

Marco Zincani

CASI UFFICIALI CIVILE E PENALE

Realmente formulati
in sede di Orale Rafforzato


Neldiritto
Editore

QUESITO n. 1

NOMOS BASILEUS

La Commissione

Tizio, gestore di un albergo, ometteva di versare al Comune competente la tassa di soggiorno riscossa dai clienti nel periodo 2016-2018, un'attività che era annoverata tra quelle pubbliche che caratterizzano l'incaricato di pubblico servizio ex 358 c.p. Nel 2020, a seguito di modifica normativa, si escludeva espressamente la rilevanza pubblicistica della qualifica in tale ambito. Nel 2021, il legislatore forniva un'interpretazione autentica postuma della depenalizzazione, indicandone espressamente l'operatività anche rispetto ai casi verificatisi prima del 2020. Premessi cenni sul delitto di peculato e delineata la portata dell'abolitio criminis rispetto alla norma extrapenale, evidenzi il candidato gli effetti del mutamento normativo sulla posizione di Tizio, tenendo conto delle differenze tra l'intervento legislativo del 2020 e quello del 2021.

Il candidato

1. Riferimenti sul Codice annotato

2 c.p., 314 c.p., in relazione all'art. 358 c.p.

ART. 2 C.P. - Successione di leggi penali

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, **secondo una legge posteriore, non costituisce reato**; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.*

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.

ART. 314 C.P. - Peculato

*Il **pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio**, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi.*

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.

ART. 358 C.P. - Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio

Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

2. Inquadramento teorico del quesito: la successione di leggi extrapenali e il ruolo delle norme non definitorie a retroattività propria (esplicita o implicita)

Il candidato, dopo avere indicato l'astratta configurabilità del delitto di peculato, è chiamato ad esaminare il regime intertemporale, premettendo i criteri di accertamento dell'*abolitio criminis* in caso di modifica di leggi richiamate a vario titolo dal precetto penale. In particolare, si è dubitato che l'intervento del 2020 possa avere inciso sull'incriminazione ex 314 c.p., sia pure indirettamente, attraverso la modifica della norma definitoria ex 358 c.p. La modifica del 2021, invece, pur non essendo realmente un'interpretazione autentica della lettera normativa, ma una vera e propria modifica normativa, ha determinato un'*abolitio criminis* rilevante ex art.2, co.2, c.p.

Poiché il Legislatore, nella costruzione della fattispecie incriminatrice, utilizza elementi che trovano la loro definizione in un altro luogo dell'ordinamento penale o in altri ordinamenti, si pone il problema di stabilire cosa accade quando tali disposizioni subiscono una modifica che si riflette sul contenuto della norma penale (c.d. **modificazione mediata**).

In tale ipotesi, **la sopravvenienza normativa non investe direttamente il precetto penale**, ma **la norma esterna** richiamata dalla disposizione incriminatrice. Occorre, pertanto, stabilire se tale previsione esterna **integri il precetto, o tipizzi un mero requisito di fatto della fattispecie**, poiché solo nella prima ipotesi si porrà un problema di successione di leggi penali nel tempo (**2 c.p.**).

Si tratta di uno dei problemi centrali nello studio della successione di leggi penali nel tempo, con il quale la prassi si confronta di frequente, in un cospicuo ed eterogeneo numero di casi. Le principali ipotesi applicative sono le seguenti.

- 1) **Modifica di norme che riempiono il precetto delle c.d. norme penali in bianco:** Come noto, infatti, le norme penali in bianco sono connotate da un precetto genericamente formulato, da completare mediante l'intervento di altre fonti (quali, ad esempio, i regolamenti o i provvedimenti amministrativi). Non c'è dubbio che, in tal caso, la **norma extrapenale** quantomeno **"integra" il precetto** (vi è, addirittura, un'opinione dottrinale che qualifica le norme penali in bianco come norme "senza precetto") e, pertanto, si pone il successivo problema di capire quale sia il regime giuridico applicabile a tale sopravvenienza (2, II o IV, c.p.). Ci si può, ad esempio, chiedere se siano punibili la produzione, il traffico o la detenzione di sostanze stupefacenti (73 d.P.R. n. 309 del 1990) qualora, dopo la commissione del fatto, un decreto ministeriale escluda dall'elenco delle sostanze stupefacenti la sostanza oggetto di produzione, traffico o detenzione.
- 2) **Modifica di norme definitorie:** Si tratta di previsioni contenenti la definizione di un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. Anche tali disposizioni **"integrano" il precetto**, delimitandone l'ambito di rilevanza penale alle circostanze espressamente contenute nella definizione. Anche qui si pone il problema di capire quale sia il regime giuridico applicabile. Si pensi alla nozione di **minore**, cui fanno

riferimento una moltitudine di reati (ad esempio, la circonvenzione di persone incapaci - 643 c.p.). La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha mutato la definizione legale di “*maggior età*”: l'**art. 2 c.c.** adesso la fissa al compimento del diciottesimo anno di età (e non più del ventunesimo). Ci si potrebbe, dunque, chiedere se siano punibili i reati a danno di un minore, qualora, in conseguenza della novella, la vittima cessi di essere tale, perché al momento del fatto, commesso prima della riforma, aveva un'età compresa tra i diciotto e i ventuno anni.

- 3) **Modifica di norme penali richiamate da elementi normativi:** è l'ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice richiama un altro reato tra i suoi presupposti o elementi costitutivi. Qui, in primo luogo, si pone il problema di capire se la norma penale richiamata integri realmente il precetto; successivamente, occorre verificare la questione relativa all'applicabilità dell'art. 2 c.p.
Ad esempio, si pone il problema di capire se sia punibile la **calunnia (368 c.p.)** qualora il fatto oggetto dell'ingiusta incolpazione venga depenalizzato, oppure se il **favoreggiamento personale (378 c.p.)** sia ancora configurabile quando il reato “favorito” venga successivamente abrogato; ancora, si pensi all'**associazione per delinquere (416 c.p.)**, se il delitto-scopo viene abolito dopo che l'associazione si è costituita per realizzarlo; può, infine, farsi l'esempio della **ricettazione (648 c.p.)** qualora, dopo la commissione del fatto, venga abolito il delitto presupposto dal quale provengono il denaro o le cose ricettate;
- 4) **Modifica di norme extrapenali richiamate da elementi normativi.** Si pone, ad esempio, il problema di capire se sia punibile il **peculato (314 c.p.)**, la **concussione (317)**, la **corruzione (318-319)**, qualora dopo la commissione del fatto venga meno, in capo all'agente, la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; l'**abuso d'ufficio (323)**, se dopo la commissione del fatto vengono modificate le norme di legge che individuano i doveri d'ufficio; l'**esercizio abusivo della professione (348)**, se sopravviene la modifica delle norme che qualificano come abusivo l'esercizio di una determinata professione; la **contraffazione di monete (453)**, qualora dopo la commissione del fatto la moneta contraffatta cessi dall'aver corso legale (la Lira a seguito dell'introduzione dell'Euro); la **contraffazione di pubblici sigilli (468)**, in caso di sopravvenuta “privatizzazione” dell'ente il cui sigillo è stato contraffatto (l'Enel); l'**omicidio colposo (589)**, o le **lesioni personali colpose (590)**, qualora dopo la commissione del fatto venga abrogata o modificata la regola cautelare “specificata” violata dall'agente oppure, in caso di **reato omissivo improprio (40, II)**, qualora dopo quel momento venga meno in capo all'agente l'obbligo giuridico di impedire l'evento.
- 5) **Modifica di norme extragiuridiche (o culturali) richiamate da elementi normativi.** In proposito, occorre verificare se siano punibili gli **atti osceni (527)** se, dopo la commissione del fatto, un mutamento delle norme etico-sociali che individuano il comune sentimento del pudore ne fa venir meno il carattere osceno (si pensi, ad esempio, la pratica del topless, considerata “oscena” almeno fino all'immediato dopoguerra).

Le **Sezioni Unite (n. 2451 del 2007, Magera)**, muovendosi nell'incessante ricerca di un criterio risolutivo, hanno accolto un criterio di tipo formalistico. La questione oggetto della pronuncia Magera riguardava i problemi di diritto intertemporale derivanti dall'ingresso