

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Volume CCXXXVII
Fascicolo 3-4 2017



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN)

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Piero Antonio Bonnet – Prof. Em. Università di Teramo

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris I Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Redazione

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

Norme e criteri redazionali

- Il nome dell'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato in MAIUSCOLETTA, l'iniziale del nome precede il cognome (es.: A. GELLIO).
- Il titolo dell'opera o dell'articolo citato va riportato in *corsivo*; la particella "in" che precede il titolo della Rivista (in *corsivo*) va invece riportato in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...).
- L'indicazione dell'anno di pubblicazione va in tondo.
- L'indicazione del numero o di parti della Rivista va in tondo (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) o "c." (colonna); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, pp. 81-87; A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le particelle "cit." e "loc. cit.", indicative di pagine già citate, vanno in tondo mentre vanno in *corsivo* la particella "*op. cit.*" e le particelle "*ivi*" ed "*ibidem*", indicative di un titolo di volume o Rivista già citato.
- Il luogo di edizione va in tondo.
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare brani di autori o il testo di disposizioni normative si usano le caporali «...»; per evidenziare con enfasi concetti si usano gli apici doppi "..."; l'uso degli apici singoli '...' è riservato a espressioni particolari, definizioni, locuzioni che siano oggetto del discorso.
- Le parole straniere vanno in *corsivo*.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione o l'abbreviazione, nel testo, dei termini "vol." (seguito da numero romano) o "tomo" (seguito da numero arabo) è facoltativa. (es. T. TZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, p. 113 ss.).
- Il richiamo ad altra nota nello stesso articolo va in tondo (es.: vedi nt. 11).
- Per opere di più autori: AA.VV., oppure, a scelta: iniziali dei Nomi e Cognomi dei curatori separati da lineetta "-", fra parentesi (a cura di) e seguiti dal titolo Es.: T. TZIS - A. GELLIO (a cura di), *Le società*, Roma, 2011.

Alessia Legnani Annichini

LA TRUFFA IN RE ILLICITA. UN DIBATTITO GIURIDICO NELL'ITALIA LIBERALE*

SOMMARIO: 1. Un 'nuovo' reato. – 2. Cassazione 27 luglio 1877: un *leading case*. – 3. Gli occhi chiusi della buona giustizia. – 4. La via mediana della *Rivista Penale*. – 5. A proposito della trattatistica di fine Ottocento. – 6. Nuovi scenari di truffa *in re illicita*? – 7. Una critica e una difesa della dottrina carrariana. – 8. Un nuovo orientamento giurisprudenziale ed il ricorso ad argomenti civilistici. – 9. Le tre soluzioni della dottrina allo schiudersi del XX secolo. – 9.1. Non esiste truffa tra 'birbanti'. – 9.2. Anche tra disonesti è possibile la frode. – 9.3. La ragione sta nel mezzo? – 10. Il definitivo orientamento giurisprudenziale. – 11. «Non sempre la tutela penale coincide con quella civile».

1. Un 'nuovo' reato

La truffa, come è noto¹, è figura criminosa di recente creazione, la cui morfologia tecnica compare pienamente soltanto nelle codificazioni ottocentesche². Fu la dottrina a tracciarne i confini, dirigendo e sistematizzando comportamenti che nella criminalistica di età moderna erano sanzionati variamente fra stellionato, frode, falso e furto³.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si veda la descrizione della fattispecie a noi più familiare, quella dell'art. 640 del Codice Penale vigente, secondo cui si tratta di delitto patrimoniale del quale è responsabile chi, «con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno» (*Codice Penale*, Roma, 1930, l. II. *Dei delitti in particolare*, tit. XIII. *Dei delitti contro il patrimonio*, capo II. *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*, art. 640).

² Il reato di truffa nelle legislazioni ottocentesche è analizzato da A. RAVIZZA, *La truffa. Storia e legislazione - Dottrina e Giurisprudenza - Diritto Penale Militare*, Torino, 1916, pp. 39-61 e, più di recente, da M. SBRICCOLI, *Truffa (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 45, Milano, 1992, pp. 241-243, ora in Id., *Storia della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, II, Milano, 2009 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 88).

³ La derivazione della truffa dall'unione di condotte precedentemente ricomprese in altre figure criminose è stata puntualmente ricostruita da D.A.

All'indomani dell'unificazione politica italiana, seppur denominato in maniera diversa – frode nel Codice Penale toscano⁴ e truffa in quello piemontese⁵ – il *crimen* presentava i me-

TOLOMEI, *L'evoluzione storico-giuridica del delitto di truffa*, in *Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza* (d'ora in poi *Rivista Penale*), 77 (1913), pp. 565-704; A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 12-23; M. SBRICCOLI, *Truffa*, cit., pp. 237-241; R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, 2011² (Il Diritto nella Storia, 14), pp. 211-218; Id., *Tra due codici. I reati economici nel Codice Penale del 1889*, in *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1889)*, con scritti raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 2009 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. II, Le fonti, 27) p. CXXVII e Id., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia (1930). Codice Rocco*, con scritti raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 2010 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. II, Le fonti, 28), pp. CCH-CCIII.

⁴ *Codice penale pel Granducato di Toscana*, Firenze, 1853, l. II. *Dei delitti e della loro punizione in particolare*, tit. VIII. *Dei delitti contro gli averi altrui*, Sez. I. *Dei delitti contro gli averi altrui, per cupidigia di guadagno*, capo III. *Della frode, dello scroocchio, del fallimento punibile*, art. 404, «§ 1. Incorre, come colpevole di frode, nella pena del furto semplice, a) chiunque, attribuendosi un nome, una qualità, od una commissione, che non ha, od eccitando speranze o temenze chimeriche, ottiene la consegna di qualche cosa, con animo di farla sua; b) chiunque dolosamente vende, permuta, dà in pagamento, od impegna cose altrui, come se fossero sue, o cose vili, o men preziose della loro apparenza, come se fossero preziose, o più preziose di quello che sono; c) chiunque dolosamente aliena a due diversi acquirenti lo stesso immobile, od aliena o ipoteca come libero, o come soggetto a pesi minori, un immobile vincolato, o sottoposto a pesi maggiori; d) chiunque dolosamente cede un credito già esatto, o ceduto ad altri, o, essendo stato già pagato del suo credito, si fa dolosamente riconoscere per creditore, ed esige di bel nuovo il pagamento; e) chiunque dolosamente sottrae la cosa propria al detentore di essa, e poi lo richiama a restituirla, e se ne fa pagare il prezzo; e finalmente f) chiunque, sorprendendo l'altrui buona fede, con artifizii, maneggi, o raggiri, diversi da quelli contemplati sotto le lettere precedenti, o nel seguente art. 405, si procura un ingiusto guadagno in danno altrui [...]».

⁵ *Codice Penale 20 novembre 1859 colle modificazioni portate dal Decreto Reale 26 Novembre 1865*, Milano-Firenze, 1865, l. II. *Dei crimini e dei delitti, e delle loro pene*, tit. X. *Dei reati contro le persone e le proprietà*, capo II. *Dei reati contro le proprietà*, sez. III. *Delle truffe, appropriazioni indebite, ed altre specie di frode*, art. 626, «Chiunque, sia facendo uso di falsi nomi o di false qualità, sia impiegando rigiri fraudolenti per far credere l'esistenza di false imprese, di un potere o di un credito immaginario, o per far nascere la speranza od il timore di un successo, di un accidente o di qualunque altro avvenimento chimerico, o con qualsivoglia altro artificio o maneggio doloso atto ad ingannare od abusare dell'altrui buona fede, si sarà fatto consegnare, o rilasciare denaro, fondi, mobili, obbligazioni, disposizioni, biglietti, promesse, quietanze, o liberazioni che non gli spettino, ed avrà con alcuni di questi mezzi carpito la totalità o parte

desimi elementi costitutivi, poi confermati dal primo Codice Penale unitario del 1889⁶: artifici o raggiri atti ad ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede, induzione in errore, conseguimento di un ingiusto profitto con danno altrui⁷. Imperante tale quadro normativo di riferimento, la prassi giurisprudenziale pose con forza il problema se potesse ricondursi al *genus* del reato la *species* di chi riceveva il compenso per la promessa non mantenuta di un atto illecito od immorale, come pure quello di chi si rifiutava di pagare per la prestazione immorale ottenuta. Intorno a questo schema si interrogarono la dottrina e la giurisprudenza nell'Italia liberale.

La questione – il caso è quello di chi promette ma non consegna false banconote conseguendo un lauto compenso – fu sottoposta per la prima volta nel 1877 al vaglio della Cassazione di Torino⁸, che giudicò in favore della configurabilità della truffa al ricorrere di tali circostanze, sostenendo la presenza di tutti gli estremi richiesti dalla norma codicistica, compreso l'inganno alla buona fede, dovendosi intendere quest'ultima come «credulità del truffato»⁹. Una posizione destinata ad essere ribaltata da pronunce successive sia nella fattispecie del compenso per l'atto illecito non compiuto (Cassazione, 2 marzo 1904 e Cassazione, 20 luglio 1909)¹⁰, sia in quella del mancato pagamento della meretrice (tra le altre Corte d'Appello di Brescia, 21 ottobre 1898 e Corte d'Appello di Bologna, 13 marzo 1899)¹¹. Il punto di svolta si avrà con la sentenza della Cas-

degli altrui beni, sarà punito col carcere e con multa estensibile a lire duemila, salve sempre le pene maggiori se vi è reato di falso».

⁶ *Codice penale per il Regno d'Italia*, Verona, 1889, l. II. *Dei delitti in specie*, tit. X. *Dei delitti contro la proprietà*, capo III. *Della truffa e di altre frodi*, art. 413, «Chiunque, con artifici o raggiri atti a ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede, inducendo alcuno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione sino a tre anni e con la multa oltre le lire cento [...]».

⁷ V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, VIII, Milano-Torino-Roma, 1919, pp. 389-394.

⁸ Per una dettagliata analisi di tale pronuncia v. il successivo § 2.

⁹ Cassazione di Torino, 27 luglio 1877, in *Rivista Penale*, 7 (1877), p. 229.

¹⁰ Si tratta di orientamento giurisprudenziale approfondito *infra*, § 8.

¹¹ Tale giurisprudenza è analizzata *infra*, § 6.

sazione del 9 gennaio 1915, che perentoriamente ribadì come l'illiceità del negozio promesso non escludesse il delitto¹².

Tra la fine del XIX ed il primo ventennio del XX secolo la realtà fattuale avrebbe poi sollecitato anche la riflessione dottrinale, impegnata in un vivace dibattito cui parteciparono autorevoli esponenti del foro e dell'accademia, divisi tra avversari e sostenitori della reattizzazione. Due opposti schieramenti, che annoverarono nelle proprie fila indifferentemente esponenti delle due scuole – la 'classica'¹³ e la 'positiva'¹⁴ – che

¹² La nuova fase giurisprudenziale è delineata *infra*, § 10.

¹³ L'espressione è di L. LUCCHINI, *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, 1886, pp. XXIV-241. Su questa 'scuola' v. R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Archivio Penale*, 14 (1958), I, pp. 173-209; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai giorni nostri*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, s. IV, 49 (1972), pp. 36-43; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico* (d'ora in poi *Quaderni Fiorentini*), 36 (2007), pp. 611-662; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pp. 147-232, ora in *Id.*, *Storia del diritto*, cit., II, pp. 508-509 e pp. 536-547; *Id.*, *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *Quaderni Fiorentini*, 16 (1987), pp. 105-183, ora in *Id.*, *Storia del diritto*, cit., II, pp. 903-980; F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano, 1986 (Quaderni di «Studi Senesi», 59); *Id.*, «Consorelle» tra «vincoli indissolubili», «scuole», «indirizzi» del penale, in *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, a cura di L. LACCHÈ, M. STRONATI, Macerata, 2012, pp. 27-32; *Id.*, *Le scuole penalistiche*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti, VIII appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto* (d'ora in poi *Enciclopedia Italiana, VIII appendice*), Roma, 2012, pp. 349-350; A. BERARDI, *Vincenzo Manzini. Del metodo giuridico*, Napoli, 2003 (L'Ircocervo. Saggi per una storia filosofica del pensiero giuridico e politico italiano contemporaneo, a cura di F. Gentile, 27), pp. 5-14 e P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 15-16. Ancora fondamentale, seppur risalente, per illustrare tale indirizzo dottrinale il contributo dello stesso F. CARRARA, *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novelamente dichiarati*, Lucca, 1875, ora in *Rivista Penale*, 5 (1876), pp. 148-163.

¹⁴ Per un approfondimento di tale corrente dottrinale v. R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole*, cit., pp. 173-209; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale*, cit., pp. 26-43; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 547-567; *Id.*,

davano voce alla scienza criminalistica dell'epoca. Di fatto, però, nel caso in questione la contrapposizione tra i due indirizzi dottrinali della penalistica di fine Ottocento non pare aver avuto un impatto decisivo.

Un primo orientamento – rappresentato da Francesco Carrara (1805-1888)¹⁵, da Enrico Pessina (1828-1916)¹⁶ e da Gennaro Escobedo (1868-1942)¹⁷ tra gli altri – negò la truffa, invocando anzitutto il comune e condiviso senso morale, per cui la giu-

Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990), in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, pp. 499-503, ora in Id., *Storia del diritto*, cit., II, pp. 591-670; F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 89-131; Id., «*Consorelle*» tra «*vincoli indissolubili*», cit., pp. 32-35; Id., *Le scuole penalistiche*, cit., pp. 350-352 e A. BERARDI, *Vincenzo Manzini*, cit., pp. 5-20. Seppur datati offrono uno spaccato delle idee della 'scuola' E. FERRI, *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale*, in *Rivista di filosofia scientifica*, 2 (1882-1883), pp. 321-337; Id., *La scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883 e A. GABELLI, *Sulla "Scuola Positiva" del diritto penale in Italia*, in *Rivista Penale*, 23 (1886), pp. 505-527.

¹⁵ La figura di Francesco Carrara, il più illustre criminalista italiano dell'Ottocento, che seppe unire all'attività forense, il magistero universitario come pure l'impegno nella vita politica all'indomani della proclamazione del Regno d'Italia, è stata oggetto di numerosi contributi. Per un primo inquadramento del personaggio e senza alcuna pretesa di esaustività v. i profili biografici delineati da A. MAZZACANE, *Carrara, Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* (d'ora in poi *DBI*), 20, Roma, 1977, pp. 664-670; M. MONTORZI, *Francesco Carrara (1805-1888)*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI, Bologna, 2011 (Storia dell'avvocatura in Italia), pp. 475-496; F. COLAO, *Carrara, Francesco*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* (d'ora in poi *DBGI*), a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI, I, Bologna, 2013, pp. 463-466 e G. DE FRANCESCO, *Carrara, Francesco*, in *Enciclopedia Italiana, VIII appendice*, cit., pp. 357-361; come pure i saggi raccolti nel volume *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988), Milano, 1991 (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, 112). Sempre fondamentali le pagine di M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Ottocento e Novecento. Il problema dei reati politici dal "Programma" di Carrara al "Trattato" di Manzini*, in *Quaderni Fiorentini*, 2 (1973), pp. 607-702, ora in Id., *Storia del diritto*, cit., II, pp. 725-818.

¹⁶ Il profilo biografico e scientifico del giurista è puntualmente ricostruito da M.N. MILETTI, *Pessina, Enrico*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1554-1558, con ricca bibliografia cui rinvio.

¹⁷ Per un primo quadro bio-bibliografico v. C. STORTI, *Escobedo Gennaro*, in *DBGI*, I, cit., pp. 803-804.

stizia non deve tutelare i disonesti, ma pure generalissimi capisaldi del *ius civile*, come quello per cui non essendo ripetibile quanto versato per l'azione turpe manca il danno giuridicamente rilevante. Sul fronte opposto, quanti – come Alessandro Stoppatto (1858-1931)¹⁸ e Domenico Alberto Tolomei (1881-1943)¹⁹ – si dichiararono in favore del reato, riscontrando la presenza in tali casistiche dei *substantialia* richiesti dal Codice Penale.

Il contrasto sarebbe stato destinato ad appianarsi solo nel secondo decennio del Novecento, quando l'*opinio*, fino a quel momento minoritaria, per la quale vi è truffa *in re illicita* venne progressivamente condivisa. Un'*opinio* destinata a prevalere in conseguenza dell'affermazione nella scienza penalistica dell'indirizzo 'tecnico-giuridico'²⁰, per il quale l'oggettività della giurisdizione penale non sopporta contaminazioni della morale o del diritto civile.

2. Cassazione 27 luglio 1877: un leading case

Siamo a Mantova tra il febbraio ed il marzo del 1876. Ettore Bonati e Francesco Zamboni, di concerto tra loro, fecero credere ad Angelo Paganini di essere in grado di procurargli una cospicua quantità di banconote false. Profittando della avidità del raggirato, nonché della sua ingenuità, cui non dovette es-

¹⁸ Un primo inquadramento del penalista è offerto da C. STORTI, *Stoppatto, Alessandro*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1918-1920, con ricca bibliografia cui rinvio.

¹⁹ Per un approfondimento bio-bibliografico v. M.N. MILETTI, *Tolomei, Domenico Alberto*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1955-1956.

²⁰ Sulle figure e le idee dell'indirizzo 'tecnico-giuridico', v. E. CARNEVALE, *Il perfezionamento del metodo giuridico e la concezione integrale del diritto criminale*, Torino, 1917; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale*, cit., pp. 44-48; P. NUVOLONE, *Vincenzo Manzini e la scienza del diritto penale*, in *L'Indice Penale*, 17 (1983), pp. 5-17; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 573-583; ID., *Caratteri originali e tratti permanenti*, cit., pp. 635-642; F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 132-142; ID., *Le scuole penalistiche*, cit., pp. 353-356; A. BERARDI, *Vittorio Manzini*, cit., pp. 26-61 e P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., pp. 83-88. Sempre fondamentale la prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale dell'Università di Sassari (15 gennaio 1910) tenuta da A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1 (1910), pp. 497-521 e pp. 560-582, ora in ID., *Opere giuridiche*, III *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933 (Biblioteca del "Foro Italiano"), pp. 263-323.

sere estranea la circostanza che uno dei due millantatori fosse un modesto dipendente della locale Intendenza di finanza, essi si fecero anticipare il cospicuo contante richiesto, senza peraltro consegnare i promessi falsi.

Preso consapevolezza dell'inganno, Paganini adì le vie legali, sostenendo di essere stato truffato ai sensi dell'art. 626 del Codice Penale Sardo-Piemontese²¹ ed ottenendo sentenza favorevole dal Tribunale Correzionale di Mantova (21 agosto 1876) e dalla Corte d'Appello di Brescia (2 novembre 1876), che condannarono Bonati e Zamboni. La pena del carcere, inflitta per due mesi all'uno e per nove mesi all'altro, venne elevata dalla decisione di secondo grado rispettivamente a tre mesi e ad un anno²². Entrambi i condannati ricorsero alla Corte di Cassazione di Torino²³, chiedendo l'annullamento della

²¹ *Codice Penale* (1865), cit., art. 626. Per il testo dell'articolo, v. *supra*, nt. 5.

²² Archivio di Stato di Torino (d'ora in poi ASTo), fondo *Corte di Cassazione Torino, Sentenze Penali*, mazzo 242, *Sentenza 27 luglio 1877*, cc. 148r-149r. La sentenza è parzialmente edita in *Annali della Giurisprudenza Italiana. Raccolta generale delle decisioni delle Corti di Cassazione e d'Appello in materia civile, criminale, commerciale, di diritto pubblico e amministrativo, e di procedura civile e penale* (d'ora in poi *Annali della Giurisprudenza Italiana*), 11 (1877), pp. 262-263, mentre la massima è riportata in *Rivista Penale*, 7 (1877), p. 229.

²³ Dalla Francia, ove fu creata negli anni della Rivoluzione, la magistratura venne introdotta a Napoli ed a Milano durante l'occupazione francese. Solo la prima fu mantenuta dalla Restaurazione, quando vennero istituiti la Cassazione di Palermo ed il Supremo Tribunale di Giustizia nel Lombardo-Veneto. La Cassazione torinese, che qui rileva, già annunciata il 30 ottobre 1847, iniziò la propria attività il 1 maggio 1848. Divisa in una classe civile ed in una penale, essa era formata da un Primo Presidente, da un Presidente di Classe, da 16 consiglieri e da un Pubblico Ministero. Trasferita a Milano nel 1860, in seguito alla l. 18 dicembre 1864 fece ritorno a Torino (v. C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, Torino, 1881, pp. 138, 148-149, 163-164 e 176-178). All'indomani dell'unità italiana si conservò la 'regionalità' della suprema magistratura, con 5 corti (Torino, Firenze, Roma, Napoli e Palermo): l'unificazione della Cassazione penale in capo a quella romana precedette quella civile – raggiunta solo nel 1923 (R.D. 24 marzo 1923 n. 601) – e fu realizzata con l. 6 dicembre 1888 n. 5225. Accennano in maniera sintetica a tale questione G. SORGIU, *La Cassazione Penale*, Padova, 1947, pp. 31-32; le voci P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 2, Torino, 1958, pp. 1053-1104, specie le pp. 1059-1063 e S. SATTA, *Corte di Cassazione (diritto pro-*

pronuncia. La magistratura fu, dunque, chiamata ad esprimersi per la prima volta sull'esistenza o meno della truffa *in re illicita*, fino a quel momento solo ipotizzata in dottrina²⁴. La questione, emersa nella prassi giurisprudenziale e risolta in senso favorevole con una pronuncia destinata a divenire un *leading case*, si pose fin da subito al centro di un animato dibattito²⁵, che vide intrecciarsi le voci di eminenti criminalisti tra la fine dell'Ottocento ed il primo scorcio del secolo successivo.

Rispetto all'unico mezzo di impugnazione proposto da Zamboni, i motivi addotti da Bonati appaiono più articolati. In primo luogo, egli sostenne come nel caso *de quo* non si potesse configurare una truffa, in quanto la presunta vittima era in mala fede, mirando essa stessa ad un risultato che si sarebbe a sua volta sostanziato in una figura di reato, tanto che se i colpevoli l'avessero assecondata consegnando i falsi biglietti di banca, la vittima sarebbe stata a sua volta imputata di un più grave reato. In secondo luogo, il ricorrente addusse che, così come era inibita l'azione civile – in quanto gli artt. 1104 e 1122 del Codice Civile²⁶ richiedevano una causa lecita per la validità del contratto –, parimenti non si potesse conseguire una con-

cessuale civile), in *Enciclopedia del diritto*, 10, Milano, 1962, pp. 797-830, specie le pp. 797-803, mentre le corrispondenti voci in ambito penalistico prescindono da qualsiasi indagine storica. Per un approfondimento v. C. GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia*, cit., pp. 791-817; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005 (Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 123) e F. MASTROBERTI, *Gli avvocati e la Cassazione unica (1865-1872)*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI, Bologna, 2014 (Storia dell'avvocatura in Italia), pp. 733-759; sempre valido, sempre incentrato sulla Cassazione civile, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I. *Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, 1920.

²⁴ V. *infra*, § 3.

²⁵ Il dibattito dottrinale è trattato nei successivi §§ 3, 4, 5, 7 e 9.

²⁶ *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino-Firenze, 1865, l. III. *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, tit. IV. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, capo I. *Delle cause delle obbligazioni*, sez. I. *Dei contratti*, § II. *Dei requisiti essenziali per la validità dei contratti*, art. 1104, «I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono [...] una causa lecita per obbligarsi» e art. 1122, «La causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico».

danna in sede penale. In terzo luogo, egli sostenne la mancanza a suo carico di un elemento costitutivo del delitto: «gli artifici, maneggi e raggiri dolosi²⁷, la *mise en scène* de' Francesi»²⁸.

Siamo, qui, in uno snodo tecnico importante della materia, allorché si tratti dei mezzi necessari per conseguire lo scopo del reato. Appariva necessario, infatti, distinguere tra artifici e maneggi da un lato e raggiri dall'altro. I primi comportano un'astuta simulazione o dissimulazione atta a far percepire al soggetto passivo una «falsa apparenza materiale»; i secondi, diretti ad incidere subdolamente sulla psiche altrui, determinano una «falsa apparenza logica o sentimentale»²⁹. Nessun comportamento doloso – a dire di Bonati – era a lui ascrivibile, essendosi limitato ad avallare la menzogna di Zamboni. Del resto, il pagamento non era avvenuto contestualmente all'inganno, ma solo in un momento successivo, escludendo il nesso di causalità tra i raggiri posti in essere e la consegna della cosa determinante l'ingiusto profitto³⁰, vale a dire il momento consumativo del reato³¹.

La difesa di Zamboni, come quella del suo complice, intendeva dimostrare la mancanza di buona fede in Paganini, per invocare l'esclusione dei raggiri fraudolenti atti ad ingannare. Essa presentava un profilo di originalità laddove invocava l'annullamento della sentenza della Corte d'Appello di Brescia, sostenendo la diversità della posizione dei due imputati

²⁷ Su quali comportamenti integrassero tale estremo del reato molto si è scritto, v. la sintesi di V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, cit., VIII, pp. 390-399.

²⁸ Per *mise en scène* si intendeva una «rappresentazione più o meno complessa», come ad esempio nel caso di chi ostentasse falsamente un'ingente ricchezza oppure indossasse una divisa falsa. Giurisprudenza e dottrina si sono interrogate se essa fosse necessaria o meno ai fini della configurabilità della truffa, concludendo che la messa in scena potesse esservi ma non fosse obbligatoria, in quanto *species* del più ampio *genus* artifici (v. V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, cit., VIII, pp. 390-391).

²⁹ V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, cit., VIII, pp. 390-399.

³⁰ La truffa si consuma nel momento e nel luogo in cui il soggetto attivo consegue il profitto ingiusto ed il soggetto passivo subisce il danno patrimoniale (v. V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, cit., VIII, pp. 436-443).

³¹ ASTO, *Sentenza 27 luglio 1877*, cit., cc. 149r-150r.

e, di conseguenza, la necessità di un processo «per due distinti fatti» e a carico di due diversi soggetti. Inoltre, Zamboni ritenne impropria l'applicazione della pena prevista per la truffa, argomentando che eventualmente sarebbe stato più corretto applicare quella contemplata per l'appropriazione indebita³².

Il ricorso presentato fu infruttuoso. La Cassazione di Torino, il 27 luglio 1877, confermò quanto stabilito in secondo grado, rigettando i motivi addotti dai due truffatori ed affermando il principio per cui il reato *de quo* si configurava sempre al ricorrere degli estremi contemplati dall'art. 626 del Codice Penale Sardo-Piemontese: gli artifici od i raggiri fraudolenti, l'inganno od abuso dell'altrui buona fede determinato dai medesimi, la consegna di un bene a chi non ne ha diritto, che va a conseguire un lucro ingiusto a danno di altri.

Nel caso in giudizio la suprema magistratura ravvisò tutti gli elementi integranti la truffa. In primo luogo, i raggiri fraudolenti determinanti l'errore altrui, dal momento che Zamboni e Bonati indussero Paganini, con «invenzione e trama», a credere di essere nel possesso di banconote falsificate ad arte e questi cadde nella rete dei truffatori, accettando la proposta illecita. In secondo luogo, ricorrevano sia il danno patrimoniale subito dal soggetto passivo che si era spogliato di una somma di denaro «solo e unicamente in seguito e in conseguenza dell'inganno», sia l'ingiusto profitto in capo ai soggetti attivi che, tramite il maneggio, ottennero quanto non spettava loro³³.

Se la Cassazione non ebbe alcun dubbio in merito all'esistenza dei raggiri fraudolenti, più delicato appariva l'aspet-

³² *Codice Penale* (1859), cit., l. II. *Dei crimini e dei delitti, e delle loro pene*, tit. X. *Dei reati contro le persone e le proprietà*, capo II. *Dei reati contro le proprietà*, sez. III. *Delle truffe, appropriazioni indebite, ed altre specie di frode*, art. 631, «Chiunque avrà consumato, dissipato, alienato od in qualsiasi modo convertito in uso proprio, e con danno del proprietario o possessore, o detentore, robe, danaro, mercanzie, biglietti o qualunque altro scritto portante obbligazione o liberazione, le quali cose fossero state a lui consegnate coll'obbligo di restituirle, di presentarle, o di farne un uso od impiego determinato, è reo di appropriazione indebita, e sarà punito col carcere non minore di un mese [...]».

³³ ASTo, *Sentenza 27 luglio 1877*, cit., cc. 150r-v.

to del tradimento della buona fede, di cui, secondo i ricorrenti, l'ingannato era certamente privo, perseguendo a sua volta uno scopo criminoso. La pronuncia affrontava il nodo problematico, precisando come nella fattispecie in esame l'espressione 'buona fede' utilizzata dal legislatore dovesse «indicare la credulità del truffato e non la moralità della causa per la quale questi siasi indotto a spogliarsi della cosa»³⁴. Non rilevava, infatti, come scusante per l'autore del *crimen* la natura delle ragioni che avevano indotto la vittima a consegnare la somma richiestagli, tanto da affermare che «Paganini non è che un gabbato».

La Suprema Corte concluse che sarebbe stato «ripugnante ad ogni principio di giustizia» che non fosse punito chi, oltre a causare un danno materiale, tenesse una condotta eticamente riprovevole poiché finalizzata alla corruzione di altri. Era incontestabile che Bonati e Zamboni avessero ottenuto le patuite 450 lire da Paganini, causandogli un danno patrimoniale ed, al contempo, conseguendo essi stessi un ingiusto guadagno. Quanto alla mancata contestualizzazione tra l'esborso di denaro e l'inganno, la Cassazione la giudicò irrilevante, perché il pagamento, seppur effettuato in un secondo momento, fu comunque conseguenza del raggio posto in essere³⁵.

Di minor interesse appaiono i motivi che determinarono il rigetto degli ultimi due punti dell'unico 'mezzo' di ricorso presentato da Zamboni. Anzitutto, la Corte sostenne fosse corretto accorpate in un unico procedimento la posizione dei due imputati, ritenendo irrilevante che un altro giudice di merito avesse emesso diversa sentenza. In secondo luogo, essa osservò come si fosse correttamente applicata la pena indicata per la truffa, poiché nel reato di appropriazione indebita il dolo è successivo alla consegna della cosa, mentre nella fattispecie esso esiste *ab origine* e, dunque, la precede³⁶.

³⁴ Così la massima, Cassazione di Torino, 27 luglio 1877, in *Rivista Penale*, 7 (1877), p. 229.

³⁵ ASTO, *Sentenza 27 luglio 1877*, cit., cc. 150v-153r.

³⁶ ASTO, *Sentenza 27 luglio 1877*, cit., cc. 153r-v.

La pronuncia venne emessa a Torino nel 1877, in un'Italia ove ancora mancava l'unificazione giuridica in materia penale, conseguita solo a partire dal 1° gennaio 1890, con la messa a regime del Codice Penale Zanardelli³⁷. Perdurava, infatti, la duplice giurisdizione del Codice Penale Toscano (1853)³⁸ nei territori dell'ex Granducato e del Codice Penale Sardo-Piemontese (1859)³⁹ nel resto della penisola, applicato in un te-

³⁷ Sul lungo *iter* che portò all'entrata in vigore del Codice Penale Zanardelli v. C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari, 1995³ (Biblioteca Universale Laterza, 412), pp. 167-175; M. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime all'Unità*, Torino, 1999, pp. 296-302; l'intera parte II a tale codice dedicata del volume *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. VINCIGUERRA, Padova, 1999 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. III. Gli studi, Storia del diritto penale, 7), pp. 397-672; M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 616-623 e ID., *La penalistica civile*, cit., pp. 509-547.

³⁸ Sul codice toscano e la sua perdurante vigenza all'indomani dell'unità italiana sono sempre valide, seppur datate, le pagine scritte a riguardo da E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, in ID., *Opuscoli di diritto penale*, Napoli, 1874, pp. 121-135; v. inoltre G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, 7, Milano, 1960, pp. 263-264; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., pp. 65-67; *Codice Penale pel Granducato di Toscana (1853)*, presentazione di M. DA PASSANO, F. MANTOVANI, T. PADOVANI, S. VINCIGUERRA, Padova, 1995 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. II Le fonti, 5); M. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., p. 228; T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., pp. 397-408 e M.P. GERI, «*La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia*». Francesco Carrara e l'unità del «giure penale», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35 (2005), pp. 333-359, il quale sottolinea come il criminalista lucchese fosse contrario all'unificazione legislativa in ambito penale.

³⁹ Un ampio affresco su tale codice e la sua estensione alle province italiane è offerto da E. PESSINA, *Dei progressi del diritto*, cit., pp. 153-194; v., inoltre, G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., p. 264; A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, pp. 24-26; M. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., pp. 176-177; S. VINCIGUERRA, *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., pp. 350-393; E. DEZZA, *Il «colpo di stato legislativo» del 1859 e la nascita del codice Rattazzi*, in *Il Codice Penale per gli Stati del Re di Sardegna e per l'Italia unita (1859)*, rist. anast. con scritti raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 2008 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. II. Le fonti, 26), pp. XI-XX. Sottolineano, peraltro, come i territori lombardi avessero accettato con fatica il codice sabauda M. DA PASSANO, *Due codici a confronto: le resistenze lombarde all'estensione del codi-*

sto parzialmente modificato con decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861 alle province napoletane e siciliane⁴⁰. Il primo, espressione della miglior tradizione penalistica toscana, presentava come è noto elementi di originalità e sopravvisse all'unità politica per un coacervo di ragioni, che sarebbe riduttivo ricondurre alla sola abrogazione della pena di morte⁴¹ ad opera del governo provvisorio nel 1859⁴². È stato osservato, infatti, come si tratti di un testo normativo «tecnicamente pregevole, sistematicamente ben costruito, moderno nei contenuti»: per queste ragioni apparve preferibile mantenerlo in vigore nei territori ove già si applicava, piuttosto che introdurvi il più arretrato e farraginoso Codice Sardo-Piemontese, anche

ce penale sabaudo, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, rist. anast. a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2001, pp. CXCv-CCXvii; S. VINCIGUERRA, *Il codice penale del 1859 e l'unificazione della giustizia penale in Lombardia nell'immediato dopoguerra*, in *Il Codice Penale per gli Stati*, cit., pp. XLI-LXIII; M.G. DI RENZO VILLATA, *L'applicazione del codice penale sardo-piemontese in Lombardia. Tra Milano e Bergamo (1862-1864)*, in *Il Codice Penale per gli Stati*, cit., pp. LXV-CIII; cenni anche in F. COLAO, *Profili di federalismo penale in Italia dall'Unità al Codice Zanardelli*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 84 (2011), p. 105.

⁴⁰ Sulla difficile esportazione del *Codice Penale Sardo-Piemontese* nei territori dell'ex Regno delle Due Sicilie e sulle modifiche apportatevi v. E. PESSINA, *Dei progressi del diritto*, cit., pp. 164-170; G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., p. 264; M. DA PASSANO, *Il problema dell'unificazione legislativa e l'abrogazione del codice napoletano*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819), Parte II. Leggi Penali*, rist. anast., Padova, 1996 (Casi, fonti e studi per il diritto penale, s. II. Le fonti, 6), pp. LXIX-CXLII; M.N. MILETTI, «*Piemontesizzare le contrade italiane*». *L'adeguamento del codice penale sardo alle provincie meridionali*, in *Il Codice Penale per gli Stati*, cit., pp. CV-CXXXIII e F. COLAO, *Profili di federalismo*, cit., p. 105.

⁴¹ Su questa questione v., tra gli altri, i recenti contributi di M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 579 ss.; E. DEZZA, *Il problema della pena di morte*, in *Enciclopedia italiana*, VIII appendice, pp. 223-230; E. TAVILLA, *Gli avvocati italiani e l'abolizione della pena di morte*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori*, cit., a cura di S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI, Bologna, 2014 (Storia dell'avvocatura in Italia), pp. 503-537 e Id., *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in *Historia et ius*, 10 (2016), pp. 1-12.

⁴² Sottolineano quest'unico aspetto G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., p. 264; A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., pp. 25-26 e C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., p. 64.

se ciò significava creare «una vistosa smagliatura nell'unità legislativa dello Stato»⁴³. Quest'ultimo, promulgato il 20 novembre 1859 in virtù dei pieni poteri conferiti dal Parlamento al Re in occasione della seconda guerra d'indipendenza⁴⁴, non è altro che un aggiornamento del Codice albertino del 1839, del quale mantiene complessivamente i criteri, la sistematica e molte norme⁴⁵.

La ricerca di uniformità con la legislazione penale dei territori annessi al Regno; l'armonizzazione con i principi costituzionali dello *Statuto albertino* (1848), nel frattempo promulgato; la mitigazione delle pene rivelatesi troppo severe e, al contempo, l'inasprimento di quelle rivelatesi troppo miti; la volontà di correggere la discrezionalità giudiziale nell'inflizione delle pene furono le ragioni essenziali che spinsero verso un nuovo testo⁴⁶.

Le disposizioni di entrambi i codici⁴⁷ collocano il reato di truffa – di frode secondo il dettato toscano che con 'truffa' indica, invece, l'attuale appropriazione indebita⁴⁸ – tra i delitti contro la proprietà, ma non contemplano la casistica appena

⁴³ T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana*, cit., p. 402.

⁴⁴ In merito alla promulgazione del codice del '59 è puntuale la ricostruzione di E. DEZZA, *Il «colpo di stato legislativo»*, cit., pp. XI-XX; v. anche C. SCHWARZENBERG, *La formazione del Regno d'Italia. L'unità amministrativa e legislativa*, Milano, 1975 (Problemi di storia), pp. 11-21. Le ragioni della legge delega 25 aprile 1959 n. 3345, che conferì pienezza di poteri al Re alla vigilia della guerra contro l'Austria, sono analizzate da C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005 (Università di Macerata - Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 121), pp. 224-226.

⁴⁵ M. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., p. 177.

⁴⁶ S. VINCIGUERRA, *I codici penali sardo-piemontesi*, cit., p. 360.

⁴⁷ *Codice penale* (1853), cit., art. 404 e *Codice Penale* (1865), cit., art. 626. Per il testo delle norme v. *supra*, ntt. 4 e 5.

⁴⁸ *Codice penale* (1853), cit., l. II. *Dei delitti e della loro punizione in particolare*, tit. VIII. *Dei delitti contro gli averi altrui*, Sez. I. *Dei delitti contro gli averi altrui, per cupidigia di guadagno*, capo II. *Della truffa, della baratteria marittima, della fraudata amministrazione, e della indebita appropriazione di cose trovate*, art. 396, «Chiunque, dolosamente consumandola, distraendola, od altrimenti convertendola in profitto di se o di un terzo, si appropria di una cosa mobile altrui, che gli è stata affidata o consegnata, per custodirla, amministrarla, restaurarla, trasportarla, o per qualunque altro titolo, che

illustrata. Divergente la formulazione dei due articoli: quella toscana offriva un'indicativa elencazione dei molti mezzi ingannatori con cui il truffatore può procurarsi un illecito profitto in danno altrui, mentre quella sardo-piemontese rinviava ai «rigiri fraudolenti», riassumendo e sintetizzando in essi i molti comportamenti criminosi esplicitati dall'altra.

Ripercorrendo i termini della pronuncia non si può che rilevare come la magistratura fin da questa prima sentenza abbia colto appieno il cuore del problema: la normativa vigente richiedeva la necessaria e sufficiente presenza di tre *substantialia* a circostanziare la fattispecie criminosa: artifici o raggiri fraudolenti, inganno od abuso della buona fede, danno patrimoniale ed ingiusto profitto; ogni altro elemento, *maxime* l'immoralità della causa, non doveva incidere nella decisione giudiziale. All'indomani dell'unità italiana, essa tuttavia poneva sul tavolo una questione nuova.

3. *Gli occhi chiusi della buona giustizia*⁴⁹

Sin dal 1867 Francesco Carrara era entrato nel dibattito, prospettando alcune fattispecie, fantasiose ma non troppo, nella parte speciale di quel monumento della scienza penalistica che è il suo *Programma del corso di diritto criminale*: la fattucchiera che consegna un filtro innocuo anziché letale alla donna intenzionata ad uccidere il marito, ottenendo un'ingente compenso; il mago che, vantati straordinari poteri in cambio del ritrovamento di un tesoro, riceve denaro ma non scopre nulla; il falso sicario che incassa da «un ricco scellerato» una lauta mercede per l'omicidio del suo nemico, pur non avendo l'intenzione di compierlo⁵⁰. Si trattava di ipotesi funzionali a

importi l'obbligo di riconsegnarla, o di farne un uso determinato; commette il delitto di truffa».

⁴⁹ Si parafrasano qui le parole di F. CARRARA, *Frode nei contratti illeciti*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Lucca, 1877, p. 268.

⁵⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, IV, Firenze, 1898⁴, § 2346, pp. 511-513.

Carrara per affermare, seppur con qualche interrogativo, l'inesistenza del reato di frode ogniqualvolta colui che veniva raggirato perseguisse un obiettivo delittuoso e, dunque, apparisse riprovevole quanto e più di chi lo aveva imbrogliato⁵¹. Al centro di questa prima riflessione si collocava, dunque, l'intenzione criminosa, che induceva il truffato a confidare nell'altrui proposta illecita, rimanendone ingannato.

La posizione del criminalista lucchese fu influenzata dalla sua appartenenza alla 'scuola penale italiana', poi «detta classica»⁵², ancora parzialmente legata alla tradizione di Antico Regime, in cui il diritto penale risultava 'impregnato' di morale e legato al diritto civile.

Al verificarsi di tale casistica, la Cassazione di Torino, come abbiamo visto⁵³, era giunta ad un opposto convincimento, esprimendosi in favore dell'esistenza della truffa in atti illeciti, in considerazione del fatto che l'immoralità del soggetto passivo del *crimen* non rileva per la giustizia. La pronuncia giurisprudenziale offrì a Carrara l'occasione per approfondire ulteriormente la questione nel VII dei suoi *Opuscoli di diritto criminale*⁵⁴, domandandosi con malcelata indignazione come fosse possibile perseguire per frode «l'inosservanza di un contratto turpe quando la turpitudine è in ambedue i contraenti». Il ragionamento prende le mosse dalla constatazione della illiceità del fine che ha determinato entrambe le parti a concludere l'accordo: l'una (Bonati e Zamboni) si era dichiarata disponibile a procacciare denaro falso pur non avendo alcuna intenzione di farlo, l'altra (Paganini), a sua volta, sperava di arricchirsi in modo illecito. Carrara si spinge sino ad affermare che i truffatori avrebbero dovuto considerarsi alla stregua di complici del truffato, sottolineando come nel caso in esame la giustizia si fosse trovata di fronte ad «un conflitto di malvagi-

⁵¹ F. CARRARA, *Programma, Parte speciale*, cit., IV, § 2346, pp. 511-513.

⁵² Per tale indirizzo dottrinale si rinvia a *supra*, nt. 13.

⁵³ V. *supra*, § 2.

⁵⁴ Gli *Opuscoli di diritto criminale* di Francesco Carrara furono pubblicati, tra il 1859 ed il 1867, in due volumi, destinati ad arrivare sino a sette nelle edizioni successive per le numerose aggiunte (A. MAZZACANE, *Carrara, Francesco*, cit., p. 666).

tà», nel quale l'*animus* del soggetto passivo risultava addirittura più riprovevole di quello del soggetto attivo.

È di tutta evidenza che, se il contratto avesse avuto attuazione le parti sarebbero state compartecipi di un più grave reato, ma Bonati e Zamboni furono inadempienti, poiché non consegnarono il denaro falso a Paganini. Carrara, pertanto, non ritiene condivisibile la decisione della corte laddove aveva punito chi non aveva di fatto compiuto un atto illecito. Pur schierandosi apertamente a favore della tesi della difesa, risultata soccombente, egli peraltro non mancò di constatare come suddetta difesa si fosse avvalsa in via esclusiva di argomenti di tipo etico, in base ai quali non è concepibile «una giustizia che protegge i birbanti», trovando il proprio limite nell'incapacità di argomentare anche in punto di diritto⁵⁵. Elemento di fragilità si rivelava il fatto che il caso *de quo* rientrasse fra i delitti ad azione pubblica, perseguibili anche a dispetto del danneggiato ed indipendentemente dai suoi diritti. Al verificarsi di tali reati, infatti, la giustizia si preoccupava di proteggere non solo il singolo offeso ma tutti i cittadini che, a fronte della diminuzione della propria sicurezza dovuta ad una possibile ripetizione del fatto criminoso⁵⁶, subivano il cosiddetto danno mediato⁵⁷.

⁵⁵ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., pp. 262-263.

⁵⁶ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., pp. 264-265. Il concetto fu affrontato dall'autore anche nel *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 120, «... Esso [il danno mediato] trae la sua essenza ideologica da una sola cosa: dalla possibilità della ripetizione. Più è facile la ripetizione, più l'allarme e l'incitamento saranno gravi ed estesi...».

⁵⁷ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 104, «Il danno mediato è quello che il delitto reca anche a tutti gli altri cittadini, che non furono dall'azione direttamente colpiti: perciò dicesi danno *riflesso*, perché chi lo soffre ne è colpito per riflessione e come di rimbalzo»; § 118, «Il danno mediato, o riflesso, consiste nella intimidazione (allarme) sorta nei buoni per la consumazione di un delitto; e nel cattivo esempio che se ne suscita nei mali inclinati. Questo speciale fenomeno è quello che dà un carattere politico a tutti i delitti, e fa sì che per una offesa immediatamente recata alla sicurezza di un solo, tutti gli altri mediamente soffrano per la diminuita opinione della propria sicurezza» e § 120, «Il danno mediato del delitto è dunque un danno di mera opinione. Esso trae la sua essenza ideologica da una sola cosa: dalla possibilità della ripetizione...».

Muovendosi su di un piano più strettamente giuridico, Carrara riconobbe la legittimità dello *ius puniendi* ogniqualvolta alla violazione di un diritto individuale si accompagnasse una minaccia per l'intera comunità⁵⁸. Partendo da tale assunto l'avvocato toscano ritenne che, affinché si configurasse il delitto di frode, dovesse risultare violato un diritto «di tutti i consociati»⁵⁹; nel caso di truffa *in re illicita* egli non reputò che ciò avvenisse, poiché nessun diritto doveva considerarsi offeso dalla circostanza che un soggetto animato da un intento *contra legem* rimanesse ingannato.

Carrara confutò anche la massima enunciata dalla Cassazione, per cui «l'immoralità del fine dello ingannato non possa essere causa di impunità per lo ingannatore», sostenendo che se la medesima si considerasse applicabile all'ipotesi in esame allora dovrebbe valere in tutte le sue applicazioni, ma così evidentemente non era. Per dimostrarlo egli portava due esempi: quello – già noto – del falso sicario e quello della finta lenona. Nella prima fattispecie, un soggetto, venuto a conoscenza del fatto che un tale, assai ricco, odia a tal punto un suo nemico da volerlo morto, oppure del fatto che una moglie desiderasse liberarsi del marito geloso per poter vivere con il giovane amante, si offre di compiere l'omicidio in cambio di denaro senza tuttavia avere alcuna intenzione di commetterlo. Nella seconda fattispecie, una donna fa credere ad un «vecchio peccatore» di avere una figlia bella ed illibata, promettendo di concederla alle sue attenzioni dietro pagamento di una cospicua somma. L'anziano, allettato dalla proposta, versa la somma richiesta – 100 lire –, senza ottenere i favori della giovane perché in realtà la donna non è madre ed ha soltanto escogitato un inganno per sottrargli denaro.

Se il principio sancito dalla Cassazione fosse vero – argomentava Carrara – allora il falso sicario e la simulata mezzana sarebbero colpevoli di truffa poiché grazie ad un raggio hanno conseguito un profitto in danno di un altro sogget-

⁵⁸ In tal senso G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), I, pp. 611-662, specie p. 633 e Id., *Carrara, Francesco*, cit., pp. 357-359.

⁵⁹ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., pp. 264-265.

to (il «vecchio peccatore», il ricco scellerato o la moglie adultera), a nulla rilevando l'immoralità del fine che aveva indotto quest'ultimo a credere agli scaltri truffatori e, di conseguenza, a pagare loro quanto illecitamente domandato⁶⁰.

Il maggiore esponente della scienza penalistica italiana del XIX secolo non era però affatto convinto. Benché la frode sia un delitto ad azione pubblica, egli reputava comunque necessaria la lesione di un diritto affinché si potesse avere un'incriminazione⁶¹, ma negli esempi ricordati questo era difficilmente individuabile. Carrara non riteneva, invece, meritevole di tutela il diritto ad una speculazione con biglietti di banca falsi, né quello ad avere fanciulle da corrompere, né tantomeno quello di fare uccidere i propri nemici. Nella casistica riportata, dunque, egli sosteneva non potesse riscontrarsi la configurabilità di alcun reato poiché mancava la violazione di un diritto.

Su un piano più generale, il giurista constatava che il voler punire come frode l'inganno intervenuto in un atto illecito avrebbe avuto quale conseguenza la creazione di «una mostruosità scientifica»⁶² poiché si sarebbe avuto «un delitto senza oggettività giuridica», vale a dire senza il presupposto – costituito dai diritti naturali dell'uomo – per la determinazione della funzione della pena⁶³. A riprova di quanto sostenuto egli introduceva un ulteriore esempio, dai toni palesemente provocatori: un soggetto, ottenuta una sentenza sfavorevole, sviluppa un tale odio nei confronti del giudice da accettare la proposta di un «manigoldo», che si offre di bastonarlo dietro lauto compenso. Il primo paga quanto domandato, ma l'altro non dà

⁶⁰ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., p. 266.

⁶¹ Sulla violazione di un diritto come essenza del reato v. F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Firenze, 1898⁵, specie pp. 193-202 e Id., *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, Lucca, 1874, pp. 125-126. La riflessione del Maestro toscano sul punto è approfondita da F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 307-310; L. LACCHÉ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), I, pp. 694-695.

⁶² F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., p. 267-268.

⁶³ Così F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 302 e 310.

seguito a quanto promesso, non avendo mai avuto la minima volontà di percuotere il magistrato. Argutamente Carrara osservò come, applicando quanto disposto dalla suprema corte a questa inedita fattispecie, si potrebbe verificare il paradosso di un processo per truffa a carico del soggetto attivo proprio dinanzi a quel giudice, il quale non potrebbe far altro che condannarlo per avere ingannato il soggetto passivo e, di conseguenza, per non averlo bastonato!

Gli argomenti giuridici del criminalista lucchese finiscono per assumere una evidente connotazione etica, tanto da indurlo ad affermare che «vi sono situazioni nelle quali la giustizia penale soddisfa meglio al compito suo col tenere gli occhi chiusi»⁶⁴! Un'affermazione che inevitabilmente prestò il fianco alle critiche⁶⁵, ma che ben esprime la concezione della scuola classica, secondo cui, se il diritto penale non poteva avere ad oggetto esclusivamente ciò che concerneva la morale, non per questo – alla luce del giusrazionalismo cattolico e liberale di Carrara⁶⁶ – poteva essere immorale⁶⁷.

Tale impostazione influì a tal punto sul giurista da indurlo ad affermare che il truffato meritava di aver perso il denaro, avendo scelto di utilizzarlo per uno scopo illecito. Ciascun individuo ha diritto – e si tratta di un diritto alienabile – ai propri beni, pertanto se sceglie senza costrizioni di consegnarli ad altri sulla base di un contratto turpe non può poi lamentarne la perdita. È, infatti, una sua libera determinazione rinuncia-

⁶⁴ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., p. 268.

⁶⁵ V. *infra*, §§ 4, 5, 7 e 9.2.

⁶⁶ Riguardo a questo aspetto del pensiero del criminalista lucchese v. T. PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del «Programma» di Francesco Carrara*, Lucca, 1985, p. 12; ID., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., p. 260; M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara: filosofia del diritto penale e cattolicesimo liberale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 199-241; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appunti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), pp. 474-475; M.P. GERI, *«La metamorfosi»*, cit., p. 344 e L. LACCHE', *La penalistica costituzionale*, cit., pp. 663-695.

⁶⁷ F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., p. 318.

re a quel diritto legittimo che vanta sul proprio denaro per la speranza di conseguire un vantaggio, al contrario, non riconosciuto e tutelato dalla legge⁶⁸.

A conclusione del suo intervento Carrara, prendendo le mosse da un *casus* in cui si era trovato coinvolto nell'esercizio della professione forense⁶⁹, prospetta un ultimo esempio di controversa interpretazione circa la truffa *in re illicita*. Uno strozzino operante a Lucca era solito prestare ingenti somme di denaro a giovani di buona famiglia, purché gli stessi avallassero la loro obbligazione con una firma falsa. Si trattava di un *escamotage* che assicurava all'usuraio la certezza di recuperare il *quantum* assegnato ad usura, con i relativi interessi. Gli bastava, infatti, presentarsi ai genitori e minacciare una querela per falso nei confronti del figlio, affinché questi prontamente ne saldassero il debito.

In merito, il criminalista ipotizza che uno di questi giovani inganni lo strozzino presentandogli una sottoscrizione vera, ma inducendolo a credere che la stessa sia falsa, come da lui richiesto. Ne conseguirebbe che alla scadenza, quando l'usuraio minaccerà la querela ai genitori, il ragazzo potrà dimostrare l'autenticità della firma. Quello lamenterebbe di essere stato truffato, sostenendo che il giovane lo ha raggirato per carpirgli denaro, facendogli intendere di avere in mano quanto richiesto mentre così, invece, non era. Egli sosterrà il ricorrere di tutti i *substantialia* indicati dal Codice Penale per integrare il reato e, dunque, pretenderà l'intervento della giustizia⁷⁰.

Tale soluzione è inaccettabile per Carrara, secondo il quale non è sufficiente la materialità soggettiva indicata dalle norme giuridiche – presente nell'ipotesi prospettata –, ma occorre sempre attenersi all'ineludibile principio morale per cui ogniqualvolta resti ingannato chi a sua volta vuole frodare altri la giustizia non se ne deve occupare. Egli ha consapevolezza del

⁶⁸ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., p. 269.

⁶⁹ L'attività forense di Francesco Carrara è approfondita da F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, 2006 (Storia dell'avvocatura in Italia), pp. 331-397.

⁷⁰ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., pp. 269-271.

fatto che in tal modo l'immoralità del fine del truffato conduce all'impunità del truffatore, ma pur ritenendo questa una circostanza assai «spiacevole», rileva come essa colpisca esclusivamente i «birbanti», senza turbare affatto la tranquillità delle persone oneste⁷¹. L'esempio gli è funzionale per un'ulteriore riflessione volta a ribadire l'inesistenza della truffa in atti illeciti alla luce del fine della pena⁷². Un fine che deve anzitutto consistere nel «ristabilimento dell'ordine esterno della società»⁷³, turbato dal comportamento criminoso e messo a rischio dalla sua eventuale reiterazione.

Per il maggior criminalista dell'Ottocento il delitto colpisce al contempo sia il singolo individuo, materialmente offeso, che patisce un danno immediato consistente nella lesione di un proprio diritto⁷⁴; sia l'intera società, che subisce un danno me-

⁷¹ F. CARRARA, *Frude nei contratti*, cit., p. 272. Per un approfondimento sul ruolo giocato dalla tranquillità nel diritto penale di Francesco Carrara, v. nt. 77.

⁷² La funzione della pena secondo Francesco Carrara nel senso di «ristabilimento dell'ordine esterno violato» è approfondita da M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988, pp. 105-166, che dà conto anche delle teorie minoritarie; T. DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 59-182, specie pp. 162-169; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Carrara e o paradigma penal actual (Uma leitura a partir da experiência portuguesa)*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 455-467, specie da p. 461; F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 299-326; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., pp. 636-638 e ID., *Carrara, Francesco*, cit., pp. 357-359. Questo aspetto è ancora di recente sottolineato da F. COLAO, *Il «dolente regno delle pene». Storie della «varietà della idea fondamentale del giure punitivo» tra Ottocento e Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 40 (2010), p. 144.

⁷³ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 615, «Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società», § 619, «...La pena deve riparare a questo danno col ristabilimento dell'ordine, commosso pel disordine del delitto...» e § 623, «In tal guisa l'ultimo fine della pena è il bene sociale, rappresentato nell'ordine che si procaccia mercé la tutela della legge giuridica...».

⁷⁴ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 102, «...il danno si divide in danno immediato o diretto, e danno mediato o riflesso, che si dice anche da alcuni danno morale», § 103, «Il danno immediato è quel male sensibile che il delitto reca col violare il diritto attaccato; sia che questo pertenga ad un individuo, od a più individui, od anche a tutti i membri dell'aggregazione, ed anche alla stessa aggregazione sociale guardata come persona di per

diato, «pubblico perché patito da tutti», in quanto la violazione delle leggi fa sorgere l'opinione che la sicurezza sia diminuita e che il cattivo esempio possa essere seguito⁷⁵. Ne consegue che l'impunità del delinquente, provocando un timore, violerebbe la quiete dei cittadini onesti. La pena – per Carrara – deve riparare a questa seconda tipologia di danno, ristabilendo l'ordine «commosso pel disordine del delitto»⁷⁶.

Il fine della pena si riassume nella «formula della tranquillità»: essa, pertanto, non deve agire solo sui disonesti, disincentivandoli dal compiere reati, ma anche – e soprattutto – sui «buoni», da assicurare sia rispetto al delinquente, da cui temono nuovi *crimina*, sia rispetto alla sua emulazione da parte di altri⁷⁷. Il ritorno all'ordine, da un lato, avrebbe deter-

sé stante. Perciò dicesi danno diretto, perché consiste nella lesione del diritto colpito dall'azione criminosa direttamente» e § 616, «Il delitto ha materialmente offeso un individuo, od una famiglia, od un numero qualunque di persone. Questo male non si ripara con la pena».

⁷⁵ Sul punto, oltre a quanto già indicato a nt. 57, v. F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 617, «Ma il delitto ha offeso la società violando le sue leggi: ha offeso tutti i cittadini diminuendo in loro la opinione della propria sicurezza, e creando il pericolo del malo esempio» e § 618, «...Ma il pericolo che minaccia tutti i cittadini è adesso cominciato. Il pericolo cioè che il malvagio, se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese: e il pericolo che altri, incoraggiati dal malo esempio, si diano anch'essi a violare le leggi. Ciò eccita naturalmente l'effetto morale di un timore di una sfiducia nella protezione della legge in tutti i consociati, che nutrono all'ombra della medesima la coscienza della loro libertà».

⁷⁶ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 619, «Questo danno tutto morale (§ 118) crea la offesa a tutti nella offesa di uno, perché turba la quiete di tutti. La pena deve riparare a questo danno col ristabilimento dell'ordine, commosso pel disordine del delitto...». La problematica è approfondita da M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 111 e F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 313-314.

⁷⁷ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 119, «Gli uomini infatti vivono tranquilli in società nella fiducia che i loro diritti siano protetti avverso le passioni dei malvagi dall'autorità e dalla legge penale. Una offesa che avvenga al diritto di alcuno in onta di tale protezione è un lampo che rivela la impotenza della protezione. Ciascuno all'udire che non ostante il divieto l'azione vietata si è commessa, sente che le passioni malvagie spezzano il freno della legge; dubita a ragione della efficacia di cotesto freno; e quantunque non venga menomata attualmente la propria sicurezza si sente meno sicuro, perché prevede che ove una passione spinga qualche perverso a dise-

minato la cessazione del pericolo che il reo reiterasse i suoi atti criminosi e che altri li commettessero, e dall'altro lato, si sarebbe rivelato un assetto spontaneo, creatosi attraverso l'esercizio delle libertà individuali ogniquale volta le stesse risultassero garantite contro ogni arbitraria compressione⁷⁸.

La concezione della pena illustrata da Carrara nel suo *Programma* venne sviluppata e messa a punto nel suo più tardo saggio *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*⁷⁹, in cui sostenne che quest'ultima – «necessità assoluta della legge suprema che governa l'umanità» – fosse la ragione e lo scopo della sanzione penale, della quale fissò «le misure e i confini»⁸⁰. Egli ribadì come la teoria della tutela giuridica legittimasse la pena solo nei confronti di chi ha compiuto un'azione lesiva di un diritto altrui⁸¹. I diritti individuali sono sacri e possono essere ridotti, con apposita sanzione, solo in quei soggetti che

gnare consimile offesa contro lui stesso, la legge repressiva non sarà a lui bastante tutela, come non lo è stato per l'altro che già rimase vittima del delitto avvenuto», § 620, «I cittadini che temevano nuove offese dal delinquente, cessano di temerne, sperandolo frenato dalla pena» e § 621, «I cittadini che temevano per parte di altri la imitazione del malvagio, cessano di temerne sperando dal male a lui inflitto una remora che elida l'impulso del tristo esempio. Ed ecco come nella formula della tranquillità si riassume il fine della pena [...] La pena è destinata ad agire sugli altri più che sul colpevole (moralmente già s'intende) ma non basta che agisca sui malvagi: bisogna che agisca sufficientemente sui buoni, per farli tranquilli così rimpetto al delinquente stesso, come rimpetto ai temuti suoi imitatori...». Su tale aspetto v. F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., p. 314 e G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., pp. 631-632.

⁷⁸ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., §§ 620-621 e ID., *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, I, Firenze, 1898⁵, pp. 259-260. In tal senso M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., pp. 147-151.

⁷⁹ Si tratta della prolusione di Francesco Carrara al corso accademico 1861-62, ampliata nel 1866 e pubblicata nel I volume degli *Opuscoli di diritto criminale* nel 1870; la tematica è, altresì, affrontata dall'autore nel ricordato saggio *Varietà della idea*, cit., pp. 193-202.

⁸⁰ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., p. 273.

⁸¹ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., pp. 233-302. Sul punto v. F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 316-317 e M. BOSCARRELLI, *Due brevi riflessioni su alcune pagine degli «Opuscoli» di Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 837-840.

hanno infranto la norma giuridica, perché il diritto di ognuno è protetto fintanto che non calpesta il diritto di un altro⁸².

Carrara, erede di una tradizione liberale che nasce con Cesare Beccaria⁸³, riconosce alla pena una duplice funzione preventiva. Una funzione di prevenzione generale, poiché il ristabilimento dell'ordine è «ammonizione dei male inclinati», ma anche una funzione di prevenzione speciale, poiché il medesimo elimina il pericolo che il reo «se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese»⁸⁴. Tale considerazione fornì all'avvocato toscano un'ultima argomentazione per negare l'esistenza della truffa in atti illeciti. Egli osserva, infatti, come, minacciando la sanzione prevista per la frode a chi non ha commesso il più grave reato per cui è stato pagato (falso, lenocinio, omicidio), lo si incentiverebbe a consumare quest'ultimo, vanificando pertanto la funzione cui la pena stessa era vocata⁸⁵.

⁸² F. CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., pp. 278-279.

⁸³ Il filo rosso che univa, seppur con le note diversità, l'idea di Cesare Beccaria, secondo cui la pena assolveva ad una funzione preventiva alla dottrina successiva di Francesco Carrara è ripercorsa da U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, I. *Da Beccaria a Carrara*, Roma, 1925; S. RANIERI, *Beccaria e l'idea di prevenzione*, in ID., *Scritti e discorsi vari*, I. *Scritti di diritto penale*, Milano, 1968 (Seminario giuridico della Università di Bologna, 50), pp. 363-369; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale*, cit., pp. 29-54; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., pp. 611-662; M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 612-615 e P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 15. Spunti interessanti anche nei recentissimi L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per la storia del pensiero giuridico*, 2015, 1, pp. 137-162 e *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. CHIODI, L. GARLATI, Torino, 2015 (Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca, 105).

⁸⁴ F. CARRARA, *Programma, Del delitto, della pena*, cit., § 619, «...Il concetto di riparazione, col quale esprimiamo il male della pena, ha implicite in sé le tre risultanti di correzione del colpevole, incoraggiamento dei buoni, ammonizione dei male inclinati» e § 641, «2) Deve essere esemplare, tale cioè che generi nei cittadini la persuasione che il reo ha patito un male [...]; la mancanza di questo secondo [requisito] la fa cessare rispetto a tutti gli altri; e così nei buoni come nei malvagi per diversa cagione...». Sul punto v. F. MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., p. 324.

⁸⁵ F. CARRARA, *Frode nei contratti*, cit., p. 272.

4. La via mediana della Rivista Penale

Pochi anni più tardi l'ormai avviato dibattito dottrinale approdò sulle pagine della *Rivista Penale*⁸⁶, «la prima e l'unica» esclusivamente rivolta a quelle discipline – come ha osservato Mario Sbriccoli (1941-2005)⁸⁷ –, che fu potente volano per la diffusione delle posizioni ideologiche della 'scuola classica'⁸⁸, pur pubblicando specie nei primi anni anche saggi di Cesare Lombroso (1835-1909)⁸⁹, di medici e di psichiatri⁹⁰. A corredo della sentenza 21 marzo 1881 pronunciata dalla Cassazione di Vienna⁹¹ apparve una nota redazionale – anonima, ma attribuibile a Luigi Lucchini (1847-1929)⁹², fondatore, direttore

⁸⁶ Alla *Rivista Penale*, fondata nel 1874 da un allora giovane e sconosciuto Luigi Lucchini, collaborarono fin da subito i più illustri esponenti della penalistica italiana di fine Ottocento, tuttavia, specie negli anni '80, il suo fondatore finì per identificarsi con essa: una «rivista-persona», come l'ha definita Mario Sbriccoli, mutuando una felice espressione utilizzata da Renato Serra a proposito di Luigi Ambrosini (R. SERRA, *Epistolario*, Firenze, 1953², pp. 310-311). Il programma (v. L. LUCCHINI, *Programma*, in *Rivista Penale*, 1 (1874), pp. 5-7), le collaborazioni, il metodo ed il ruolo fondamentale avuto dalla rivista nella cultura giuridica italiana tra la fine del XIX secolo e l'inizio di quello successivo sono puntualmente ricostruiti ed approfonditi da M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 903-980; v. anche C. BETTIOL, *Luigi Lucchini e i cento anni della Rivista Penale*, in *Rivista Penale*, 101 (1974), ora in Id., *Scritti giuridici. 1966-1980*, Padova, 1980 (Collana di studi penalistici, n.s., 25), pp. 143-157 e F. COLAO, «*Consorelle*», cit., pp. 21-47 e Id., *Le scuole penalistiche*, cit., pp. 349-350.

⁸⁷ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 910. Un puntuale profilo dello studioso maceratese si deve a L. LACCHÉ, *Sbriccoli, Mario*, in *DBGI*, II, Bologna, 2013, pp. 1810-1811.

⁸⁸ Molti gli interventi polemici pubblicati sulla rivista, accanto ai quali si deve ricordare il volume di L. LUCCHINI, *I Semplicisti*, cit., che segnò un momento fondamentale nella disputa tra le due scuole.

⁸⁹ Assai vasta la letteratura volta ad illustrare la figura e l'opera di Lombroso. Per una prima informazione v., senza pretesa di esaustività, le recenti voci di P. MARCHETTI, *Lombroso, Cesare*, in *Enciclopedia Italiana, VIII appendice*, cit., pp. 366-370 e di D. VELO DALBRENTA, *Lombroso, Cesare Ezechia Marco*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1189-1192, con ricca bibliografia.

⁹⁰ F. COLAO, «*Consorelle*», cit., p. 29.

⁹¹ Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, in *Rivista Penale*, 19 (1884), p. 118.

⁹² Per un primo inquadramento bio-bibliografico di Lucchini, avvocato, professore, consulente, magistrato e politico, v. G. FOCARDI, *Lucchini, Luigi*, in

ed anima di quel periodico per cinquant'anni –, in cui l'autore colse l'occasione per intervenire nella *querelle*⁹³.

Un tale aveva domandato ed ottenuto 500 fiorini da due donne, facendo credere loro di poter corrompere, grazie a quell'ingente somma di denaro, alcuni influenti ufficiali allo scopo di far esonerare i loro figli dal servizio di leva. Scoperta la millanteria, questi venne processato e condannato per truffa ai sensi del § 197 del Codice Penale austriaco, secondo cui è colpevole di tale reato chi per interesse, per passione o per un qualsiasi altro scopo «con artificiose insinuazioni od ingannevoli raggiri induce un altro in errore, per cui qualcuno, [...], abbia a soffrir danno nella sua proprietà od in altri diritti»⁹⁴. Si tratta di una casistica destinata ad essere disciplinata nel nostro Codice Penale unitario (1889), al comma 3° dell'art. 413, ove il pretesto di far esonerare qualcuno dal servizio militare è espressamente previsto quale aggravante della truffa⁹⁵.

Nel successivo ricorso in Cassazione avverso tale pronuncia il ricorrente, per escludere il reato imputatogli, pose in campo un nuovo argomento rispetto a quelli già spesi da Francesco Carrara. Egli, infatti, affermò che poiché all'ingannato era preclusa qualsiasi azione civile anche il *crimen* doveva ritenersi inesistente.

DBI, 66, Roma, 2007, pp. 299-301; F. VENTURINI, *Luigi Lucchini, magistrato e politico*, in *Studi storici*, 52 (2010), pp. 881-934; M.N. MILETTI, *Lucchini, Luigi*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1207-1211 e C. LATINI, *Luigi Lucchini*, in *Enciclopedia Italiana*, VIII appendice, cit., pp. 362-365.

⁹³ Nota a Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, cit., pp. 118-120.

⁹⁴ *Codice Penale Austriaco attualmente in vigore nel Regno Lombardo-Veneto, con osservazioni teorico-pratiche e confronto coll'antecedente abrogato del Giureconsulto L. Oldrati*, Milano, 1852, § 197, «Chi con artificiose insinuazioni o ingannevoli raggiri induce un altro in errore, per cui qualcuno, sia questi lo Stato, un Comune od altra persona, abbia a soffrire danno nella sua proprietà od in altri diritti; ovvero chi con quest'intenzione e nel modo ora espresso si giova dell'errore o dell'ignoranza altrui, commette una truffa; sia egli a ciò lasciato indurre dall'interesse, da qualche passione, dall'intenzione di favorire illegittimamente taluno, o da qualsiasi altra mira secondaria».

⁹⁵ *Codice Penale* (1889), cit., art. 413, «[...] La reclusione è da uno a cinque anni, se il delitto sia commesso: [...] 3° col pretesto di far esonerare alcuno dal servizio militare».

La corte, chiamata ad esprimersi su questo punto, ebbe gioco facile nello smontare la difesa del reo, sostenendo in primo luogo che, anche qualora il Codice Civile «per motivi speciali di moralità» negasse l'azione di risarcimento danni, ciò non implicherebbe il venir meno della criminalità della condotta posta in essere; in secondo luogo stabilì che il reato *de quo* non è escluso anche se, ai sensi del § 1174 del Codice Civile austriaco⁹⁶, il danneggiato non può agire in sede civile per recuperare la somma indebitamente versata. Il ricorso fu rigettato: «Chi espila altrui denaro, con promessa di una prestazione illecita, commette reato di truffa, ancorché la legge civile dinieghi al danneggiato l'azione per il ricupero della somma pagata»⁹⁷.

Tale pronuncia giurisprudenziale, estranea al territorio italiano ma proveniente da una giurisdizione storicamente in sintonia con la nostra tradizione quale quella austriaca, fornì nuovi spunti alla discussione circa la configurabilità o meno della truffa in atti illeciti. Due le questioni di particolare interesse affrontate nella nota di Lucchini alla sentenza: in primo luogo, se debba ritenersi inesistente tale reato ogniqualevolta l'ingannato non possa agire civilmente per ottenere il risarcimento del danno e, in secondo luogo, se l'immoralità del fine perseguito dalla vittima escluda l'imputazione per truffa dell'agente.

Quanto alla prima questione, già affrontata e risolta in maniera negativa dalla Cassazione viennese, Lucchini, dopo aver ricostruito cosa intendesse per danno la dottrina tedesca⁹⁸, vi

⁹⁶ *Codice Civile Universale Austriaco. Versione ufficiale colle citazioni delle leggi romane*, Venezia, 1816, Parte II. *Del diritto sulle cose*, sez. II. *Dei diritti personali sulle cose*, cap. XXVI. *Della locazione e conduzione di opere*, § 1174, «Non può più ripetersi ciò, che alcuno ha scientemente dato per l'esecuzione di una cosa impossibile o illecita [...]».

⁹⁷ Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, cit., p. 118.

⁹⁸ Nella nota si osserva come la maggioranza dei giuristi tedeschi – A. MERKEL, *Betrug und Untreue*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeitragen*, hrsg. F. VON HOLTZENDORFF, III, Berlin, 1874, p. 758; A.F. BERNER, *Trattato di diritto penale, tradotto e annotato dall'avv. E. Bertola, con prefazione del prof. L. Lucchini*, Milano, 1887, p. 466 e F. VON LISTZ, *Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Berlin-Leipzig, 1881, § 73, pp. 290-296)

si allineò ed affermò come esso si concretizzasse quando vi fosse materialmente un «depauperamento o peggioramento della condizione patrimoniale» di un soggetto⁹⁹. Di conseguenza egli considerò erroneo reputare inesistente il reato perché il diritto civile negava all'ingannato qualsiasi strumento per ottenere la restituzione dell'indebitato; così argomentando, infatti, si sarebbe finito per confondere la lesione di un diritto – in questo caso patrimoniale – con l'impossibilità di ripararvi civilmente.

Al giuspenalista apparve, invece, condivisibile la tesi del giurista tedesco Adolf Merkel (1836-1896)¹⁰⁰, secondo cui occorre distinguere i principi operanti nei due settori del diritto: qualora il civile precluda l'azione riguardo ad effettive lesioni giuridiche, questa non deve essere automaticamente negata dal penale¹⁰¹. Se, dunque, secondo il primo non è concesso all'ingannato alcun mezzo per riavere quanto indebitamente pagato in seguito a raggiro fraudolento perché la causa che lo ha indotto a versare il denaro è illecita, ciò non esclude che il medesimo raggiro abbia determinato una lesione del suo patrimonio e che, dunque, ricorrano tutti gli elementi voluti dalla legge affinché si configuri il *crimen* in esame¹⁰².

È in buona sostanza evidente come sul punto la *Rivista Penale* si allinei con la decisione della Cassazione viennese.

Circa la seconda questione – neppure sollevata dal ricorrente, ma già oggetto della ricordata pronuncia della Cassazione di Torino¹⁰³ –, imprescindibile punto di partenza della riflessione di Lucchini fu la dottrina di Carrara¹⁰⁴, che egli ricondu-

quelli citati – considerassero il danno in materia di truffa «un peggioramento della condizione patrimoniale» del frodato.

⁹⁹ Nota a Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, cit., p. 118.

¹⁰⁰ Per un primo inquadramento del giurista tedesco più volte richiamato dalla dottrina italiana v. F. VAN CALKER, *Merkel, Adolf*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 52, Leipzig, 1906, pp. 327-329; M. FROMMEL, *Merkel, Adolf*, in *Neue Deutsche Biographie*, 17, Berlin, 1994, pp. 148-149 e Id., *Merkel, Adolf*, in *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, hrsg. G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER, Heidelberg, 2008⁵, pp. 519-520.

¹⁰¹ A. MERKEL, *Betrug und Untreue*, cit., p. 759.

¹⁰² Nota a Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, cit., pp. 118-119.

¹⁰³ V. *supra*, § 2.

¹⁰⁴ V. *supra*, § 3.

ce all'insegnamento di Friedrich Oskar von Schwarze (1816-1886)¹⁰⁵ secondo cui «non esiste danneggiamento, se l'oggetto [...] aver debba per corrispettivo un'azione delittuosa»¹⁰⁶. Una dottrina, quella carrariana, che, seppur con qualche incertezza, finì per negare recisamente la truffa in simili fattispecie, ponendosi in contrasto con la giurisprudenza. Anche il direttore della *Rivista Penale* apparve dubbioso o, forse, soltanto non osò discostarsi troppo dalla autorevolissima posizione del criminalista lucchese, seppur gli 'ripugnasse' pensare che un simile individuo non fosse obbligato dal diritto civile a restituire quanto ottenuto e, addirittura, «invocando a scusa il turpe animo del suo contraente» non fosse perseguibile penalmente. Egli scelse, dunque, una via mediana, sostenendo che, anche qualora non si volesse ravvisare il reato in simili circostanze, sarebbe stato comunque necessario trovare un modo per sanzionare tale mala condotta, magari creando una nuova figura criminosa *ad hoc*¹⁰⁷.

Di lì a poco la medesima rivista diede spazio ad un'ulteriore breve nota a sentenza, avente ad oggetto un caso di specie vicino al *leading case* deciso dalla Cassazione di Torino nel 1877¹⁰⁸. Il litografo Giuseppe Serini aveva promesso di procurare false carte di pubblico debito e monete ad Emanuele Mezzaluna, Saverio Fiore ed Andrea Sgarro, che, «invasati dallo spirito di arricchire anche *malis artibus*», per ottenerli pagarono una somma ben inferiore al loro valore. Ricevuto il compenso domandato, il litografo però non consegnò loro quanto promesso, anzi li denunciò¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Per una prima informazione v. J. VON SCHWARZE, *Schwarze, Ludwig Friedrich Oscar von*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 33, Leipzig, 1891, pp. 253-256 e W. SCHUBERT, *Schwarze, Ludwig (Louis) Friedrich Oscar von*, in *Neue Deutsche Biographie*, 24, Berlin, 2010, pp. 14-15.

¹⁰⁶ F.O. VON SCHWARZE, *Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Leipzig, 1871, § 263, pp. 576-587.

¹⁰⁷ Nota a Cassazione di Vienna, 21 marzo 1881, cit., pp. 119-120.

¹⁰⁸ Nota a Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, in *Rivista Penale*, 24 (1886), p. 443.

¹⁰⁹ Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, cit., pp. 443-444.

Alla luce di questi fatti e raccogliendo le testimonianze dei tre denunciati, il Procuratore del Re presso il Tribunale di Bari avviò un procedimento per truffa a carico di Serini. La difesa dell'imputato fu debole, limitandosi a sostenere che i 'presunti' ingannati altro non volevano che vendicarsi di lui. L'organo giudicante escluse tale deduzione poiché la denuncia risultava successiva all'ipotetico reato, essendosi verificata solo nel momento in cui Mezzaluna, Fiore e Sgarro minacciarono il litografo per avere indietro la somma versata. Il Tribunale in primo grado condannò Serini.

Questi ricorse in appello lamentando che due dei tre individui che avevano deposto contro di lui erano, a loro volta, accusati di fabbricazione e spaccio doloso di carte false, mentre il terzo era il fratello di uno di quelli. Il ricorrente ribadì, inoltre, come gli stessi avessero agito con il solo scopo di rivalersi nei suoi confronti poiché li aveva denunciati, e che, d'altronde, non si era consumata alcuna truffa in loro danno.

La Corte d'Appello di Trani, nel dirimere il giudizio di secondo grado, partì dal principio per cui «la legge è intesa a garantire i diritti e non i delitti commessi o che si vogliono commettere», per poi osservare come nel caso in esame risultasse indubbio che il denaro fosse stato dato per l'acquisto di false carte di debito pubblico da mettere in circolazione e, dunque, i presunti frodati avessero a loro volta inteso commettere un grave reato. «La promessa fu illecita, immorale, e criminosa la intenzione»: la legge non deve tutelare, ma al contrario reprimere le azioni che con frode violano i diritti altrui, per cui se i tre rimasero «irretiti e scottati» nell'inganno che volevano ordire non potevano che prendersela con se stessi, alla luce del brocardo «*deceptis sine culpa sua succurrendum*»¹¹⁰.

Tale pronuncia non era in linea con l'orientamento della Cassazione torinese, arrivando la Corte, addirittura, ad affermare che «non vi è reato nel fatto di chi, volendo dolosamente violare gli altrui diritti, resta leso nei propri». Affinché il me-

¹¹⁰ Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, cit., p. 444. Per il brocardo v. *Digestum Vetus*, tit. de *in integrum restitutionibus*, l. *Divus*, § *Nec intra* (D. 4, 1, 7, 1).

desimo si configuri, infatti, si richiede la lesione di un diritto, ma Mezzaluna, Fiore e Sgarro scelsero liberamente di spendere il loro denaro per un fine criminoso e, dunque – in base alla *regula* di diritto romano per cui «dignum est fraudem in suum auctorem retorqueri»¹¹¹ –, non potevano sostenere che fosse stato violato un loro diritto. Questo rilievo appare, tuttavia, superato dal fatto che nella fattispecie – a differenza di quella giudicata dalla Cassazione di Torino – manca il raggirò doloso, vale a dire uno degli elementi costitutivi del *crimen*. Ne consegue che non si può configurare la truffa, ma soltanto ravvisarsi un contratto illecito di *do ut des*¹¹².

La Corte, da ultimo, ricorre ad argomenti civilistici per rilevare come, per gli stessi motivi per cui chi commette un'azione criminosa non può per legge esigerne il prezzo, ugualmente colui che paga una somma di denaro per procurarsi i mezzi per compiere un reato è escluso dall'azione di ripetizione, in ossequio ai principi romanistici «in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis»¹¹³ e «qui fraudem se fecisse audent dicere, audiri non debet»¹¹⁴.

La nota a sentenza si limita a sottolineare come, a differenza della casistica decisa dalla Cassazione torinese, in quella posta all'attenzione della Corte d'Appello di Trani mancasse uno dei *substantialia* del reato, vale a dire l'artificio o il raggirò doloso, per cui lo stesso doveva escludersi e dunque, quest'ultimo organo giudicante aveva altrettanto correttamente deciso¹¹⁵.

¹¹¹ *Codex*, tit. *de legatis*, l. *Si legatarius* (C. 6, 37, 25).

¹¹² Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, cit., p. 444.

¹¹³ *Codex*, tit. *de conditione ob turpem causam*, l. *Quum* (C. 4, 7, 2).

¹¹⁴ *Codex*, tit. *de servo pignori dato manumisso*, l. *Si creditoribus* (C. 7, 8, 5). V. Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, cit., pp. 443-444.

¹¹⁵ *Nota* a Corte d'Appello di Trani 2 ottobre 1886, cit., p. 443.

5. A proposito della trattatistica di fine Ottocento

Sulla trattatistica dell'ultimo scorcio del XIX secolo non può che farsi un discorso complessivo circa il tema della truffa in atti illeciti, che risulta affrontato in maniera cursoria, rivelando una generale adesione alla giurisprudenza, anteposta alla dottrina seppure assai autorevole quale quella carrariana. Nel silenzio dei codici, sia preunitari sia unitario, la scelta fu quella di dar conto dell'orientamento giurisprudenziale consolidato, che aveva l'indubbio pregio di cercare di colmare il vuoto normativo.

Verosimilmente inutile e ripetitiva un'analisi esaustiva della trattatistica, si è preferito, pertanto, selezionare ed indagare un piccolo gruppo di trattati – altri, infatti, ve ne sono – quali esempi significativi¹¹⁶. Tra essi va, anzitutto, ricordato quello del «penalista socialista»¹¹⁷ Giulio Crivellari (1834-1895)¹¹⁸, Sostituto Procuratore presso la Corte d'Appello di Torino, che, nell'imminenza della pubblicazione del *Codice Penale del Regno d'Italia*, si interrogò anche su questo problema. Nel suo trattato *Dei reati contro la proprietà* (1887), in cui l'attenzione per la pratica si coniuga con la comparazione e con l'analisi storico-

¹¹⁶ Tra le opere di commento al Codice Penale Zanardelli uscite tra la data della sua pubblicazione e l'inizio del nuovo secolo non accennano neppure alla truffa in re illicita G.A. PUGLIESE, *Il nuovo Codice Penale Italiano*, Trani, 1888; E. PINCHERLI, *Il Codice Penale annotato*, Torino, 1890; F.S. ARABIA, *I principii del diritto penale applicati al codice italiano*, Napoli, 1891 e L. MAJNO, *Commento al Codice Penale italiano*, I-II, Verona, 1890-1894, mentre si limitano a dar conto della sentenza torinese S. LESSONA, *Elementi di diritto penale positivo compilati sulla giurisprudenza recente secondo l'ordine degli articoli del codice*, Torino, 1887 (seppur precedente); I. MEL, *Il nuovo codice penale italiano. Con le disposizioni per la sua attuazione*, Roma, 1890; L. MANZITTI, *Codice penale per il Regno d'Italia annotato con cinque anni di giurisprudenza*, Bologna, 1895 e E. CAMOUS, *Il nuovo codice penale italiano. Illustrato colla bibliografia e colla giurisprudenza formatasi dal gennaio 1890 al luglio 1895 coordinate articolo per articolo coll'aggiunta delle leggi eccezionali sui provvedimenti di pubblica sicurezza e del regio decreto d'amnistia 14 marzo 1895 colla relativa bibliografia e giurisprudenza nonché dell'indice alfabetico-analitico*, Firenze, 1895.

¹¹⁷ In tal senso M. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., II, p. 777, nt. 99.

¹¹⁸ Per un approfondimento bio-bibliografico v. F. ROSSI, *Crivellari, Giulio Cesare*, in *DBGI*, I, cit., pp. 613-614.

giuridica, egli riprende il pensiero di Carrara obiettandovi come fosse troppo rigido il principio – da questi affermato – in base al quale «quando il paziente del reato è più esecrabile di colui che lo ha ingannato, la sanzione penale non deve prostituirsi a proteggerlo».

Benché legato alla c.d. ‘scuola classica’, Crivellari mette in discussione quella accreditata dottrina, argomentando che essa potesse forse valere per la casistica elencata da Carrara, ma che non si potesse estendere a qualsiasi fattispecie. Qualora l’ingannato fosse in buona fede, infatti, aveva un pieno diritto ad agire in giudizio contro i suoi frodatori, proprio come enunciato dalla Cassazione di Torino, espressasi in favore dell’esistenza del reato in esame sulla base della constatazione che «può esistere buona fede [...] quando pure la causa fosse turpe, o anco delittuosa». La buona fede, dunque, deve intendersi nel senso di credulità del frodato, senza prendere in considerazione la moralità della causa che lo ha indotto alla consegna del denaro¹¹⁹.

Nell’affrontare e nel risolvere la questione della truffa *in re illicita*, non si discostano dall’impostazione di Crivellari gli autori dei più numerosi trattati e commentari che videro la luce all’indomani della pubblicazione del nuovo e tanto atteso Codice Penale unitario. Preceduto da un ampio dibattito, il 30 giugno 1889 venne promulgato il *Codice Penale del Regno d’Italia*, che, finalmente, unificò la disciplina penalistica nella nostra penisola. Questo, all’art. 413, definisce colpevole di truffa «chiunque, con artifici o raggiri atti a ingannare o a sorprendere l’altrui buona fede, inducendo alcuno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno [...]»¹²⁰. La proposta formulata da Luigi Lucchini di creare una figura di reato *ad hoc*¹²¹ non fu oggetto di dibattito in seno alla commissione legislativa.

¹¹⁹ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la proprietà. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1887, pp. 457-458.

¹²⁰ *Codice penale* (1889), cit., art. 413.

¹²¹ V. *supra*, § 4.

A partire da questo momento si susseguirono le opere volte ad illustrare norma per norma il dettato codicistico. Opere nelle quali, con una certa frequenza, laddove è trattato il *crimen* si affronta anche la questione che qui ci occupa. Provengono dal Meridione d'Italia alcuni penalisti di fine Ottocento, che redassero testi destinati alla pratica, in cui essi, pur mostrando di conoscere l'autorevolissima dottrina di Carrara, si esprimono senza alcuna incertezza a favore dell'esistenza della truffa *in re illicita* nelle fattispecie ricordate, in linea con la Cassazione di Torino, che ritengono aver ben giudicato, poiché non vi è offesa di un diritto solo quando a chi inganna spetta il denaro o il bene dell'ingannato, diversamente il diritto patrimoniale di quest'ultimo deve ritenersi pregiudicato¹²². Ad esempio, Pasquale Tuozzi (1859-1920)¹²³, rinomato avvocato penalista e, al contempo, accademico a Napoli, a Siena e a Padova, nel suo *Corso di diritto penale*, pubblicato in 4 volumi tra il 1883 ed il 1888 e poi nuovamente dopo la promulgazione del codice unitario, accenna in maniera sintetica e circoscritta alla truffa in atti illeciti, analizzando il secondo elemento connotante il reato, vale a dire l'induzione in errore determinata da raggiri od artifici dolosi¹²⁴.

Questi fu solo il primo – cronologicamente parlando – di un manipolo di esperti di diritto penale, che, nell'Italia del Codice Zanardelli, sostenne che si concretasse il reato ogniquale volta ricorrevano gli elementi richiesti dall'art. 413 c.p. Tra essi, forte dell'esperienza maturata in seno alla commissione incaricata di redigere il Codice Penale, il siciliano Giovanni Battista Impallomeni (1846-1907)¹²⁵ – magistrato prima, docente ed av-

¹²² G.B. IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano*, Firenze, 1891, pp. 296-297.

¹²³ La figura e la dottrina di Pasquale Tuozzi, avvocato ed accademico del casertano, è delineata da V. TOLASI, *Tuozzi, Pasquale*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1985-1986.

¹²⁴ P. TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il vigente Codice d'Italia*, II. *Parte speciale*, Napoli, s.d.², p. 372.

¹²⁵ Per un primo approfondimento di questo brillante giurista v. G. PACE GRAVINA, *Giovan Battista Impallomeni o del coraggio del giurista*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, IV, Milano, 2010, pp. 443-453; F. COLAO, *Giovan Battista Impallomeni avvocato tra «libertà po-*

vocato poi –, che nel 1890-1891 fu tra i suoi primi commentatori¹²⁶. Di ispirazione liberal-democratica, seppur inserito tra gli autori della ‘scuola positiva’¹²⁷, per il pensiero autonomo rispetto ai due indirizzi che si fronteggiarono sul finire del XIX secolo, Impallomeni viene considerato uno dei pionieri della terza scuola di diritto penale¹²⁸, il c.d. ‘indirizzo tecnico-giuridico’¹²⁹, destinato a prevalere con Arturo Rocco (1876-1942)¹³⁰ e Vincenzo Manzini (1872-1957)¹³¹ nei primi anni del Novecento.

Degno di menzione fu anche l’avvocato napoletano Gennaro Marciano (1863-1944)¹³², che, nella sua analisi de *Il titolo X del codice penale italiano* (1890), pone al centro della riflessione sul reato in esame la contrapposizione tra il ragionamento di Francesco Carrara e la ricordata sentenza della Cassazione torinese¹³³. Chiude questa breve rassegna il volume del professore ed avvocato messinese Ferdinando Puglia (1853-1909)¹³⁴

litiche», *questione sociale*, «*ccesso di potere nel giovane Regno d'Italia*», in *Cultura e tecnica forense tra dimensione siciliana e vocazione europea*, a cura di F. MIGLIORINO, G. PACE GRAVINA, Bologna, 2013 (Storia dell'avvocatura in Italia), pp. 193-216 e M.A. COCCHIARA, *Impallomeni Giovanni Battista sr.*, in *DBGI*, I, cit., pp. 1106-1107 con ampia bibliografia.

¹²⁶ G.B. IMPALLOMENI, *Il Codice penale*, cit., pp. 277-300.

¹²⁷ M. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., p. 783.

¹²⁸ M.A. COCCHIARA, *Impallomeni*, cit., p. 1107.

¹²⁹ V. *supra*, nt. 20.

¹³⁰ La figura, l'opera e il metodo di questo giurista ‘di regime’ è ben delineata da G. DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, in *Enciclopedia Italiana*, VIII appendice, cit., pp. 376-380; L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, pp. 191-213 e L. GARLATI, M.N. MILETTI, *Rocco, Arturo*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1704-1708, alla cui ricca bibliografia rinvio per un approfondimento.

¹³¹ Il pensiero, la carriera e le opere dell'illustre giurista friulano sono analizzate, in ultimo, da A. BERARDI, *Manzini, Vincenzo*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1263-1265, con ampia bibliografia.

¹³² Per un primo inquadramento, non sempre puntuale, v. N. e F. DI DONATO, *Marciano, Gennaro*, in *DBGI*, II, cit., p. 1273.

¹³³ G. MARCIANO, *Il titolo X del codice penale italiano*, I. *Il furto e la truffa*, Napoli, 1927, pp. 273-274.

¹³⁴ Una prima informazione su questo giurista in V. TOLASI, *Puglia, Ferdinando*, in *DBGI*, II, cit., p. 1633.

intitolato ai *Delitti contro la proprietà*¹³⁵ e ricompreso nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, pubblicato sotto la guida di Pietro Cogliolo (1859-1940)¹³⁶ tra il 1888 ed il 1890.

Punto di partenza della trattatistica è il pensiero di Francesco Carrara, da alcuni – come abbiamo già ricordato¹³⁷ – ritenuto debitore della dottrina di Friedrich Oskar von Schwarze, secondo la quale non si ha il *crimen* ogniqualevolta il danno abbia per corrispettivo un'azione delittuosa¹³⁸. Nonostante il peso dottrinale della riflessione carrariana, gli autori, anche richiamandosi sì alla penalistica tedesca, ma in particolare ad Adolf Merkel¹³⁹, affermano come ai fini della configurabilità del delitto in oggetto occorra valutare, in primo luogo l'esistenza dei raggiri dolosi posti in essere dal frodatore e non «la prava intenzione» del frodato: «la moralità o meno della causa che determina l'individuo a consegnare la cosa propria a chi ha usato raggiri fraudolenti per ottenere questa è indifferente per l'esistenza della truffa»¹⁴⁰; in assenza dei raggiri, infatti, il fine criminoso neppure sorgerebbe nella volontà dell'agente. Secondariamente, essi constatano come sia necessario che tali artifici o raggiri abbiano indotto in errore il soggetto passivo del reato, inducendolo a spogliarsi della cosa propria, che diversamente non avrebbe consegnato¹⁴¹.

Netta era l'affermazione di Impallomeni, secondo cui «la truffa sussiste ancorché l'oggetto carpito con inganno debba avere per corrispettivo un'azione delittuosa». Egli spiega come

¹³⁵ F. PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del regno d'Italia pubblicato da P. Cogliolo*, Milano, 1890, pp. 411-412.

¹³⁶ Un breve profilo della vita e del pensiero dell'avvocato messinese in R. BRACCIA, *Cogliolo, Pietro*, in *DBGI*, I, cit., pp. 558-559. Sul trattato, in specie, v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 565 e nt. 16.

¹³⁷ V. *supra*, § 4.

¹³⁸ F.O. VON SCHWARZE, *Commentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 263, pp. 576-587.

¹³⁹ A. MERKEL, *Betrug und Untreue*, cit., p. 759.

¹⁴⁰ P. TUOZZI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 372 e F. PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, cit., p. 412.

¹⁴¹ P. TUOZZI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 372.

la ragione sia da ricercarsi nel fatto che, per quanto illecita la causa che ha determinato la persona ingannata a consegnare un proprio bene, è indubbio che questa sia stata lesa in un proprio diritto patrimoniale, perché «la criminosità della causa non esclude la criminosità del fatto». A Carrara si contesta, altresì, di non avere saputo cogliere in maniera puntuale quale era il diritto da tutelare nelle ipotesi prospettate. Si concorda con il professore toscano sul fatto che fosse corretto non condannare il frodatore perché non uccise o non consegnò le false banconote, ma si sostiene con vigore come questi dovesse essere condannato per truffa, poiché, con il pretesto dell'omicidio o della falsità, aveva tratto in inganno un soggetto e ne aveva leso il patrimonio¹⁴². È, infatti, il patrimonio il bene da tutelare nella casistica in esame: per affermare l'esistenza del reato si deve guardare alla lesione o meno di un diritto patrimoniale. È indubbio che anche nelle fattispecie prospettate dall'avvocato toscano questa si fosse concretizzata come effetto dei raggiri posti in essere dal soggetto attivo, a nulla rilevando le sue intenzioni. La legge garantisce il diritto di tutti i consociati, anche del malfattore, a non essere frodati e a veder tutelate le proprie sostanze.

Gennaro Marciano richiama a sua volta la dottrina di Merkel¹⁴³, ma per escludere l'argomento civilistico, secondo cui in tali fattispecie non si avrebbe reato poiché non si può agire in via civile per l'esecuzione del contratto, avendo questo una causa illecita. Come per la legge civile l'illiceità della causa di un negozio concerne i soli contraenti, per la legge penale deve guardare al danno pubblico – «alle relazioni fra società ed individuo» –, pertanto laddove l'azione civile risulti negata non deve escludersi automaticamente anche quella penale¹⁴⁴.

L'*opinione* minoritaria, secondo cui in tali casistiche non vi sarebbe truffa, fu sostenuta tra i primi commentatori del Co-

¹⁴² G.B. IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano*, cit., p. 296; P. TUOZZI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 372-373 e G. MARCIANO, *Il titolo X del codice penale italiano*, cit., pp. 273-274, che allega ampia giurisprudenza e letteratura sul punto.

¹⁴³ A. MERKEL, *Betrug und Untreue*, cit., p. 759.

¹⁴⁴ G. MARCIANO, *Il titolo X del codice penale italiano*, cit., pp. 275-276.

dice Penale dal solo Francesco Magri, professore incaricato di Diritto e Procedura Penale all'Università di Pisa ed esponente della 'scuola positiva', il quale nel suo trattato sui *Reati contro la proprietà* (1895) affronta incidentalmente la questione, limitandosi a dar conto dei due differenti orientamenti presenti in dottrina. Un primo per cui non c'è il delitto quando al danno corrisponda un'azione delittuosa; un secondo per cui si ha il reato a prescindere dall'intenzione più o meno retta di chi rimanga ingannato. Illustrato lo stato dell'arte della dottrina, l'autore afferma in modo apodittico che se «alla malafede» del reo si unisce l'intenzione del frodato non si perfeziona la truffa¹⁴⁵.

6. Nuovi scenari della truffa in re illicita?

All'indomani dell'entrata in vigore del *Regolamento Nico-tera* (D.M. 27 ottobre 1891)¹⁴⁶, ma ancor più con il precedente *Regolamento Crispi* (D.M. 26 luglio 1888)¹⁴⁷, la condizione delle prostitute¹⁴⁸ nel Regno d'Italia apparve migliorata rispetto

¹⁴⁵ F. MAGRI, *Reati contro la proprietà*, Livorno, 1895, p. 169.

¹⁴⁶ Il decreto è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 29 ottobre 1891, n. 253, pp. 4214-4218.

¹⁴⁷ Il *Regolamento sulla prostituzione* è pubblicato con decreto ministeriale sulla *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 26 luglio 1888, n. 176, pp. 4198-4199; ad esso segue il *Regolamento sulla profilassi e sulla cura delle malattie sifilitiche* (pp. 4199-4200) che completò la riforma Crispi.

¹⁴⁸ Ampia la letteratura che si occupa della prostituzione in chiave storica. Per un primo inquadramento e senza alcuna pretesa di esaustività v. A. MORALE, *Studio sulla prostituzione nella storia del diritto e nella legislazione vigente*, Vasto, 1909; G. TAMBURRO, *Il problema del meretricio nella storia, nella legislazione attuale, nei progetti all'esame del parlamento*, Roma, 1949; G. GATTEI, *Controllo di classi pericolose: la prima regolamentazione prostituzionale unitaria (1860-1888)*, in *Salute e classi lavoratrici in Italia dall'unità al fascismo*, a cura di M.L. BETRI, A. GIGLI MARCHETTI, Milano, 1982, pp. 763-796; Id., *La sifilide: medici e poliziotti intorno alla «venere politica»*, in *Storia d'Italia, Annali, VII. Malattia e Medicina*, Torino, 1984, pp. 741-798; I. MEREU, *Prostituzione (storia)*, in *Enciclopedia dei diritti*, 37, Milano, 1988, pp. 440-451; R. CANOSA, *Sesso e Stato. Devianza sessuale e interventi istituzionali nell'Ottocento italiano*, Milano, 1981 (Biblioteca di nuova cultura, 82); C. ANTONINI, M. BUSCARINI, *La regolazione della prostituzione nell'Italia po-*

agli anni immediatamente successivi l'unificazione. Era allora in vigore il *Regolamento Cavour* (15 febbraio 1860)¹⁴⁹ che, legalizzando la prostituzione, considerata «un vizio, moralmente ed igienicamente pernicioso alla società»¹⁵⁰, aveva mostrato un'eccessiva severità nei confronti delle meretrici, di cui limitava la libertà individuale ed ostacolava la riabilitazione, mentre aveva finito per favorire gli abusi della polizia giudiziaria¹⁵¹. Le successive normative del '88 e del '91 realizzarono un'inversione di rotta che, pur senza mancare di tutelare l'ordine pubblico e di vigilare sull'igiene, agevolò il reinserimento in società delle donne 'corrotte'.

Le immediate critiche e proposte di riforma al *Regolamento Cavour* portarono, infine, alla sua abrogazione e sostituzione con il più liberale D.M. 26 luglio 1888 che, tuttavia, mantenne la registrazione e la sorveglianza sulle case di tolleranza. Il D.M. 27 ottobre 1891, pur condividendo gli obiettivi alla base della riforma voluta da Francesco Crispi (1818-1901)¹⁵² – vale a dire difesa della morale, vigilanza sui postriboli, cura e contenimento della sifilide, tutela della libertà personale delle meretrici ed agevolazione della loro riabilitazione – presentava modifiche di segno opposto, come ad esempio la «rein-

stunitaria, in *Rivista di Storia Contemporanea*, 14 (1985), pp. 83-114; M. GIBSON, *Stato e prostituzione in Italia. 1860-1915*, Milano, 1995 (La cultura. Discussioni, 19) e V. L. BULLOUGH, *Storia della prostituzione: dall'antichità agli anni sessanta*, Bologna, 2015.

¹⁴⁹ Il testo del *Regolamento sulla prostituzione* (15 febbraio 1860) è riportato nella *Raccolta degli atti ufficiali, delle leggi, dei decreti, delle circolari ecc. pubblicate nel primo semestre del 1860*, IV.2, Milano, s.d., pp. 1013-1027.

¹⁵⁰ Le parole sono di Giuseppe Sormani, regolamentazionista, *Profilassi delle malattie veneree e specialmente della sifilide*, Milano, 1882, p. 18, riportate da M. GIBSON, *Stato e prostituzione*, cit., p. 25.

¹⁵¹ La disciplina della prostituzione vigente il *Regolamento Cavour* e il suo impatto sulla società sono approfonditi in A. MORALE, *Studio sulla prostituzione*, cit., pp. 165-172; M. GIBSON, *Stato e prostituzione*, cit., pp. 23-50 e R. CANOSA, *Sesso e Stato*, cit., pp. 34-62.

¹⁵² Per un profilo bio-bibliografico del valente politico, v. F. FONZI, *Crispi, Francesco*, in *DBI*, 30, Roma, 1984, pp. 779-799 e C. DUGGAN, *Creare la nazione. Vita di Francesco Crispi*, Roma-Bari, 2000; per un approfondimento della sua attività fiorense v. G. PACE GRAVINA, *Francesco Crispi (1818-1901)*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, cit., pp. 766-774.

troduzione della cura medica coatta», collocandosi in una posizione intermedia rispetto alle due precedenti normative¹⁵³. È stato osservato come il *Regolamento* del '91, disciplinando i locali adibiti al meretricio e non occupandosi delle meretrici, implicitamente riconoscesse loro «la libertà di esercitare la prostituzione»¹⁵⁴.

Non pare improbabile che proprio a questa congiuntura normativa, che rivelava un qualche *favor* verso le donne di malaffare, si debba un loro maggior coraggio che le portò a confidare in una giustizia equa nei loro confronti e per questo ad 'osare', talora, far causa a quanti si rifiutavano di pagare loro il compenso dovuto. L'inedita casistica si affacciò, infatti, nelle aule dei tribunali pochi anni dopo questa nuova regolamentazione del meretricio da parte dello Stato italiano.

Nel biennio 1898-1899 le corti giudiziarie furono chiamate più volte ad esprimersi circa l'esistenza della truffa *in re illicita* proprio nell'ipotesi della prostituta che lamentava il mancato pagamento della prestazione erogata da parte di chi ne aveva fruito. Con l'unica eccezione del Tribunale di Cagliari, esse si espressero per l'inesistenza della figura criminosa invocando tre argomenti: l'assenza di raggiri idonei ad ingannare la buona fede altrui, la mancanza di danno patrimoniale e, di conseguenza, dell'ingiusto profitto. Si tratta di un drappello di sentenze – in buona parte ricordate da Alessandro Stoppatto, che della questione si occupò ampiamente¹⁵⁵ –, tra le quali corre l'obbligo di precisare che quelle bolognesi sono inedite¹⁵⁶.

¹⁵³ *L'iter* che portò alla riforma Crispi e i suoi contenuti appaiono ben delineati in A. MORALE, *Studio sulla prostituzione*, cit., pp. 173-177; M. GIBSON, *Stato e prostituzione*, cit., pp. 51-79 e R. CANOSA, *Sesso e Stato*, cit., pp. 63-71.

¹⁵⁴ Una puntuale e dettagliata analisi del *Regolamento Nicotera* è effettuata da A. MORALE, *Studio sulla prostituzione*, cit., pp. 177-202; v., inoltre, i più recenti M. GIBSON, *Stato e prostituzione*, cit., pp. 81-88 e R. CANOSA, *Sesso e Stato*, cit., pp. 72-74.

¹⁵⁵ V. *infra*, § 7.

¹⁵⁶ Mi è stato possibile consultare presso il locale Archivio di Stato soltanto la sintetica pronuncia della Corte d'Appello (Archivio di Stato di Bologna – d'ora in poi ASBo –, fondo *Corte d'Appello, Sezione Penale*, serie *Sentenze*, 342, Corte d'Appello di Bologna, 13 marzo 1899, cc. 256r-257r), non essendo ivi conservate le decisioni del Tribunale Penale per il periodo in oggetto.

Circa queste ultime i giudici di merito felsinei esclusero la configurabilità della truffa nel caso di chi avesse frodato la meretrice, in due successive pronunce rispettivamente del 2 agosto 1898 e del 17 febbraio 1899¹⁵⁷. Nel primo caso fu dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di Luigi Pieri, imputato di tale reato per avere carpito, «con raggiri atti a sorprendere l'altrui buona fede», il compenso per la prestazione resa alle due prostitute, Filomena Burattini e Clementina Bottioni¹⁵⁸. La Corte d'Appello, il 13 marzo 1899, confermò la decisione di primo grado, constatando come in entrambi gli episodi non risultasse noto «come e con quale contegno» il Pieri si fosse presentato alle due donne per ottenerne i favori e, pertanto, mancasse la prova del raggiri od artificio, vale a dire di uno degli elementi necessari perché si configuri il *crimen in oggetto*¹⁵⁹. Nel secondo giudizio il tribunale bolognese riscontrò, invece, l'assenza dei *substantialia* del danno patrimoniale e dell'ingiusto profitto. A tale conclusione i magistrati pervennero constatando come nell'ipotesi *de qua* la meretrice non avesse azione civile per ottenere il pagamento del rapporto consumato, essendo illecita la causa dell'obbligazione e, di conseguenza, la donna non potesse ottenere soddisfazione neppure in sede penale¹⁶⁰.

Il dispositivo del Tribunale di Bologna fu condiviso dalla Corte d'Appello di Brescia che, il 21 ottobre 1898, affermò non commettere truffa «chi giace con una meretrice senza poi volerla pagare»¹⁶¹, perché il delitto non è configurabile qualora il danno altrui, che ne è estremo essenziale, si concreti nella frode di un «compenso disonesto», non ripetibile secondo i dettami del Codice Civile. Nell'ipotesi analizzata la Corte riscontrò

La serie *Sentenze* del fondo *Tribunale criminale* dell'ASBo si arresta, infatti, al 1892.

¹⁵⁷ A. STOPPATO, *La frode negli atti illeciti*, in *Per le onoranze di Francesco Carrara. Studi giuridici*, Torino-Roma-Milano, 1900, pp. 450-451.

¹⁵⁸ ASBo, Corte d'Appello di Bologna, 13 marzo 1899, cit., c. 256v.

¹⁵⁹ ASBo, Corte d'Appello di Bologna, 13 marzo 1899, cit., c. 257r.

¹⁶⁰ Tali pronunce sono illustrate da A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 450-452.

¹⁶¹ La massima è pubblicata in *La Scuola Positiva. Rivista di criminologia e diritto criminale* (d'ora in poi *La Scuola Positiva*), 8 (1898), p. 729.

il difetto del danno. Ciò che era stato frodato – la prestazione turpe della prostituta – non apparteneva «onestamente» al patrimonio della persona offesa e, pertanto, questa non poteva ripetere «un valore concreto», essendo nulla l'obbligazione civile in quanto era illecito l'oggetto del contratto, ossia «l'impuro abbraccio e la sua turpitudine»¹⁶².

Nel motivare tale sentenza i giudici affiancarono la fattispecie in esame a quella dei *saccularii* romani¹⁶³, vale a dire profittatori che presentandosi falsamente come buoni clienti consumavano cibo e vino senza poi pagare¹⁶⁴. Fattispecie nella quale la giurisprudenza, invece, aveva riconosciuto il *crimen* in oggetto. Separava le due casistiche una differenza fondamentale: l'oste era privato di beni che avevano un valore reale e di cui era lecito commerciare, mentre il danno della meretrice si risolveva in un lucro cessante¹⁶⁵ per mancato pagamento di una prestazione d'opera che era turpe e di cui, pertanto, la legge doveva disinteressarsi¹⁶⁶.

¹⁶² Corte d'Appello di Brescia, 21 ottobre 1898, in *La Giustizia Penale. Rivista critica settimanale di dottrina, giurisprudenza, legislazione* (d'ora in poi *La Giustizia Penale*), 4 (1898), col. 1307.

¹⁶³ *Digestum Novum*, tit. *de extraordinariis criminibus*, l. *Saccularii* (D. 47, 11, 7), «qui vetitas in sacco artes exercentes partem subducunt».

¹⁶⁴ Si tratta di casistica che impegnò costantemente giurisprudenza e dottrina nell'arco cronologico in esame. Per una prima informazione e senza pretesa di esaustività v. F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Prato, 1889³, pp. 521-530; V. OLIVIERI, *I «saccularii» nella legislazione penale vigente ed in progetto. Costituisce truffa il fatto di chi si fa servire cibi o bevande dal bettoliere, sapendo di non potere pagare lo scotto?*, in *Rivista Penale*, 27 (1888), pp. 469-477; G. PITTALUGA, *In tema di truffa. Se costituisca truffa il farsi servire cibi e bevande sapendo di non poter pagare*, in *Studi illustrativi del Codice Penale Italiano*, 1 (1892-1893), pp. 296-304; F. PANIZZI, *Se vi sia truffa nel non pagare il conto al trattore*, in *La Scuola Positiva*, 14 (1904), pp. 122-126 e A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 118-126, che indica la giurisprudenza sul punto.

¹⁶⁵ Il danno patrimoniale conosce due forme: il lucro cessante e il danno emergente. Il primo qui inteso nel mancato accrescimento del patrimonio del danneggiato poiché questi non ha percepito una quantità di denaro cui aveva diritto; il secondo consiste nella diminuzione del patrimonio del danneggiato.

¹⁶⁶ Per il testo della sentenza v. Corte d'Appello di Brescia, 21 ottobre 1898, in *La Giustizia Penale*, 4 (1898), coll. 1307-1308 e in *La Cassazione Unica*, 10 (1899), p. 157.

Analoghe argomentazioni sono, altresì, alla base della pronuncia emessa dal Tribunale di Cagliari il 17 novembre 1898 che, nell'ipotesi sottoposta al suo giudizio, ritenne non si riscontrasse la truffa poiché non vi era la violazione di un diritto che richiedesse «la protezione e la tutela della legge civile»: non vi era, dunque, alcun danno. La motivazione adottata dai giudici ruota, ancora una volta, intorno ad argomenti civilistici, applicati in maniera estensiva alla giustizia penale. Il Codice Civile stabilisce che l'obbligazione fondata su causa illecita non possa avere alcun effetto (art. 1119)¹⁶⁷ e precisa che la causa è illecita «quando è contraria al buon costume...» (art. 1122)¹⁶⁸. Dal combinato disposto di queste due norme il Tribunale concluse che l'obbligazione derivante da meretricio fosse nulla per illiceità della causa.

La magistratura ritenne che dal mercimonio del corpo non potesse derivare un diritto perché «la legge tollera ma non tutela la prostituzione», pertanto alla prostituta non era lecito invocare la lesione di un diritto; ne consegue che in tale circostanza mancava il danno e non poteva condannarsi per truffa chi, dopo avere consumato il rapporto, si rifiutava di versare alla donna il corrispettivo spettante. Poco convincente suona la conclusione del Tribunale secondo cui la legge penale deve garantire soltanto i diritti riconosciuti dalla legge civile, senza tutelare ciò che da questa è ritenuto «indegno di protezione»¹⁶⁹.

Il disfavore verso le meretrici venne rimarcato dalla pronuncia resa dalla Cassazione il 10 marzo 1899, nella quale si condanna per rapina colei che «strappa il portafoglio dalla tasca del volgare don Giovanni» e lo costringe a pagare il compenso per l'atto sessuale. La magistratura nello spiegare la propria decisione, argomentò *a contrariis* che il cliente che

¹⁶⁷ *Codice civile* (1865), cit., l. III, tit. IV, capo I, sez. I, § II, art. 1119, «L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto».

¹⁶⁸ Il testo della norma è riportato *supra*, nt. 26.

¹⁶⁹ Tribunale di Cagliari, 17 novembre 1898, in *Il Foro Penale*, 7, p. II, pp. 178-179.

non versa alla prostituta la mercede pattuita «non è colpevole di nulla»¹⁷⁰.

Una giurisprudenza che oggi appare limitata e ispirata a sentimenti moralistici, nel momento in cui dimenticava che la normativa vigente disciplinava l'esercizio della prostituzione come un servizio di pubblica utilità e non come un delitto¹⁷¹.

In senso contrario si espresse in questo torno d'anni solo una sentenza di quello stesso Tribunale di Cagliari che neppure un mese prima, in analoghe circostanze, aveva negato la truffa. La sentenza del 7 dicembre 1898 condannò per tale reato gli imputati Masaidda e Sitzia in quanto avevano fruito della prestazione di due prostitute e, con il pretesto di fissare il *quantum* con la tenutaria della casa di tolleranza, si erano allontanati senza saldare il prezzo dovuto secondo il tariffario¹⁷². Una pronuncia «audacissima», ma largamente e seriamente motivata¹⁷³.

I giudici di merito ritennero sussistere tutti gli estremi richiesti dal Codice Penale ai fini della configurabilità della truffa. Anzitutto, vi era il raggirato atto ad ingannare l'altrui buona fede, come si evince dalla condotta tenuta dai 'clienti', estrinsecantesi «nell'attitudine e nelle parole» da questi usate per sorprendere «con simulate apparenze» la buona fede della meretrice, inducendola in errore circa l'intenzione di versarle la mercede dovutale. Inutile il ragionamento della difesa – evidentemente mutuato dalla ricordata sentenza della Corte d'Appello di Brescia –, secondo cui mancava il danno altrui perché la frode cadeva su cosa che non apparteneva «onestamente al patrimonio delle parti offese» e per la quale di conse-

¹⁷⁰ La sentenza – Cassazione, 10 marzo 1899 – è riportata da F. DE LUCA, *I diritti delle diobolarie*, in *La Scuola Positiva*, 9 (1899), p. 428.

¹⁷¹ La citazione è di F. DE LUCA, *I diritti delle diobolarie*, cit., p. 429.

¹⁷² Tribunale di Cagliari, 7 dicembre 1898, in *Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale* (d'ora in poi *Monitore dei Tribunali*), 40 (1899), s. II, II, p. 657; in *Il Foro Penale*, 7, p. II, pp. 331-334 e in *La legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia* (d'ora in poi *La legge*), 39 (1899), II, pp. 352-354.

¹⁷³ Nota a Tribunale di Cagliari, 7 dicembre 1898, in *La legge*, 39 (1899), II, p. 352.

guenza le stesse non potevano ripetere un valore concreto. Il Tribunale, al contrario, affermò il diritto della donna a disporre della propria persona e sostenne che non si potesse negare un valore economico alla prestazione sessuale per la sua origine impura. Non sarebbe né umano né giuridico invocare ragioni di moralità o di buon costume per negare alla prostituzione il fondamento di obbligazione. La sentenza concluse sul punto sottolineando che, nel momento in cui il legislatore regola l'esercizio di simile professione, deve altresì concedere alla prostituta gli strumenti per conseguire il compenso per l'attività svolta.

Ancora, il Tribunale respinse un ulteriore argomento della difesa, per cui l'oggetto del negozio non sarebbe commerciabile in quanto immorale e, dunque, la donna non avrebbe diritto ad un corrispettivo. Poiché, infatti, il legislatore permetteva il meretricio e non lo giudicava contrario all'ordine pubblico ed al buon costume, ma anzi lo considerava «un cespite d'entrata per le finanze dello Stato», non doveva reputarsi immorale il fatto che chi lo esercitasse ricevesse o pretendesse denaro per i favori concessi.

I giudici di merito ritennero che la fonte dell'obbligazione non fosse turpe e che la legge nel punire la truffa non dovesse guardare alla moralità della causa, ma solo all'inganno, giudicando, pertanto, colpevole di tale reato chi usa artifici o raggiri «per godersi una meretrice senza pagare». Gli stessi puntualizzarono, inoltre, come il diritto che la legge tutela è il diritto di tutti i consociati a non essere ingannati e, dunque, anche quello della prostituta.

La corte, infine, rigettò anche i motivi civilistici, affermando che qualora «speciali principi» vietassero l'azione civile per il risarcimento dei danni in tale fattispecie, l'azione penale non ne doveva risultare interdotta. Da ultimo e per avallare la fondatezza della propria pronuncia, i giudici osservarono come la giurisprudenza contraria avrebbe avvantaggiato quanti con inganno volevano sfruttare le «sventurate», tendendo a giustificare la loro mala condotta¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Tribunale di Cagliari, 7 dicembre 1898, cit., pp. 657-658.

7. Una critica e una difesa della dottrina carrariana

Nel primo scorcio del Novecento il dibattito sulla truffa *in re illicita* si arricchì di due contributi fondamentali, seppur di segno opposto. Il primo apparve nel volume *Per le onoranze di Francesco Carrara*¹⁷⁵ a firma di Alessandro Stoppato ed è un saggio nel quale l'allora docente bolognese¹⁷⁶, dopo alcune considerazioni introduttive, da un lato, contestava la posizione sposata dalla dottrina e, dall'altro, illustrava la nuova ipotesi criminosa, emersa in giurisprudenza, riconducibile al reato *de quo* ogniqualevolta il 'cliente' dopo aver fruito della prestazione della prostituta non le avesse versato la mercede spettante. Il secondo contributo era di Enrico Pessina, avvocato¹⁷⁷, magistrato, politico e soprattutto accademico, che avversava le argomentazioni di Stoppato e della nota pronuncia della Cassazione torinese¹⁷⁸, negando la configurabilità del *crimen* qualora entrambe le parti fossero mosse da intenti disonesti.

Ad apertura del suo contributo Stoppato richiama le molte e variegate posizioni assunte in merito dai teologi moralisti¹⁷⁹ e constata come la legge e la giustizia civile si mostrino

¹⁷⁵ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 431-457.

¹⁷⁶ Alessandro Stoppato insegnò nella Facoltà giuridica dell'Ateneo di Bologna dal 1898 al 1931 (v. C. STORTI, *Stoppato, Alessandro*, cit., p. 1919).

¹⁷⁷ L'attività forense dell'autore, peraltro legata alle vicende risorgimentali italiane, è indagata da D. LUONGO, *Enrico Pessina (1828-1916)*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, cit., pp. 673-682.

¹⁷⁸ Per la pronuncia, da Pessina erroneamente datata 1897 anziché 1877, v. *supra*, § 2.

¹⁷⁹ Il richiamo dell'autore ai filosofi moralisti, per quanto generico, delineava in maniera sintetica le diverse opinioni da questi sposate (A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 432-433). Un primo orientamento, secondo cui il compenso per l'opera era sempre dovuto, anche se questa era turpe, e pertanto non doveva essere restituito (così L. LESSIO, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Novissima hac editione aucti et repurgati*, Milano, 1618, II, c. 14, n. 51; G. D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis, II. De obligationibus quae omnium hominum communes est*, Roma, 1891³, n. 301, nt. 24; A. BALLERINI, *Opus theologicum morale, 3. De iustitia et iure*, Prato, 1890, n. 61 ss. e E. GENICOT, *Institutiones theologiae moralis, I*, Louvain 1931¹², pp. 500-501). Un secondo orientamento che distingueva a seconda che la prestazione immorale fosse compiuta o meno: se in quest'ultimo caso la mercede doveva essere restituita perché la proprietà della cosa ricevuta non si

subordinate alla morale laddove negano qualsiasi azione per ottenere sia l'esecuzione del patto illecito od immorale sia la ripetizione del *quantum* indebitamente versato in conseguenza del medesimo. Tali considerazioni lo indussero ad affermare, precorrendo i tempi, che in ambito penalistico si debba prescindere da principi esclusivamente etici e che non si debba procedere 'imitando' le leggi civili.

Individuato in tale *ars argumentandi* il principale equivoco in cui era incorsa la riflessione dottrinale a lui precedente, il docente dell'*Alma Mater* puntualizza come vi siano due *species* di atti illeciti: quelli che lo sono esclusivamente da un punto di vista morale e quelli che lo sono anche da un punto di vista penale. In entrambi i casi perché si possa parlare di truffa sotto un profilo giuridico è necessario che vi sia un raggirio e che questo sorprenda l'altrui buona fede, per cui l'ingannato, cadendo in errore, si spoglia di un suo bene. Il giurista ritiene non si debba distinguere tra l'accordo finalizzato ad un atto moralmente illecito e quello diretto al compimento di un fatto delittuoso, poiché tra l'uno e l'altro non cambia «la materia onde trarre gli elementi del delitto di truffa».

Nonostante la sede editoriale in cui apparve il suo saggio, vale a dire il volume dedicato a celebrare Francesco Carrara, Stoppato contesta punto per punto la posizione carrariana in merito alla figura criminosa in esame, partendo dalla constatazione di come la medesima appaia viziata poiché «la coscienza morale dell'uomo» ha fatalmente avuto la meglio sull'obiet-

era validamente trasferita (E. GENICOT, *Casus conscientiae*, Bruxelles, 1922⁴, *casus* 332-333, pp. 225-226; A. VERMEERSCH, *Theologiae moralis. Principia - Responsa - Consilia*, II. *De virtutum exercitatione*, Roma, 1945⁵, n. 378, p. 301 e H. NOLDIN, *Summa theologiae moralis*, II. *De praeceptis*, Oeniponte, 1961³³, n. 538, pp. 474-476), più controverso appare il primo caso, con riguardo al quale vi era chi riteneva che il compenso fosse dovuto in quanto controprestazione di un valido contratto *do ut des* (H. NOLDIN, *Summa theologiae*, cit., p. 475) oppure perché il contratto era nullo, ma solo circa la prestazione d'opera e non circa la prestazione del compenso, come pure chi riteneva che lo stesso non fosse dovuto perché il decorso del tempo non poteva validare un negozio invalido *ab origine* (A. LEHMKUHL, *Theologia moralis*, Friburgo, 1902¹⁰, I, n. 1249). Un'ulteriore ricerca cursoria, tuttavia, mi ha permesso di ricondurre le diverse *opinioniones* alle autorevoli voci indicate tra parentesi.

tività del giurista¹⁸⁰. Egli gli contesta di aver preso le mosse dalla considerazione per cui la legge penale deve punire solo quelle azioni che risultano lesive di un diritto, per poi sostenere che ciò non si verifica nelle fattispecie da lui ipotizzate¹⁸¹. Stoppato concorda sul fatto che affinché si concreti la truffa è necessaria, in conseguenza di un raggirio fraudolento, la violazione del diritto di proprietà di un soggetto e l'ingiusto vantaggio altrui, ma, a differenza di Carrara, ritiene del tutto irrilevanti le ragioni per cui il frodato ha accettato di cedere parte dei suoi averi¹⁸².

Alla ben nota argomentazione civilistica di Carrara la replica di Stoppato è triplice. In primo luogo, egli afferma che escludere il *crimen* al ricorrere di simili circostanze significherebbe non riconoscere il criterio esclusivamente giuridico della funzione punitiva. In secondo luogo, egli osserva come non si possa parlare di «volontaria alienazione della cosa propria» se questa avviene in conseguenza ad un raggirio fraudolento; poco importa la volontà immorale della vittima, rilevando solo la promessa del frodatore di compiere un'azione contraria alla morale o alla legge, senza avere l'intenzione di porla in essere. In terzo luogo, egli constata come l'essenza della truffa sia da individuarsi nell'inganno, poiché se questo difetta ed il soggetto attivo porta a termine quanto millantato, si verificherebbe il più grave reato, di cui il presunto truffato sarebbe complice¹⁸³.

Manifesto il disaccordo con Carrara anche laddove questi sostiene che il frodato, come non possa agire civilmente per la ripetizione dell'indebitato, così non possa procedere in sede penale. Due le ragioni addotte da Stoppato per smontare la riflessione dell'avvocato toscano: *in primis*, egli ritiene che, anche nei casi in cui non sia concessa l'azione civile per la restituzione di quanto indebitamente pagato, l'atto conservi «il suo carattere nocivo e criminoso»; secondariamente, egli precisa come la *soluti retentio*, vale a dire l'impossibilità di ripetere quanto spon-

¹⁸⁰ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 432-440.

¹⁸¹ Per il pensiero di Carrara, v. *supra*, § 3.

¹⁸² A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 440-441.

¹⁸³ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 442-443.

taneamente conferito, sia subordinata all'esistenza di un'obbligazione naturale e, comunque la si voglia intendere¹⁸⁴, non sia questo il caso, poiché non si può riconoscere alcuna efficacia ad «un obbligo di coscienza invisibile alla morale e alla legge».

Ancora, Carrara afferma che l'ingannato non possa far valere le sue ragioni, poiché deve imputare solo a sé stesso l'aver ceduto un proprio diritto legittimo in cambio di una «speranza» giuridicamente non riconosciuta. A riguardo Stoppato evidenzia come il criminalista lucchese non argomenti *stricti iuris* e giunga a tale conclusione per motivi esclusivamente etici. Al contrario, egli sostiene che la giustificazione della pena per il truffatore sia da individuarsi nell'aver violato il diritto patrimoniale altrui e non nella mancata realizzazione della condotta immorale o criminosa promessa.

Secondo l'accademico bolognese è indubbio che nelle fattispecie create *ad hoc* da Carrara – anche nel caso ad effetto già ricordato del magistrato chiamato a giudicare per truffa chi non lo aveva percosso pur essendo stato lautamente pagato per farlo – la lesione giuridica verificatasi sia quella del patrimonio del soggetto passivo. L'agente, infatti, non voleva commettere il più grave reato prospettato – uccidere, corrompere una minorenne, ferire, falsificare – ma solo frodare e, pertanto, doveva essere condannato e punito per tale crimine. Se si dovesse considerare il movente che ha spinto la vittima – aggiungeva – a privarsi della cosa propria, le truffe non perseguibili risulterebbero sin troppo numerose¹⁸⁵.

La posizione di Stoppato a favore della configurabilità del reato *de quo* è netta, tanto da non fargli condividere neppure

¹⁸⁴ A riguardo Stoppato sostiene che la *soluti retentio* operasse sia se l'obbligazione naturale veniva intesa come un mero obbligo di coscienza, sia se la si considerava un'obbligazione civile vera e propria (A. STOPPATO, *La frode*, cit., p. 443). Benché la nozione di obbligazione naturale apparisse assai controversa nella seconda metà dell'Ottocento, «l'irripetibilità della prestazione più che "un effetto immediato dell'obbligazione naturale" è "una conseguenza del volontario adempimento, il quale crea una situazione che solo da questo momento l'ordinamento giuridico prende in considerazione e intende tutelare"» (v. E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enciclopedia del diritto*, 29, Milano, 1979, pp. 353-381 e per la citazione, p. 361).

¹⁸⁵ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 442-446.

re la ricordata soluzione di compromesso ipotizzata sulle pagine della *Rivista Penale*, nella quale, allo scopo di reprimere tali fattispecie, si suggeriva la creazione di una nuova figura criminosa¹⁸⁶. Cogliendo bene il cuore del problema, il giurista conclude osservando come sulla dottrina che nega la truffa in simili ipotesi giochi un ruolo fondamentale la morale, finendo per prevalere sul diritto¹⁸⁷. Viceversa, egli ritiene abbia ben giudicato la giurisprudenza. I criteri applicati dalla Cassazione di Torino nel ricordato *leading case*¹⁸⁸, come pure quelli cui era ricorsa la Cassazione di Vienna nella analizzata pronuncia del 1881¹⁸⁹, secondo Stoppato sono da reputarsi validi anche sotto la vigenza del nuovo unitario Codice Penale italiano. In entrambi i casi (il frodato dai finti falsari e le due donne ingannate da chi aveva promesso loro l'esenzione dal servizio di leva per il figlio) le corti – a suo dire – hanno correttamente inteso l'espressione 'buona fede' nel senso di credulità, nella quale i soggetti passivi sono stati ingannati e non nel senso che gli stessi avessero l'animo «scevro da ogni malizia o secondo fine». La suprema magistratura viennese, inoltre, ha ben sentenziato nell'affermare che, ai fini della repressione penale, non rileva la risarcibilità o meno in sede civile del danno cagionato dall'agente¹⁹⁰.

Lo stesso Stoppato, sollecitato dalla giurisprudenza, inaugurò il dibattito dottrinale su di una seconda casistica, domandandosi se qualora entrambe le parti «versino *in re illicita*» da un punto di vista squisitamente morale, il diritto penale debba intervenire o se, al contrario, debba limitarsi a proteggere i cittadini probi, evitando di reprimere la frode in danno di chi si propone di compiere un atto turpe. Viste le premesse non stupisce la conclusione cui giunge il penalista, ossia che «la repulsione» per l'immoralità del frodato non deve impedire la repressione dell'offensore¹⁹¹.

¹⁸⁶ V. *supra* § 4.

¹⁸⁷ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 446-447.

¹⁸⁸ V. *supra*, § 2.

¹⁸⁹ V. *supra*, § 4.

¹⁹⁰ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 448-450.

¹⁹¹ A. STOPPATO, *La frode*, cit., p. 437.

Nell'ipotesi della prostituta non pagata per la prestazione resa, egli ritiene che il *crimen* si configuri, ricorrendo tutti gli estremi richiesti dal Codice Penale. La sua riflessione muove dalla considerazione che non si deve confondere la tutela civile con quella penale, per la quale ogniqualevolta si ha una diminuzione del patrimonio si configura un danno patrimoniale¹⁹².

Certamente è «ripugnante» proteggere chi non ha una finalità onesta, ma si tratta di avversione che non può spingersi sino a «negare protezione» ad un diritto, perché questo significherebbe tollerare le frodi tra persone corrotte e ciò è inammissibile: l'ingannato deve sempre essere tutelato dalla legge penale¹⁹³. Nell'ipotesi in cui l'atto immorale – e non un delitto – è compiuto, ma la mercede promessa non è corrisposta, un diritto è leso, perché la frode insiste sul vantaggio economico sperato e non conseguito a causa del raggio doloso¹⁹⁴.

Stoppato interviene a precisare che la distinzione tra danno emergente e lucro cessante prospettata dalla Corte d'Appello di Brescia¹⁹⁵ era «assolutamente impropria»: innegabile il danno pur se non riparabile in sede civile, così come innegabile è l'ingiusto profitto, cioè il guadagno «non giuridicamente giustificato»¹⁹⁶. Al centro della riflessione si pongono alcune delle analizzate pronunce giurisprudenziali¹⁹⁷, considerate erranee, perché non riconoscono la truffa nel caso di chi dopo aver ricevuto i favori di una meretrice si rifiuta di pagarla¹⁹⁸. Egli – richiamandosi ad altra sentenza (Cassazione di Roma, 24 gennaio 1899)¹⁹⁹ su fattispecie differente: il caso è quello già ricordato di chi consuma bibite senza pagare²⁰⁰ – invita a va-

¹⁹² A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 452-456.

¹⁹³ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 435-438.

¹⁹⁴ A. STOPPATO, *La frode*, cit., p. 447.

¹⁹⁵ V. *supra*, § 6.

¹⁹⁶ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 452-456.

¹⁹⁷ Queste le pronunce richiamate da Stoppato: Tribunale di Bologna, 2 agosto 1898; Corte d'Appello di Bologna, 13 marzo 1899; Corte d'Appello di Brescia, 21 ottobre 1898 e Tribunale di Cagliari, 17 novembre 1898.

¹⁹⁸ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 450-451.

¹⁹⁹ Cassazione, 24 gennaio 1899, in *La Cassazione Unica*, 10 (1899), coll. 654-656.

²⁰⁰ Per tale casistica v. *supra*, nt. 164.

lutare attentamente le circostanze che inducono in errore e, nel valutarle, a considerare «condizioni, consuetudini, usi commerciali, fiducie quasi necessarie o solite convenienze generali» cui si ricorre abitualmente nello scambio di prestazioni²⁰¹.

Ragionando in termini esclusivamente giuridici, infatti, quando il diritto di un soggetto è aggredito da altri, poco importa alla legge penale che sia stato egli stesso a mettersi in tale condizione per il deplorabile desiderio di conseguire un atto immorale. Stoppato constata come nel caso dell'uomo che non paga la prostituta quest'ultima «pecchi moralmente», mentre il 'cliente' viola non solo la morale ma anche il diritto e deve, pertanto, considerarsi «peggiore del truffatore comune»²⁰².

Nessun dubbio, dunque, in merito all'esistenza sia del danno patrimoniale sia del corrispondente vantaggio ingiusto: la donna di malaffare che non ha ricevuto il compenso per il rapporto sessuale consumato ha subito un danno, che è evidentemente patrimoniale, e l'uomo che non ha sborsato e, dunque, ha conservato il denaro dovuto ne ha tratto un guadagno che è ingiusto²⁰³. Un'ultima precisazione: nel caso di lesione di un diritto patrimoniale, la giustizia criminale deve intervenire, ma solo se la stessa è conseguenza del raggirò dell'agente e non tutte le volte che si tratta di una libera scelta del soggetto passivo²⁰⁴.

Trova posto anche una considerazione di morale sociale che Stoppato si permette al termine del suo contributo, affermando che «ribaldi di tale specie» – riferendosi a coloro che si approfittano della prostituta – meritano 'l'attenzione' del diritto penale²⁰⁵.

Di segno opposto lo scritto di Enrico Pessina, in cui è evidente fin dalle prime righe il *favor* per la dottrina di Francesco Carrara, del quale condivide la considerazione secondo cui difetterebbe «la nota essenziale del delitto di frode nel-

²⁰¹ A. STOPPATO, *La frode*, cit., p. 451.

²⁰² A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 435-438.

²⁰³ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 452-456.

²⁰⁴ A. STOPPATO, *La frode*, cit., p. 439.

²⁰⁵ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 456-457.

la fallace promessa di un fatto illegittimo»²⁰⁶. Al criminalista lucchese egli, tuttavia, rimprovera di avere voluto 'esagerare', adducendo esempi non sempre calzanti²⁰⁷. Per affermare l'inesistenza della truffa nell'ipotesi in cui entrambe le parti siano animate da un intento disonesto, il ragionamento dell'«esponente di punta della scuola "classica"»²⁰⁸ prende le mosse dal diritto romano, in cui evidenzia diversi passi – noto quello marciano secondo cui «si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent» (D. 4, 3, 36)²⁰⁹ – dai quali si evince come in tali ipotesi operi il principio della compensazione del dolo²¹⁰. Una riflessione da cui Pessina trae la conseguenza che nella nostra tradizione le fattispecie in oggetto non abbiano mai integrato il reato *de quo*²¹¹.

Andando oltre le fonti romane – da alcuni autori ricordati da Pessina definite con spregio «rancidume» – l'avvocato napoletano sviluppa le sue argomentazioni anche dal punto di

²⁰⁶ E. PESSINA, *Dell'artificio ingannatore consistente nella promessa di un fatto illecito*, in *Rivista del Circolo giuridico napoletano*, 1 (1901), ora in *Id.*, *Discorsi varii*, I, Napoli, 1912, p. 111.

²⁰⁷ E. PESSINA, *Dell'artificio ingannatore*, cit., p. 114.

²⁰⁸ Così M.N. MILETTI, *Pessina*, cit., p. 1557.

²⁰⁹ I passi ricordati da Pessina, accanto a quello indicato nel testo, sono: «[...] Labeo quoque in eadem opinionem est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi». (D. 44, 4, 4, 13 da lui erroneamente indicato come D. 50, 17, 199); «[...] nemo de improbitate sua consequitur actionem [...]» (D. 47, 2, 12, 1); «[...] ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit» (D. 44, 4, 1, 1) e «[...] neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris» (D. 44, 4, 2, 2).

²¹⁰ Sul principio romanistico della compensazione del dolo v. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, pp. 248-255; E. VOLTERRA, *Sulla compensazione dei reati in diritto romano*, in *Temi Emiliana*, 7 (1930), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, VII (*Diritto criminale e diritti dell'antico Oriente Mediterraneo*), Napoli, 1999 (Antiqua, 84), pp. 165-184; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1950², pp. 153-154 e M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973 (Università di Roma - Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo, 47), pp. 196-198.

²¹¹ E. PESSINA, *Dell'artificio ingannatore*, cit., p. 117.

vista del diritto penale vigente. Sia la pronuncia della Cassazione sia la dottrina di Stoppato risultano condivisibili da Pessina, laddove riscontrano l'esistenza di tutti i *substantia-lia* della truffa anche nella casistica che vede entrambe le parti versare *in re illicita*. Ciò che gli suscita perplessità è come sia possibile che chi intende comportarsi *contra legem*, possa invocare la protezione della giustizia qualora, in conseguenza di tale delittuosa volontà, si veda offeso in un proprio diritto. Egli osserva che se il diritto penale punisse il presunto truffatore al ricorrere di simili circostanze, si avrebbe la sgradevole conseguenza per cui lo stesso finirebbe, altresì, per proteggere un soggetto altrettanto «giuridicamente pericoloso per la vita sociale».

Richiamandosi anch'egli alla dottrina di Adolf Merkel, per la quale lo Stato non può proteggere la volontà dell'ingannato salvo che la stessa coincida con quella dell'intera società, Pessina conclude che la giustizia debba condannare per il reato in esame chi grazie ad una falsa promessa ottiene denaro altrui, solo qualora identifichi la violazione degli interessi legittimi del frodato con «la lesione dell'ordine sociale». Secondo il docente dell'Ateneo federiciano considerare esistente il reato nella casistica in oggetto porterebbe ad una contraddizione, vale a dire che lo Stato finirebbe per considerare quale proprio interesse quello di chi agisce contro diritto, volendo compiere un delitto.

L'approccio di Pessina risulta diverso rispetto alle *opinioniones* sino ad ora ricordate, poiché egli ritiene la promessa dell'ingannatore non la causa, bensì l'oggetto del contratto illecito. La volontà della vittima, per quanto ingannata, è quella di concludere un negozio contrario alla legge e, dunque, non è meritevole di alcuna tutela da parte del Codice Penale²¹². Con un'osservazione di tipo etico, Pessina accusò i suoi «avversari» – ed è evidente il riferimento a Stoppato – di ritenere irrilevante la circostanza che il truffato non sarebbe stato ingannato «se obbediva alla legge, allo Stato, alle norme del giusto e dell'onesto». Semplice la sua conclusione: è sufficiente

²¹² E. PESSINA, *Dell'artificio ingannatore*, cit., pp. 118-121.

che il soggetto passivo non si proponga di agire *contra legem* perché non venga frodato. «Qualunque sia l'apparato scenico» disegnato dal millantatore, infatti, l'individuo di provata integrità morale rifuggerà la volontà di commettere un *crimen* e, pertanto, non cadrà nell'inganno.

In virtù di tali argomentazioni, l'avvocato e magistrato napoletano constatò come nelle fattispecie create da Carrara ed in quella sottoposta al giudizio della Cassazione di Torino la truffa fosse tutt'altro che scontata: la vittima, infatti, non sarebbe stata tale se solo avesse respinto «la losca proposta». Per sfuggire «l'insidia dell'ingannatore», egli si affida al rispetto delle norme sociali e delle leggi, per questo l'uomo onesto non incorre in un simile inganno e, dunque, non avrà bisogno a posteriori di rivolgersi alla magistratura per riparare al danno subito.

Conclude Pessina, rilevando come la legge non possa intervenire quando il frodato ha concorso alla lesione del proprio diritto, accettando la proposta di compiere un reato. L'artificio – «apparato indirizzato ad ingannare» – non è in questa casistica atto a sorprendere l'altrui buona fede perché ha uno scopo illecito e, pertanto, il truffato non avrebbe dovuto accettare il criminoso invito²¹³.

8. *Un nuovo orientamento giurisprudenziale ed il ricorso ad argomenti civilistici*

Con l'inizio del XX secolo la giurisprudenza assunse una nuova posizione in tema di truffa *in re illicita*. Due le pronunce, rese rispettivamente il 2 marzo 1904²¹⁴ ed il 20 luglio 1909²¹⁵, con le quali la Cassazione affermò un'*opinio* contraria

²¹³ E. PESSINA, *Dell'artificio ingannatore*, cit., pp. 122-123.

²¹⁴ La pronuncia è riportata in *Rivista Penale*, 59 (1904), pp. 599-601 e in *La Giustizia Penale*, 10 (1904), coll. 425-462.

²¹⁵ Per la sua portata innovativa tale sentenza fu pubblicata sulle principali riviste specialistiche dell'epoca, peraltro, accompagnata da note di commento di autori diversi (Moschini, Escobedo, Bertola, Olivieri) a seconda del-

rispetto al *leading case* del 1877 e in aperta discontinuità con la giurisprudenza che, a differenza della dottrina, fino a quel momento si era espressa in maniera quasi univoca²¹⁶ in merito alla configurabilità del reato.

Nel primo caso due avvocati – Giovanni Patti ed Edoardo Catania – avevano sottratto una vistosa somma di denaro alla marchesa Caterina Cassibile, imputata in un processo per falso²¹⁷, facendole credere che con la medesima avrebbero corrotto i periti incaricati di esaminare il documento, fatto rimuovere il Procuratore Generale e comprata la protezione di potenti che avrebbero influito sulla magistratura di Messina onde far dichiarare inesistente il reato ed ottenere una decisione a lei favorevole²¹⁸.

Al termine di un regolare processo, il Tribunale di Messina con sentenza 27 dicembre 1902 condannò gli avvocati per truffa continuata ai danni della vedova Cassibile. Infruttuoso il giudizio di secondo grado: la Corte d'Appello di Palermo, il 18 luglio 1903, respinse tutti i motivi e confermò la pronuncia del tribunale di merito, seppur riducendo le pene. Patti e Catania ricorsero in Cassazione e la loro difesa fu assunta dal rinomato penalista Gennaro Escobedo, che nella memoria di-

la sua sede editoriale. V. *La Scuola Positiva*, s. III, 1 (1910), pp. 310-312 e *La Giustizia Penale*, 16 (1910), coll. 184-191.

²¹⁶ In tal senso si possono ricordare Cassazione, 4 aprile 1882, in *Giurisprudenza Penale. Collezione di decisioni e massime in materia penale* (d'ora in poi *Giurisprudenza Penale*), 2 (1882), col. 117; Cassazione, 8 aprile 1885, in *Giurisprudenza Penale*, 5 (1885), p. 183; Cassazione, 7 luglio 1895, in *La Giustizia Penale*, 2 (1896), col. 888; Cassazione, 9 luglio 1896, in *La Giustizia Penale*, 2 (1896), col. 888; Cassazione, 16 aprile 1903, in *Rivista Penale*, 58 (1903), pp. 48-50 e Cassazione, 18 luglio 1907, in *Rivista Penale*, 66 (1907), p. 379. In senso contrario v., la decisione della Corte d'Appello di Trani, 2 ottobre 1886, in *Rivista Penale*, 24 (1886), pp. 443-444, che non rilevò la truffa nel caso del litografo che aveva promesso e si era fatto pagare dagli «spacciatori» una certa quantità di false carte di pubblico credito, per poi denunciarli.

²¹⁷ La signora Caterina Scoppa, vedova Cassibile, era imputata di aver falsificato, di concerto con il notaio rogante, l'atto con cui il marito poco prima di morire le aveva ceduto titoli di rendita e capitali per una somma assai ingente. Dopo aver cercato qualsiasi mezzo per difendersi ed essersi rivolta a diversi avvocati, incontrò Patti e Catania che cercarono di circuirlo.

²¹⁸ Cassazione, 2 marzo 1904, cit., coll. 434-440.

fensiva svolse una vera e propria «teorica della frode in atti illeciti»²¹⁹. La difesa sostenne che la condotta degli imputati non integrasse il reato in oggetto per tre ordini di motivi: anzitutto, mancava l'estremo della violazione del diritto del frodato, perché alla marchesa non spettava né l'azione per pretendere l'adempimento della promessa né quella per ripetere la somma pagata allo scopo di raggiungere il fine illecito; secondariamente, mancava l'estremo del danno mediato, perché i «consociati onesti» non potevano allarmarsi se un «birbante» veniva deluso nelle sue aspettative criminose; da ultimo, mancava l'estremo della buona fede nel truffato, non potendo intendersi questa nel senso di mera credulità²²⁰.

La Cassazione accolse il ricorso e osservò come i magistrati di merito avessero errato nel ritenere Caterina Cassibile «vittima degli artifizii e raggiri usati da quei falsi confidenti ed amici» e nel giudicare Patti e Catania colpevoli di truffa per averla ingannata, promettendole di corrompere le persone necessarie affinché fosse assolta, senza tuttavia avere intenzione di farlo²²¹. La suprema corte non ravvisò nella fattispecie in esame il reato di truffa bensì quello di millantato credito²²², che è pur sempre una frode, ma perpetrata contro la pubblica amministrazione, perché la marchesa fu abbindolata sulle vere intenzioni del soggetto attivo e sull'efficacia dei mezzi prospettati, ma non nella sua buona fede, essendo lei stessa complice del «disegno falso» costituente il *crimen*²²³.

²¹⁹ L'intera difesa è riportata da Gennaro Escobedo nella *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, in *La Giustizia Penale*, 10 (1904), coll. 443-462.

²²⁰ Cassazione, 2 marzo 1904, cit., col. 459.

²²¹ Cassazione, 2 marzo 1904, cit., col. 460.

²²² *Codice Penale* (1889), cit., l. II. *Dei delitti in ispecie*, tit. III. *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, capo X. *Del millantato credito presso pubblici ufficiali*, art. 204, «Chiunque, millantando credito o aderenze presso un membro del Parlamento od un pubblico ufficiale, riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come eccitamento o ricompensa della propria mediazione verso di esso, o col pretesto di doverne comprare il favore o di doverlo remunerare, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire cinquanta a millecinquecento [...]».

²²³ Cassazione, 2 marzo 1904, cit., col. 461.

La seconda casistica concerne un tal Filippo Ciampi, il quale, dopo aver rinunciato ai voti sacerdotali, cercava una giovane che, oltre a servirlo in casa, si prestasse «allo sfogo dei suoi stimoli sessuali». La trovò in Annunziata Sorrenti, con i cui genitori si accordò affinché la mandassero presso di lui in cambio di un'ingente somma di denaro. Incassata buona parte del compenso la giovane si trasferì alla villa di Ciampi, ma accompagnata da padre e madre che vanificarono le ulteriori pattuite pretese dell'ex sacerdote. Ricevuta anche la quota restante del *quantum*, la famiglia Sorrenti creò un pretestuoso contrasto con il padrone di casa e si allontanò, senza che egli avesse potuto godere dei servizi concordati.

Il caso di specie, che corrisponde a quello della simulata mezzana soltanto immaginato da Francesco Carrara²²⁴, fu oggetto di giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli, che, l'8 agosto 1908, condannò per truffa i Sorrenti a causa del mancato soddisfacimento del soggetto passivo, che non aveva ottenuto quanto promesso in cambio del denaro versato. La sentenza di primo grado fu ribadita qualche mese più tardi – 10 dicembre 1908 – dalla Corte d'Appello della stessa città²²⁵. Padre e figlia ricorsero alla Cassazione che ribaltò le precedenti decisioni, affermando che non commette reato di truffa «colui che delude altri in una sua aspettativa illecita per conseguire la quale abbia sborsato denaro»²²⁶.

Nel motivare la pronuncia la suprema magistratura rilevava come la situazione in esame fosse diversa ed opposta da quella di chi, dopo aver consumato un rapporto con una prostituta, le rifiutasse la mercede prevista. Caso quest'ultimo nel quale la Cassazione, ricorrendo ad argomenti nuovi e contrastanti con la prevalente giurisprudenza²²⁷, riscontrava il reato *de quo*, considerando il meretricio un mestiere «riconosciuto e regolato dalla società» e sostenendo, pertanto, che esso venis-

²²⁴ V. *supra*, § 3.

²²⁵ La vicenda giudiziaria è riportata in Cassazione, 20 luglio 1909, in *La Scuola Positiva*, cit., p. 310 e in *La Giustizia Penale*, cit., coll. 185-188.

²²⁶ La massima è pubblicata su *La Giustizia Penale*, cit., col. 184.

²²⁷ V. *supra*, § 6.

se turbato nel suo corretto esercizio – tutelato dalla legge – da chi lo pretendeva gratuitamente.

Riguardo l'episodio su cui era stata chiamata ad esprimersi, la corte affermava, invece, l'inesistenza della truffa per due differenti motivi. Un primo, assai poco giuridico, per cui Ciampi «doveva essere meno incauto», tanto più che lui stesso ricercò «il laccio in cui rimase avviluppato». Un secondo, per cui, ricorrendo a criteri civilistici, mancherebbe uno dei *substantialia* del reato, vale a dire il danno, che deve essere non solo patrimoniale, ma altresì giuridico. Il truffato, infatti, non ha alcuna azione civile a tutela del proprio diritto, poiché non può agire né per l'adempimento né per la risoluzione del contratto essendo questo illecito. Da tale argomento i giudici dedussero che Ciampi non aveva subito alcun danno giuridicamente rilevante perché nessun suo diritto era stato violato e, di conseguenza, la truffa non era configurabile²²⁸.

Si tratta di pronunce che ribaltarono l'ormai acclarato orientamento giurisprudenziale, ritenendo non colpevole del reato in oggetto chi, ottenuto il compenso pattuito non teneva fede all'impegno assunto. Ad esse seguì un inevitabile ravvivarsi del dibattito dottrinale in materia, cui le medesime suggerirono nuovi punti di vista ed, in particolare, la rilevanza degli argomenti civilistici anche nell'ambito delle decisioni penali.

9. La dottrina allo schiudersi del XX secolo

La tipologia dei casi sottoposti alla giurisprudenza appare riconducibile a due fattispecie di massima: quella di chi, ricevuto il compenso pattuito, non mantiene la promessa di un atto illecito, come nell'ipotesi degli avvocati che non corrupe-

²²⁸ Cassazione, 20 luglio 1909, in *La Scuola Positiva*, cit., pp. 311-312 e in *La Giustizia Penale*, cit., col. 191. Questo argomento fu altresì utilizzato nella sentenza del Tribunale di Rossano, 2 dicembre 1910, in *La Giustizia Penale*, 17 (1911), coll. 223-224, per negare il reato nel caso dell'agente dell'immigrazione che chiedeva denaro per far emigrare clandestinamente in America un ragazzino.

ro i magistrati con il denaro estorto alla cliente²²⁹, e quella di chi, ottenuta la prestazione turpe, non salda il *quantum* dovuto, come nell'ipotesi dell'uomo che non pagò la prostituta dopo aver consumato il rapporto carnale²³⁰.

Nel primo decennio del XX secolo i penalisti rianimarono il dibattito, ragionando sull'esistenza o meno della truffa *in re illicita* in entrambe le fattispecie. Tre le *opiniones* che si fronteggiarono. Una prima, erede della riflessione di Carrara e Pessina, negava sempre il reato in oggetto per tre ordini di motivi: l'assenza del danno immediato, la mancanza del danno mediato, l'inesistenza della buona fede nell'ingannato. Una seconda, in continuità con Stoppato, invece, lo ritenne configurabile in virtù della presenza di quegli stessi tre estremi richiesti dall'art. 413 c.p. Una terza, infine, distinse l'ipotesi di pagamento per la promessa non mantenuta di un fatto criminoso, in cui riscontrava l'esistenza del reato, dall'ipotesi della meretrice non ricompensata, in cui riteneva che lo stesso non sussistesse.

9.1. *Non esiste truffa tra 'birbanti'*

Gennaro Escobedo, fondatore e direttore de *La Giustizia Penale* insieme al già ricordato Giovan Battista Impallomeni, fu tra i più risoluti sostenitori della linea dottrinale avversa all'esistenza della truffa in atti illeciti ed intervenne più volte sul tema²³¹, sempre negandola e cogliendo spunti nuovi dai casi concreti che impegnavano la giustizia. Egli resterà fedele a tale posizione anche quando ormai apparirà consolidata l'*opinio* contraria²³².

²²⁹ V. *supra*, § 8.

²³⁰ V. *supra*, § 6.

²³¹ G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione 2 marzo 1904, in *La Giustizia Penale*, 10 (1904), coll. 425-459; *Id.*, *Ancora sulla frode negli atti illeciti*, in *La Giustizia Penale*, 16 (1910), coll. 184-190.

²³² G. ESCOBEDO, *Nuovo aspetto della questione sulla configurabilità della truffa in atti illeciti (Anche in rapporto al progetto del nuovo Codice italiano)*, in *La Giustizia Penale*, 24 (1928), ora in *Id.*, *Studi sul reato di truffa: frode ci-*

Appartiene a questo orientamento anche Alfredo Jannitti (1879-1959)²³³, docente, magistrato e prolifico autore napoletano, il quale partecipò al dibattito con un articolo²³⁴, spesso eccessivo nei toni, dallo stile barocco, inframmezzato da lunghe e scarsamente puntuali digressioni. Il suo pensiero è chiaro fin dalle prime righe dello scritto, in cui afferma in maniera netta come entrambe le casistiche oggetto d'indagine «non possano assolutamente considerarsi reato». Egli sostiene che se l'ingannato aveva un'intenzione non solo immorale ma altresì illecita – come nelle note fattispecie del simulato sicario, della falsa lenona, del falsario millantatore e così via – non si configura la truffa²³⁵. Assai critico nei confronti delle posizioni sino ad allora assunte da dottrina e giurisprudenza, riscontrava, non senza presunzione, «confusione» in tutti i suoi predecessori, responsabili di aver mescolato concetti e frainteso il profilo giuridico con quello «opportunistico» della questione²³⁶.

Tali posizioni furono condivise pure dall'avvocato Giovanni Giuriati (1876-1970)²³⁷, figura di spicco dell'irredentismo prima e del fascismo poi, nel cui volume *Dei delitti contro la proprietà* inserito nel *Trattato di diritto penale* a cura di Adolfo Zerboglio (1866-1952)²³⁸ ed Eugenio Florian (1869-1945)²³⁹, di chiara impronta 'positiva'²⁴⁰, non si riscontra alcuno spunto originale, rivelandosi quasi una sintesi dell'ampia disserta-

vile e frode penale, concorrenza sleale e truffa, frode negli atti illeciti, la truffa processuale, Città di Castello, 1928, pp. 84-138.

²³³ Il profilo di Alfredo Jannitti è brevemente illustrato da G. SCIUTO, *Jannitti Piromallo, Alfredo*, in *DBGI*, I, cit., p. 1119.

²³⁴ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, in *Studi e Giudicati illustrativi del Codice Penale Italiano*, 17 (1908-1909), pp. 5-32 e pp. 65-108.

²³⁵ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 6 e 9-10.

²³⁶ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 13-19.

²³⁷ La biografia dell'autore è ripercorsa da G. SIRCANA, *Giuriati, Giovanni Battista*, in *DBI*, 57, Roma, 2001, pp. 120-123, che tuttavia sottolinea il versante politico piuttosto che quello giuridico della sua vita.

²³⁸ Per un primo inquadramento v. C. LATINI, *Zerboglio, Adolfo*, in *DBGI*, II, cit., pp. 2088-2089.

²³⁹ Un profilo bio-bibliografico dell'autore è delineato da F. COLAO, *Florian, Eugenio*, in *DBGI*, I, cit., pp. 878-879.

²⁴⁰ Sul punto v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 565.

zione di Jannitti, in cui l'autore afferma perentoriamente come nell'una e nell'altra fattispecie non si concreti il crimine²⁴¹.

Ancora rientrano in questo filone dottrinale Arturo Moschini, consigliere di Cassazione e giudice relatore²⁴² nella già menzionata sentenza del 20 luglio 1909, il quale avvertì l'esigenza di puntualizzare una volta di più le ragioni della 'rivoluzionaria' pronuncia emessa in favore della famiglia Sorrenti²⁴³, ed Alfredo De Marsico (1888-1985)²⁴⁴, celebre avvocato e docente di Diritto e Procedura Penale, il quale prese spunto da una nuova casistica giudicata dal Tribunale di Avellino²⁴⁵, secondo cui non era suscettibile di condanna per il reato in esame il giocatore di 'passatella' – gioco consistente nel passarsi il vino senza far bere uno dei partecipanti²⁴⁶ –, che, avendo perso, rifiutava di pagare all'oste il vino somministrato durante il gioco. Egli condivise la decisione del Tribunale ed intervenne a precisarne la portata, ribadendo che non vi è truffa

²⁴¹ G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, Milano, 1909, p. 292.

²⁴² Si tratta del giudice istruttore che prima del dibattimento espone i fatti che riguardano la causa e la questione trattata.

²⁴³ A. MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, in *La Scuola Positiva*, 20, s. III, 1 (1910), pp. 312-314.

²⁴⁴ Per l'impegno giuridico e politico di questo autore, v. A. MAZZACANE, *De Marsico, Alfredo*, in *DBGI*, I, cit., pp. 695-697, alla cui ampia bibliografia rinvio.

²⁴⁵ Tribunale di Avellino, 13 ottobre 1911.

²⁴⁶ Si tratta di un gioco da osteria in cui i partecipanti si passano il recipiente del vino in base ad una filastrocca con lo scopo di non fare bere uno dei partecipanti per schernirlo ed umiliarlo. Per un approfondimento delle tematiche relative al gioco tra '800 e '900, v. A. CAPPUCCIO, 'Rien de mauvais'. *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, 2011. Seppur riguardanti un'epoca precedente v. i saggi raccolti nel volume *Gioco e giustizia nell'Italia di Comune*, a cura di G. ORTALLI, Treviso-Roma, 1993 (Ludica: collana di storia del gioco, 1); L. ZDEKAUER, *Il gioco d'azzardo nel medioevo italiano*, con un saggio introduttivo di G. ORTALLI (Medioevo italiano, 1, a cura di E. Artifoni, A. Zorzi), Firenze, 1993; R. FERROGLIO, *Ricerche sul gioco e sulla scommessa fino al secolo XIII*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 71 (1998), pp. 273-387; G. CECCARELLI, *Il gioco e il peccato. Economia e rischio nel Tardo Medioevo*, Bologna, 2003 (Collana di Storia dell'economia e del credito promossa dalla Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna, 12) e M. LUCCHESI, *Ludus est crimen? Diritto, gioco, cultura umanistica nell'opera di Stefano Costa canonista pavese*, Milano, 2005.

fa quando il danno subito dal preteso ingannato si riferisce ad un oggetto delittuoso od immorale²⁴⁷. Chiude questo gruppo di autori il professore di Diritto e Procedura Penale Michele Longo, con il suo *Commento al Codice Penale italiano*²⁴⁸.

Intervenire, infine, esclusivamente sul caso della meretrice privata del compenso dovutole l'avvocato Cardia Caboni, confutando le argomentazioni sostenute dal Tribunale di Cagliari nella sentenza 7 dicembre 1898²⁴⁹, per cui commette truffa chi dopo aver fruito dei servizi di una prostituta, «facendole credere che l'avrebbe pagata, si rifiuta di pagarla»²⁵⁰.

Tre i principali argomenti addotti da questi giuristi per negare il *crimen* nel caso di prestazione illecita non compiuta ma retribuita, tutti riconducibili alla mancanza di uno degli estremi richiesti dal Codice Penale: il danno immediato, il danno mediato, la buona fede. Circa il primo motivo è opportuno sottolineare come nelle fattispecie indagate da dottrina e giurisprudenza non sia incerta la patrimonialità del danno, ossia la violazione del diritto del truffato, ma altrettanto non possa dirsi della sua giuridicità, avendo contribuito a causarlo chi lo ha subito con la volontà di porre in essere una condotta immorale od illecita; questi, pertanto, non ha diritto ad essere tutelato²⁵¹.

La motivazione ben si adattava anche all'ipotesi della 'pas-satella', riguardo alla quale De Marsico ravvisa un danno patrimoniale per il bettoliere ed un vantaggio per il giocatore, ma ugualmente ritiene non si abbia truffa, perché la pretesa del danneggiato aveva «un fondamento contrario alla moralità e alla legge» e, dunque, le mancava un presupposto giuridi-

²⁴⁷ A. DE MARSICO, *Un caso di truffa in atti illeciti*, in *Studi e Giudicati illustrativi del Codice Penale Italiano*, 21 (1912), pp. 27-28.

²⁴⁸ M. LONGO, *Commento al Codice Penale italiano*, II, Milano-Torino-Roma, 1911, pp. 551-554.

²⁴⁹ V. *supra*, § 6.

²⁵⁰ Tribunale Penale di Cagliari, 7 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Sarda*, 4 (1896), coll. 142-156.

²⁵¹ G. ESCOBEDO, *Nota a Cassazione*, 2 marzo 1904, cit., coll. 449-450; A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 65-66 e G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, pp. 292-293.

co²⁵². Per dimostrare tale inesistenza i penalisti ricorrono ad un argomento di diritto civile, cioè sostengono che al 'preteso truffato' non spettino le azioni per conseguire l'adempimento della promessa, per ripetere quanto pagato al fine di raggiungere lo scopo criminoso e per ottenere il risarcimento del danno; ne consegue che non si abbia un delitto contro la proprietà.

Con riguardo all'impossibilità di agire per ottenere quanto indebitamente pagato al frodatore inadempiente, la dottrina evidenzia come già nella nostra tradizione si negasse qualsiasi azione, compresa la ripetizione di indebito, nelle obbligazioni con causa illecita in base al brocardo «ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti» (D. 12, 5, 3)²⁵³. Punto di partenza della riflessione fu, dunque, il diritto romano, ove la ripetizione del *turpiter datum* viene negata in forza dei principi per cui «nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest» (D. 50, 17, 134, 1)²⁵⁴ e «nemo de improbitate sua consequitur actionem» (D. 47, 2, 12, 1)²⁵⁵. Principi alla luce dei quali all'attore doveva essere tolto qualsiasi vantaggio potesse derivargli dalla sua azione turpe; ne consegue che la posizione dell'*accipiens* risultava più vantaggiosa perché non era tenuto a restituire quanto ricevuto²⁵⁶.

Il precetto si conservò nella tradizione, ma non rifluì nel nostro Codice Civile, lasciando discrezionalità agli interpreti che riguardo ad esso non apparvero concordi. Quelli ascrivibili a tale filone dottrinale constatavano come i più autorevoli giuriscivili e la giurisprudenza si fossero ripetutamente espressi per la irripetibilità di ciò che era stato indebitamente paga-

²⁵² A. DE MARSICO, *Un caso di truffa in atti illeciti*, cit., p. 27.

²⁵³ *Digestum Vetus*, tit. *de conditione ob turpem, vel iniustam causam*, l. *Ubi* (D. 12, 5, 3).

²⁵⁴ *Digestum Novum*, tit. *de diversis regulis iuris antiqui*, l. *Non fraudantur*, § *Nemo* (D. 50, 17, 134, 1).

²⁵⁵ *Digestum Novum*, tit. *de furtis*, l. *Itaque*, § *Sed furti* (D. 47, 2, 12, 1).

²⁵⁶ Il divieto di ripetere quanto versato per causa turpe in diritto romano è oggetto della riflessione di G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, cit., coll. 443-444; Id., *Ancora sulla frode*, cit., col. 190 e A. JANNITI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 75-77. Sinteticamente richiama questo argomento M. LONGO, *Commento al Codice Penale*, cit., p. 552.

to per causa illecita²⁵⁷. Civilisti di riferimento furono, anzitutto, Giorgio Giorgi (1836-1915)²⁵⁸ e Francesco Ferrara (1877-1941)²⁵⁹, richiamati e condivisi dalla dottrina penalistica²⁶⁰, che argomentano, come di consueto in quel periodo, anche attingendo direttamente alle fonti romane²⁶¹. Secondo il primo, la regola romanistica, seppur non esplicitata, informa i moderni codici in quanto il loro «spirito» non può esserne difforme. Partendo da tale assunto, egli si opponeva a quanti invocavano la ripetizione del *turpiter datum* perché diversamente la causa illecita avrebbe prodotto effetti, mentre «la legge la vuole assolutamente inefficace». Nelle fattispecie in esame il pagamento era già stato effettuato e, quindi, la causa turpe aveva già prodotto il suo effetto, nonostante il divieto. Se si ammette la ripetizione, il diritto finirebbe per favorire chi per primo compie atti *contra legem*, ma questi «non debbono interessare la giustizia come fonte di diritti per chi li commise». Al riguardo Giorgi rilevava come anche la giurisprudenza, cui si allineò, aveva costantemente ritenuto irripetibili i pagamenti effettuati ad un soggetto affinché commettesse un delitto o un atto immorale oppure si astenesse dal suo dovere²⁶².

²⁵⁷ G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, cit., coll. 445-446 e ID., *Ancora sulla frode*, cit., col. 184.

²⁵⁸ Per un primo inquadramento v. M. GRANIERI, *Giorgi, Giorgio Faustino Donato*, in *DBGI*, I, cit., pp. 1003-1004.

²⁵⁹ Sull'illustre civilista v., da ultimo, G. CHIODI, *Ferrara, Francesco sr.*, in *DBGI*, I, cit., pp. 839-842 con ampia letteratura cui rinvio.

²⁶⁰ Richiamarono questi civilisti G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, cit., col. 445, che vi accostò altre *authoritates* quali Toullier, Delvincourt, Aubry e Rau, Larombière, Boserian, Zacharia-Crome, Lomonaco e De Santis; ID., *Ancora sulla frode*, cit., col. 184 e A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 75.

²⁶¹ Com'è noto si tratta di un'epoca della civilistica italiana in cui, come osserva Guido Alpa, «qualunque sia il metodo prescelto, il diritto romano continua ad esercitare una influenza determinante sulla costruzione dottrinale del diritto civile» (G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 195). In argomento di recente si vedano fra gli altri F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009, p. 152 ss. e P. GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., pp. 39-44.

²⁶² G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V. *Fonti delle obbligazioni. Quasi contratti - fatti illeciti - legge*, Firenze, 1900, pp. 193-195.

Parzialmente differente il ragionamento di Ferrara che ripercorre accuratamente le espressioni normative del principio, a partire dal diritto romano nel quale – come si è detto – la ripetizione del *datum ob turpem causam* è esclusa ogniqualvolta la turpitudine sia propria di chi dà o di entrambi i contraenti²⁶³, in ossequio al ricordato principio «*nemo ex suo delicto meliorum suam conditionem facere potest*» (D. 50, 17, 134, 1)²⁶⁴. Egli riscontrava come tale regola, benché si fosse «religiosamente conservata» nel diritto intermedio e nella dottrina precedente i codici, non trovasse accoglimento nel *Code Civil* e nel Codice Civile italiano che a quello si ispirava²⁶⁵.

Secondo l'illustre civilista il silenzio del legislatore doveva essere colmato dalla tradizione, per cui quando una controversia non si poteva risolvere con una norma precisa si doveva ricorrere all'analogia *legis* e qualora il dubbio rimanesse all'a-

²⁶³ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, pp. 281-282. Numerosi i passi romanistici allegati, alcuni dei quali già noti: «*Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateatur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit*» (D. 6, 3, 3, 3); «*Sed etiam praeter hanc actionem, conditio competit, si sola turpitudine accipientis versatur, nam si et dantis, melior causa erit possidentis*» (D. 3, 6, 5, 1); «*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus*» (D. 12, 5, 3); «*Porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse: et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit*» (D. 12, 5, 8); «*Idem si ob stuprum datum sit: vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat enim repetitio. Idque Sabinus et Pegasus responderunt. Idem si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio*» (D. 12, 5, 4, 1); «*Quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potiore esse possessorem*» (D. 12, 7, 5) e «*Cum te propter causam contra disciplinam temporum meorum donum adversariae dedisse profitearis: frustra eum tibi restitui desideras. In pari causa possessoris conditio melior habeatur*» (C. 4, 7, 2).

²⁶⁴ *Digestum Novum*, tit. *de diversis regulis iuris antiqui*, l. *Non fraudantur*, § *Nemo* (D. 50, 17, 134, 1). V. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 282, allega anche altri principi di diritto romano: «*In pari causa possessorem potiore haberi debere*» (D. 50, 17, 128); «*Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa*» (D. 50, 17, 154) e il già ricordato «*In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*» (C. 4, 7, 2).

²⁶⁵ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 288.

nalogia *iuris* (art. 3 delle Preleggi)²⁶⁶. Il giuscivileista individua nell'art. 1804 c.c.²⁶⁷ – esemplato sull'art. 1967 del *Code Civil*²⁶⁸ –, che nega la ripetizione per causa di gioco²⁶⁹, la norma più vicina alla fattispecie in esame. Egli era consapevole che si trattava di un'obbligazione naturale²⁷⁰, ma la riteneva funzionale a dimostrare che il principio della irripetibilità non era estraneo al nostro ordinamento. Anche qualora non si volesse reputare calzante il ricorso ad un caso analogo, come quello del gioco, Ferrara afferma si debba ricorrere ai principi generali di diritto, in forza dei quali il delitto non può essere titolo per una pretesa giuridica, ma solo fonte di responsabilità per il delinquente. Egli considera, infatti, principio dominante quello per cui «il proprio fatto doloso o colposo neutralizza il diritto nell'attore e gli impedisce di ricorrere in giudizio». Conclude constatando come la nostra legge non solo abbia vo-

²⁶⁶ *Codice civile* (1865), cit., *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, art. 3, «[...] Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto».

²⁶⁷ *Codice civile* (1865), cit., l. III, tit. XV. *Del giuoco e della scommessa*, art. 1804, «Il perdente non può in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purché per parte del vincitore non siavi stato frode o dolo [...]».

²⁶⁸ *Code civil des français. Édition originale et seule officielle*, Paris, 1804, liv. III. *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, tit. XII. *Des contrats aléatoires*, cap. I. *Du jeu et du pari*, art. 1967, «Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie».

²⁶⁹ Nel suo lavoro sui contratti di gioco e di scommessa Antonio Cappuccio osserva come la dottrina francese negasse la ripetizione per causa di gioco in virtù del fatto che chi aveva pagato lo aveva fatto, convinto di aver perso, «per non mancare alla sua parola» e, quindi per non macchiare il proprio onore. Gli autori hanno ricondotto tale norma ora alla categoria delle obbligazioni naturali, ora all'applicazione del ricordato principio «in pari causa, melior est conditio possidentis» (C. 4, 7, 2). V. A. CAPPUCIO, 'Rien de mauvais', cit., p. 117.

²⁷⁰ Sul punto appariva già concorde la dottrina francese che, tuttavia, nel ricondurre i giochi alle obbligazioni naturali, seguì due percorsi distinti, ben ricostruiti da Capuccio. Un primo, secondo cui le obbligazioni naturali sarebbero obbligazioni civili imperfette, non godendo di un'azione che le tutelò; un secondo, per il quale le stesse non rispondono ad un obbligo giuridico ma alle sole «leggi di coscienza» (v. A. CAPPUCIO, 'Rien de mauvais', cit., pp. 120-122).

luto impedire l'avveramento dell'effetto illecito, ma abbia, altresì, dichiarato in ogni caso l'inefficacia giuridica del negozio e quindi anche la nullità del pagamento effettuato in base ad un contratto nullo²⁷¹.

Tra i penalisti ricordati, il solo Escobedo analizza anche le posizioni di quei civilisti – Carlo Fadda (1853-1931)²⁷² e Paolo Emilio Bensa (1858-1928)²⁷³ – che, al contrario, ammettevano la ripetizione dell'indebitato, sostenendo che l'obbligazione fondata su causa illecita non potesse avere alcun effetto, mentre l'avrebbe avuto se il pagamento non si fosse potuto ripetere²⁷⁴. Egli ritiene che essi fossero in errore, perché l'effetto che l'obbligazione non può avere è solo quello giuridico (art. 1119 c.c.), non anche quello materiale, come è il pagamento. Non concedendosi l'azione per la ripetizione di quanto indebitamente versato per causa turpe, l'obbligazione illecita finirebbe per avere un effetto, il saldo, ma si tratterebbe di un effetto di mero fatto, dal legislatore non riconosciuto ma tollerato. Ciò che non è consentito è che un nuovo fattore, quello giuridico, alteri le conseguenze dell'obbligazione con causa illecita in favore di uno dei contraenti, entrambi immeritevoli, perché versanti *in re illicita*. La legge si disinteressa dall'intervenire nei loro reciproci rapporti, perché se il suo fine è la realizzazione del giusto, tale fine non potrà mai avere pratica attuazione nel regolare negozi disonesti.

²⁷¹ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pp. 292-295.

²⁷² La figura del celebre romanista-civilista è approfondita da S. SOLIMANO, *Fadda, Carlo*, in *DBGI*, I, cit., pp. 813-814.

²⁷³ Un profilo del giurista è delineato, in ultimo, da C. LANZA, *Bensa, Paolo Emilio*, in *DBGI*, I, cit., pp. 218-220 e da F. FURFARO, *Paolo Emilio Bensa: un civilista italiano di formazione (anche) pandettistica*, in *Historia et ius*, 10 (2016), pp. 1-30.

²⁷⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Traduzione dei professori C. FADDA e P. E. BENSA con note e riferimenti al Diritto Civile Italiano, I, Torino, 1930 (rist. stereotipa), nota al lib. 2, pp. 265-266. L'opera è stata di recente approfondita da F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016 (Futuro anteriore. Collana di Storia del diritto diretta da Riccardo Ferrante e Elio Tavilla. Monografie, 3).

Qualora i contraenti siano mossi da intento illecito il legislatore può solo accettare lo stato di fatto, escludendo la tutela del diritto. Concedere ad una delle parti l'azione per ripetere ciò che fu indebitamente pagato, infatti, significherebbe introdurre un elemento giuridico in grado di modificare i rapporti di fatto tra contraenti, nei quali, invece, il legislatore non deve avere voce²⁷⁵.

La dimostrazione che il *quantum* corrisposto per un fine criminoso non è ripetibile fu funzionale agli esponenti di questa corrente dottrinale per dedurne la non configurabilità della truffa²⁷⁶. Sempre argomentando secondo criteri civilistici, parte della dottrina fa conseguire l'inesistenza del reato in oggetto all'impossibilità per l'ingannato di esercitare l'azione per il risarcimento dei danni. L'art. 413 c.p. perché si concreti la truffa richiede l'ingiusto profitto del colpevole e l'altrui danno, o meglio un danno reintegrabile e risarcibile in via civile, perché non può esistere un reato patrimoniale senza il diritto ad esercitare anche l'azione civile che ne scaturisce. Se la circostanza non ricorre, allora il presunto danneggiato non è tale ed il *crimen* non esiste²⁷⁷. Alla luce di questa considerazione, Gennaro Escobedo constata come la marchesa Cassibile, di cui si occupa la sentenza della Cassazione 2 marzo 1904²⁷⁸, fosse stata frodata solo nella sua criminosa speranza di corrompere i giudici, speranza che non si può considerare alla stregua di un diritto che la legge penale deve tutelare, perché non è riconosciuta come tale dalla legge civile²⁷⁹.

Secondo questa corrente dottrinale erano in errore quanti ritenevano l'argomento irrilevante ai fini del diritto penale,

²⁷⁵ G. ESCOBEDO, *Ancora sulla frode*, cit., coll. 188-189 e A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 77-79.

²⁷⁶ G. ESCOBEDO, *Nota a Cassazione*, 2 marzo 1904, cit., coll. 449-450; ID., *Ancora sulla frode*, cit., coll. 189-190; A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 79; G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, cit., pp. 292-293 e A. MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, cit., pp. 312-313.

²⁷⁷ G. ESCOBEDO, *Nota a Cassazione*, 2 marzo 1904, coll. 449-450; ID., *Ancora sulla frode*, cit., col. 185 e A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 72-79.

²⁷⁸ La pronuncia è indagata *supra*, § 8.

²⁷⁹ G. ESCOBEDO, *Nota a Cassazione*, 2 marzo 1904, coll. 449-450.

affermando che nei delitti contro la proprietà, nei quali il danno privato prevale rispetto a quello sociale, l'intervento della giurisdizione penale sia legittimato ogniqualvolta quella civile si riveli insufficiente. In questo caso, infatti, si trattava di contratto illecito per il quale il diritto civile non doveva operare in base al principio, derivato dal diritto romano ed esplicitato dalla nostra codificazione civilistica, secondo cui nelle obbligazioni con causa turpe il danno non è risarcibile. Poiché è indubbio che nelle ipotesi in esame la causa dell'obbligazione sia illecita, non è esperibile alcuna azione di indennità a favore della parte che ha subito la lesione patrimoniale. Dalla mancanza di risarcibilità del danno la dottrina fa conseguire la non giuridicità e, pertanto, l'inesistenza della truffa²⁸⁰. A corollario di tale ragionamento fondato su argomenti prettamente civilistici Escobedo aggiunge una considerazione di diritto penale, seppur influenzata dall'etica, per cui chi defrauda una persona disonesta nella sua illecita aspettativa deve reputarsi immorale, ma non un delinquente, fintanto che non si dimostri che abbia violato un diritto del frodato tutelabile giudizialmente, tanto più che il truffato appare temibile quanto e più del truffatore.

Ancora, trattando del danno immediato, parte della dottrina ne riconduce l'inesistenza alla mancanza di un ingiusto profitto per il frodatore, ma occorre puntualizzare come esso sia tale solo qualora consegua alla lesione – patrimoniale e giuridica – di un bene²⁸¹. Con riguardo all'ipotesi della 'passatella' De Marsico condivide la decisione del Tribunale che non riconobbe la truffa, sostenendo che la legge non possa difendere chi, seppur leso nel suo patrimonio, tende ad uno scopo antiggiuridico. Il guadagno del soggetto attivo non è illecito se analizzato in rapporto alla condotta e alle ragioni del soggetto passivo. Il motivo delittuoso (gioco d'azzardo), che una delle

²⁸⁰ G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, coll. 449-450; ID., *Ancora sulla frode*, cit., col. 185; A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 73-79; G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, cit., pp. 292-293 e A. MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, cit., pp. 312-313.

²⁸¹ A. JANNITTI, *Frode nei fatti*, cit., pp. 66-69.

parti si proponeva e l'altra conosceva, toglie al negozio qualsiasi rilievo giuridico²⁸². Il vino servito nel gioco fu pagato con il denaro che in esso venne impegnato ed il bettoliere ne era consapevole, implicitamente rinunciando ad ogni pretesa risarcitoria. Ne consegue che egli non possa invocare la tutela della legge nel caso in cui il compenso non gli sia versato. La pretesa dell'oste ad un risarcimento del danno è infondata perché il negozio è illecito e poiché manca l'estremo dell'ingiusto profitto non si ha il reato in oggetto.

Ribadito che il guadagno è illecito quando il truffatore non ha alcun diritto a conseguirlo e l'ingannato non ha alcun diritto ad ottenere una reintegrazione del suo patrimonio, l'autore sottolinea come nel caso *de quo* non si possa vedere una semplice compravendita del vino tra l'oste ed i giocatori, perché la causa è diversa da quella di tale contratto, consistendo nello scambio di ciò che serve al gioco (locale, vino...) con denaro. La causa del negozio è il gioco – non il bere –, per il quale l'esercente esegue tutte le prestazioni dovute e i giocatori stabiliscono che il corrispettivo sia pagato interamente dal soccombente²⁸³.

Tra le voci ascrivibili a tale indirizzo dottrinale non manca chi come Jannitti si esprime anche contro la proposta, da taluni avanzata²⁸⁴, di creare un reato *ad hoc* per sanzionare tali fattispecie, invocando, senza alcuno sforzo di originalità, gli stessi motivi per cui non ritiene configurabile la truffa, vale a dire perché nessun diritto è violato e nessun danno subito²⁸⁵.

La dottrina individuò un secondo argomento per sostenere l'inesistenza del delitto nell'assenza del danno mediato, vale a dire «l'allarme, il turbamento, il disagio che sorprende la società». Non desta certo allarme il fatto che un «burbante» venga deluso nelle sue aspettative criminose. In tali circostanze i giuristi rilevano come nessun timore potesse derivare al-

²⁸² È ancora una volta Ferrara ad assimilare l'obbligazione *ex causa ludica* alla causa turpe (v. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pp. 137-141). Sul punto v. A. CAPPUCCIO, 'Rien de mauvais', cit., p. 198.

²⁸³ A. DE MARSICO, *Un caso di truffa*, cit., pp. 28-32.

²⁸⁴ V. *supra*, § 4.

²⁸⁵ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 97.

le persone probe, poiché «dalla loro stessa onestà e rettitudine» traevano sufficiente difesa contro la frode, che specula su passioni malvagie ed inique²⁸⁶. L'inganno subito da chi si proponeva uno scopo *contra legem* è comunemente percepito «con un senso di intimo compiacimento» e desta scarsa riprovazione, sia per la ripugnanza che ispira la parte lesa, sia perché la pretesa truffa sorgerebbe solo in quanto non si è consumato un reato più grave²⁸⁷.

Nel rapporto tra due individui disonesti la giustizia non doveva intervenire, perché l'ordine giuridico non appariva minacciato; anzi, con una considerazione di tipo morale Jannitti osserva come «la coscienza umana onesta» avrebbe diritto a rivoltarsi se in simili ipotesi il truffato venisse tutelato²⁸⁸. La società, infatti, non deve «rammaricarsi» se questi è stato defraudato del *quantum* da lui stanziato per la commissione di un delitto. È Giuriati a rilevare come in tali fattispecie operasse la compensazione tra «l'impunità del frodatore» e l'impossibilità per l'ingannato di ottenere la realizzazione del crimine desiderato²⁸⁹.

Pur sostenendo espressamente di non aver avuto una «veduta etico-morale» nel giudicare della lite, Moschini si sentì in dovere di precisare che l'ingannato, qualsiasi sia il contratto turpe, non ha diritto ad essere tutelato dalla legge, poiché questa «abbandona alla loro sorte i disonesti». Si tratta – a suo dire – di un «ammonimento salutare» agli uomini perché vivano con rettitudine²⁹⁰. Pare quest'ultima proprio un'osservazione riconducibile alla sfera della morale più che a quella del diritto. L'autore rende una giustificazione non richiesta, forse dovuta proprio alla consapevolezza di essersi fatto influenzare nella sentenza pronunciata da considerazioni di tipo etico.

²⁸⁶ G. ESCOBEDO, *Nota a Cassazione*, 2 marzo 1904, cit., coll. 452-454.

²⁸⁷ G. ESCOBEDO, *Ancora sulla frode*, cit., col. 190.

²⁸⁸ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 81 e M. LONGO, *Commento al Codice Penale*, cit., p. 553.

²⁸⁹ G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, cit., pp. 292-293.

²⁹⁰ A. MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, cit., pp. 312-313.

Da ultimo, tale orientamento dottrinale non ritiene configurabile la truffa adducendo la mancanza di buona fede nell'ingannato. Al centro della questione il significato da attribuire all'espressione, che secondo Escobedo «non significa credulità, ma uno stato d'animo rivolto ad intenti leciti ed onesti» e che per Jannitti deve intendersi – in antitesi alla definizione data dalla Cassazione 27 luglio 1877 – quale «perfezione morale» dell'ingannato, poiché il legislatore con l'art. 413 c.p. intende proteggere la buona fede soltanto di chi versi *in re licita* e, dunque, non può considerarsi tale chi tende ad un fine delittuoso od immorale. Come la legge non concede protezione ai negligenti, a maggior ragione non la deve concedere ai «birbanti»²⁹¹.

Chiarito il punto Jannitti, rimprovera quanti ritengono sussistere il *crimen* ogniqualvolta un soggetto sorprenda la buona fede altrui, prescindendo da qualsiasi indagine circa la presenza dell'ingiusto profitto e del danno patrimoniale, ad essa strettamente connessi²⁹². Al termine di un lungo ed intricato ragionamento egli constata la mancanza di dolo nelle fattispecie in esame, non avendo il presunto frodatore la coscienza e la volontà di ledere un diritto patrimoniale «per la potentissima ragione che questo manca»²⁹³. Secondo il magistrato napoletano, nonostante il soggetto attivo abusi della buona fede del soggetto passivo, non viola con volontarietà un diritto altrui, perché l'ingannato che mira ad un atto illecito non ha diritti tutelabili; per poter riscontrare il reato *de quo* occorre dimostrare che l'agente è consapevole che la sua azione illecita determini per lui un ingiusto profitto e per la vittima una diminuzione del patrimonio²⁹⁴. Si tratta di una dimostrazione impossibile e di un'affermazione che contrasta con parte della dottrina fin qui analizzata, che si è preoccupata di verificare la presenza di tutti gli elementi costitutivi del reato: l'inganno alla buona fe-

²⁹¹ G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, cit., coll. 426 e 452-454 e A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 70-71.

²⁹² A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 20.

²⁹³ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 79.

²⁹⁴ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., p. 23.

de del frodato mediante artifici, il danno patrimoniale conseguente la violazione di un diritto e l'ingiusto profitto²⁹⁵.

In merito alla seconda tipologia di casi sui quali la giurisprudenza è stata chiamata a decidere, vale a dire quella della prostituta che non riceve il compenso per la prestazione resa, gli autori negano la truffa sia per motivi di ordine morale sia per motivi legati al diritto civile. Considerazioni di tipo etico connotano anche la riflessione di Cardia Caboni, per il quale la «legge giuridica non può imporre quello che la legge morale vieta»²⁹⁶, come di Jannitti, secondo cui il meretricio, in quanto contrario alla moralità, non deve ricevere alcuna protezione giuridica e, di conseguenza, il danno subito dalla meretrice non è patrimoniale e, a maggior ragione, neppure giuridico²⁹⁷. Per avallare le sue affermazioni il magistrato napoletano osserva come al mancato sanzionamento del crimine in oggetto, nel caso della prostituta, conseguano due effetti: uno immediato, consistente nel rendere più caute le donne che svolgevano tale mestiere, ed uno più remoto, consistente nel portare ad un contenimento di questo «commercio infame».

Egli osserva come il principale argomento contro la sua *opinio* sia da ricercarsi nel fatto che lo Stato disciplinava la prostituzione, ma – controbatte – al solo scopo di tutelare il buon costume, di salvaguardare l'ordine pubblico e di preservare l'igiene: esso, dunque, si occupava della prostituzione e non della prostituta. Nessuna *pietas* doveva essere riservata «a questa infelice» secondo Jannitti, poiché giustizia e pietà non possono coesistere ed in quei rapporti giuridici nei quali la seconda prevale si ha ingiustizia. La sua severa considerazione delle meretrici appare dettata da una morale alquanto conservatrice: non povere vittime, ma «donne di istinti cattivi e incorreggibili», che solo in una sparuta minoranza meritavano di essere compatite²⁹⁸.

²⁹⁵ V. *supra*, § 7 ed *infra*, § 9.2.

²⁹⁶ A. CARDIA CABONI, *Nota* a Tribunale di Cagliari, 7 dicembre 1898, cit., coll. 153-154.

²⁹⁷ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 66-69.

²⁹⁸ A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 80-95.

Passando a trattare dei motivi civilistici invocati dalla dottrina per negare il reato in simili circostanze, questo drappello di penalisti era concorde nel sostenere che nessun diritto potesse derivare alla donna dal mercimonio del proprio corpo poiché «lo Stato tollera ma non tutela» la prostituzione, pertanto l'obbligazione che ne deriva è nulla perché ha una causa immorale²⁹⁹. In tale ipotesi la giurisprudenza aveva costantemente negato la truffa in base al principio – desunto dal combinato disposto degli artt. 1119 c.c., 1122 c.c. e 12 preleggi – per cui la donna di malaffare non ha diritto ad ottenere in giudizio la mercede pattuita e non corrispostale dal 'cliente'³⁰⁰, né la ripetizione della prestazione indebitamente eseguita per causa turpe³⁰¹. Non mancò chi, come Jannitti, fu addirittura perplesso non solo circa la giuridicità ma anche circa la patrimonialità del danno subito: perché lo stesso sia tale, infatti, egli afferma si debba far rientrare il prezzo per il mercimonio del corpo nel patrimonio della donna. Lungo ed inutile l'*excursus* sulla possibilità o meno per la persona di decidere del proprio corpo, a conclusione del quale egli dichiara che se tale diritto è ammesso, non altrettanto riconosciuto ne è l'abuso, vale a dire il servirsene in modo illecito od immorale, come appunto fa chi esercita la professione più antica del mondo³⁰². Nel caso della prostituta cui non è versata la mercede pattuita la dottrina indagata considera il reato inesistente, perché la legge a protezione del diritto di proprietà si deve 'preoccupare' esclusivamente del danno patrimoniale e non ritiene sia tale quello subito dalla donna; poco importa se, in tal modo, rimane impunita un'azione immorale³⁰³.

²⁹⁹ G. ESCOBEDO, *Nota* a Cassazione, 2 marzo 1904, cit., coll. 450-451 e B. CARDIA CABONI, *Nota* a Tribunale Penale di Cagliari, 7 dicembre 1898, cit., col. 156.

³⁰⁰ G. ESCOBEDO, *Ancora sulla frode*, cit., col. 185 e A. MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, cit., pp. 312-313.

³⁰¹ G. ESCOBEDO, *Ancora sulla frode*, cit., col. 185.

³⁰² A. JANNITTI, *Frode nei fatti illeciti*, cit., pp. 25-32.

³⁰³ G. GIURIATI, VIII. *Dei delitti contro la proprietà*, cit., p. 292.

9.2. Anche tra disonesti è possibile la frode

In favore dell'esistenza della truffa *in re illicita* si espresse, anzitutto, Eduardo Bertola, il quale intervenne nel 1908 dalle pagine degli *Studi e Giudicati illustrativi del Codice Penale Italiano*, sostenendo la presenza anche nelle ben note fattispecie sin qui discusse dei *substantialia* richiesti dal Codice Penale all'art. 413 ed in particolare del danno patrimoniale e dell'inganno alla buona fede³⁰⁴. Tra gli autori ascrivibili a questo filone dottrinale minoritario era anche il pisano Domenico Alberto Tolomei che, in un interessante saggio apparso sulla *Rivista di Diritto e Procedura Penale* nel 1910³⁰⁵, individua nella truffa un tema destinato a divenire a lui caro, cui dedicherà pochi anni più tardi un'importante monografia³⁰⁶. In merito alle fattispecie in oggetto, egli rileva come muovendosi nell'ambito del solo diritto penale – per lui l'unico ambiente possibile – il reato *de quo* si concreti, mentre ricorrendo anche ad argomenti civilistici – per lui erroneamente – lo stesso debba negarsi.

Condivise la sua dottrina il Consigliere della Corte d'Appello di Roma Giovanni Baviera, che, in un articolo pubblicato su *La Scuola Positiva*, sistematizza i motivi in favore *Dell'esistenza del reato nella «frode in atti illeciti»*³⁰⁷, confutando le ragioni addotte dalle voci di segno opposto, vale a dire la mancanza del danno immediato, di quello mediato, della buona fede.

Ultimi giuristi favorevoli al crimine in oggetto al ricorrere di simili circostanze furono due avvocati: il pugliese Pasquale De Lillo ed il catanese Francesco De Luca, che, tuttavia af-

³⁰⁴ E. BERTOLA, *Caso discusso di truffa*, in *Studi e Giudicati illustrativi del Codice Penale Italiano*, 16 (1907-1908), pp. 257-267.

³⁰⁵ D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito civile e frode penale*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1 (1910), pp. 198-213.

³⁰⁶ D.A. TOLOMEI, *Della truffa e di altre frodi*, Roma, 1915 (Collezione di opere giuridiche ed economiche), testo in parte già apparso con il titolo *L'evoluzione storico-giuridica del delitto di truffa* in due fascicoli della *Rivista Penale*, 77 (1913), pp. 559-581 e 78 (1914), pp. 690-708.

³⁰⁷ G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato nella «frode in atti illeciti»*, in *La Scuola Positiva*, 21, s. III, 2 (1911), pp. 153-158.

frontano solo la seconda casistica indagata dalla dottrina. Il primo sinteticamente commenta ed avversa la sentenza della Corte d'Appello delle Puglie del 1 maggio 1901, che ritiene non costituire truffa «il rifiuto di pagare ad una meretrice un convegno carnale»³⁰⁸; il secondo, partendo dalla ricordata pronuncia della Cassazione, 10 marzo 1899, per cui si reputò colpevole di rapina la meretrice che strappato il portafoglio al 'cliente' ne aveva prelevato il compenso pattuito, mentre quest'ultimo non fu giudicato responsabile di alcun reato³⁰⁹, manifesta dalle pagine de *La Scuola Positiva* il proprio sdegno e sostiene il diritto per la prostituta ad essere retribuita, in quanto il «diletto sessuale» non solo non è contrario alla legge, ma – a suo dire – neppure alla morale³¹⁰.

Gli autori appena ricordati si esprimono per la configurabilità della truffa in entrambe le casistiche prospettate, sostenendo che in esse siano presenti gli estremi richiesti dall'art. 413 c.p.

Dei tre argomenti utilizzati dalla dottrina di segno opposto per negare il delitto è il primo ad impegnare maggiormente i penalisti di siffatto orientamento, che, tuttavia, ritengono esistente il danno immediato, ossia l'effettiva lesione di un diritto del soggetto passivo. Ai fini della responsabilità penale per il reato in esame è sufficiente l'aggressione, mediante inganno, del diritto di proprietà altrui, con conseguente ingiusto profitto per il frodatore, che si è impossessato di un bene che non gli appartiene.

Alcune delle voci in difesa della truffa aprono la loro riflessione contestando quella illustre dottrina che si espresse *contra* la truffa: su tutti Francesco Carrara, Enrico Pessina e Gennaro Escobedo³¹¹. Baviera, in particolare, critica l'*opinione* di Carrara che, a suo dire, non ha saputo cogliere il problema

³⁰⁸ Corte d'Appello delle Puglie, 1 maggio 1901, in *Il Foro delle Puglie. Rivista critica quindicinale di Dottrina e Giurisprudenza*, 2 (1901), col. 245.

³⁰⁹ V. *supra*, § 6.

³¹⁰ F. DE LUCA, *I diritti delle diobolarie*, cit., pp. 429-430.

³¹¹ Ripresero e confutarono la dottrina precedente D.A. TOLOMEI, *Negozio illecito*, cit., pp. 199-205 e G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., pp. 153-156.

da un giusto punto di vista, chiedendosi «se possa costituire reato e quindi essere punibile l'inosservanza di un contratto turpe». Egli rettifica i «termini del problema», sostenendo che nelle fattispecie in oggetto non si doveva guardare alla violazione del contratto illecito, bensì all'attività posta in essere dall'agente per commettere la frode. In simile ipotesi il danno non consiste, dunque, nella mancata prestazione che l'ingannato si aspettava dalla controparte, ma nel denaro da lui sborsato senza ricevere alcuna controprestazione in cambio. Un secondo *vulnus* nella riflessione del Maestro toscano è individuato nel credere che il diritto leso fosse il diritto all'atto illecito, mentre si tratta del diritto di proprietà dell'ingannato³¹². Tolomei, invece, non condivide il motivo – proprio di Carrara e di Escobedo³¹³ – secondo cui la punizione del soggetto attivo sarebbe un incentivo alla commissione del più grave delitto rimasto inadempito. La truffa, infatti, si considera perfezionata nel momento in cui l'ingannatore consegue un profitto, determinando un danno patrimoniale ad altri³¹⁴.

L'orientamento dottrinale già analizzato non aveva riconosciuto il *crimen* al ricorrere di tali circostanze, sostenendo che difetti la lesione del diritto di proprietà del frodato perché questi non può esercitare né l'azione per il risarcimento del danno né l'azione per la ripetizione di quanto indebitamente pagato in seguito all'inganno del truffatore³¹⁵. Questa diversa dottrina ribadisce come, in primo luogo, occorra dimostrare il danno subito dal truffato, vale a dire un'effettiva offesa al suo diritto di proprietà³¹⁶, con la precisazione che esso è tale solo se riconosciuto e tutelato dal Codice Civile. A differenza degli autori già indagati, tuttavia, i penalisti ascrivibili a tale filone dottrinale ritengono sussistere l'estremo del danno immediato, proprio perché la vittima può esperire le azioni civili per

³¹² G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., pp. 154-156.

³¹³ V. *supra*, §§ 3 e 9.1.

³¹⁴ D.A. TOLOMEI, *Negozi illeciti*, cit., pp. 200-204.

³¹⁵ V. *supra*, § 9.1.

³¹⁶ E. BERTOLA, *Caso discusso di truffa*, cit., p. 257 e G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., pp. 154-155.

ottenere la ripetizione di quanto indebitamente pagato e per conseguire il risarcimento del danno.

Nell'ipotesi di promessa di un fatto criminoso o immorale inattuabile, questa dottrina condivide l'*opinione* di Alessandro Stoppato³¹⁷, preferendola a quella di Francesco Carrara³¹⁸. Nel punire un fatto delittuoso, infatti, occorre guardare al diritto leso e «prescindere da ogni indagine sulla liceità morale e giuridica del negozio-mezzo» come pure dalla «qualità dell'individuo danneggiato», pertanto anche il soggetto non onesto merita la tutela della legge quando un suo diritto venga violato³¹⁹. Pur nella consapevolezza che, in simili fattispecie, il diritto romano escludeva l'azione di ripetizione, tale penalistica ritiene che il principio non fosse sotteso nel nostro Codice Civile, dove, agli articoli 1146³²⁰ e 1237³²¹, si dispone *sic et simpliciter* la ripetizione dell'indebito pagato, seppur con la previsione di alcune eccezioni agli artt. 1804³²² e 1830 c.c.³²³. In virtù dell'art. 1119 c.c. l'obbligazione fondata su causa illecita non può avere alcun effetto e, dunque, neppure impedire la resti-

³¹⁷ V. *supra*, § 7.

³¹⁸ V. *supra*, § 3.

³¹⁹ D.A. TOLOMEI, *Negozi illeciti*, cit., p. 206.

³²⁰ *Codice civile* (1865), cit., l. III, tit. IV. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, capo I. *Delle cause delle obbligazioni*, sez. II. *Dei quasi-contratti*, art. 1146, «Chi per errore si credeva debitore, quando abbia pagato il debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore [...]».

³²¹ *Codice civile* (1865), cit., l. III, tit. IV, capo IV. *Dei modi con cui si estinguono le obbligazioni*, sez. I. *Del pagamento*, art. 1237, «[...] ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile [...]».

³²² Indubbia la matrice francese dell'art. 1804, figlio dell'art. 1967 del *Code Civil*, per cui «Il perdente non può in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purché per parte del vincitore non siavi stato frode o dolo, e purché il perdente non sia minore di età, interdetto o inabilitato». La norma contempla proprio la truffa tra le cause tassative che legittimano la ripetizione della prestazione volontariamente eseguita. Il giocatore che è stato ingannato, infatti, non ha realmente perso e, perciò, ha pagato quanto non doveva, ne consegue che possa agire per ottenere indietro quanto da lui indebitamente versato. Sul punto v. A. CAPPUCCIO, 'Rien de mauvais', cit., p. 117.

³²³ *Codice civile* (1865), cit., l. III, tit. XVII. *Del mutuo*, capo IV. *Del mutuo ad interesse*, art. 1830, «Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli né imputarli al capitale».

tuzione di ciò che è stato impropriamente corrisposto³²⁴, perché se la stessa si negasse l'obbligazione illecita produrrebbe un effetto, quello della *soluti retentio*. La norma, che ha fondamento nel principio di equità per cui non è possibile «arricchirsi indebitamente in danno altrui»³²⁵, si deve pertanto applicare, nonostante alcune note *opiniones* contrastanti (Giorgi e Ferrara)³²⁶.

Nel caso prospettato da Bertola, il pagamento eseguito da Tizio per ottenere banconote false non aveva alcuna ragione – nemmeno come conseguenza di un mero rapporto di fatto – che potesse adombrare l'esistenza di un'obbligazione naturale o di un debito, per cui il pagamento non fosse dovuto e, di conseguenza, si doveva applicare l'art. 1237 c.c. perché quanto da lui versato era ripetibile³²⁷. Alla stessa conclusione giunse anche Domenico Alberto Tolomei, richiamandosi alla sentenza 20 luglio 1909, che critica in punto di diritto sia argomentando nell'ambito del diritto penale, perché deve considerarsi irrilevante per l'esistenza giuridica della truffa la natura dell'atto utilizzato per commetterla; sia argomentando nell'ambito del diritto civile, poiché il soggetto passivo ha, a suo dire, diritto a ripetere quanto pagato³²⁸.

Chi ha ottenuto una somma di denaro ma non ha eseguito la prestazione illecita è colpevole del reato in oggetto perché il frodato, pur non avendo alcuna azione per costringere il truffatore inadempiente ad adempiere, ha, invece, la facoltà di ripetere quanto corrisposto per il delitto non realizzato. Un argomento – questo – azzardato, tanto che lo stesso Tolomei era ben conscio di come il diritto di ripetizione in tali negozi avesse strenui oppositori³²⁹, ma ciò non gli impedisce di osservare che nell'ipotesi *de qua* l'eventuale divieto di ripetere il prez-

³²⁴ D.A. TOLOMEI, *Negozio illecito*, cit., p. 200 e E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., pp. 260-262.

³²⁵ E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., p. 262.

³²⁶ G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 156. Per il pensiero dei due civilisti, v. *supra*, § 9.1.

³²⁷ E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., p. 263.

³²⁸ D.A. TOLOMEI, *Negozio illecito*, cit., p. 200.

³²⁹ Sul punto v. *supra*, § 9.1.

zo versato per un bene non goduto, anziché stabilire equilibrio tra i due stipulanti, creerebbe un maggior danno ad uno di essi, che oltre a non essere soddisfatto, vedrebbe depauperato il proprio patrimonio in conseguenza dell'esborso compiuto³³⁰. Tale corrente dottrinale sostiene, d'altronde, anche l'esistenza del danno, ritenendo ammissibile l'azione per il risarcimento³³¹. I diritti, infatti, devono sempre essere tutelati, anche se hanno avuto origine nell'immoralità o nella illiceità, come nella casistica in esame, pertanto il danno è risarcibile e, dunque, la truffa sussiste³³².

L'ingannato ha diritto all'azione di risarcimento danni perché, anche volendo negare l'azione di ripetizione, è indubbio che abbia subito una lesione del proprio patrimonio, lesione tanto più manifesta perché non solo il danneggiato si è privato di denaro senza causa, ma neppure può agire per averlo indietro. A questa riflessione, secondo Baviera, alcuni potrebbero obiettare, invocando il criterio della compensazione del dolo, che, al contrario, egli non ritiene applicabile per due ordini di motivi. In primo luogo, perché il dolo del danneggiato era stato determinato dal soggetto attivo e quindi a lui si sarebbe dovuto imputare e, in secondo luogo, perché fra le due posizioni di responsabilità soggettiva mancava la correlatività – l'agente voleva ingannare il frodato, ma non viceversa – che avrebbe reso plausibile la compensazione.

Dimostrato come il *turpiter datum* fosse ripetibile e risarcibile, Baviera precisa come potesse accadere che, malgrado la violazione del diritto, l'azione civile non sorgesse non per l'assenza del danno ma per disinteresse della legge civile³³³. Se questa non interviene in simili circostanze, non può farlo quella penale perché tra i principi della 'scuola classica', sposati in questo caso dall'autore, il delitto è lesione dell'ordine giuridico e la pena si infligge nell'interesse generale. Anche

³³⁰ D.A. TOLOMEI, *Negozio illecito*, cit., pp. 208-212.

³³¹ E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., pp. 258-259 e G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 157.

³³² E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., p. 264.

³³³ G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 157.

qualora si volesse ammettere l'inesperibilità di queste azioni – come parte della dottrina fece³³⁴ –, ciò non esclude la lesione del diritto, vale a dire il danno immediato³³⁵. Più facile risultò confutare la seconda ragione individuata per negare la truffa *in re illicita*, vale a dire la mancanza dell'estremo del danno mediato, ossia l'apprensione dei consociati, che non si preoccupano perché «un birbante è stato deluso nelle sue criminose speranze»³³⁶.

La corrente dottrinale che si sta indagando sostiene, al contrario, l'esistenza del danno mediato, perché in caso di frode la collettività si allarma comunque, essendo stato commesso un crimine, poco importa se perpetrato nei confronti di persona disonesta quanto il truffatore³³⁷. La legge penale è posta a tutela dell'intera società e non del singolo danneggiato, pertanto è inaccettabile sostenere – come Pessina³³⁸ – che l'immoralità dell'atto voluto dall'ingannato determini l'impunità dell'ingannatore³³⁹. Quanto al terzo ed ultimo motivo addotto dalla dottrina contraria alla truffa in simili ipotesi, vale a dire il difetto della buona fede nella vittima, questo diverso orientamento rileva come siano in errore coloro che ritengono non possa considerarsi in buona fede chi si propone e non raggiunge il fine disonesto. L'espressione 'buona fede', infatti, deve intendersi come credulità, anche di chi versi *in re illicita*, e come «misura dell'attitudine degli artifici e raggiri ad ingannare», che nulla ha a che fare con il comportamento e con la moralità dell'offeso. Nei casi ricordati l'agente aveva comunque sorpreso la buona fede del frodato, come ben affermato dalla Cassazione torinese fin dal 1877³⁴⁰. Sono sufficienti inganni o

³³⁴ V. *supra*, § 9.1.

³³⁵ G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 158.

³³⁶ V. *supra*, § 9.1. La citazione è di G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 158; in tal senso anche D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito*, cit., p. 200.

³³⁷ G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 158.

³³⁸ V. *supra*, § 7.

³³⁹ D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito*, cit., p. 201.

³⁴⁰ Sul corretto significato da attribuire all'espressione 'buona fede' v. E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., p. 265; D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito*, cit., pp. 200-204; G. BAVIERA, *Dell'esistenza del reato*, cit., p. 154. In tal senso anche Stoppato (v. *supra*, § 7), Eula (v. *infra*, § 9.3) e Battaglini (v. *infra*, § 9.3).

raggiri di qualsiasi tipo per avere il relativo elemento del reato, senza il concorso di alcun requisito di moralità, perché anche tra disonesti è possibile la frode³⁴¹. I summenzionati giuristi ritenevano configurarsi una responsabilità penale per il *crimen* in esame pure nel caso della prostituta non pagata, ricorrendo tutti gli elementi richiesti dal Codice Penale, vale a dire l'aggressione, mediante inganno, del diritto di proprietà altrui, con conseguente ingiusto profitto per il frodatore³⁴².

Peculiare la posizione di De Luca, esponente della 'scuola positiva'³⁴³, il quale, con riguardo ai motivi civilistici, rileva come nell'ipotesi di meretricio si fosse in presenza di un lecito contratto bilaterale e, pertanto, la donna avesse diritto ad agire in giudizio al fine di ottenere la mercede pattuita per la «prestazione del suo corpo». Egli ne deduce che nella fattispecie giudicata dalla suprema corte e da lui commentata (Cassazione, 10 marzo 1899)³⁴⁴ l'imputata non fosse colpevole di rapina, ma solo di essersi fatta giustizia da sé; meglio sarebbe stato che la stessa, anziché usare violenza, fosse ricorsa alle vie legali per ottenere la condanna per truffa di chi «con la promessa implicita od esplicita del pagamento» – in ciò consiste il raggio – si era procurato con l'inganno un vantaggio ingiusto infliggendole un danno patrimoniale³⁴⁵.

Al contrario, Tolomei constata che, ragionando sulla base di criteri civilistici – come molti hanno fatto secondo lui erroneamente – nessuna azione per ottenere giudizialmente il compenso sarebbe spettata alla prostituta³⁴⁶, essendo il negozio inesistente (art. 1119 c.c.) e, dunque, se l'avventore pagasse avrebbe addirittura diritto a ripetere la somma versata e

³⁴¹ E. BERTOLA, *Caso discusso*, cit., p. 265.

³⁴² D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito*, cit., p. 206; Id., *Della truffa*, cit., p. 383 e P. DE LILLO, *Nota* a Corte d'Appello delle Puglie, 1 maggio 1901, cit., coll. 245-246.

³⁴³ M. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., p. 782, lo annovera nelle fila dei positivisti.

³⁴⁴ V. *supra*, § 6.

³⁴⁵ F. DE LUCA, *I diritti delle diobolarie*, cit., p. 430.

³⁴⁶ D.A. TOLOMEI, *Negoziio illecito*, cit., pp. 206-208 e Id., *Della truffa*, cit., pp. 384-386.

non dovuta (art. 1237 c.c.)³⁴⁷; ne consegue che l'uomo non è colpevole. Tale argomento venne, tuttavia, superato dalla presa d'atto da parte di questi giuristi del fatto che non si dovesse confondere la tutela civile dei rapporti obbligatori con la sanzione penale di fatti – anche originati da causa illecita – determinanti una lesione del patrimonio³⁴⁸. È forse opportuno ricordare come in questi decenni la prostituzione fosse solo tollerata dalla legge, pertanto se al commercio che la meretrice faceva di se stessa corrispondeva un prezzo e questo non veniva versato, si concretava un danno patrimoniale.

Passando a trattare di altro estremo richiesto dall'art. 413 c.p., la dottrina osserva come l'attitudine dell'agente a raggirare il truffato, sorprendendone la buona fede, giustificasse la sua condanna, a nulla rilevando il comportamento dell'offeso. Secondo Tolomei, in specie, l'apprezzamento del «valore morale o giuridico» della donna, determinerebbe la compensazione del dolo e, dunque, l'assoluzione del presunto frodatore, creando una inaccettabile «mostruosità scientifica». A riguardo egli reputa che il principio romano «paria delicta mutua pensatione tolluntur» (D. 24, 3, 39)³⁴⁹ – invocato da Pessina per negare il delitto³⁵⁰ – non operi per i reati patrimoniali e che l'immoralità dell'offeso non debba influire sulla valutazione morale e giuridica dell'offensore³⁵¹, dovendosi casomai punire entrambi i contraenti del negozio illecito. La dottrina conclude, ribadendo come nel caso in oggetto si perfezioni sempre la truffa, poiché nell'accertamento della stessa si deve prescindere da qualsiasi «indagine sulla liceità morale e giuridica del negozio-mezzo»³⁵², limitandosi a valutare il comportamento tenuto dalle parti.

³⁴⁷ Per il testo della norma, v. *supra*, nt. 321.

³⁴⁸ A. STOPPATO, *La frode*, cit., pp. 452-456.

³⁴⁹ *Digestum Infortiatum*, tit. *Solutio matrimonii dos quemadmodum peritur, l. Viro* (D. 24, 3, 39).

³⁵⁰ V. *supra*, § 7.

³⁵¹ In tal senso la riflessione di Jannitti, per la quale v. *supra*, § 9.1.

³⁵² D.A. TOLOMEI, *Negozi illeciti*, cit., p. 206 e *Id.*, *Della truffa*, cit., p. 383.

9.3. *La ragione sta nel mezzo?*

Una terza corrente dottrinale – ben più esigua delle precedenti – giunge a soluzioni differenti per le due ipotesi delineate. Essa ritiene il *crimen* configurabile nel caso della promessa illecita non soddisfatta, ma inesistente in quello della prostituta non pagata. Due le voci che si espressero in tal senso. Anzitutto, l'avvocato veronese Vittorio Olivieri che intervenne nella *querelle* con due sintetiche note. Nella prima, in calce alla massima della sentenza della Corte d'Appello di Brescia 21 ottobre 1898³⁵³, pubblicata su *La Scuola Positiva*, mostra di condividere quanto affermato dalla magistratura, vale a dire che il reato non si configura perché manca il danno altrui³⁵⁴. Si tratta di scarse osservazioni, assai poco giuridiche, destinate però ad avere largo seguito e ad essere arricchite con ulteriori riflessioni dalla penalistica negli anni immediatamente successivi. Nella seconda, apparsa sulla *Rivista di Diritto e Procedura Penale* a corredo della pronuncia della Cassazione 20 luglio 1909³⁵⁵, l'autore – a differenza della suprema corte – ritiene sussistere la truffa poiché deve negarsi ogni rilevanza giuridico-penale alla «natura etica e civile» dei rapporti intercorsi tra l'ingannato e l'ingannatore³⁵⁶.

Il secondo giurista che appartiene a tale filone interpretativo è il Consigliere della Corte di Cassazione ed esponente della 'scuola classica' Luigi Eula, che partecipò alla disputa sull'esistenza o meno della truffa *in re illicita* con un breve intervento sulle pagine del supplemento alla *Rivista Penale*. Egli analizza da uno stesso punto di vista, quello della tutela civile del diritto leso, le due fattispecie – la promessa di un atto illecito o immorale non compiuto e la prestazione immorale resa ma non compensata – giungendo a soluzioni differenti: il reato si concreta nella prima ed, invece, non sussiste nella seconda.

³⁵³ V. *supra*, § 6.

³⁵⁴ V. OLIVIERI, *Osservazioni* a Corte d'Appello di Brescia, 21 ottobre 1898, in *La Scuola Positiva*, 8 (1898), p. 730.

³⁵⁵ V. *supra*, § 8.

³⁵⁶ V. OLIVIERI, *Nota* a Cassazione 20 luglio 1909, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1 (1910), p. 73.

Luigi Eula apre la propria riflessione confutando quella dottrina contraria all'esistenza del reato nella prima fattispecie prospettata ogniqualvolta la lesione del diritto di proprietà non fosse tutelabile in sede civile, facendone derivare l'inapplicabilità della legge penale, poiché la pena è «un ausilio» cui ricorrere quando la protezione della legge civile si riveli insufficiente. Negli esempi di chi carpì una somma di denaro promettendo di uccidere il nemico oppure del farmacista che somministrò, dietro lauto compenso, alla donna incinta una bevanda innocua facendole credere che le procurasse un aborto, egli ritiene, infatti, che il soggetto passivo possa agire civilmente per la restituzione del denaro sottrattogli in seguito ad artificio fraudolento e tale considerazione gli è sufficiente per affermare che si è in presenza di truffa. Perché il crimine si realizzi si richiede la sola violazione di un diritto, mentre l'illiceità dell'atto è irrilevante. Quanto all'estremo della buona fede, l'autore sostiene che essa debba intendersi come credulità di chi viene ingannato, a prescindere dal fatto che versi o meno *in re illicita*³⁵⁷. Il falso sicario od il farmacista risultano colpevoli del reato *de quo* perché con il raggirò si sono appropriati del denaro altrui e non perché non hanno mantenuto la promessa di un atto illecito o immorale; se vi avessero dato seguito, infatti, sarebbero stati puniti per un più grave reato (assassinio o procurato aborto)³⁵⁸.

Con riguardo alla seconda fattispecie in esame, tale orientamento dottrinale, in linea con la giurisprudenza maggioritaria³⁵⁹, nega la responsabilità per truffa in capo al 'cliente' che non ha pagato la prostituta dopo aver fruito della prestazione, adducendo argomenti sia moralistici, come quando afferma l'inferiorità della donna rispetto all'uomo nei rapporti sessuali, sia civilistici, come quando contesta la giuridicità del danno subito dalla meretrice.

³⁵⁷ L. EULA, *In tema di truffa*, cit., pp. 25-28.

³⁵⁸ Gli esempi sono riportati da L. EULA, *In tema di truffa*, cit., pp. 27-28.

³⁵⁹ V. *supra*, § 6.

Quanto ai motivi civilistici, Luigi Eula riprende quella dottrina³⁶⁰ secondo cui, essendo la prostituzione solo tollerata dallo Stato, la meretrice non ottiene alcun diritto dalla vendita del proprio corpo e, di conseguenza, l'obbligazione che ne deriva è nulla per immoralità della causa. La donna è libera di concedersi a chi vuole, ma da questa libertà non consegue il diritto ad essere remunerata e neppure quello a ricevere in sede civile il *quantum* pattuito. È, infatti, consentito agli uomini compiere azioni immorali quando le stesse non risultano vietate dalla legge, ma da tali azioni i medesimi non possono trarre alcun vantaggio economico³⁶¹.

Rinviando ad una sentenza della Cassazione (21 ottobre 1891) che, in materia di gioco d'azzardo aveva stabilito esservi truffa nel caso di «baratto delle carte», considerando quest'ultimo un artificio atto ad ingannare l'altrui buona fede e a procurare al baro un ingiusto profitto in danno altrui³⁶², Eula precisa come tale conclusione non si possa applicare per analogia all'ipotesi della prostituta che non riceve il compenso. Il Codice Civile, infatti, prevede espressamente che chi ha perso al gioco abbia diritto a ripetere quanto gli è stato sottratto dal vincitore con «frode o dolo» (art. 1804)³⁶³, ossia mutando l'alea³⁶⁴, mentre la meretrice non risulta tutelata da alcuna norma civilistica e, dunque, non ha diritto a pretendere la mercede pattuita.

Alla luce delle suddette argomentazioni si evince come tali autori siano contrari all'esistenza del reato in oggetto al verificarsi di simili circostanze, rilevando la mancanza di uno dei *substantialia* richiesti dal Codice Penale, vale a dire il dan-

³⁶⁰ V. *supra*, § 9.1.

³⁶¹ L. EULA, *In tema di truffa*, cit., p. 28.

³⁶² Cassazione, 21 ottobre 1891, in *Rivista Penale*, 35 (1892), pp. 178-179. In tal senso anche la sentenza della Cassazione, 19 gennaio 1911, in *Rivista Penale*, 73 (1911), p. 457.

³⁶³ Per il testo della norma, indicata erroneamente dall'autore come art. 1806 c.c., v. *supra*, nt. 267.

³⁶⁴ È R. DE NOTARISTEFANI, voce *Giucoco d'azzardo*, in *Digesto Italiano*, XII, Milano-Roma-Napoli, 1900-1904, pp. 435-448, a sottolineare come sia sufficiente che cambino le condizioni dell'alea perché si verifichi la truffa.

no giuridico patrimoniale: la sola «perdita materiale» subita dalla donna costituiva un danno sì patrimoniale, ma non anche giuridico perché la legge non le riconosceva il diritto a ripeterla³⁶⁵.

10. *Il definitivo orientamento giurisprudenziale*

Una giovane erroneamente convinta di essere incinta si rivolse ad un medico, che rafforzò la sua convinzione ed accettò, dietro lauto compenso, di praticarle un aborto, salvo poi limitarsi ad effettuare alcune inutili manovre ginecologiche. La donna, resasi conto dell'inganno perpetrato nei suoi confronti, intraprese le vie legali ed il medico venne condannato per truffa dalla Corte d'Appello di Bologna, avverso la cui pronuncia egli ricorse in Cassazione. Il ricorso fu rigettato dalla suprema magistratura, secondo la quale «l'illiceità del contratto o rapporto esistente tra il frodatore e la sua vittima non vale ad escludere la sussistenza del delitto di truffa»³⁶⁶.

La suprema corte concorda sul fatto che in entrambi i casi di specie emersi nella prassi – quello di chi si astiene dalla illecita prestazione malgrado ne sia già stato compensato e quello di chi consegue l'atto illecito, ma rifiuta di versare il *quantum* dovuto – l'agente non può essere costretto ad adempiere o a restituire l'indebito perché l'obbligazione avente causa illecita non ha alcun effetto a norma del nostro Codice Civile (art. 1119). La stessa magistratura però ritiene che, qualora si sia in presenza di frode, ci si muova nell'ambito del penale, ove tale regola non vale per tre motivi. In primo luogo, ai fini della configurabilità della truffa è indispensabile si riscontrino tutti i *substantialia* richiesti dall'art. 413 c.p. e la liceità dell'atto promesso dal soggetto attivo a quello passivo non è un elemento integrante del delitto. Secondariamente, l'illiceità del fine che l'ingannato si proponeva di conseguire, nell'ipo-

³⁶⁵ L. EULA, *In tema di truffa*, cit., p. 29.

³⁶⁶ Cassazione, sez. II, 9 gennaio 1915, in *La Scuola Positiva*, 25, s. III, 6 (1915), p. 455.

tesi contemplata dall'art. 413 co. 3 c.p.³⁶⁷ aggrava la figura criminosa e, pertanto, non si vede come nelle altre fattispecie la medesima possa «funzionare come elemento discriminatore». Da ultimo, se nel diritto civile vi è una norma che priva di effetti l'obbligazione con causa illecita, non può dirsi altrettanto per il diritto penale: la rilevanza in sede civile dell'illiceità in cui versa il truffatore non deve permettere che il truffato rimanga privo della difesa penale.

È questa una pronuncia che, condannando per il reato *de quo* quel medico il cui comportamento fu «estremamente artificioso ed ingannevole», consentendogli di conseguire un lucro in danno altrui³⁶⁸, segnò un nuovo indirizzo giurisprudenziale, nonostante la stessa Cassazione, pochi mesi più tardi (20 dicembre 1915) si esprimesse ancora in senso contrario, accogliendo il ricorso di due imputati del medesimo *crimen* per aver ricevuto un ingente compenso per false banconote mai consegnate³⁶⁹.

La sentenza, cui si deve il merito di aver avviato un nuovo e definitivo corso della giurisprudenza in tema di truffa *in re illicita*, decide un caso simile a quello su cui alcuni anni prima (14 settembre 1910), la Corte di Cassazione germanica a sezioni unite era stata chiamata a giudicare, giungendo alle medesime conclusioni, vale a dire affermando la configurabilità del delitto per due ordini di motivi. In primo luogo, perché «non è escluso il danno patrimoniale» quando il compratore ha creduto di acquistare «un idoneo mezzo abortivo», e, in secondo luogo, perché esiste il nesso causale fra la condotta fi-

³⁶⁷ Il testo della norma è riportato *supra* alla nt. 95.

³⁶⁸ Cassazione, sez. II, 9 gennaio 1915, cit., pp. 455-456. La stessa pronuncia è riportata anche nella *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 6 (1915), II, pp. 305-309.

³⁶⁹ Cassazione, sez. II, 20 dicembre 1915, in *Rivista Penale*, 83 (1916), pp. 325-327, affermò l'inesistenza del reato perché l'ingannato si proponeva un fine illecito e la buona fede non era stata sorpresa. La corte osservò come, trattandosi di un contratto determinato da causa illecita, il fatto che una delle due parti non rispettasse l'accordo non dava luogo a risarcimento. Ne conseguiva che il danno patrimoniale subito dall'ingannato non era risarcibile ai sensi del Codice Civile e, dunque, mancando uno degli estremi essenziali di tale reato, i ricorrenti non erano colpevoli.

nalizzata ad indurre in errore ed il danno patrimoniale, anche se la vittima «era cosciente» di non poter pretendere la prestazione illecita³⁷⁰.

Con riguardo al primo motivo, è evidente che le donne avessero subito una diminuzione delle proprie sostanze; la causa del danno è individuata nella mancata controprestazione dovuta, per la quale le stesse avevano versato una somma di denaro. La suprema corte rigettò l'argomento che negava la truffa laddove manca «una pretesa giuridicamente riconosciuta alla prestazione prospettata», poiché se lo si accettasse rimarrebbero prive di sanzioni penali molte frodi. Inoltre, la stessa precisa come «il modo di vedere civilistico non deve indurci in errore»³⁷¹ e, pertanto, se quello ritiene che chi subisce il danno non possa rivendicare quanto pagato, ciò non ha alcuna importanza nella valutazione del danno patrimoniale richiesto dal § 263 del Codice Penale³⁷². Se l'ordine giuridico privato non riconosce quest'ultimo, ciò non significa che il giudice penale debba ugualmente «chiudere gli occhi dinanzi al fatto del danneggiamento patrimoniale». Nonostante il Codice Civile, «per ragioni speciali», neghi la ripetizione, il carattere giuridico nell'evento dannoso compiuto dall'agente è indubbio; per il diritto penale, infatti, non ha importanza se il civile ritenga o meno risarcibile il danno patrimoniale³⁷³.

³⁷⁰ Corte di Cassazione Germanica, sez. pen. unite, 14 settembre 1910, in *La Giustizia Penale*, 19 (1913), col. 50.

³⁷¹ Corte di Cassazione Germanica, sez. pen. unite, 14 settembre 1910, cit., coll. 59-63.

³⁷² *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1871, *Besonder teil*, Zweiundzwanzigster Abschnitt. *Betrug und Untreue*, § 263, «Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt oder unterhält, wird wegen Betrug mit Gefängniss bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann [...]».

³⁷³ Corte di Cassazione Germanica, sez. pen. unite, 14 settembre 1910, coll. 63-64.

Quanto al secondo argomento utilizzato, la Cassazione rileva come le donne avessero pagato per un atto illecito, confidando nella parola altrui, per cui certamente sussiste il nesso causale tra l'indurre in errore e il danneggiamento del patrimonio, dovendosi ravvisare la causa del danno patrimoniale nell'errore in cui le ricorrenti erano incappate. Il truffatore non è colpevole di essersi astenuto da quanto promesso, bensì solo di aver dato «false prospettive circa la sua volontà di adempiere il contratto», allo scopo di conseguire un vantaggio economico, inducendo le frodate a cedergli parte delle proprie sostanze³⁷⁴.

Negli anni immediatamente successivi la posizione emersa nella pronuncia del 9 gennaio 1915 venne più volte ribadita dalla Cassazione. Tra le sentenze più significative si possono ricordare quelle che ravvisano il reato *de quo* nelle pratiche di sortilegio, riscontrandovi la presenza di artifici o raggiri atti a sorprendere l'altrui buona fede (Cassazione, 14 febbraio 1918; Cassazione, 24 ottobre 1923; Cassazione, 11 febbraio 1924)³⁷⁵, come pure quella che ribadisce la configurabilità del *crimen* nel già noto caso di offerta ingannevole di false banconote, ricorrendo in esso tutti gli estremi richiesti dal Codice Penale (Cassazione, 27 aprile 1921). In particolare i giudici rilevano come i principi civilistici non «possano essere trasportati *ex abrupto* nel campo penale» in modo da poter dichiarare lecita la frode 'nascosta' sotto un'obbligazione illegittima. A differenza del diritto civile, quello penale si riferisce al danno intendendo come tale qualsiasi lesione patrimoniale «potenziale o effettiva, risarcibile o non risarcibile giuridicamente»³⁷⁶.

Nell'ipotesi sottoposta all'attenzione della corte un tale, con inganno, indusse un altro a stipulare un contratto, al solo scopo di trarne un lucro ingiusto danneggiandolo. Il fatto che la vittima sia stata spinta a consegnare il denaro da un'inten-

³⁷⁴ Corte di Cassazione Germanica, sez. pen. unite, 14 settembre 1910, coll. 66-67.

³⁷⁵ Si tratta di Cassazione 14 febbraio 1918, in *La Scuola Positiva*, 28 (1918), p. 414; Cassazione 24 ottobre 1923, in *Rivista Penale*, 99 (1924), pp. 25-26 e in *La Scuola Positiva*, n.s., 4 (1924), II, pp. 85-87; Cassazione, 11 febbraio 1924, in *La Scuola Positiva*, n.s., 4 (1924), II, pp. 285-288.

³⁷⁶ Cassazione, 27 aprile 1921, in *Rivista Penale*, 94 (1921), p. 318.

zione illecita non rende «giusto» il guadagno conseguito, né esclude il danno patrimoniale, per cui lo stesso deve essere tutelato. In favore del delitto in simili circostanze, la Cassazione adduce un ulteriore – e già ricordato – motivo: se il 3° comma dell'art. 413 c.p. prevede l'illiceità della causa (pretesto di far esonerare dal servizio di leva) come aggravante del reato, non la si può invocare come scriminante in tutti gli altri casi³⁷⁷.

Il *trend* giurisprudenziale fu confermato negli anni '20 da molteplici pronunce della Cassazione³⁷⁸, per le quali la truffa *in re illicita* è sempre configurabile, dovendosi avere riguardo «alla sola intenzione del truffatore e non anche allo scopo del truffato»³⁷⁹.

11. «Non sempre la tutela penale coincide con quella civile»³⁸⁰

Trascorso il primo decennio del Novecento i tempi parevano ormai maturi perché la questione della truffa *in re illicita* trovasse una soluzione univoca anche in dottrina. Una dottrina penale che vide il superamento del contrasto tra 'scuola classica' e 'scuola positiva' con l'affermazione del c.d. 'tecnicismo giuridico', di cui furono espressione gli autori che con risolutezza sostengono l'esistenza del reato in oggetto, a partire da Giulio Battaglini (1885-1961)³⁸¹. Professore di Diritto e Procedura Penale, egli intervenne nella questione con

³⁷⁷ Cassazione, 27 aprile 1921, cit., p. 319.

³⁷⁸ Si tratta di Cassazione, 20 dicembre 1922, in *Rivista Penale*, 99 (1924), pp. 43-45; Cassazione, 14 maggio 1924, in *La Scuola Positiva*, n.s., 5 (1925), II, p. 164; Cassazione, 19 dicembre 1924, in *La Scuola Positiva*, n.s., 5 (1925), II, pp. 388-389; Cassazione, 6 marzo 1925, in *Rivista Penale*, 103 (1925), pp. 358-359; Cassazione, 26 giugno 1925, in *Rivista Penale*, 103 (1925), p. 285; Cassazione, 15 ottobre 1925, in *La Scuola Positiva*, n.s., 6 (1926), II, pp. 161-162; Cassazione, 17 dicembre 1926, in *Rivista Penale*, 105 (1927), pp. 378-379; Cassazione, 6 febbraio 1928, in «*Rivista Penale*», 107 (1928), pp. 431-432 e Cassazione, 20 febbraio 1928, in «*Rivista Penale*», 108 (1928), p. 584.

³⁷⁹ Cassazione, 14 maggio 1924, cit., p. 164.

³⁸⁰ Per la citazione v. A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., p. 231.

³⁸¹ La figura e le opere del giurista sono delineate ancora di recente da S. CANESTRARI, *Battaglini, Giulio*, in *DBGI I*, cit., pp. 196-197.

due saggi apparsi, rispettivamente, su *La Scuola Positiva* nel 1913 e sulla *Rivista di Diritto e Procedura Penale* nel 1915, sostenendo come l'unica soluzione confacente alla «considerazione giuridica del penalista» sia la configurabilità del *crimen* nell'ipotesi di chi promette una prestazione illecita e per questa viene pagato senza poi eseguirla³⁸².

Il primo intervento è, peraltro, seguito da una stringatissima nota del positivista Bruno Franchi (1878-1957)³⁸³, che ne condivise appieno i contenuti³⁸⁴; il secondo, invece, ruota intorno alla ricordata sentenza 9 gennaio 1915 ed è conforme alla breve nota di Vincenzo Olivieri, apparsa in calce alla medesima pronuncia su *La Scuola Positiva*³⁸⁵. Una questione che in termini molto simili Battaglini rileva essere già stata risolta dalla Corte di Cassazione germanica il 14 settembre 1910³⁸⁶ e con riguardo alla quale egli ritiene che la suprema corte avesse ben giudicato per un duplice ordine di motivi. Da un punto di vista prettamente giuridico, perché aveva reputato sufficiente la presenza degli estremi richiesti dal Codice Penale affinché si concretasse la truffa e, sotto un profilo di politica criminale, perché la repressione di tale mala condotta disincentivava i medici dallo speculare sulle intenzioni criminali dei loro pazienti³⁸⁷.

Questo orientamento si cristallizzò nella ricca monografia del magistrato Adelgisio Ravizza (1874-1935)³⁸⁸ che, al termi-

³⁸² G. BATTAGLINI, *Della truffa in atti illeciti*, in *La Scuola Positiva*, 23, n.s., 3 (1923), p. 636.

³⁸³ La figura e il pensiero del collaboratore de *La Scuola Positiva* sono delineati da F. COLAO, *Franchi, Bruno*, in *DBGI*, I, cit., pp. 901-902.

³⁸⁴ B. FRANCHI, *La questione dal punto di vista del positivista*, in *La Scuola Positiva*, 23, s. III, IV (1913), p. 636.

³⁸⁵ Nota a Cassazione, 9 gennaio 1915, in *La Scuola Positiva*, 25, s. III, 6 (1915), pp. 456-457.

³⁸⁶ V. *supra*, § 9.2.

³⁸⁷ G. BATTAGLINI, *La questione della truffa in atti illeciti*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 6 (1915), II, pp. 305-308.

³⁸⁸ Magistrato, procuratore del Re (dal '13 al '15) e poi Giudice (dal '15 al '17) nella colonia di Eritrea, procuratore a Perugia (dal '19) e poi a Bologna (dal '23), procuratore generale presso la Corte d'Appello di Tripoli (dal '23 al '28), quindi consigliere di Cassazione. Per le note biografiche v. L. MARTONE,

ne di una puntuale ricostruzione di dottrina e giurisprudenza in materia³⁸⁹ si esprime in favore del reato *de quo*. Momento culminante di tale *opinio* fu, tuttavia, il *Trattato di diritto penale italiano*³⁹⁰, pubblicato nel 1919 dall'illustre accademico friulano Vincenzo Manzini, nel quale si afferma che «il delitto di truffa sussiste, ancorché il soggetto passivo siasi indotto alla prestazione per una causa immorale, delittuosa, o altrimenti illecita»³⁹¹.

Tale posizione venne ribadita da tre autori ancora appartenenti all'indirizzo positivista che, dalle pagine della rivista cui la scuola affidava il proprio pensiero, ne precisano gli argomenti: i professori Francesco De Luca³⁹², Guglielmo Sabatini (1877-1949)³⁹³ e Raul Alberto Frosali (1893-1974)³⁹⁴. Quest'ultimo intervenne nel dibattito analizzando e condividendo la già ricordata pronuncia della Cassazione, 24 otto-

Diritto d'oltremare: legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia, Milano, 2008 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 78), pp. 54-55, nt. 15.

³⁸⁹ Per l'analisi di dottrina e giurisprudenza precedenti, v. A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 202-227.

³⁹⁰ L'importanza del *Trattato* manziniano nell'ambito della penalistica è sottolineata da S. RANIERI, *Recensione* a V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961⁴, pubblicata in *La Scuola Positiva*, n.s., 67 (1962), pp. 168-170, ora con il titolo *Vincenzo Manzini e il suo «Trattato»*, in Id., *Scritti e discorsi vari*, I, Milano, 1968, pp. 591-594.

³⁹¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 424.

³⁹² F. DE LUCA, *La frode nei negozi illeciti*, in *La Scuola Positiva*, n.s., 2 (1922), I, pp. 94-98. Positivista della prima ora e deputato nelle fila dei socialisti (M. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., p. 783, e Id., *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 842-843), De Luca viene definito con una felice espressione da M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 889, quale «incunabolo» dell'indirizzo tecnico giuridico.

³⁹³ G. SABATINI, *Ancora sulla truffa in negozi illeciti*, in *La Scuola Positiva*, n.s., 2 (1922), II, pp. 524-526. Si tratta di nota a sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro, 20 gennaio 1922, secondo cui «Costituisce truffa [...] il fatto di circuire, con menzognere notizie e simulate rappresentazioni, chi abbia interesse a rimanere aggiudicatario, dimostrando così una intenzione di concorrere all'asta, che invece non esiste nell'agente». Per un primo inquadramento dell'avvocato e docente di Diritto e Procedura Penale, v. S. LORUSSO, *Sabatini, Guglielmo*, in *DBGI*, II, cit., pp. 1762-1763.

³⁹⁴ R.A. FROSALI, *Stregoneria, abuso di credulità e truffa*, in *La Scuola Positiva*, n.s., 4 (1924), II, pp. 85-87. Per una prima informazione su questo autore v. A. MATTONE, *Frosali, Raul Alberto*, in *DBGI*, I, cit., p. 910.

bre 1823, secondo cui «fattucchiere, negromante o chiromante [...] commettono truffa quando pongono in essere raggiri atti ad ingannare»³⁹⁵. Infine, tornò sulla questione Domenico Alberto Tolomei, sostenitore fin dalla prima ora della configurabilità del *crimen*³⁹⁶. Questi, nel commentare la sentenza della Cassazione del 21 giugno 1929³⁹⁷, che, tardivamente e controcorrente, negava la truffa *in re illicita*, ne contesta il disposto e ribadisce le ragioni in favore del reato in simili circostanze, sottolineando come non ci sia «alcun motivo per scandolezzarci» se il soggetto passivo della frode ha un intento illecito³⁹⁸.

La dottrina mutuò ed ampliò i motivi già enunciati dalla giurisprudenza in favore del delitto nella casistica in oggetto: presenza di tutti gli estremi contemplati dal Codice Penale ed irrilevanza dell'illiceità del fine del soggetto passivo, previsione di un'aggravante all'art. 413 co. 3 c.p. nel caso di frode finalizzata all'esonero dal servizio militare, distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale.

Con riguardo al primo argomento, fu l'elemento del danno quello tra i *substantialia* richiesti intorno al quale il dibattito si espresse in modo più acceso. L'orientamento dottrinale in esame si pose in contrasto con l'*opinio* fino a quel momento prevalente ed affermò l'esistenza del reato. Il diritto penale, infatti, sanziona i fatti delittuosi in considerazione della criminalità che rivelano in chi li pone in essere e non per l'immediata tutela delle vittime³⁹⁹. Non si deve valutare se il compor-

³⁹⁵ Cassazione, 24 ottobre 1823, cit., p. 85 (v. *supra*, § 10).

³⁹⁶ V. *supra*, § 9.2.

³⁹⁷ Questa la massima della pronuncia in oggetto: «Esula il reato di truffa allorché il soggetto passivo non si limitò a consentire alla consumazione di alcunché di illegittimo e anche di delittuoso da parte dell'imputato, rimanendo estraneo alla esecuzione del fatto preveduto come reato, e sperando solo una utilità di qualsiasi genere dall'illecito pattuito, ma partecipò alla commissione del reato stesso», in *La Scuola Positiva*, n.s., 10 (1930), II, p. 289.

³⁹⁸ D.A. TOLOMEI, «Causa illicita» e truffa, in *La Scuola Positiva*, n.s., 10 (1930), II, pp. 289-291.

³⁹⁹ G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., p. 637; ID., *La questione della truffa*, p. 307; A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., p. 229; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 426; R.A. FROSALI, *Stregoneria, abuso di credulità e truffa*, cit., p. 87 e D.A. TOLOMEI, «Causa illicita», cit., pp. 290-291.

tamento dell'agente abbia o meno violato un diritto altrui, ma solo se esso abbia offeso il bene giuridico tutelato dal Codice Penale. Alla luce di tale considerazione essi ritengono indubbio che chi ha promesso con l'inganno una prestazione illecita e per questo ha ricevuto una somma di denaro sia colpevole di truffa, in quanto lede «il bene giuridico della proprietà» nei modi indicati dalla norma codicistica affinché si configuri il reato⁴⁰⁰. Ai fini dell'esistenza del delitto è sufficiente che la condotta fraudolenta dell'agente abbia violato l'ordine giuridico, determinando per lui un vantaggio ingiusto e per il soggetto passivo un danno. La legge penale non richiede che quest'ultimo sia un danno riparabile in sede civile, poiché tale elemento deve considerarsi esclusivamente sotto un profilo oggettivo, come «un fatto conseguente all'azione del colpevole»⁴⁰¹.

Secondo tale corrente è poi del tutto irrilevante che l'errore verta su cosa lecita oppure illecita, trattandosi di distinzione che il legislatore italiano non ha previsto⁴⁰²: l'illiceità della prestazione richiesta dal truffato non ha alcuna valenza «per la valutazione penale del fatto», che deve essere circoscritta ai *substantialia* della truffa⁴⁰³. Non si puniscono le intenzioni del frodato, seppur immorali od illecite, perché sono solo intenzioni ed in quanto tali giuridicamente irrilevanti⁴⁰⁴. Ciò che importa ai fini dell'art. 413 c.p. è esclusivamente l'operato di chi inganna non quello dell'ingannato: se l'agente pone in essere gli estremi richiesti dalla norma è colpevole. Il fatto poi che la prestazione non si potesse giuridicamente compiere significa che chi ha fatto apparire quelle circostanze è solo un truffatore e non aveva alcuna intenzione di macchiarsi di un più grave reato. Neppure si deve giudicare della causa illecita del negozio, ma solo della criminosità dell'atto di chi, «senza commettere altro reato», con artifici atti ad ingannare l'altrui buo-

⁴⁰⁰ G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., p. 637; ID., *La questione della truffa*, p. 306 e D.A. TOLOMEL, «Causa illecita», cit., p. 291.

⁴⁰¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, pp. 427-431 e F. DE LUCA, *La frode nei negozi illeciti*, cit., p. 98.

⁴⁰² G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., p. 637.

⁴⁰³ G. BATTAGLINI, *La questione della truffa*, pp. 306-307.

⁴⁰⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, pp. 430-431.

na fede, induce alcuno in errore, così incamerando un ingiusto profitto in danno dell'ingannato⁴⁰⁵. La circostanza che anche quest'ultimo versasse *in re illicita* non fa venire meno la punibilità del truffatore⁴⁰⁶. Considerando la disonestà del truffato si verificherebbe il paradosso per cui la stessa fungerebbe da scriminante e, di conseguenza, qualora intervenisse nella frode del soggetto attivo, ne determinerebbe l'impunità⁴⁰⁷. La società deve essere garantita dai «volgari truffatori», che non possono restare impuniti, a maggior ragione se approfittano dell'immoralità dell'ingannato, trattandosi di «persone tanto più pericolose in quanto sfruttano sentimenti volgari, passioni turpi dell'uomo»⁴⁰⁸.

Vincenzo Manzini, che ben esprime e riassume la penalistica dell'epoca, osserva – condividendo, peraltro, il pensiero di Stoppato⁴⁰⁹ – come secondo «il moralista» la vittima disonesto avesse meritato il danno subito, tuttavia ritiene opportuno precisare come un simile ragionamento non possa essere condiviso dal giurista, per il quale la compensazione del delitto con l'immoralità è inaccettabile. Egli constata come fosse acclarato che il ladro che ruba a casa del ladro commette furto, poiché è interesse dell'ordine giuridico che nessuno si impossessi delle cose altrui con un'azione contraria alla legge penale; analogo ragionamento deve, secondo lui, applicarsi anche con riguardo al reato *de quo*⁴¹⁰. Se la giustizia penale deve colpire il reo per difendere la società allora non vi è alcun dubbio che tali delinquenti debbano essere puniti perché «esprimono una duplice criminalità»: da un lato, quella della truffa e, dall'altro, quella del mezzo antisociale adoperato a scopo di

⁴⁰⁵ G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., pp. 637-638 e ID., *La questione della truffa*, p. 307.

⁴⁰⁶ Nota a Cassazione, 9 gennaio 1915, cit., pp. 456-457 e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 426.

⁴⁰⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 430.

⁴⁰⁸ A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., p. 231.

⁴⁰⁹ V. *supra*, § 7.

⁴¹⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, pp. 431-432. L'esempio è ripreso anche da D.A. TOLOMEI, «*Causa illicita*», cit., p. 291.

inganno⁴¹¹. La conferma di tali argomenti è individuata nella circostanza che rispetto a questo delitto l'azione è promossa dal Pubblico Ministero «nell'interesse sociale, e non del truffato», che non si commettano frodi⁴¹².

Quanto all'elemento della buona fede, la dottrina ribadisce che la stessa si debba intendere come «credenza indifesa contro l'inganno», che nulla ha a che fare con la «perfezione morale» dell'ingannato; essa, pertanto, può aversi anche se il fine è illecito⁴¹³. A riguardo Manzini contesta l'affermazione di Pessina, secondo il quale il soggetto passivo non sarebbe stato frodato se avesse rispettato la legge⁴¹⁴, sostenendo che questa non è violata fintanto che si rimanga nel campo delle intenzioni⁴¹⁵. Per Ravizza, invece, il nodo più problematico nelle fattispecie in esame consiste nell'accertare se siano stati utilizzati o meno raggiri atti ad ingannare l'altrui buona fede ed, in particolare, egli rileva come l'ipotesi in cui con maggior frequenza essi mancavano fosse quella della meretrice cui non veniva versata la mercede dovuta. Ipotesi nella quale, peraltro, l'autore ritiene inesistente anche il danno, sostenendo che il *pretium carnis* non facesse parte del patrimonio della donna e, pertanto, che quest'ultimo non risultasse diminuito. In assenza di uno o addirittura di due degli elementi richiesti dal Codice Penale egli – in linea con la giurisprudenza maggioritaria⁴¹⁶ – non ritiene ravvisarsi la truffa in simile casistica; al contrario, la reputa configurabile nei casi di ingiusto profitto derivante da gioco d'azzardo⁴¹⁷.

L'esistenza del raggiro è ciò che consente la configurabilità del *crimen* nell'opera di stregoni, fattucchiere e chiromanti. Ragionando secondo criteri civilistici, fintanto che il cliente

⁴¹¹ B. FRANCHI, *La questione dal punto di vista del positivista*, cit., p. 636.

⁴¹² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 430.

⁴¹³ G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., p. 638; A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., p. 232; G. SABATINI, *Ancora sulla truffa*, cit., p. 525 e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 432.

⁴¹⁴ V. *supra*, § 7.

⁴¹⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 432.

⁴¹⁶ V. *supra*, § 6.

⁴¹⁷ A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 232-233.

si rivolge loro spontaneamente e paga per la prestazione essi non commettono reato, ma solo locazione d'opera, anche se «l'opera è dolosamente simulata perché non esiste». In tal modo, tuttavia, non si risolve la questione perché il raggio può estrinsecarsi sia nella «preparazione» che nella prestazione, basta accertarne l'esistenza perché vi sia truffa in simili circostanze⁴¹⁸. Tale dottrina condivide anche il secondo argomento utilizzato dalla Cassazione nella sentenza 9 gennaio 1915⁴¹⁹ in favore del reato *de quo*, vale a dire che se l'art. 413 co. 3° c.p.⁴²⁰ prevede un'aggravante in un caso di truffa in atti illeciti, quella finalizzata all'esonero dal servizio militare, la stessa non può certamente fungere da dirimente⁴²¹. Giulio Battaglini, inoltre, contesta la distinzione compiuta da alcuni giuristi⁴²² tra il caso in cui il frodatore induce il frodato al negozio turpe e quello in cui entrambi versino *in re illicita*, poiché si tratta di differenziazione non contemplata dal diritto italiano. Infine, egli rileva come parte di quegli autori che negano il crimine in simili circostanze, suggerisca la creazione di una figura delittuosa *ad hoc* per contrastare la pericolosità dell'agente, così rivelando «perplexità» per le proprie stesse tesi⁴²³.

Quanto all'ultimo argomento, la dottrina precisa finalmente l'autonomia e l'indipendenza del diritto penale rispetto alla morale ed agli altri rami del diritto, pertanto solo al suo interno si devono ricercare gli estremi dei reati⁴²⁴. «Non sempre

⁴¹⁸ R.A. FROSALI, *Stregoneria, abuso di credulità e truffa*, cit., pp. 85-86. In tal senso anche M. MANFREDINI, *La «strega» nel reato di truffa*, in *La Scuola Positiva*, 23 (1913), pp. 748-750.

⁴¹⁹ La sentenza è analizzata *supra*, § 10.

⁴²⁰ Per la norma v. *supra*, nt. 95.

⁴²¹ G. BATTAGLINI, *La questione della truffa*, cit., p. 307; A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., p. 232; G. SABATINI, *Ancora sulla truffa*, cit., p. 525 e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 433.

⁴²² Tra questi *in primis* F. VON ZEILLER, *Der Betrug bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften*, in *Archiv für Strafrecht und Strafprozess*, 66 (1919), p. 251 ss.

⁴²³ Koheler ed Escobedo gli autori indicati da G. BATTAGLINI, *La questione della truffa*, p. 308.

⁴²⁴ Nota a Cassazione, 9 gennaio 1915, cit., p. 457 e F. DE LUCA, *La frode nei negozi illeciti*, cit., p. 97.

la tutela penale coincide con quella civile» anche perché la prima, che protegge interessi «più gravi», prescinde dal considerare la liceità o meno del rapporto che ha originato la frode⁴²⁵. Secondo De Luca, che pone a fondamento della truffa i criteri del cosiddetto «minimo etico» garantito dal diritto punitivo e della temibilità del delinquente, il negozio se illecito è inesistente secondo il diritto civile perché manca il consenso di uno dei contraenti, che ha già deciso in mala fede di «non adempiere il patto stabilito», rendendolo invalido. Diversa è l'ipotesi del medico che promise un'operazione chirurgica senza avere intenzione di compierla e per cui venne remunerato, questi, infatti, è colpevole di truffa perché il suo comportamento travalica il contratto civile e rientra nell'ambito del penale⁴²⁶. Si tratta di esempio, tuttavia, non ritenuto calzante da Sabatini, che vede nel medico solo un «disonesto inadempiente». Se vi è inganno non si ha il negozio ma si consuma una truffa⁴²⁷.

Il reato non consiste nella violazione di un diritto privato – come sostenuto tra gli altri da Escobedo⁴²⁸ –, ma nella violazione di un diritto dello Stato ed in questo si distingue dal torto civile: il bene giuridico della proprietà riceve tutela penale contro la truffa, mentre il diritto soggettivo privato del proprietario alla restituzione della somma pagata non è riconosciuto dalla legge civile. Nei casi di atti illeciti c'è la violazione della proprietà nel senso previsto dal diritto penale, ma manca quella che dà luogo a riparazione in sede civile. Da tale ragionamento i penalisti ascrivibili a questo filone dottrinale deducono la configurabilità del *crimen* in simili circostanze⁴²⁹.

Ravizza parte dalla constatazione che per aversi il delitto in oggetto occorre un danno, cioè uno «svantaggio» consistente nella lesione del diritto di proprietà, ma si chiede se – come larga parte della dottrina ha ritenuto⁴³⁰ – debba trattarsi

⁴²⁵ A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 231-232.

⁴²⁶ F. DE LUCA, *La frode nei negozi illeciti*, cit., p. 97.

⁴²⁷ G. SABATINI, *Ancora sulla truffa*, cit., pp. 525-526.

⁴²⁸ Il pensiero del penalista è delineato *supra*, § 9.1.

⁴²⁹ G. BATTAGLINI, *Della truffa*, cit., pp. 638-639; ID., *La questione della truffa*, p. 307 e F. DE LUCA, *La frode nei negozi illeciti*, cit., p. 97.

⁴³⁰ V. *supra*, § 9.1.

di un danno risarcibile. Egli concorda con quanti sostenevano che non fosse tenuto alla restituzione chi non aveva compiuto una prestazione illecita per cui era già stato remunerato, se l'azione si basava sul contratto intercorso tra le due parti, per cui l'una si impegnava ad una prestazione e l'altra le versava una somma di denaro, ma osserva come si tratti di ipotesi assai differente da quelle in esame, nelle quali l'agente carpisce il compenso con raggiri od artifici atti ad ingannare l'altrui buona fede e, dunque, induce, con mezzi fraudolenti, il soggetto passivo a pagare il *quantum* dovuto. In queste ultime, infatti, le parti sono entrambe consapevoli dell'illiceità dell'atto, ma l'una usa la frode per indurre l'altra a contrattare e, pertanto, quest'ultima ha diritto a pretendere la ripetizione di ciò che ha corrisposto «non spontaneamente» per ottenere la prestazione turpe promessa. Secondo il magistrato l'azione di restituzione è fondata sull'operato fraudolento e non *ex contractu*: è questo, dunque, uno di quei casi in cui la tutela penale non coincide con quella civile⁴³¹. Non a caso la dottrina constata come l'incriminazione per tale reato fosse disposta a protezione «dell'ordine giuridico relativo alla proprietà intesa in senso generico» e precisa che l'applicazione delle norme penalistiche non è condizionata da quella delle norme privatistiche, perché la proprietà è un istituto di diritto pubblico prima ancora che un istituto di diritto privato.

Vincenzo Manzini ritiene che non abbiano correttamente argomentato quei criminalisti che esclusero l'imputabilità della truffa nei negozi illeciti, negando che in questi casi si concretasse la lesione di un diritto. Due i motivi invocati dall'autore. In primo luogo, perché il truffato si proponeva di agire (ma non agì) contro il diritto mentre «opera in un rapporto meramente illusorio»: in tale ipotesi vi era solo l'intenzione di agire *contra legem* e questa non ha alcuna rilevanza giuridica. Secondariamente, perché è improprio affermare che la vittima invocasse la tutela del diritto penale. Questo opera per un fine di interesse pubblico e, dunque, potrà giovare al singolo interessato solo «di riflesso», quando dalla condan-

⁴³¹ A. RAVIZZA, *La truffa*, cit., pp. 229-231.

na del colpevole possa trarre un qualche vantaggio per i suoi interessi civili, che sono altro rispetto all'interesse sociale alla repressione delle frodi «a danno di chiunque commesse». Egli conclude che per il diritto penale è irrilevante che l'ingannato possa esercitare o meno un'azione civile per danni, poiché il comportamento criminoso del soggetto attivo ha violato l'ordine giuridico tutelato dalla legge penale⁴³².

Da ultimo, è sempre Manzini che, guardando alla funzione della pena, osserva come essa si declini sia nella repressione della delinquenza sia nella sua prevenzione. Non punire il frodatore di persone disoneste, pertanto, vanificherebbe uno degli scopi della legge penale, perché «creerebbe una sicura e profittevole industria truffatoria»⁴³³.

⁴³² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, pp. 426-428.

⁴³³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, p. 434.

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, La truffa *in re illicita*. Un dibattito giuridico nell'Italia liberale

Il saggio ripercorre il dibattito sviluppatosi intorno alla truffa *in re illicita* nell'Italia liberale. Per la prima volta la questione – il caso è quello di chi promette ma non consegna false banconote conseguendo un lauto compenso – fu sottoposta al vaglio della Cassazione di Torino nel 1877, che giudicò in favore della configurabilità della fattispecie criminosa al ricorrere di suddette circostanze, sostenendo la presenza di tutti gli estremi richiesti dalla norma codicistica. Tra la fine del XIX ed il primo ventennio del XX secolo la realtà fattuale sollecitò la riflessione dottrinale, impegnata in un vivace dibattito cui parteciparono autorevoli esponenti del foro e dell'accademia, divisi tra avversari e sostenitori del reato *de quo*. Il contrasto si appiànò solo nel secondo decennio del Novecento, quando l'*opinio*, fino a quel momento minoritaria, per la quale vi è truffa *in re illicita* venne progressivamente condivisa.

Parole chiave: Truffa *in re illicita*, Italia liberale, dottrina penalistica (storia).

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, Fraud *in re illicita*. A juridical debate in the liberal Italy

This essay covers the debate around fraud *in re illicita* in liberal Italy. For the first time the question was presented to the Turin's Court of Cassation in the 1877, that pronounced in favour of the crime, arguing the existence of all the *substantialia* requested from the rule of code. Between the end of XIX and the beginning of XX century, practice pushed for the doctrinal thought, involved in a lively debate, in which took part eminent lawyers and professors, divided between adversaries and supporters of the crime. The dispute ended only in the second decade of XX century, when the minority *opinion*, for which there is fraud *in re illicita*, was progressively shared.

Key words: Fraud *in re illicita*, liberal Italy, criminal doctrine (history).

INDICE DEL VOLUME CCXXXVII - 2017

Fascicolo 3-4

Miscellanea

<i>Renato Balduzzi</i> , In memoria del Prof. Manlio Mazziotti di Celso.....	467
<i>Alessandro Albisetti</i> , Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico: sviluppi recenti.....	471
<i>Massimo del Pozzo</i> , L'appello nel ' <i>processus matrimonialis brevior</i> '	485
<i>Alessia Legnani Annichini</i> , La truffa <i>in re illicita</i> . Un dibattito giuridico nell'Italia liberale.....	537
<i>Maurizio Martinelli</i> , L'attività convenzionale della Santa Sede. Gli Accordi relativi all'Asia centrale.....	641
<i>Natale Vescio</i> , Amministrazione della giustizia, riforma dell'università e politiche pubbliche nel <i>De Ratione</i> di Giambattista Vico	685
<i>Isabella Cortesi</i> , La Convenzione S. Sede - Italia in materia fiscale.....	807
Recensioni	843

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell’*Archivio Giuridico* è stata, sin dall’inizio, quella di essere visto in Italia e all’estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, ‘estratto’ degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli ‘estratti’, a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@muccheditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell’Archivio Giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.