

ANTICIPAZIONI

ANNA SALVINA VALENZANO

Il rilievo dell'omissione nella truffa*

L'indagine mira a stabilire se possa configurarsi la truffa mediante omissione. Dopo aver escluso che il silenzio possa di per sé costituire un artificio o un raggiro che soddisfi il vincolo di tipicità posto dall'art. 640 c.p., ci si è chiesti se la fattispecie di truffa sia suscettibile di conversione in reato omissivo improprio, in forza della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p.

Vengono infine stabiliti criteri utili per distinguere il semplice silenzio "inerzia", incolore in quanto puramente negativo, dal silenzio "eloquente" (nella dottrina tedesca, «beredtes Schweigen») che possa acquisire valore di "comportamento concludente" quale condotta da considerarsi "commissiva".

The relevance of the omission in the crime of fraud

The investigation aims to establish whether fraud can be punished by omission. After excluding that silence can constitute an artifice or a deception that satisfies the constraint of typicality imposed by art. 640 of the criminal code, we wondered if the fraud can be converted into an omissive crime, by virtue of the equivalence clause of art. 40 paragraph 2 of the criminal code.

Finally, we have established useful criteria to distinguish simple "inertia" silence, colorless as purely negative, from "eloquent" silence (in German dogmatics, «beredtes Schweigen») that can assume the value of "conclusive behavior" as a conduct to be considered "commissive".

SOMMARIO: 1. Condotta a forma vincolata e principio di stretta legalità: il silenzio può costituire artificio o raggiro? - 2. Sulla configurabilità della truffa quale reato omissivo improprio: è applicabile la clausola di equivalenza azione-omissione dell'art. 40 cpv. c.p.? - 3. L'analisi dell'atteggiamento giurisprudenziale: aporie e incongruenze. - 4. Il silenzio come "comportamento concludente"? Rilievi conclusivi.

1. *Condotta a forma vincolata e principio di stretta legalità: il silenzio può costituire artificio o raggiro?*² Un interessante problema, mai sopito in dottrina e giurisprudenza, consiste nello stabilire se ed in qual misura rilevi il contegno inattivo, nella forma del silenzio, nelle fattispecie incriminatrici con condotte a forma vincolata, tra le quali emerge in particolare il delitto di truffa. A differenza delle fattispecie penali a forma libera, in cui la definizione della condotta è priva di vincoli, nella truffa il legislatore ha determinato le modalità della condotta, tipicizzandole, in alternativa tra loro, negli artifici o raggiri¹.

Per stabilire se possa configurarsi una truffa mediante omissione, occorre dare risposta ad un primo quesito, determinando *se il silenzio, di per sé, possa*

*Il saggio è destinato ad essere pubblicato negli "Studi in onore di Antonio Fiorella": si ringraziano i curatori dell'opera per averne consentito la pubblicazione in questa prestigiosa rivista.

¹ In assenza di una definizione codicistica, in dottrina l'"artificio" è stato definito come «ogni studiata trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà effettuato sia simulando ciò che non esiste, sia dissimulando, vale a dire, nascondendo ciò che esiste» e il "raggiri" come «un avvolgimento ingegnoso di parole destinate a convincere: più precisamente una menzogna corredata da ragionamenti idonei a farla scambiare per verità»; quindi «l'artificio opera sulla realtà esterna, creando una falsa apparenza materiale, mentre il raggiri agisce direttamente sulla psiche dell'ingannato»: così, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, 14^a ed., Milano, 2002, 356 ss.

*costituire un artificio o un raggiro che soddisfi il vincolo di tipicità posto dall'art. 640 c.p., trattandosi di fattispecie con condotta a forma vincolata*².

Premesso che è la medesima norma incriminatrice a definire il contegno penalmente rilevante come attivo od omissivo, lo stabilire se una certa condotta possa ritenersi tipica per la specifica fattispecie penale pone un problema che deve essere correttamente ascritto nel perimetro del principio di stretta legalità, e dei suoi corollari, proprio perché è il medesimo legislatore a stabilire la tipicità del fatto, assegnando valore giuridico-penale ad una condotta determinandone la rilevanza per l'ordinamento come azione o inazione.

L'analisi, quindi, non può che prendere le mosse dai principi generali che governano la legge penale, guardando in particolare ai due profili relativi alla posizione e all'applicazione della norma penale, per stabilire se detta fattispecie, nei termini indicati, risulti conforme alle declinazioni del principio di stretta legalità consistenti nei principi di determinatezza e tassatività³, in forza dell'art. 25, co. 2, Cost.⁴ e, a livello eurolunitario, degli artt. 7 Cedu e 49 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), senza dimenticare le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale⁵ da inscrivere nel quadro sovranazionale di riferimento fondato sulla più ampia accezione della "legalità penale europea" - come risultante dalla giurisprudenza sovranazionale delle Corti europee⁶ - che, se correttamente intesa, trova comun-

² In dottrina appare come prevalente l'indirizzo che esclude che il silenzio rientri, di per sé, nella portata semantica degli "artifici o raggiri": in questo senso, cfr., per tutti, LEONCINI, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, in *Cass. pen.*, 1999, 2486 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, vol. II, tomo II, 2^a ed., Torino, 2000, 171; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, vol. II, 2^a ed., Padova, 2002, 192; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro il patrimonio*, vol. IX, Torino, 1952, 601 ss.; MEZZETTI, *Truffa e frode (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 6047 ss.; ZANNOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, 31. Per un *excursus* sulle diverse posizioni dottrinali, si v. PALAZZO, *Truffa mediante omissione*, in *Studium Iuris*, 1999, I, 179.

³ Per un ventaglio delle possibili accezioni dei principi di determinatezza e tassatività, in dottrina, cfr., per tutti, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 3 ss.; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 9 ss.

⁴ Per quanto riguarda invece le fonti di legge ordinaria dalle quali ricavare il principio di stretta legalità con i suoi corollari, si v. l'art. 1 c.p., nel quale l'avverbio "espressamente" contribuisce a definire in particolare il corollario della determinatezza; nonché gli artt. 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale (preleggi al codice civile), con specifico riferimento ai contenuti dei principi di riserva di legge e, soprattutto, di tassatività nell'applicazione della norma penale.

⁵ Sulla portata del principio di stretta legalità, declinato in particolare nel corollario della determinatezza, per come risultante dal controllo di legittimità delle incriminazioni ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, si v., per tutti, la recente indagine di MASSI, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico. Un'indagine sui confini "costituzionali" della fattispecie penale*, Torino, 2020, 187 ss.

⁶ Sul rilievo dogmatico del principio di stretta legalità a livello sovranazionale, e sulla sua portata applica-

que, a tutela del reo, un imprescindibile argine nella garanzia costituita dalla legge penale.

Come noto, il corollario della determinatezza impone al legislatore di definire la norma, e quindi la fattispecie penale, in modo sufficientemente determinato, dovendo identificare e circoscrivere con precisione i confini dell'area di ciascun illecito penale in rapporto alla più vasta area della liceità penale. Mentre il principio di tassatività impone al giudice un'applicazione della norma penale, che sia stata formulata in modo determinato, dentro i confini posti dal legislatore, dovendo applicare la norma ai soli casi dalla stessa espressamente previsti per evitare una illegittima estensione degli stretti confini della frammentaria area del penalmente illecito. Con la conseguenza che è vietato, al giudice penale, far ricorso al procedimento analogico nell'applicazione di una norma incriminatrice.

Ciò posto, potrebbe in qualche misura dubitarsi della sufficiente determinatezza della fattispecie legale di truffa, la quale, pur non prevedendo vere e proprie "clausole generali", contiene tuttavia taluni "elementi valutativi"⁷, tra cui le note tipiche della condotta consistenti negli artifici o raggiri, che, in

tiva, si v., per tutti, MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di Grasso, Sicurella, Milano, 2008, 119 ss. Per i contenuti del principio di stretta legalità, e dei suoi corollari, alla luce della più recente giurisprudenza sovranazionale delle Corti europee, cfr., per tutti, MASSI, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico*, cit., 191 ss., là dove muove dal presupposto che, nella lettura della Corte Edu, l'art. 7 Cedu consente la definizione di un fatto di reato, e la previsione di una corrispondente pena, non soltanto attraverso la legge scritta (in linea con gli ordinamenti europei di *Civil law*), ma anche attraverso l'interpretazione giurisprudenziale (secondo la tradizione degli ordinamenti di *Common law*), la quale può, quindi, a determinate condizioni, divenire "fonte". Tuttavia, nonostante il diverso peso attribuito alla "fonte scritta" nella giurisprudenza della Corte Edu, rimane un fondamentale limite legale nella misura in cui «il diritto giurisprudenziale trova comunque un limite nella legge; sicché il diritto penale non può essere costruito estensivamente a svantaggio dell'accusato, per esempio attraverso il ricorso all'analogia» (*op. cit.*, 201). Nel senso che, per individuare i più specifici contenuti della legalità penale nella "concezione europea", occorra parametrare il principio di legalità all'"accessibilità" e alla "prevedibilità" della norma, dovendo il precetto penale, secondo la Corte di Strasburgo, indipendentemente dalla tipologia della fonte che lo preveda, possedere «caratteristiche qualitative tali da risultare accessibile ai suoi destinatari, e da far apparire prevedibile al momento del fatto la sua futura applicazione da parte del giudice», cfr. VIGANO, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ss. Per un'analisi recente su tali profili, anche nella prospettiva della "legalità europea", cfr. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, *passim*.

⁷ In dottrina, per i cardini della distinzione tra elementi descrittivi (o naturalistici) ed elementi valutativi e normativi nella fattispecie penale, cfr., per tutti, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 109 ss. e, con più specifico riferimento alla natura degli elementi tipizzati nella fattispecie di truffa, *op. cit.*, 277 ss.

quanto tratti dal linguaggio comune, sono stati definiti come “elementi vaghi”⁸ proprio in rapporto al loro contenuto.

Il vincolo consistente in un contegno dell'autore che integri un artificio o raggiri, quale “elemento valutativo” tipico, non sembra ammettere, di per sé stesso, il rilievo del mero silenzio, nemmeno là dove si tratti di silenzio antidoveroso in violazione di un obbligo civilistico o comunque extrapenale. Quindi la risposta al primo quesito posto è, in via di principio, di segno negativo, perché una diversa interpretazione della condotta a forma vincolata, diretta a ricomprendere il silenzio nella semantica degli artifici o raggiri, travalicherebbe il significato della condotta per come espressamente tipizzato dal legislatore penale.

Tuttavia, vi è sin d'ora da rilevare che, come meglio vedremo⁹, in sede applicativa, la condotta a forma vincolata, per lo più la nota tipica costituita dal raggiri, ha subito una significativa estensione, sino a comprendere nel suo alveo anche condotte di pura inazione, attraverso una interpretazione che, in realtà, finisce per superare il significato letterale del dato normativo. Gli annali di giurisprudenza sono colmi di decisioni che, nell'estendere oltremodo l'area dell'incriminazione, hanno affermato la penale responsabilità di chiunque serbi maliziosamente il silenzio in ordine a talune circostanze che avrebbe dovuto comunicare, così inducendo in errore il preteso soggetto passivo del reato che, altrimenti, non avrebbe compiuto l'atto dispositivo a suo danno e a vantaggio altrui. Si tratta di un non condivisibile fenomeno di estensione applicativa, o meglio “supplenza giurisprudenziale”, che, a nostro avviso, viola il principio di tassatività attraverso una interpretazione della norma penale che supera lo sbarramento posto dal limite costituito dall'applicazione ai soli casi espressamente considerati dalla stessa norma incriminatrice, giungendo così a valicare il confine posto dal divieto di analogia *in malam partem*¹⁰.

Del resto, ragionando diversamente da quanto appena prospettato, cioè an-

⁸ Per questa lettura, in dottrina, cfr., per tutti, VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 322, il quale evidenzia anche l'impossibilità di eliminare gli “elementi vaghi” e “valutativi” dalle norme incriminatrici, «nonostante la forte delegazione che da essi deriva al potere giudiziario» (*ibidem*).

⁹ Per approfondimenti sul punto, si rinvia, *infra*, al par. n. 3.

¹⁰ In dottrina, sul rischio dar luogo ad un procedimento analogico, là dove si superino i confini dell'interpretazione, sia pur estensiva, andando oltre il possibile significato letterale dei termini normativi «artifici o raggiri», cfr. LEONCINI, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., 2486. Sul tema più generale relativo allo sviluppo attuale del fenomeno del c.d. “diritto giurisprudenziale penale”, nel complesso rapporto con i limiti costituzionali posti dai principi di riserva di legge, tassatività e dal divieto di analogia in materia penale, si v. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3, 2016.

mettendo che sia sufficiente il mero silenzio ad integrare il raggio o l'artificio secondo l'astratta formulazione dell'art. 640 c.p., in sé considerato, si giungerebbe al paradosso di considerare il delitto di truffa quale reato omissivo proprio, cioè quale fattispecie che attribuisca, di per sé, un autonomo rilievo alla condotta omissiva ai fini della integrazione del reato medesimo. Detta considerazione vale, ovviamente, là dove, a nostro avviso correttamente, si ancori la distinzione tra reato omissivo proprio e improprio all'astratta formulazione della norma penale¹¹ e non alla circostanza che il primo costituirebbe un reato di pura condotta e il secondo un reato di evento, come invece la dottrina maggioritaria ritiene¹². Nel senso che la differenza tra omissione propria e impropria non è da identificarsi *tout court* in quella tra reato di pura condotta - se omissivo proprio - e reato di evento - se omissivo improprio - ma deve, più propriamente, essere identificata nella diversa tecnica di tipizzazione della fattispecie penale, dato che la tipicità dell'omissione propria è definita dal legislatore come tale nella singola norma incriminatrice speciale, mentre nella omissione impropria la tipizzazione è diversa, essendo costruita, come meglio vedremo, per combinazione di più norme, il cui combinato disposto consente di considerare equivalente l'omissione all'azione e, quindi, la causazione dell'evento mediante omissione alla causazione dell'evento mediante azione.

2. *Sulla configurabilità della truffa quale reato omissivo improprio: è applicabile la clausola di equivalenza azione-omissione dell'art. 40 cpv. c.p.?* Superato il primo problema, occorre chiedersi se il silenzio possa assumere rilievo nella truffa attraverso un diverso meccanismo normativo di potenziale duplicazione delle fattispecie penali e, segnatamente, *se la truffa possa considerarsi come un reato omissivo improprio, attraverso l'applicazione della clausola di equivalenza tra azione e omissione stabilita dall'art. 40 cpv. c.p.* In altri termini, occorre stabilire se l'art. 40, co. 2, c.p. possa reagire sull'art. 640 c.p., dando luogo alla incriminazione e punizione della truffa per omissione impropria, dato che, come detto, non è sufficiente di per sé sola la norma incriminatrice speciale che non definisce il comportamento omissivo come comportamento rilevante, ma, ove possibile, andrebbe combinato l'art. 640 c.p. con l'art. 40 cpv. c.p., che stabilisce il presupposto della tipicità della condotta inattiva nel contrasto dell'inazione con l'obbligo giuridico di impedimento,

¹¹ Per il fondamento dogmatico dell'evidenziato criterio distintivo, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 238 s.

¹² In dottrina, per il segnalato indirizzo prevalente, si v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Padova, 2001, 138 ss.

attraverso un meccanismo combinatorio della specifica norma incriminatrice con detta norma di parte generale.

Sul tema specifico la dottrina è divisa tra coloro che ammettono¹³ e quanti escludono¹⁴ che la fattispecie di truffa sia suscettibile di conversione in reato omissivo improprio, in forza della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., non potendo essere convertita trattandosi di fattispecie a forma vincolata. Ma andiamo con ordine. Per poter giungere ad affermare la configurabilità della responsabilità penale per l'omesso impedimento dell'evento del reato di truffa, debbono essere soddisfatte due condizioni.

In primo luogo, occorre stabilire l'esistenza del nesso causale tra l'omissione e l'evento lesivo, accertando che, senza la "condizione statica", ovvero senza l'inazione consistente nel mancato compimento dell'azione doverosa, l'evento lesivo non si sarebbe verificato, secondo il giudizio controfattuale: l'inazione può considerarsi causa dell'evento del reato solo se, ove non fosse sussistita, l'evento non si sarebbe verificato. Perciò, ai fini dell'accertamento del nesso causale, occorre stabilire se la condotta omissiva, cioè l'omissione dell'azione doverosa, integri la *condicio sine qua non* dell'evento non impedito, potendosi la condotta omissiva considerare causativa dell'evento là dove la condotta "salvifica" (con ciò intendendosi quella doverosa non tenuta) lo avrebbe potuto evitare. Il giudizio, fondato su leggi universali o statistiche, postula che il procedimento dell'eliminazione mentale si innesti «su un ulteriore giudizio ipotetico della c.d. "addizione mentale", rispetto alla condotta doverosa non tenuta, *nel senso di dover accertare se, tenendo quest'ultima, il soggetto avrebbe evitato l'evento*»¹⁵.

In secondo luogo, quale ulteriore presupposto della responsabilità penale per l'omesso impedimento dell'evento, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., il soggetto "inerte" deve essere titolare di un "obbligo giuridico di impedire l'evento",

¹³ In dottrina, a favore della configurabilità della truffa mediante omissione attraverso il meccanismo di conversione di cui all'art. 40, co. 2, c.p., cfr., per tutti, CORTESE, *La struttura della truffa*, Napoli, 1968, 159 ss.; MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, 87 ss.; ID., voce *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 368; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 218; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, 354; SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1974, 170 ss.

¹⁴ Nella letteratura, nel senso di escludere la configurabilità della truffa mediante omissione impropria, cfr., per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, cit., 170 ss.; LEONCINI, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., 2485; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, cit., 192; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro il patrimonio*, cit., 601 ss.; MEZZETTI, *Truffa e frode (delitti di)*, cit., 6048; ZANNOTTI, *La truffa*, cit., 31.

¹⁵ Così, testualmente, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 267.

affinché l'omissione possa considerarsi causalmente "equivalente" all'azione. È proprio l'esistenza dell'"obbligo giuridico di impedire l'evento" che consente di valutare una certa condotta non più semplicemente "inerte", ma "omissiva", poiché inosservante dello specifico obbligo giuridico¹⁶.

Quindi, una corretta analisi impone di scomporre due diversi momenti logici¹⁷: *in primis*, di valutare il profilo dell'"esistenza" di un obbligo impeditivo per stabilire cioè se esista detto obbligo in capo al soggetto che resti inerte e, in secondo luogo, di considerare se un tale obbligo sia munito di "rilevanza penalistica", ove si concluda per la sua esistenza. In altri termini, ove pur si dovessero individuare in capo al soggetto che resti in silenzio specifici obblighi di intervento, a tutela dell'altrui bene giuridico patrimoniale, derivanti da "precise fonti giuridiche" (diverse dall'art. 40 cpv. c.p. in sé e per sé), il secondo momento logico dell'analisi imporrebbe in ogni caso di chiedersi se gli obblighi eventualmente individuati, in rapporto al loro più specifico "contenuto", possano essere considerati obblighi giuridici 'di impedimento' dell'evento del reato di truffa, muniti di rilievo penalistico ai sensi del medesimo art. 40, co. 2, c.p., proprio nella misura in cui nel loro "contenuto" sia rinvenibile un obbligo di attivarsi per impedire l'evento del delitto.

Sotto il primo profilo, vi è da tener presente che una corretta interpretazione dell'art. 40 cpv. c.p. postula in ogni caso l'individuazione di una diversa, ulteriore "fonte giuridica" dello specifico obbligo di impedimento in capo al soggetto cui, eventualmente, la norma incriminatrice rinvii¹⁸; dovendosi trattare di un obbligo specificamente diretto ad una cerchia di soggetti che si trovino in una determinata relazione qualificata con il bene giuridico da proteggere¹⁹.

Inoltre, non appare sufficiente la condizione, giuridica o naturalistica, del "poter" intervenire a tutela di un bene giuridico per costituire un obbligo di garanzia in capo ad un soggetto, poiché l'art. 40 cpv. c.p. richiede espressamente che "preesista" in capo al garante dell'altrui bene giuridico un più specifico

¹⁶ Per approfondimenti sul punto, si rinvia a FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1300.

¹⁷ Per una più approfondita analisi dogmatica di questi due profili, sia consentito rinviare a VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza, tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019, 353 ss.

¹⁸ In tal senso, cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 186, il quale conclude nel senso che «per rinvenire la fonte dell'obbligo, occorre riferirsi ad una fonte giuridica cui eventualmente la norma incriminatrice del caso rinvii».

¹⁹ Nel senso che la "specificità" dell'obbligo indica che l'obbligo medesimo «deve esistere in quel determinato rapporto obbiettivo» e, quindi, «può essere generale, e cioè valevole per tutti i cittadini; professionale o d'ufficio, e cioè valevole solo per una classe o categoria di persone, o speciale, e cioè valevole solo per un individuo», cfr. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 128.

“obbligo giuridico” di impedire l’evento, non potendosi perciò ricavare l’“obbligo giuridico” di impedimento direttamente dall’art. 40 cpv. c.p. e non esistendo nel nostro ordinamento giuridico un “obbligo generale” di impedire l’evento²⁰.

Quanto al secondo profilo, nello stabilire l’eventuale “rilievo penalistico” dell’obbligo che sia stato eventualmente individuato, in rapporto al suo “contenuto”, occorre distinguere l’“obbligo giuridico di impedimento dell’evento” da obblighi di contenuto diverso, che possono definirsi, in via più generale, come “obblighi giuridici di attivazione” (nella dottrina tedesca, *Handlungspflichten*). Lo sforzo della dottrina, anche d’oltralpe, è perciò quello di selezionare, tra gli obblighi giuridici di attivazione di diversa natura, dal “contenuto” anche assai diverso tra loro, quelli che possono essere considerati obblighi giuridici di garanzia («*Garantenpflichten*») per essere effettivamente orientati alla protezione di beni giuridici, proprio in relazione al “contenuto” dell’attività che l’ordinamento comanda a determinate categorie di soggetti, affermando sotto questo profilo un principio di autonomia del diritto penale rispetto ai modelli extrapenalici di tutela²¹.

Ora, nel tentativo di chiarire i presupposti necessari ai fini del costituirsi di un obbligo giuridico dal contenuto impeditivo in capo ad un soggetto, cioè di un pregnante obbligo di garanzia («*Garantenpflicht*») munito di rilievo penale ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., la dottrina ha enucleato i tratti tipici che definiscono l’“obbligo giuridico di garanzia”, tenendo presente quali parametri di riferimento i principi generali del nostro sistema penale, ponendo innanzi tutto l’accento sulla “giuridicità” dell’obbligo, proprio in quanto deve essere previsto da una determinata “fonte” formale, nel rispetto del principio di stretta legalità²². L’obbligo di intervento inoltre deve avere un “contenuto specifico”, e non generico o indeterminato, in adesione al principio di determinatezza, in quanto contribuisce a tipicizzare il reato omissivo improprio. D’altronde, oggetto dell’obbligo giuridico deve essere proprio l’azione che avrebbe impedito l’evento lesivo, nel senso che il garante deve essere giuridicamente obbligato a

²⁰ In questo senso, nella letteratura italiana, cfr., per tutti, ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, cit., 128 ss., il quale chiarisce che «nel diritto odierno non esiste un obbligo generale di impedire i reati. Il cittadino, di regola, non è tenuto ad attivarsi per evitare che altre persone violino la legge penale», posto che «è fuori dubbio che il Codice Rocco con la disposizione del capoverso dell’art. 40 non ha voluto far rivivere la complicità negativa o connivenza».

²¹ Sulla differente *ratio* dei modelli di tutela penale e civile alla base dei diversi obblighi giuridici di attivazione nei due distinti rami dell’ordinamento, cfr., per tutti, GRÜNWARD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, 2001, 18 ss.

²² Nella letteratura penalistica italiana, sul principio di stretta legalità e sui suoi corollari, cfr., per tutti, VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 282 ss.

compiere la specifica azione che avrebbe evitato il verificarsi dell'evento²³. I soggetti destinatari del vincolo giuridico debbono essere anch'essi determinati, trattandosi di un obbligo che grava su determinate categorie di individui che debbono essere ben individuate²⁴.

Infine, i soggetti destinatari dell'obbligo devono trovarsi in un particolare rapporto giuridico con il bene patrimoniale da proteggere, vale a dire nella "posizione giuridica di garanzia", in quanto muniti dei "poteri giuridici impeditivi" necessari a scongiurare il verificarsi dell'evento offensivo. Sono proprio i "poteri giuridici" stabiliti dall'ordinamento²⁵, in quanto correlati all'obbligo giuridico, a qualificare il "contenuto" del medesimo obbligo di garanzia, distinguendolo da altri obblighi affini che non possono però considerarsi obblighi di garanzia²⁶. Sotto questo profilo, è perciò essenziale che rientri tra i poteri giuridici del garante quello di impedire l'evento offensivo da evitare e il garante deve anche avere, in concreto, la possibilità materiale di tenere l'azione impeditiva cui è obbligato, in osservanza del noto principio *ad impossibilia nemo tenetur*.

Ora, per individuare la "posizione di garanzia" - rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. - in capo ad un soggetto, va in ogni caso dedicata particolare attenzione al "tipo" di affidamento che intercorre tra il garante ed il bene²⁷: deve

²³ Nella dottrina italiana, in questo senso, cfr., per tutti, ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 128, il quale precisa che «solo quando si può dire che esisteva un obbligo specifico di evitare con una certa azione un certo evento, il non compimento di quella azione importa responsabilità per l'evento stesso».

²⁴ In questo senso, cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 252 ss., secondo il quale i criteri per individuare il "rilevo penale" dell'obbligo di impedimento dell'evento possono essere sintetizzati nei seguenti: l'obbligo deve essere rivolto all'impedimento di eventi del "tipo" verificatosi; il titolare del bene giuridico garantito deve essere, anche solo in parte, incapace di proteggerlo in misura adeguata rispetto ai pericoli che possano profilarsi; l'obbligo deve gravare su specifici soggetti per la protezione di specifici beni giuridici; la tutela di detti beni deve essere l'oggetto immediato della situazione tipica dell'obbligo. Nel senso che «la responsabilità per omissione presuppone sempre un affidamento del bene giuridico ad una cerchia più o meno ampia di soggetti»: cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 200.

²⁵ Nel senso che dal principio di personalità della responsabilità penale che postula l'appartenenza del fatto all'agente, ai sensi dell'art. 27 Cost., si ricava un requisito fondamentale dell'obbligo di garanzia, che lo distingue dagli altri obblighi di mera attivazione, consistente nella «necessaria corrispondenza tra il dovere giuridico 'impeditivo' ed un simmetrico *potere giuridico*, effettivo e certo, di soddisfare tale pretesa»: LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 49; nonché PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 42 ss.

²⁶ Sulla necessaria corrispondenza tra l'obbligo giuridico "impeditivo" e il simmetrico "potere giuridico" di impedimento, si v. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 49.

²⁷ Significativo rilievo assume l'individuazione dello specifico bene protetto: se, ad esempio, l'obbligo

invero trattarsi di un affidamento del bene giuridico al garante pressoché completo, per cui il bene può considerarsi “nelle mani” del titolare dell’obbligo. Ciò soltanto giustifica che l’omesso impedimento da parte del garante dell’offesa al bene possa essere parificato all’offesa del medesimo bene giuridico mediante comportamento attivo, anche sul piano sanzionatorio, posto che la responsabilità per azione è da considerarsi come normalmente più grave rispetto alla responsabilità omissiva²⁸. In questo senso si giustifica il ricorso al concetto di «omissione-parificabile-all’azione»²⁹ posto a fondamento della clausola di equivalenza di cui all’art. 40 comma 2 c.p., proprio perché la tutela del bene giuridico “dipende” dall’intervento salvifico del garante.

È proprio la specificità del “tipo” di affidamento, pieno, del bene da proteggere nelle mani del «*Garant*», a fondare l’indicata distinzione tra gli obblighi impeditivi penalmente rilevanti («*Garantenpflichten*») e gli obblighi di mera attivazione («*Handlungspflichten*»), la violazione dei quali non sembra poter costituire una «omissione-parificabile-all’azione» necessaria ai fini dell’applicabilità della clausola di equivalenza di cui all’art. 40 cpv. c.p.

Sotto questo profilo, la specifica norma che prevede l’obbligo giuridico di attivarsi deve essere correttamente interpretata per stabilire se, proprio in rapporto al “contenuto” dell’attività prescritta, contempra un “obbligo di garanzia” («*Garantenpflicht*») oppure un semplice “obbligo di sorveglianza”³⁰ («*Aufsichtspflicht*»), là dove in capo al titolare dell’obbligo sia stata posta una semplice

giuridico di garanzia è posto a tutela del bene-vita di un individuo, lo stesso obbligo non potrà estendersi alla tutela del diverso bene-patrimonio del medesimo individuo; così come non potrà automaticamente estendersi alla tutela di analogo bene giuridico (nell’esempio, del bene-vita) che tuttavia appartenga a soggetto diverso.

²⁸ Nel senso che, ai fini dell’applicabilità dell’art. 40 comma 2 c.p., debba in ogni caso trattarsi di una omissione che esprima anche una efficienza causale pari all’azione, là dove la salvezza del bene giuridico “dipenda” in maniera risolutiva dall’intervento del garante, quale soggetto obbligato, per poter giustificare «la parificazione anche dal punto di vista del principio costituzionale di giustizia sostanziale e quindi di proporzionalità»: FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., 1300.

²⁹ In questo senso, cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 199 ss. Cfr., altresì, PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 41 ss.

³⁰ Sui più ampi riflessi dogmatici riconducibili alla distinzione tra “obblighi di garanzia” e semplici “obblighi di sorveglianza”, si v., in dottrina, per tutti, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 199 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 50 ss.; volendo, VALENZANO, *L’illecito dell’ente da reato per l’omessa o insufficiente vigilanza, tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, cit., 376 ss. Sulla distinzione tra “obblighi di attivarsi”, “obblighi di garanzia” e “obblighi di sorveglianza”, si v. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 14 ss. e, *amplius*, 55 ss., per la quale l’“obbligo di attivarsi”, là dove sia munito di rilevanza penale, è da identificarsi nel dovere di agire posto - o comunque richiamato - da una norma incriminatrice che preveda un reato omissivo proprio; nonché F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 158 ss.

“obbligazione di mezzi”, e non “di risultato”, nel senso di dover l’obbligato soltanto “agevolare” l’impedimento dell’evento del reato e non, egli stesso, direttamente impedirlo, per l’assenza dei necessari “poteri giuridici impeditivi”.

Quindi, il particolare affidamento del bene giuridico nelle mani del “garante” si giustifica nella sola misura in cui l’ordinamento abbia preventivamente attribuito allo stesso una rosa di “poteri giuridici” necessari per poter intervenire a difesa del bene giuridico protetto che, in quanto tale, fonda la “posizione di garanzia” (o «*Garantenstellung*»); la quale, nella letteratura d’oltralpe e poi in quella italiana, è stata ulteriormente declinata, attraverso una “bipartizione funzionale”, nella posizione di “protezione” di beni giuridici («*Beschützgarantenstellung*») e in quella di “controllo” di fonti di pericolo («*Überwachungsgarantenstellung*»), da cui la sicurezza di beni giuridici di altri dipende per l’incapacità di questi ultimi di proteggerli da soli, trattandosi di posizione su cui questi, pertanto, fanno affidamento³¹. Più in particolare, la posizione di “protezione” («*Beschützgarantenstellung*») è diretta a tutelare il bene o i beni giuridici protetti dai diversi pericoli che possano minacciarli, per l’incapacità del relativo titolare di contrastare i pericoli che possano pregiudicare i beni medesimi. Il garante è perciò tenuto a vigilare affinché il bene o i beni giuridici vengano tutelati da ogni pericolo di lesione³². Mentre la posizione di “controllo” («*Überwachungsgarantenstellung*») è rivolta a neutralizzare una fonte di pericolo («*Gefahrenquelle*») per garantire che non vengano lesi beni giuridici, anche diversi, esposti al pericolo³³. Il garante è quindi tenuto a vigilare su

³¹ Nella letteratura tedesca, per l’elaborazione dogmatica del concetto di *Garantenstellung*, che chiarisce il fondamento della parificabilità tra azione ed omissione, cfr., per tutti, di JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 2013, 504. È importante richiamare anche analisi più lontane nel tempo, come quella del Krug (KRUG, *Kommentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855*, 4 Abteilung, Leipzig, 1855, 38), che identificava il fondamento dell’“obbligo di impedimento” dell’evento nella “promessa di soccorso” nello stesso implicita; ovvero quella del Kohler (KOHLE, *Studien aus dem Strafrecht*, Band 1, Mannheim, 1889, 46) che invece identificava nella violazione dell’“obbligo di impedimento” dell’evento quell’offesa all’attesa di comportamento cui fa affidamento l’individuo in una collettività socialmente organizzata.

³² In questo senso, nella dottrina tedesca, cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 283, per il quale «*Einmal kann das Gebotssubject “auf Posten gestellt” sein zum Schutze eines ganz bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung; hier besteht die Schutzfunktion in der “Rundumverteidigung” des konkreten Rechtsgutes gegen Gefahren verschiedener Art*». Nella letteratura italiana, cfr. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 172 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 294 ss.

³³ Nella dottrina italiana, in questo senso, cfr. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 189 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 320 ss. Nella letteratura tedesca, cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283 s., per il quale «*Zum anderen kann die Garantenposition in der Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle bestehen, gleichgültig, welchen konkreten*

una determinata fonte di innesco di un pericolo per gli interessi di terzi che non possano da soli adottare adeguate misure di protezione, garantendo la “sicurezza del traffico” che potrebbe essere lesa dalla medesima fonte pericolosa da controllare³⁴.

Tornando ora al profilo, speculare, relativo al “contenuto” dell’“obbligo di garanzia”³⁵, questo può essere perciò declinato nell’“obbligo di protezione”³⁶ del garante di determinati beni giuridici a lui affidati contro tutte le fonti di pericolo che possano minacciarli, stante l’incapacità del titolare degli stessi di proteggerli autonomamente (che fonda la «*Beschützgarantenstellung*»), che è quello che maggiormente interessa ai fini della nostra indagine; ovvero nell’“obbligo di controllo”³⁷ di determinate fonti di pericolo a tutela dei diversi beni giuridici ad esse esposti, per il quale il garante è titolare di poteri giuridici di controllo della fonte di pericolo, in quanto i titolari dei beni minacciati non possono proteggersi da soli senza ingerirsi nella sfera giuridica altrui (fondante la «*Überwachungsgarantenstellung*»).

Fermo restando che è solo dalla “risultante” dell’obbligo giuridico e del correlativo potere giuridico, quale effetto della “somma” tra le due componenti giuridiche, che ha origine la “posizione di garanzia” penalmente rilevante. Quindi, in definitiva, può qualificarsi “garante” unicamente un soggetto titolare di uno “specifico” obbligo di azione, l’obbligo giuridico di impedire l’evento, quale obbligo gravante su determinate categorie di soggetti che siano anche dotati di adeguati “poteri giuridici” di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l’incapacità dei titolari di detti beni di proteg-

Rechtsgütern im einzelnen aus dieser Quelle Gefahren drohen»; precisando altresì che la “posizione di garanzia” che comporti l’obbligo di vigilanza su una determinata fonte di pericolo può trovare il proprio fondamento in una “precedente condotta pericolosa” del soggetto («*Ingerenz*»), ovvero nel tessuto sociale per un ambito di “dominio sulla persona” («*Herrschaftsbereich einer Person*») o, infine, può radicarsi in “speciali relazioni di fiducia” («*aus speziellen Vertrauenverhältnissen*»).

³⁴ In questo senso, nella letteratura italiana, cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 320 ss.; in quella tedesca, cfr. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, 103 ss.

³⁵ Nella dottrina d’oltralpe, viene riconosciuta l’essenza della “posizione di garanzia” nel differente “contenuto” materiale dell’obbligo di garanzia, secondo la bipartizione, riferibile all’obbligo di “protezione” e di “controllo”, tra «*Oblhutpflichten*» e «*Sicherungspflichten*»: in questo senso, cfr. MAYER, *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, Jur. Diss. v. 9. Aug. 1934, *passim*. In tempi meno remoti, cfr., altresì, FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen: Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992, 232 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, *passim*.

³⁶ Nella dottrina italiana, cfr., per tutti, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 81 ss., anche per la dottrina *ivi* richiamata.

³⁷ Cfr., per tutti, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 96 ss., anche con riferimento alla dottrina citata.

gerli adeguatamente.

Alla luce dei risultati dell'indagine sin qui condotta, occorre ora chiedersi se possa individuarsi un "obbligo giuridico di garanzia" in capo al soggetto che resti inerte, in silenzio, di fronte alla controparte, posto che per potersi ammettere la responsabilità penale per omissione impropria, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., dovrebbe individuarsi, come detto, la titolarità in capo al medesimo di un obbligo giuridico munito di "rilevanza penalistica" che lo renda "garante" dell'altrui patrimonio, tenendo presente la necessità che detto obbligo risulti conforme ai requisiti sin qui enucleati come essenziali ai fini dell'equiparazione dell'omissione all'azione.

Ora, sotto questo profilo, a noi sembra che gli obblighi di matrice civilistica, siano essi individuabili in obblighi giuridici di informazione, ovvero nel generico obbligo di comportarsi secondo "buona fede" nei rapporti con la controparte, tanto nella fase di trattativa, o stipula, quanto nell'esecuzione contrattuale³⁸, non abbiano un pregnante "contenuto" di "protezione" dell'altrui bene giuridico patrimoniale e, quindi, non costituiscano obblighi di "garanzia", ma rappresentino dei semplici obblighi di comportarsi nel rispetto del canone della "buona fede", trattandosi di meri "obblighi di attivarsi"³⁹ per informare la controparte e non anche per tutelarne il patrimonio. Essi costituiscono, in definitiva, semplici obblighi di attivazione che impongono un comportamento orientato ai principi di correttezza e buona fede nei rapporti contrattuali, senza tuttavia costituire un obbligo di impedimento dell'evento di danno all'altrui patrimonio che sia idoneo ad attivare la clausola di equivalenza azione-omissione stabilita dall'art. 40, co. 2, c.p., posto che dall'obbligo di buona fede non si può inferire, di per sé, un obbligo di impedimento penalmente rilevante. D'altronde, vi è anche da considerare che, nel sistema generale, il rilievo di obblighi civilistici di corretto comportamento deve tener conto del "principio di autoresponsabilità"⁴⁰ del soggetto che sia pienamente capace di intendere e volere, in forza del quale non è certamente possibile addossare pregnanti obblighi di intervento, quali obblighi di "garanzia", in capo ad un

³⁸ Gli obblighi di matrice civilistica che potrebbero rilevare in questo senso sono connotati da contenuti differenti tra loro e sono stabiliti da diverse disposizioni codicistiche, tra cui, a titolo di esempio, si v. gli articoli 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1391, 1460, 1746, 1759 del codice civile.

³⁹ In questo senso, cfr. LEONCINI, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., 2485.

⁴⁰ Sui cui più specifici contenuti e sulle cui implicazioni dogmatiche, si v., per tutti, SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*. Più di recente, sugli sviluppi dogmatici del principio di autoresponsabilità nel diritto penale italiano oltre che nel sistema tedesco, si v. i contributi pubblicati in Ronco, Helfer (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020, *passim*.

soggetto solo perché più attento o più scaltro di un altro, ad esempio, nel condurre una trattativa contrattuale.

In conclusione, detti obblighi extrapenalistici non costituiscono obblighi di intervento posti a carico di un soggetto quale “garante” del bene giuridico patrimoniale altrui, il cui attivarsi dovrebbe invece essere considerato dalla legge come “essenziale” ai fini della protezione del bene giuridico per l’incapacità del titolare del patrimonio di proteggerlo adeguatamente; non costituiscono, cioè, “obblighi di garanzia” idonei ad incardinare una «*Garantenstellung*» perché il patrimonio della controparte non è stato “affidato” dal legislatore ad un soggetto-garante, cioè non è stato consegnato “nelle mani” del soggetto che resti inerte, in silenzio, il quale non è, quindi, titolare di alcun obbligo di protezione che possa concretare un vincolo di garanzia a tutela dell’altrui patrimonio.

D’altronde, è erroneo identificare, in modo pressoché automatico, una posizione di garanzia in capo ad un soggetto per il solo fatto che eserciti un’attività contrattuale, sia essa nella fase di trattativa, o stipula, ovvero di esecuzione di un negozio giuridico, a tutela di un soggetto che non sia, di per sé, incapace di tutelare adeguatamente i propri interessi patrimoniali, per il rischio di produrre un indominabile effetto moltiplicatore delle sfere della garanzia penale, tale da radicare presunte posizioni di garanzia in capo a chiunque e, dunque, di ampliare enormemente la sfera del rilevante penalistico. Dimenticando, quindi, l’osservanza del principio che riserva l’intervento penale all’*extrema ratio*, nel rapporto interferenziale che corre con gli altri rami dell’ordinamento giuridico. Del resto, ogni volta in cui un soggetto, in una fase negoziale, anche di tipo pre o post contrattuale, violi un obbligo di buona fede o un obbligo informativo che sia posto dalla normativa civilistica, potrà essere chiamato a rispondere per il corrispondente illecito civilistico, ma non anche per un illecito penale, secondo meccanismi pressoché automatici di attribuzione della responsabilità penale, al di là e dimentichi di ogni basilare garanzia.

Tirando le fila, in sintesi, per le ragioni evidenziate, la risposta al quesito posto deve considerarsi di segno negativo, dovendosi ritenere che *la fattispecie a forma vincolata di truffa non risulti suscettibile di conversione in reato omissivo improprio, non potendosi applicare la clausola di equivalenza dell’art. 40 cpv. c.p. in assenza di uno specifico obbligo giuridico di impedimento dell’evento in capo al garante, al quale andrebbe affidata la tutela dell’altrui patrimonio per l’incapacità del titolare del bene giuridico di proteggerlo dalle aggressioni.*

3. *L'analisi dell'atteggiamento giurisprudenziale: aporie e incongruenze.* Il problema di stabilire l'eventuale rilievo del contegno inattivo nella fattispecie di truffa si è posto con vigore anche nella giurisprudenza, di merito e legittimità, e ha trovato delle soluzioni non sempre lineari che, ad una più attenta analisi, celano una confusione di fondo che può dare origine ad aporie e incongruenze nel sistema penale, ove unitariamente considerato.

Ma andiamo con ordine.

La giurisprudenza prevalente ammette la punibilità della truffa per omissione, in particolare nell'ipotesi di «truffa contrattuale», ritenendo che per integrare gli artifici o raggiri sia sufficiente il mero «silenzio» maliziosamente serbato da parte di chi abbia «l'obbligo di comunicare» determinate circostanze essenziali ai fini della determinazione della volontà negoziale del contraente, che, in questa chiave di lettura, viene considerato quale soggetto passivo del delitto di truffa⁴¹.

Tra le altre, vi sono sentenze che, sempre in materia di truffa contrattuale, ritengono integrata la condotta tipica in presenza del silenzio maliziosamente tenuto dal preteso agente su determinate circostanze, che invece avrebbe dovuto comunicare alla controparte, anche là dove la presunta vittima non abbia tenuto un comportamento diligente e, cioè, «indipendentemente dal fatto che dette circostanze siano conoscibili dalla controparte con l'ordinaria diligenza»⁴², con ciò mostrando peraltro di non attribuire alcun rilievo al principio di

⁴¹ Nella giurisprudenza più recente, nel senso che in tema di truffa contrattuale «anche il silenzio, maliziosamente serbato, su alcune circostanze rilevanti ai fini della valutazione delle reciproche prestazioni da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento del raggio, idoneo ad influire sulla volontà negoziale del soggetto passivo», cfr. Cass., Sez. VI, 5 marzo 2019, in *Mass. Uff.*; Cass., Sez. II, 27.9.2018, in *Diritto&Giustizia*, 19 novembre 2018, la quale aggiunge che il silenzio-raggio così configurato deve risultare idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato. Similmente, ammette nella truffa contrattuale la configurabilità degli artifici o raggiri nella forma del semplice silenzio serbato dal titolare di un obbligo giuridico, anche extrapenale, di comunicare determinate circostanze, Cass., Sez. II, 9.5.2018, in *Mass. Uff.* Cfr., altresì, in questo senso, *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 16.11.2017, in *Guida dir.*, 2018, n. 5, 98; Cass., Sez. II, 18.6.2015, in *Mass. Uff.*; Cass., Sez. II, 4.12.2013, in *Diritto&Giustizia online*, 19 dicembre 2013; Cass., Sez. II, 2.10.2009, in *Guida dir.*, 2010, 5, 92; Cass., Sez. II, 22.11.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 11, 4180; Cass., Sez. II, 10.2.2006, in *Guida dir.*, 2006, 30, 73; Cass., Sez. II, 11.10.2005, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1657; Cass., Sez. VI, 10.4.2000, in *Cass. pen.*, 2002, 610.

⁴² Cfr., in questo senso, Cass., Sez. II, 19.3.2013, in *Diritto&Giustizia online*, 5 luglio 2013, che ha riconosciuto come integrata una truffa commessa da un costruttore che abbia omesso di riferire all'acquirente alcuni difetti e vizi urbanistici dell'immobile, che sarebbero stati comunque conoscibili dall'acquirente che si fosse comportato diligentemente. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. I, 13.9.2012, in *Diritto&Giustizia online*, 27 novembre 2012, che ha confermato la condanna per il reato di truffa per un soggetto che ha venduto un'autovettura, dopo essersi presentato come proprietario

autoresponsabilità⁴³ del soggetto che risulti capace di intendere e volere, con ogni conseguente riflesso sull'ascrizione della responsabilità penale.

Si tratta di conclusioni che, in via di principio, riteniamo non condivisibili, sia quando la giurisprudenza abbia ritenuto sufficiente il “silenzio antidoveroso” ai fini dell'integrazione della condotta tipica della fattispecie di truffa⁴⁴, sia quando lo schema logico-giuridico seguito dalle citate pronunce sia stato quello di ammettere la configurabilità della truffa a titolo di reato omissivo improprio, considerando il generico “obbligo di comunicazione” nelle trattative non quale semplice “obbligo di attivarsi” ma quale “obbligo di impedimento” dell'evento idoneo a costituire una “posizione di garanzia” in capo all'omittente, così consentendo una parificazione tra omissione ed azione in forza del meccanismo di conversione dell'art. 40 cpv. c.p.

Ora, per le ragioni già argomentate alle quali si rinvia⁴⁵, non sembra potersi ammettere tale identificazione tra un generico “obbligo di comunicazione” e un più pregnante “obbligo di impedimento” dell'evento della truffa, che consenta di considerare il soggetto contraente quale “garante” nelle mani del quale risulti “affidato” il bene giuridico patrimoniale della controparte, per la cui tutela dovrebbe invece rinvenirsi uno specifico obbligo di protezione in capo al medesimo contraente che concreti uno specifico vincolo di garanzia munito di rilievo penale.

È interessante tuttavia evidenziare che, quando si pone il problema di tracciare i limiti esterni della truffa in rapporto ad altre fattispecie incriminatrici, la giurisprudenza penale ritiene invece che, ai fini della configurabilità della fattispecie della «truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche» (art. 640-*bis* c.p.), ovvero della «truffa aggravata a danno dello Stato» [art. 640, co. 2 n. 1) c.p.], non sia sufficiente il mero «silenzio omissivo antidoveroso» ad integrare gli artifici o raggiri tipici della truffa, ma sia invece necessario un

dell'automobile posta in vendita, mentre era in realtà privo della qualifica di proprietario, trattandosi di circostanza che sarebbe stata facilmente riscontrabile attraverso un semplice accesso ai pubblici registri automobilistici. Cfr., altresì, in senso analogo, Cass., Sez. II, 13.6.2012, in *Diritto&Giustizia online*, 27 luglio 2012, che ha confermato la condanna per l'agente che ha stipulato un preliminare di compravendita di un immobile, dopo essersi presentato come titolare dello stesso, pur essendo privo di detta qualifica soggettiva, trattandosi di circostanza che sarebbe stata comunque conoscibile dall'acquirente attraverso un controllo nei pubblici registri immobiliari e nonostante la proprietà piena dell'immobile sia stata comunque successivamente acquisita dal medesimo acquirente. Cfr. anche, similmente, Cass., Sez. II, 14.10.2009, in *Mass. Uff.*

⁴³ Per il quale si rinvia, *retro*, alla nota n. 40.

⁴⁴ Per le ragioni da noi addotte in senso contrario, si v., *retro*, par. 1.

⁴⁵ Per l'approfondimento di tali ragioni, si rinvia, *retro*, par. 2.

«comportamento fraudolento in aggiunta al mero silenzio»⁴⁶. Giungendo alla conclusione per la quale, là dove la condotta dell'agente sia puramente omissiva, consista cioè in un mero «silenzio antidoveroso», può configurarsi la fattispecie meno grave di «indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato»⁴⁷, quale frode per il conseguimento di erogazioni pubbliche tipicizzata e punita dall'art. 316 *ter* c.p., la quale prevede, tra le condotte tipiche alternative, anche «l'omissione di informazioni dovute»⁴⁸.

E, allora, una domanda sorge spontanea: davanti ad una identità del “nucleo comune” del fatto tipico tra la fattispecie base della truffa e le due fattispecie aggravate di truffa, come è possibile ragionevolmente ritenere che, per l'integrazione degli artifici o raggiri nella fattispecie base di truffa, sia pur nella declinazione della truffa contrattuale, sia sufficiente un semplice “silenzio omissivo antidoveroso” da parte di chi sia titolare di un generico obbligo di comunicazione di determinate circostanze, mentre invece il medesimo “silenzio omissivo antidoveroso” non sia, di per sé, sufficiente ai fini dell'integrazione dell'eguale elemento tipico di fattispecie, consistente nella condotta artificiosa o raggirante, nelle fattispecie aggravate di truffa, per le quali si richiede invece, più correttamente, un ulteriore “comportamento fraudolento” oltre al mero silenzio?

A noi sembra evidente l'aporia che un simile ragionamento genera nel sistema penale all'interno del quale le fattispecie debbono invece essere unitaria-

⁴⁶ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. II, 26.2.2019, in *Mass. Uff.*, che, ai fini dell'integrazione della condotta tipica della truffa aggravata, postula la necessità che l'agente abbia posto in essere «comportamenti fraudolenti in aggiunta al silenzio serbato», non essendo stato quindi ritenuto sufficiente a tal fine il comportamento «meramente omissivo» tenuto dall'imputata; nonché, nello stesso senso, cfr., ad esempio, Cass., Sez. II, 10.11.2017, in *Guida dir.*, 2018, n. 14, 53; Cass., Sez. II, 20.1.2015, in *Diritto&Giustizia*, 2015, 29; Cass., Sez. II, 8.2.2011, in *Foro it.*, 2012, 5, II, 297; Cass. pen., Sez. II, 18.2.2009, in *Mass. Uff.*; Cass. pen., Sez. II, 22.3.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1214.

⁴⁷ In questo senso, cfr. Cass., Sez. Un., 16.12.2010, in *Riv. pen.*, 2011, 12, 1265; Cass., Sez. Un., 19.4.2007, Carchivi, in *Guida dir.*, 2007, 20, 73. Quest'ultima sentenza delle Sezioni Unite ha, in particolare, precisato che il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 *ter* c.p.) è in rapporto di sussidiarietà, e non di specialità, con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.), per cui il residuale e meno grave delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato «si configura solo quando difettino nella condotta gli estremi della truffa, come nel caso delle situazioni qualificate dal mero silenzio antidoveroso o dall'assenza di induzione in errore dell'autore della disposizione patrimoniale». Nello stesso senso, cfr., altresì, ad esempio, Cass., Sez. VI, 5.10.2010, in *Diritto&Giustizia online*, 2010; Cass., Sez. II, 5.5.2009, in *Mass. Uff.*; Cass., Sez. II, 19.6.2008, in *Guida dir.*, 2008, 42, 98; Cass., Sez. VI, 31.5.2007, in *Guida dir.*, 2007, 39, 80.

⁴⁸ Oltre alla condotta omissiva, consistente nella «omissione di informazioni dovute», l'art. 316 *ter* c.p. prevede, in alternativa, quali condotte attive, «l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere», il cui effetto sia stato, in ogni caso, l'indebito ottenimento di una erogazione pubblica.

mente considerate, anche alla luce del principio di “non-contraddizione” dell’ordinamento⁴⁹, sia allo scopo di stabilire il contenuto degli elementi tipici di ciascuna fattispecie penale in sé presa, ma altresì per identificare i “limiti esterni” di una fattispecie in rapporto ad un’altra che, come nel caso di specie, alla prima risulti limitrofa, o meglio sovrapponibile, dal punto di vista dei contenuti tipici del precetto penale. Del resto, il concetto di artifici o raggiri non può cambiare il proprio volto, il proprio contenuto tipico, in rapporto alle esigenze poste dalla necessità di definire i limiti esterni di una fattispecie penale in rapporto ad un’altra!

Detto in altri termini, la giurisprudenza penale afferma un principio, a nostro avviso condivisibile, nel momento in cui si pone il problema di definire i limiti esterni tra le fattispecie penali, nel richiedere quale elemento costitutivo essenziale della truffa aggravata un *quid pluris* rispetto al semplice silenzio, costituito da un “comportamento fraudolento”, e al contempo lo nega, invece, in rapporto alla fattispecie-base della truffa, sia pur in riferimento alla truffa contrattuale, non ritenendo necessario che il silenzio sia integrato da un ulteriore indice fraudolento, senza tuttavia considerare che la condotta tipica delle due fattispecie penali è sempre la stessa, essendo costituita dai medesimi artifici o raggiri.

Presumibilmente può ritenersi che questo atteggiamento giurisprudenziale possa affondare le proprie radici nella pretesa esigenza di non lasciare presunti vuoti di tutela di fronte ad un soggetto che, nel restare in silenzio, possa indurne un altro in errore, con conseguenti possibili riflessi lesivi sul suo patrimonio, ritenendo perciò stesso integrati gli artifici o raggiri, attraverso il mero silenzio, nella truffa contrattuale.

Tuttavia, se anche fosse questa l’esigenza posta a fondamento del segnalato indirizzo giurisprudenziale di carattere prevalente, non sarebbe in ogni caso condivisibile quella che, a nostro avviso, è da ritenersi come una forma di illegittima “espansione interpretativa giurisprudenziale”, suscettibile di sfociare in una analogia *in malam partem* là dove si superi in via interpretativa il dato testuale determinato dal legislatore che ha postulato, come necessaria, l’integrazione di artifici o raggiri, dal contenuto assai più pregnante rispetto al mero silenzio, “in tutte” le fattispecie di truffa (e non soltanto nelle due ipotesi di truffa aggravata!), con il risultato di dar luogo, inevitabilmente, ad una violazione del principio di stretta legalità e, in particolare, del corollario della

⁴⁹ Per le ragioni dogmatiche che impongono un necessario “coordinamento” che eviti ogni “contraddizione” nell’interpretazione delle norme giuridiche, sia pur in riferimento al rapporto tra i diversi rami del diritto, si v. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 118 ss.

tassatività nell'applicazione della norma penale. Fermo restando in ogni caso che, nelle segnalate ipotesi, nelle quali dovrebbe considerarsi, più correttamente, il mero silenzio come inidoneo, di per sé, a costituire un artificio o raggirio ai fini dell'integrazione della tipicità della truffa, rimarrebbe comunque la possibilità di valutare il medesimo contegno nella diversa ottica dell'illecito civile (e non necessariamente penale), anche considerando che questo sviluppo segna quella linea di continuità necessaria a garantire, in un sistema giuridico unitario, l'applicazione del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale, a vantaggio dell'espansione degli altri rami dell'ordinamento giuridico che prevedano illeciti extrapenalmente meno gravi, puniti, di conseguenza, con sanzioni non-penalmente connotate, in via di principio, da un più lieve contenuto afflittivo.

4. *Il silenzio come "comportamento concludente"? Rilievi conclusivi.* Nella presente indagine abbiamo evidenziato come *il mero silenzio non sia, di per sé, sufficiente a costituire gli artifici o raggiri necessari a soddisfare il vincolo di tipicità posto dalla norma penale*, dato che per l'integrazione della condotta tipica della truffa è richiesto un qualcosa in più della semplice inazione, che costituisca, appunto, un contegno artificioso o raggirante.

Ebbene, ad una più attenta riflessione può rilevarsi che, in talune ipotesi, è possibile distinguere il mero silenzio che, come detto, è di per sé solo inidoneo a costituire un artificio o raggirio penalmente rilevante, dal silenzio che invece assuma una veste diversa, di carattere concludente, per il contesto concreto nel quale venga ad operare³⁰. Ciò che si vuol dire è che possono darsi dei casi nei quali, in concreto, il silenzio non assume rilievo quale autonomo "in sé" ma, invece, acquisisce una veste diversa, con una propria carica di disvalore, nel rapporto interferenziale con altri fattori, che ne alterino il significato puramente omissivo.

Possono darsi delle *ipotesi nelle quali il silenzio sia da considerarsi come me-*

³⁰ In letteratura, in questo senso, cfr., per tutti, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 182, per il quale il silenzio, a differenza della pura inerzia, può possedere un maggiore potenziale di efficacia, là dove acquisti un «chiaro valore espressivo». In senso analogo, si v. LA CUTE, voce *Truffa (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 260. Nel senso della necessità che il silenzio «assuma - in relazione alle specifiche circostanze delle quali il soggetto approfitta - un concreto valore concludente, tale da circonvolvere la vittima»: MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, cit., 88. Si v., altresì, SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, cit., 174, là dove evidenzia che da un punto di vista strutturale «il silenzio dovrà essere guardato alla luce del contegno complessivo dell'agente, sicché con riferimento alle contingenze del caso singolo, sia possibile constatare se l'atteggiamento di chi tace, assumendo un chiaro valore di mendacio, crei nell'altro contraente un affidamento definitivo».

ramente “apparente”, in cui cioè il tacere su determinate circostanze non costituisca una semplice inerzia ma acquisisca un significato differente, assai più pregnante. In rapporto al contesto e alle concrete circostanze del caso, il silenzio può quindi trasformarsi in un “comportamento concludente”, che, quale forma di “comunicazione implicita”, corrisponde ad una comunicazione diretta, acquisendo un proprio rilievo penalistico come costituente un comportamento “positivo”, quindi di valore “commissivo”⁵¹.

Mi spiego meglio. Il silenzio può in concreto diventare una forma di raggiro là dove sia corredato da altri elementi che lo trasformino in un fatto concludente, tale cioè da circonvenire la vittima, con il risultato di acquisire un significato più pregnante anche dal punto di vista del disvalore di condotta. La significatività del silenzio può, ad esempio, derivare dalla sua “reiterazione” nel tempo⁵² o dal costituire una inattività che, anche in risposta ad una “pretesa-attesa” della controparte, si presenti come circostanziata, fraudolenta, comunque non meramente “passiva” nella concreta situazione in cui venga ad operare.

Si pensi, a titolo di esempio, al caso in cui un soggetto intenda acquistare una scultura d'autore e, allo scopo, si rivolga ad un antiquario noto nell'ambiente come venditore di simili opere difficilmente reperibili. Dietro richiesta di un busto d'autore, l'antiquario conduce il potenziale acquirente in una stanza del suo ampio negozio completamente dedicata alle sculture d'autore, nella quale vi sono tutti bronzi firmati da noti scultori, tranne uno, che, però, è proprio quello che maggiormente piace all'acquirente per le sue splendide fattezze. L'acquirente nota che il prezzo di vendita di detto busto non firmato è in linea con quello degli altri bronzi firmati che, come detto, giacciono tutti nella medesima stanza dedicata ai bronzi d'autore e, quindi, suppone che anche il busto non firmato sia una scultura forgiata da un celebre autore, nonostante

⁵¹ Nella dottrina tedesca, nel senso che il “comportamento concludente” possa integrare una condotta “commissiva”, si v., per tutti, CRAMER, PERRON, § 263, in *Schönke, Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28., neu bearb. Aufl., München, 2010, 14/15 (2324 ss.); GAUGER, *Die Dogmatik der konkludenten Täuschung*, Frankfurt, 2001, 122 ss.; KINDHÄUSER, *Konkludentes Täuschen*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln, München, 2008, 579 ss.

⁵² Per la pregnante significatività che può acquisire il silenzio “reiterato” nel tempo, anche di carattere “sistematico”, sia pur nella diversa ottica del rilievo della “tolleranza” nel concorso di persone nel reato, in dottrina, cfr. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra “inerzia” e “induzione al reato”. La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012, 34 ss., il quale osserva che: «se il “primo” silenzio (o la prima inattività) può ancora avere soltanto il significato di un'inerzia (...), potrebbe tuttavia ritenersi diversamente per i successivi silenzi (o le successive inattività), rispetto ai quali dovrebbe dunque porsi (almeno) il problema di un loro eventuale valore come consenso, se non addirittura come positivo incoraggiamento dell'altrui attività illecita» (*op. cit.*, 35).

non rechi incisa alcuna sigla che valga a identificare con certezza la paternità dell'opera. Quindi il potenziale acquirente chiede conferma che si tratti di un bronzo d'autore all'antiquario, il quale, nell'elogiare le eccellenti caratteristiche tecniche e artistiche dell'opera, tace però in merito alla paternità della stessa, sostanzialmente non rispondendo alle domande poste sul punto dal potenziale acquirente, eludendole. Ciò, nonostante il medesimo antiquario sia in possesso di un documento dal quale si evince che il busto è in realtà un falso, poiché attesta che l'originale dell'opera, di un noto scultore, si trova presso una collezione privata all'estero. L'antiquario, quindi, nonostante le reiterate domande del potenziale acquirente in ordine alla paternità della scultura, oltre a tacere in proposito, non svela nemmeno il documento, concentrando il proprio discorso sull'elogio della bellezza artistica dell'opera, quale opera unica nel suo genere. Il potenziale acquirente, quindi, nelle descritte concrete circostanze di contesto, si convince erroneamente che si tratti di una scultura d'autore e decide di acquistarla, ponendo in essere un atto di disposizione patrimoniale che, in realtà, risulta essere a proprio danno e a profitto dell'antiquario, avendo pagato un prezzo assai elevato, comunque sproporzionato, per un bronzo copiato, nell'erronea convinzione che si trattasse di una scultura d'autore.

In casi come quello appena illustrato, l'inattività dell'agente, calata in un determinato contesto comunicativo connotato da specifiche circostanze, realizza un "silenzio qualificato", il cui valore comunicativo è assimilabile al "parlare", trattandosi di un silenzio che, risultando idoneo a cagionare un affidamento definitivo nella vittima del comportamento concludente, acquisisce un carattere "positivo" se considerato congiuntamente agli altri fattori che siano intervenuti nel processo causale di condizionamento della psiche della vittima.

Dal punto di vista formale, quindi, detto "silenzio qualificato" può acquisire la veste di un "raggiro" - o un "artificio" - penalmente rilevante nel rispetto del vincolo di tipicità posto dalla norma penale. Cui si correda, dal punto di vista sostanziale, un autonomo contenuto di disvalore di condotta che contribuisce al perfezionarsi del disvalore complessivo della fattispecie del reato di truffa.

Quindi, una attenta valutazione del silenzio impone di *distinguere tra il semplice silenzio "inerzia", di per sé incolore in quanto puramente negativo, e il silenzio "eloquente" (nella dommatica tedesca, «beredtes Schweigen»⁵³), di*

⁵³ Nella letteratura tedesca, sul rilievo del «beredtes Schweigen» nella struttura della truffa, si v., per tutti, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, 74; NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1964, 106 ss. Più in particolare, sulla rilevanza del criterio del «Erklärungswert» del contegno dell'agente, cfr. TIEDEMANN, § 263, in *Leipziger Kommentar zum Straf-*

carattere “comunicativo” o comunque “espressivo”, che è invece munito di specifica significatività, quale contegno “positivo” con «significato e valore di dichiarazione»⁵⁴, per l'emersione di circostanze ed elementi di varia natura che arricchiscono la situazione nella quale s'innesta il contegno dell'agente e, quindi, anche il suo significato penalistico quale condotta da considerarsi “commissiva”.

Del resto, come noto, l'elaborazione penalistica della condotta deve comunque tener conto di due livelli: il primo, relativo al “nocciolo naturalistico”, da considerarsi ancora neutro in rapporto al diritto, che può talvolta apparire eterogeneo là dove il contegno non costituisca univocamente un'azione o una inazione; il secondo, che, nell'evidenziare le forme del contrasto con la norma giuridica, individua il significato normativo rappresentato dalla natura commissiva od omissiva del contegno, identificando la condotta omissiva nel comportamento che contrasti con un precetto di “comando” e la condotta commissiva nel contrasto con un precetto formulato in forma di “divieto”, con tutti i riflessi conseguenti in ordine alla possibile integrazione della fattispecie penale. Ma possono darsi dei casi più complessi nei quali il comportamento presenti profili di ambiguità per la sua apparente “ambivalenza”⁵⁵, dovuta all'intrecciarsi di componenti attive e inattive, nei quali occorre stabilire quale fra le due componenti risulti prevalere, come accade proprio nelle forme di silenzio “comunicativo” da inquadrarsi, per le ragioni dette, in una condotta dal valore “commissivo”.

Certamente occorre muoversi con la massima cautela nello sceverare i contegni puramente negativi, costituenti semplici silenzi di carattere inerziale, non suscettibili di integrare la condotta tipica della truffa, da quelli ai quali riconoscere invece valore “commissivo”, per scongiurare il rischio di promuovere

gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin, 1999, Rn. 21 ss.

⁵⁴ Così, sia pur in rapporto al tema della definizione della natura negoziale del silenzio, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 138 s., là dove ha chiarito che «un dato modo di comportarsi, pur non essendo consapevolmente diretto a dar notizia di un determinato contenuto precettivo a coloro cui interessa, può tuttavia assumere nell'ambiente sociale in cui si svolge, significato e valore di dichiarazione, in quanto renda riconoscibile secondo la comune esperienza una certa presa di posizione rispetto a taluni interessi che toccano la sfera giuridica altrui nella interferenza con la propria».

⁵⁵ Nella dottrina italiana, si v. l'indagine di SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra “inerzia” e “induzione al reato”*, cit., 114 ss., là dove classifica le ipotesi di comportamento “ambivalente” nelle seguenti categorie: «a) *I comportamenti “a doppia rilevanza”* (...); b) *Le “omissioni mediante azione”* (...); c) *I comportamenti caratterizzati dallo “scarso impiego di energia fisica”* (...); d) *La successione di comportamenti*». Nella letteratura tedesca, per l'identificazione del silenzio quale possibile contegno “ambivalente”, cfr., per tutti, ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für W. Gallas. Zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1973, 172; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, Berlin, 1972, 74 ss.

“travestimenti commissivi” con il risultato di estendere, in sede applicativa, il contenuto degli artifici o raggiri, dando luogo alla possibile violazione del divieto di analogia in materia penale. Un possibile “travestimento commissivo” potrebbe, ad esempio, realizzarsi ove si identificasse un “silenzio comunicativo” dal valore concludente nella semplice inosservanza di un onere o di un obbligo di informazione, attribuendo, di per sé, rilevanza ad un semplice obbligo di attivazione dell’agente, senza alcuna ulteriore indagine.

Ora, nel vagliare i criteri utili a distinguere la commissione dall’omissione, vi è a nostro avviso da evidenziare il limite di visioni di stampo meccanicistico che restano ancorate in modo esclusivo al “piano naturalistico”, a seconda che sia o meno identificabile un movimento volontario del corpo o una prestazione fisica, ovvero un impiego di energia corporea, le quali non risolverebbero i casi di “silenzio eloquente”; o, all’opposto, il limite di visioni ancorate ad un normativismo che, nell’attribuire rilievo alla direzione del rimprovero della norma, ovvero al significato sociale del comportamento, risultino prive di riferimenti concreti.

Quello che a noi sembra possa fungere quale *criterio risolutore per la ricognizione generale del comportamento commissivo, che quindi consenta di ritagliare, per sottrazione, anche l’area di quello puramente omissivo, consiste nella formula della “attivazione del rischio” per il bene protetto*, per la quale un comportamento può essere considerato commissivo «quando esprima un impulso sulla realtà circostante tale da attivare (o rafforzare) un rischio nei confronti del bene giuridico»⁵⁶. A nostro avviso, quindi, *la caratteristica che segnala la natura positiva del comportamento è da individuarsi proprio nell’attivazione, o nel rafforzamento, di un impulso di potenziale offesa per il bene giuridico protetto, mentre ove manchi tale input impulsivo nel contegno dell’agente, nel lasciare cioè che la dinamica del fatto fluisca seguendo il proprio corso senza alcuna interferenza nell’innesto di un rischio offensivo, il comportamento deve essere qualificato in termini puramente negativi*.

Quindi, tirando le fila dell’indagine, ciò che va valutato, caso per caso, è il rilievo del silenzio nel contesto specifico. Se rileva solo di per sé, quale semplice inazione, non può costituire un artificio o raggiri tipico e, quindi, non può ritenersi sufficiente ai fini dell’integrazione della condotta truffaldina. Se, invece, il silenzio è soltanto “apparente”, nel senso che, in rapporto alle concrete circostanze del caso, cela un determinato atteggiamento fraudolentemente

⁵⁶ Così, testualmente, SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d’impresa tra “inerzia” e “induzione al reato”*, cit., 133, sia pur in riferimento al criterio di individuazione del rilievo penale della tolleranza del vertice nella differente ottica dell’analisi delle organizzazioni complesse.

preordinato ad ingannare l'altro, lo stesso non costituisce una mera inazione, una stasi, ma acquisisce un più pregnante significato comunicativo quale "silenzio qualificato", proprio in quanto corredato da un *quid pluris*, e, quindi, rileva come "comportamento concludente" idoneo ad ingannare il soggetto passivo. Per queste ragioni, va quindi considerato come un "contegno psichico attivo", dunque tipico, e, in quanto tale, penalmente rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di truffa.

Occorre, quindi, in conclusione, chiedersi quale valore abbia avuto il silenzio nello specifico contesto di riferimento per verificare se sia in concreto accompagnato da circostanze che lo trasformino in fatto concludente, tale da costituire un "comportamento attivo raggirante", cioè un raggiramento tipico vero e proprio. Detto altrimenti, deve considerarsi come il silenzio sia in concreto calato nello specifico ambito "comunicativo-relazionale", proprio perché determinati "silenzi espressivi" possono costituire non una semplice inazione, ma un vero e proprio "comportamento concludente" munito di idoneità ingannatoria nell'influire sulla psiche della vittima e, quindi, idoneo ad indurla in errore determinandola al compimento del dannoso atto di disposizione patrimoniale. *La "trasformazione" del silenzio in "comportamento concludente" può aver luogo là dove il medesimo contegno silenzioso risulti in concreto corredato da altre circostanze, ulteriori elementi o fattori di contesto, che ne trasformino il significato penalistico in un contegno psichico "positivo", dal valore "commissivo", rendendone univoca l'oggettiva direzione lesiva atta ad ingannare la controparte per indurla al compimento dell'atto patrimoniale dannoso.*