitto di estorsione e delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2011.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000
- ID., *Art. 51 c.p.*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2011
- ID., *Art. 55 c.p.*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2011
- ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte edu)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 giugno 2014
- ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 08 febbraio 2016
- ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28.11.2016
- VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013
- VILLATI R., SALA G., *Procedimento amministrativo*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1996
- VIETTI M., TASCIA G., *Abuso di diritto e di potere*, Roma, 2012
- VISINTINI G.(a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016
- VIZZARDI M., *Il Tribunale di Milano sul caso Dolce & Gabbana: "esterovestizione" di una società e delitto di "omessa dichiarazione"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 03 aprile 2014.
- ZACHENO L., *Alcune riflessioni in merito alla scriminante del diritto di critica*, in *Il Giudice di Pace*, 3, 2011
- ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Torino, 2008
- ZILLETTI L., *Il favoreggiamento*, in INSOLERA G., ZILLETTI L. (a cura di), *Il rischio penale del difensore*, Milano, 2009
- ZIRULIA S., *"La Tav sabotata": Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a*

- delinquere*”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 febbraio 2016
- ZIZZO G., *Elusione ed evasione tributaria*, in A.A.V.V., *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006
- ZUCCALÀ G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961
- ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell'Economia*, 3-4, 2004